



ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA



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

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, I-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 (C3), 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 Plattform.

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

SUMARIO

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

01/ Implicaciones de los derechos humanos en el derecho privado. Vincenzo Barba (Italia)..... 14

02/ La situación jurídica de la persona con discapacidad en Aragón (Ley 3/2024, de 13 de junio de modificación del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad). Carmen Bayod López (España)..... 58

03/ “Viejos” principios para interpretar “nuevas” reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (España)..... 104

04/ Nuevas tecnologías y derechos de las personas mayores en el ámbito sanitario. María Teresa Echevarría de Rada (España). 134

05/ Protección de datos de salud y responsabilidad civil: algunos apuntes comparados entre España y Perú. M^a Ángeles Egusquiza Balmaseda (España)..... 176

06/ Decisiones del paciente con discapacidad relativas al propio cuerpo. Esther Torrelles Torrea (España). 220

07/ Estado actual de la emancipación. Pablo Muruaga Herrero (España). 258

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

08/ Estudio de la representación indirecta en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos. Rocío Diéguez Oliva (España). 304

09/ La capacidad de contratación de las personas con discapacidad: régimen de invalidez. Jon Atxutegi Gutiérrez (España). 338

10/ Arricchimento senza causa e sussidiarietà. Maria Cristina Cervale (Italia). 368

11/ Buona fede contrattuale e comportamenti apparentemente irrazionali. Giovanni Cinà (Italia).....396

12/ La donación obligacional en la jurisprudencia española. José María Cardós Elena (España).....416

13/ Abuso del diritto: tra mercato, concorrenza e clausole generali. Giuseppe Maria Marsico (Italia).....462

14/ Il risarcimento del danno all'autodeterminazione e le tabelle per la liquidazione del danno. Stefania Pia Perrino (Italia).	510

C) DERECHOS REALES

15/ Marco jurídico esencial de los pecios y casos para la reflexión. José Luis Moreu Ballonga (España).	550

D) DERECHO DE FAMILIA

16/ El beneficio patrimonial, como parte integrante del principio del interés superior y criterio de justificación de las salidas al extranjero de niños, niñas y adolescentes, en el Derecho chileno. Alexis Mondaca Miranda y Úrsula C. Basset (Chile).	624

17/ Cambios en las fuentes de la filiación en Cuba con la entrada en vigor del Código de las familias. Luis Andrés Pelegrino Torano (Italia).	650

18/ Segregación patrimonial y convivencia. Federico Ioannoni Fiore (Italia).	680

19/ La valorizzazione del principio solidaristico nelle convivenze di fatto: verso un emolumento <i>post-relazione</i> . Nicola Di Napoli (Italia).	708

E) DERECHO DE SUCESIONES

20/ Arbitraje testamentario, disposición testamentaria, legítima y legitimarios. Alfredo Ferrante (Italia).	732

21/ El testamento digital de las personas mayores con necesidades de apoyo. Javier Pallarés Neila (España).	764

F) DERECHO DE CONSUMO

22/ ¿Es abusiva la práctica de imposibilitar al consumidor o usuario poder responder al mismo correo electrónico que ha recibido de una empresa, entidad o profesional? Los emails <i>no-reply</i> . Ángel Acedo Penco (España).	790

23/ O exercício do direito de arrependimento nos contratos de consumo em Portugal: questões inerentes à sustentabilidade ambiental. Sérgio Manuel da Costa Machado (Portugal).	840

24/ Analisi critica della attuazione della Direttiva 2014/17/UE. Errico Conti (Italia).	876

25/ La sottoscrizione in modo semplificato dei contratti bancari e finanziari: unicum emergenziale o innovazione necessaria? Eugenio Totaro (Italia).	920

G) DERECHO Y BIOÉTICA

26/ Pasado, presente y futuro de la inteligencia artificial en la salud: entre innovación y seguridad. María Ángeles Medina Martínez, Manuel Ortiz Fernández y Domingo L. Orozco Beltrán (España).	942

27/ Il caregiver familiare nell'intersezione tra riflessione psico-sanitaria e giuridica. Laura Mezzasoma y Alessia Valongo (Italia).	970

H) DERECHO Y MEDIOAMBIENTE

28/ Meio ambiente, paz, justiça e instituições eficazes: a tutela jurisdiccional por um paradigma ecológico de Direito. Ari Rogério Ferra Jr. (Brasil).....996

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

29/ Il diritto comune delle situazioni patrimoniali nell'opera *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*. Stefano Polidori (Italia)..... 1022

30/ Persona y libertad ideológica. En torno a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte, 28 junio 2018. Almudena Carrión Vidal (España)..... 1036

31/ Análisis jurisprudencial de los conflictos negativos de competencia territorial en los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Gustavo Antonio Ruiz Alonso (España). 1054

PANORAMA

32/ Invalidez de los negocios jurídicos realizados por personas con discapacidad. Enrique Varsi-Rospigliosi y Jairo Napoleón Cieza Mora (Perú). 1082

33/ La contraprestación en forma de datos personales: el nuevo paradigma en la era digital. Álvaro Bueno Biot (España)..... 1122

34/ I.A. e responsabilità civile in medicina: verso un'innovazione tecnologica sostenibile e umanocentrica. Sara de Lucia (Italia). 1186

35/ Problemi “attuali” dell'ingiustificato arricchimento. Manuela Giobbi (Italia). 1214

RECENSIONES

36/ Martínez Calvo, J.: *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2022. Por Angela Mendola..... 1234

37/ Ortega Giménez, A. (dir.): *Los Smart contracts en el Derecho internacional privado español*, 3ª edición, Cizur Menor (Pamplona), Thomson-Reuters Aranzadi, 2024. Por Pablo M. Melgarejo Córdón. 1241

38/ Bueno Biot, Á.: *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio a raíz de la Directiva 2019/770 y su transposición al TRLGDCU*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. Por Pedro Chaparro Matamoros. 1245

39/ Badenas Boldó, J.: *La distribución dual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024. Por Álvaro Bueno Biot..... 1249

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 Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Ordinario di Diritto Comparato, Università di Nápoles Parthenope, Italia

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

Dr. Enrico Al Mureden
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Bologna, Italia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Pablo Gírgado 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 Emérita 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 Ordinario 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

Corte Suprema de Justicia, 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.

Dra. Mar Heras Hernández

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad "Rey Juan Carlos I", España

Dr. Emanuele Indracollo

Professore Ordinario 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 Doctor, de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universitat Jaume I, España

Dr. 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

Profesor Ayudante Doctor 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

Professore Associato 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

Ricercatore Diritto Comparato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Francesco Disalvo

Dottore in Diritto Privato, Universidad LUMSA, Italia

Dra. Elena de Luis García

Profesora Permanente Laboral de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dr. Jorge Enriquez Sordo

Doctorando em Derecho, Universidad de Valencia, España

Dra. Beatriz Extremera Fernández

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Doña Ana Elisabete Ferreira

Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Massimo Foglia

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Bérghamo, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giuseppe Marino

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Palermo, Italia

Dr. Manuel García Mayo

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dr. Carlos Gómez Asensio

Profesor Titular 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 Titular de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

D. Federico Ionnani Fiori

Assegnista di ricerca, Luiss University Roma, Italia

Dr. Francesco La Fata

Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Mesina, Italia

Dr. Marco Li Pomi

Assegnista di Ricerca, LUM, 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

Profesor Ayudante Doctor 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 Titular 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

Professore Associato 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 Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Calogero Valenza

Assegnista di Ricerca, Università de La Sapienza, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España



DOCTRINA

IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PRIVADO*

IMPORTANCE OF HUMAN RIGHTS IN CIVIL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 14-57

* La publicación, con notas añadidas, es una reelaboración de la conferencia pronunciada en el Congreso Carmona VIII "Mujer y Derechos Humanos". El legado de Rosario Valpuesta diez años después, celebrado en Carmona los días 2 y 3 de noviembre 2023. El Movimiento Carmona, para la feminización del Derecho privado, nació en mayo de 2009 en la ciudad de Carmona, merced a la iniciativa y el impulso de Rosario Valpuesta, Catedrática de Derecho civil y Rectora de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Desde entonces, un número creciente de juristas comprometidas y comprometidos en defender y velar por los derechos de las mujeres ha seguido trabajando en la senda de hacer visibles los problemas que más afectan al desarrollo de la vida y de las relaciones de las mujeres, y en el análisis de las respuestas, no siempre satisfactorias, que el ordenamiento jurídico proporciona. El objetivo último que persigue el Movimiento Carmona es proponer una reconstrucción del Derecho privado en el que, sin renunciar a los rasgos y caracteres propios, se introduzcan todas las visiones de la identidad personal, lo que comporta ineludiblemente los valores femeninos y la erradicación de la discriminación. Se trata de confeccionar a partir de unas bases sólidas y transversales que logren despojar a las normas jurídicas escritas, al lenguaje y a la ordenación de las relaciones humanas que se hace en el Derecho privado, del tradicional ropaje masculino con el que fue creado y que ha pervivido durante siglos.

Vincenzo
BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: El ensayo pretende destacar la importancia y el impacto de los Derechos humanos en el Derecho civil. Partiendo de la idea de que esta implicación debe analizarse tanto en el plano normativo como en el doctrinal y jurisprudencial, el trabajo se centra en este último. Eligiendo cuatro tratados diferentes, en los que la perspectiva de género tan cara al Movimiento Carmona cobra importancia capital, se analizan varias sentencias de tribunales internacionales y nacionales, con el objetivo de ilustrar tanto los casos en los que la implicación fue plena, como aquellos en los que la influencia debería haber sido mucho más significativa de lo que realmente fue. A la luz de estas consideraciones, el autor señala que la afirmación de los Derechos humanos exige una nueva hermenéutica e impone el abandono de la teoría clásica del Derecho subjetivo en favor del sistema jurídico de los remedios. La plena realización de los Derechos humanos exige no sólo cambios legislativos, sino sobre todo interpretaciones valientes encaminadas a dar plena efectividad a los Derechos humanos también en el campo de las relaciones entre particulares.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; derechos fundamentales; derecho civil; igualdad; igualdad de género; principio de no discriminación; contrato; familia; filiación; gestación por sustitución; testamentos; sucesiones.

ABSTRACT: *The essay aims to highlight the importance of human rights in civil law. Starting from the idea that this implication should be analysed at the normative level as well as at the doctrinal and jurisprudential level, the essay mainly focuses on the latter. Choosing four different treaties, in which the gender perspective assumes importance, a number of judgments of international courts and national courts are analysed, with the aim, depending on the case, of illustrating both cases in which the implication was full, and cases in which the influence should have been much more significant than it actually was. In the light of these considerations, the author points out that the affirmation of human rights requires a new hermeneutics and imposes the abandonment of the case method in favour of the remedies method. The full realisation of human rights requires not only legislative changes, but above all courageous interpretations aimed at giving full implementation to human rights from a remedial perspective.*

KEY WORDS: *Human Rights; fundamental rights; Civil Law; equality; gender equality; principle of non-discrimination; contract; family; filiation; surrogacy; wills; succession.*

SUMARIO.- I. ACOTACIONES SOBRE EL TEMA.- II. ELECCIONES DE LOS TRATADOS QUE IRÉ CONSIDERANDO AL FIN DE DEMOSTRAR LAS IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CIVIL.- III. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ROMA, 4 DE NOVIEMBRE DE 1950.- IV. CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDM) DE 18 DICIEMBRE 1979.- V. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 20 DE NOVIEMBRE DEL 1989.- VI. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD HECHA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006.- VII. DERECHOS HUMANOS Y NUEVA HERMENÉUTICA: DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS A LA TEORÍA DE LOS REMEDIOS.

I. ACOTACIONES SOBRE EL TEMA.

El abordaje de un tema como el de la “implicación de los Derechos humanos en el Derecho Privado” es extremadamente difícil por diversas razones que están íntimamente ligadas tanto al ámbito de referencia, como al método con el que acometerlo.

En el primer sentido, la referencia a los Derechos humanos exigiría explicar qué son estos y si existe una diferencia sustancial entre ellos y los Derechos fundamentales.

El tema es extremadamente delicado y para no entrar en una disquisición en la que no puedo profundizar en este trabajo, me limito a partir de la consideración de que, en general, los Derechos humanos se refieren a los Derechos que se reconocen en los tratados y convenios internacionales, mientras que los Derechos fundamentales se refieren a los que se reconocen en las constituciones modernas. Se trata, como es obvio de una aproximación, que, además, por su propia naturaleza, está destinada a sufrir constantes interferencias, ya que en el fondo Derechos humanos y Derechos fundamentales coinciden a menudo.

Bajo otro ángulo de observación, la referencia al Derecho privado implicaría un análisis que abarcara desde el Derecho civil hasta el Derecho mercantil, desde el Derecho laboral hasta el Derecho internacional privado. Tal investigación es, por su amplitud, demasiado empeño para esta sede, por lo que me referiré más modestamente al Derecho civil, a sabiendas de que tampoco podré considerarlo en toda su complejidad, por lo que me limitaré a algunas incursiones concretas, que sólo pueden ser tomadas a ejemplos.

En cuanto al método de análisis con el que se puede investigar el tema, existen al menos tres perspectivas diferentes, cada una de las cuales es sumamente

• Vincenzo Barba

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Roma “La Sapienza”. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it.

interesante. El tema podría abordarse desde una perspectiva puramente normativa, desde una perspectiva doctrinal o desde una jurisprudencial.

En la primera perspectiva, convendría observar atentamente qué cambios se han producido en el Derecho civil como resultado de los tratados y convenios internacionales¹, con la complicación adicional de que también sería necesario elegir un sistema estatal o, en una perspectiva más amplia, más de uno, para verificar qué instituciones del Derecho civil han sufrido una transformación radical².

Desde la segunda perspectiva, conviene comprobar cómo el discurso y la argumentación de los juristas ha cambiado a medida que la afirmación de los Derechos humanos se ha vuelto manifiestamente más significativa³, también en el campo del Derecho privado.

Finalmente, en una tercera perspectiva, se podría realizar un análisis encaminado a resaltar qué influencia han tenido los Derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales y, por tanto, cuáles han sido las repercusiones concretas que se han producido, incluso independientemente de las modificaciones formales del Derecho civil.

Evidentemente, en esta última perspectiva no sólo se debe elegir esencialmente uno o más sistemas de referencia, sino que resulta imprescindible verificar cuál ha

- 1 Hay que considerar que, en el contexto de los convenios y tratados internacionales, los actos normativos de la Unión Europea cobran especial importancia, más aún si tenemos en cuenta que el propio Tribunal de Justicia, aunque con algunas salvedades, desde la famosa sentencia de 2014 [STJUE 15 enero 2014, Asunto C-176/12. Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT) (ECLI:EU:C:2014:2)], y más recientemente en la importante sentencia de 2016 [STJUE 19 abril 2016, Asunto C-441/14. Dansk Industri (DI) v. Sucosores de Karsten Eigil Rasmussen (ECLI:EU:C:2016:278)] ha afirmado que el Derecho de la unión debe prevalecer sobre el Derecho nacional, incluso cuando es invocado por un particular y en un asunto contra otro particular. En la última sentencia citada leemos en el párrafo 36: "Por otra parte, se desprende del apartado 47 de la sentencia Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2) que el principio de no discriminación por razón de la edad confiere a los particulares un Derecho subjetivo invocable como tal que —aun en los litigios entre particulares— obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con dicho principio".
- 2 Para hacerse una idea de cuál ha sido la influencia de los derechos humanos, resulta muy útil el retrato del Derecho de familia español que propone María Paz García Rubio en su reinterpretación jurídica de la obra literaria Cinco horas con Mario. GARCÍA RUBIO, M.P.: "Una lectura jurídica de Cinco horas con Mario" (1966, "Cinco horas con Mario". Edición publicada en 2018 en la colección Austral de la editorial Planeta, sello editorial Destino), en *Derecho y literatura en la novela de Miguel Delibes*, de NOEMI SERRANO ARGÜELLO, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, especialmente a partir del párrafo: "Cómo se tratan las instituciones jurídicas en la novela".
- 3 Para darse cuenta de ello, basta considerar que, todavía en 1962, Francesco Carnelutti, en un ensayo en el que defendía la diferencia de trato entre hombres y mujeres, respecto al hecho del adulterio, que si lo cometía una mujer era un delito, mientras que si lo cometía un hombre poco menos que una travesura, escribió estas duras y, hoy, repugnantes palabras: "Ora, per quanto le donne oggi vogliano nascondere (e a me sembra una pazzia) la loro diversità dall'uomo, non possono negare che la *turbatio sanguinis* costituisca il rischio dell'adulterio della moglie e non dell'adulterio del marito: il bastardo non è il corpus unum dell'uno e dell'altro dei coniugi; e una famiglia nella quale vivono dei bastardi non è unita o, almeno, è meno unita di quella che potrebbe e dovrebbe essere" (CARNELUTTI, F.: "Fedeltà coniugale e unità della famiglia", *Rivista di diritto civile*, 1962, I, p. 3 ss.).

sido el diálogo entre las diferentes Cortes de Justicia, es decir, el diálogo entre la jurisprudencia interna y la jurisprudencia supranacional.

Cada una de estas tres perspectivas merece una extensa reflexión, a fin de dar una imagen completa de la influencia de los Derechos humanos en el Derecho privado. Obviamente, una perspectiva tan amplia requeriría más que un estudio monográfico y no es compatible con la naturaleza de esta contribución.

Consciente de la necesidad de elegir, dedicaré las páginas siguientes a la tercera perspectiva apuntada, consciente de que no será posible eludir, aunque sea para reflejarlas de forma concisa, las otras dos. Evidentemente elijo el Derecho español y, en cierta medida, el italiano como ordenamientos jurídicos privilegiados respecto de los cuales realizar este análisis, comprobando también la importancia que ha adquirido el diálogo entre los Tribunales internos e internacionales.

Todo ello sin dejar de considerar que el discurso de los tratados y convenios internacionales no sólo no es un discurso meta positivo, sino que es un discurso que para cada ordenamiento jurídico debe ser considerado de Derecho positivo interno.

No podemos olvidar que la mayoría de los tratados internacionales de Derechos humanos forman parte integrante y sustancial de nuestros ordenamientos jurídicos. Nadie puede dudar de que estos tratados, aun ratificados por una ley ordinaria, tienen una relevancia jerárquica superior, situándose, aunque con ciertas matizaciones, en el nivel constitucional o incluso supraconstitucional.

Esto es así no sólo en el ordenamiento español, donde existe incluso una norma expresa en este sentido (art. 10.2 CE, y para un caso concreto, art. 39.4 CE), sino también en ordenamientos como el italiano que, aunque no cuentan con una norma en la Constitución de contenido similar, exigen una reinterpretación de la teoría de las fuentes que lleva a conclusiones parecidas.

De acuerdo con la teoría más acreditada sobre la interpretación del Derecho italiano, aunque todavía existen algunas resistencias, la introducción de la Constitución de 1948 y, posteriormente, la adhesión a importantes Tratados europeos e internacionales de Derechos humanos ha supuesto un radical cambio del sistema de fuentes, que ha exigido una nueva hermenéutica. El paso de un sistema de fuentes cerrado a otro complejo y abierto, unido al reconocimiento normativo de principios y valores establecidos en la Constitución y en los Tratados, no sólo exige su aplicación inmediata y directa, incluso en las relaciones horizontales (la llamada *Drittwirkung* de los Derechos fundamentales⁴), sino que impone una reinterpretación de todo el Derecho civil.

4 Me gustaría señalar que, dada la naturaleza de este trabajo, no entraré en el difícil debate sobre la eficacia directa de los Derechos fundamentales, que, como es bien sabido, se ha desarrollado a diversos niveles

II. ELECCIONES DE LOS TRATADOS QUE IRÉ CONSIDERANDO AL FIN DE DEMOSTRAR LAS IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CIVIL.

Habiendo optado demostrar la implicación de los Derechos humanos en el Derecho civil desde una perspectiva netamente jurisprudencial, es imprescindible hacer una elección de textos internacionales, considerando la extraordinaria cantidad de tratados de Derechos humanos existentes y también con él fin de hacer la exposición un poco más ordenada.

Para dar cuenta de esta importancia en el ámbito del Derecho civil de nuestros días, consideraré, por razones de tiempo y espacio, y como muestra paradigmáticas, cuatro tratados internacionales de Derechos humanos que me parece que tienen singular relevancia en los cambios operados en nuestros respectivos ordenamientos jurídicos internos.

Esta elección conlleva dos advertencias básicas:

1) Cada Tratado o Convenio internacional de Derechos humanos nunca aborda un único aspecto y, en general, son textos normativos complejos que aspiran a regular una multiplicidad de cuestiones. No puedo considerar los tratados en su totalidad y, por lo tanto, sólo destacaré algún aspecto específico en cada uno de ellos que tenga especial relevancia para las relaciones civiles. Huelga decir que tendré en cuenta el tema de la mujer y, por tanto, el tema del género.

en el Derecho alemán y desde allí se ha extendido a otros ordenamientos jurídicos. Nadie niega que los Derechos fundamentales tengan relevancia normativa, del mismo modo que nadie pone en duda que sean una restricción para el Estado. Sobre lo que está abierto el debate, por todos conocido, es, por un lado, sobre la eficacia directa de estos Derechos fundamentales, es decir, sobre si pueden hacerse valer sin la mediación de una norma de aplicación, y admitiendo esta última posibilidad, sobre su eficacia horizontal, es decir, sobre si también pueden ser invocados directamente por un particular en una relación jurídica con otro particular. En este sentido, como es trillado, existe una posición según la cual los Derechos fundamentales no pueden aplicarse directamente porque tienen una doble naturaleza de prohibiciones de injerencia y de mandatos de protección, ambos dirigidos a los poderes públicos; existe otra posición doctrinal que defiende una eficacia horizontal mediata de los Derechos fundamentales entre particulares, lo que en otras palabras significa que será siempre necesaria la interposición del Estado entre los particulares para asegurar dicha eficacia; por último, existe una posición, a la que me adhiero por muchas razones que no pueden argumentarse adecuadamente aquí y para la que hay que remitirse a otros escritos, según la cual los Derechos fundamentales tienen eficacia directa e inmediata y, por tanto, pueden ser invocados incluso sin la mediación de una norma de aplicación. Para un resumen eficaz de la doctrina alemana, véase, FEMIA, P.: *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 3 ss.. Para un análisis de las diversas posturas véase, entre muchos: GARCÍA RUBIO, M.P.: "La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los Derechos fundamentales", en AA. VV, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, de, Consejo General del Notariado, Madrid 2002, pp. 297-314; PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. II, *Fonti e interpretazione*, 4 ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020; ALEX, R.: *Teoría de los Derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de C. Bernard Pullido*, 2º ed., Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007; ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada y Derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 57-122; AGUILERA RULL, A.: *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 32-65.

2) La elección de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos humanos, que he decidido tomar como paradigmáticos descansa no sólo en su importancia histórica, ni solo en la relevancia que han tenido y siguen teniendo en el reconocimiento de los Derechos de las mujeres en general, sino también teniendo en cuenta la época en que se aprobaron, con el objetivo de mostrar cómo ha ido cambiando con el paso del tiempo el enfoque y la trascendencia de los Derechos consagrados en ellos.

Los cuatro tratados que voy a considerar son los siguientes:

1) Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma, 4 de noviembre de 1950

2) Convención de las NU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 diciembre 1979

3) Convención de las NU sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989

4) Convención de las NU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006

Uno de los rasgos que todos estos tratados tienen en común y que, sin duda, constituye la característica más significativa de los cambios que se han producido en el Derecho civil es, a mi juicio, la impronta que conceden al principio de no discriminación. Un principio que ha ido ganando terreno a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado y lo que va de este influyendo en todos los ámbitos del Derecho privado: del Derecho de la persona al Derecho de familia, del Derecho de sucesiones al Derecho contractual, extendiéndose también al ámbito del Derecho laboral, el mercantil el Derecho internacional privado, e incluso, más allá del Derecho privado, al Derecho penal.

Aunque aún estamos lejos de la plena aplicación del principio de no discriminación en todos los recovecos del Derecho interno, los signos de su influencia en todas las ramas del Derecho civil están a la vista.

Aunque he optado por demostrar la implicación de los Derechos humanos desde una perspectiva claramente jurisprudencial, no creo que podamos dejar, aunque sea con pinceladas, de dar una idea de cómo estos Tratados y Convenciones han afectado profundamente al Derecho legislado actual.

En primer lugar, incidiendo en las propias Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que, en gran medida, han hecho suyos, como Derechos fundamentales, muchos de los Derechos humanos reconocidos en los Tratados

internacionales, hasta el punto de que algunos juristas, proclives a considerar los tratados internacionales como Derechos meta-normativos o incluso como Derecho natural, se ha afirmado que las Constituciones han positivizado el Derecho natural.

Además, este impulso normativo no se detuvo en el nivel constitucional, ya que, en muchos países europeos, tras la aprobación de los principales Tratados internacionales y europeos de derechos humanos y en cumplimiento del nuevo orden establecido en las Constituciones, se llevaron a cabo reformas normativas muy importantes.

Por considerar sólo en los aspectos normativos más macroscópicos, basta pensar en las reformas de 1981 del Derecho de familia en España y la de 1975 en Italia, tanto en lo que se refiere al cambio del papel de la mujer, como a los regímenes patrimoniales en el matrimonio; en el Derecho de la persona, al reconocimiento de los Derechos fundamentales, incluido el Derecho al aborto (despenalizado en España en unos supuestos con la L.O. 9/1984, luego con la L.O. 2/2010 y regulada ahora por la L.O. 1/2023; admitido en Italia por la L. 194/1978) y el ejercicio de los Derechos políticos, cambió el rostro de este sector del ordenamiento; por su parte, en el Derecho de sucesiones, basta pensar en la progresiva eliminación de todas las normas que preveían y, en algunos países, siguen previendo el favor del varón o del primogénito en la sucesión; en el Derecho contractual, como ejemplo muy evidente, destaca la eliminación de las limitaciones de la capacidad de la esposa para contratar.

III. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ROMA, 4 DE NOVIEMBRE DE 1950.

El principio de no discriminación, que constituye el núcleo de la Convención de las Naciones Unidas de 1979, se encuentra ya en germen en el Convenio Europeo de Derechos humanos (en adelante, CEDH) y en los convenios posteriores que he tomado como ejemplo.

En el CEDH, sólo se encuentra una referencia explícita a la mujer en el artículo 12, referido al Derecho a contraer matrimonio. El resto de las normas, tienen su destinatario en el genérico “toda persona” o “nadie”, dependiendo de si la norma quiere reconocer un Derecho o excluir una situación o consecuencia.

Aunque la referencia a la mujer no es explícita, hay que reconocer, sin embargo, que muchas de esas normas, aunque en su genérico destinatario de toda persona, han tenido una influencia decisiva para eliminar la discriminación contra la mujer, ya que en muchos ordenamientos jurídicos europeos determinados Derechos y

libertades, siendo indiscutibles para los hombres, eran de dudoso o menor alcance para las mujeres.

Para hacernos una idea, y partiendo de la importancia esencial que en el marco de este tratado tiene su aplicación por el TEDH, intérprete auténtico de su contenido, voy a recordar algunas sentencias que me parecen especialmente relevantes a los fines que nos ocupan.

La primera sentencia a la que me referiré es *STEDH 16 de diciembre de 2010*⁵, que se refiere al Derecho de la mujer al aborto.

Este caso complejo se refiere a la difícil situación de tres mujeres de nacionalidad irlandesa que, debido a la situación de incertidumbre en su propio país, se ven obligadas a viajar a Inglaterra para abortar. Nos interesa especialmente la situación de la tercera de estas mujeres, que descubre que está embarazada tras someterse a una sesión de quimioterapia, tras lo que decidió interrumpir el embarazo, por el riesgo que su continuación del embarazo suponía para su salud y la del feto. La legislación irlandesa sobre el aborto, según la sentencia, no era nada clara y, además, el Estado, que tenía la obligación en virtud del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa⁶ de proporcionar información adecuada, no facilitó ninguna información a la mujer. En consecuencia, la mujer demanda al Estado irlandés por falta de un procedimiento que le permitiera determinar si tenía Derecho a un aborto legal en Irlanda por el riesgo que suponía su embarazo para su vida.

El Tribunal consideró que ni la consulta médica ni las opciones de litigio invocadas por el Gobierno constituían procedimientos eficaces y accesibles que permitieran a la demandante establecer su Derecho a un aborto legal en Irlanda. Consideró asimismo que la incertidumbre generada por la falta de aplicación legislativa del artículo 40.3.3 de la Constitución Irlandesa, y más concretamente por la falta de procedimientos eficaces y accesibles para establecer el Derecho al aborto en virtud de dicha disposición, había dado lugar a una sorprendente discordancia entre el Derecho teórico al aborto legal en Irlanda.

Se lee en los párrafos 263 y 264:

263. En consecuencia, el Tribunal considera que ni la consulta médica ni las opciones de litigio invocadas por el Gobierno constituían procedimientos eficaces

5 STEDH 16 diciembre 2010, Asunto A, B y C, contra Irlanda, Demanda núm. 25579/05 (ECLI:CE:ECHR:1985:0326JUD000897880).

6 40.3.3 "3°. El Estado reconoce el Derecho a la vida del niño nonato y, con la debida consideración a la igualdad, garantiza el respeto del Derecho a la vida de la madre, y, en la medida de lo posible, respetar y defender este Derecho en sus leyes. Esta subsección no limitará la libertad de viajar de nuestro Estado a otro Estado. Esta subsección no limitará la libertad de obtener o de poner a disposición en el Estado, en las condiciones que pueda establecer ley, informaciones relativas a los servicios disponibles legalmente en otro Estado".

y accesibles que permitieran a la tercera demandante establecer su Derecho a un aborto legal en Irlanda. Por lo tanto, el Tribunal no está obligado a abordar las alegaciones adicionales de las partes en relación con los plazos, la rapidez, los costes y la confidencialidad de dichos procedimientos internos.

264. El Tribunal considera que la incertidumbre generada por la falta de aplicación legislativa del artículo 40.3.3, y más concretamente por la falta de procedimientos eficaces y accesibles para establecer el Derecho al aborto en virtud de dicha disposición, ha dado lugar a una sorprendente discordancia entre el Derecho teórico al aborto legal en Irlanda por razón de un riesgo relevante para la vida de la mujer y la realidad de su aplicación práctica (véase Christine Goodwin, §§ 77-78, y S. H. and Others, § 74).

Sobre la base de estas consideraciones el Tribunal consideró que la falta de aplicación del artículo 40.3.3 por parte del Estado constituyó un incumplimiento del Derecho de la tercera demandante a que se respetase su vida privada, en violación del artículo 8 del Convenio.

“267. En tales circunstancias, el Tribunal rechaza el argumento del Gobierno de que la tercera demandante no agotó los recursos internos. También concluye que las autoridades no cumplieron con su obligación positiva de garantizar a la tercera demandante el respeto efectivo de su vida privada debido a la ausencia de un régimen legislativo o reglamentario de aplicación que proporcionara un procedimiento accesible y eficaz mediante el cual la tercera demandante pudiera haber establecido si tenía Derecho a un aborto legal en Irlanda de conformidad con el artículo 40.3.3 de la Constitución.

268. En consecuencia, el Tribunal considera que se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio”.

Cabe señalar, sin embargo, que, aunque el Tribunal Supremo estimó la demanda y condenó al Estado irlandés, no apreció el Derecho a la indemnización por daños y perjuicios, ya que consideró que no “exista un vínculo causal establecido entre la violación constatada y la reclamación de la tercera demandante de daños materiales y morales en relación con su viaje para abortar a Inglaterra”.

No menos importante es la *STEDH 8 de diciembre de 2009*⁷, en la que una mujer gitana de nacionalidad española se quejaba de la denegación de la prestación de viudedad tras el fallecimiento de su pareja, también gitano de nacionalidad española, por la única razón de que no estaban casados ante la legislación española. En este caso, aunque pueda parecer lo contrario, no se trata de valorar

7 STEDH 8 diciembre 2009, Asunto Muñoz Díaz C. España, demanda núm. 49151/07 (ECLI:CE:ECHR:2009:1208JUD004915107).

si la prestación de viudedad también es debida en el caso de una pareja de hecho, cuestión que sin duda debería resolverse en términos negativos en el marco del ordenamiento español, debido también a la conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre la diferencia de trato jurídico entre matrimonio y parejas de hecho, sino de comprobar si en el caso concreto concurrían requisitos que pudiesen justificar el reconocimiento de dicha pensión.

La cuestión principal pivota, en efecto, en torno a la posibilidad de comprobar si un matrimonio celebrado según el rito gitano puede considerarse, desde el punto de vista del Derecho civil, no como una simple pareja de hecho, sino como un matrimonio nulo de buena fe, al haber sido tratado durante un tiempo por la administración española como un matrimonio a otros efectos. La Unión Romaní subraya que el matrimonio gitano no es diferente de otros tipos de matrimonio y que existe desde el momento en que un hombre y una mujer expresan su voluntad de vivir juntos con el deseo de fundar una familia, que es la base de la comunidad gitana.

El TEDH observa en primer lugar que:

“57. El TEDH observa, en este caso que, cuando la demandante se casó en 1971 con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse de acuerdo con el rito del Derecho canónico de la Iglesia católica. El TEDH considera que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su Derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el Derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano.

58. Ciertamente, es, que tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y en virtud de la Ley 30/1981, de 7 de julio (párrafo 26 anterior), la demandante habría podido contraer matrimonio civil. La demandante sostiene que, ella estaba convencida de buena fe de que el matrimonio celebrado con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos acarrearía todos los efectos propios de esta institución”.

Hecha esta aclaración, el punto en el que insiste el TEDH es verificar si el Estado español trató o no, con independencia de que no existiera un matrimonio válido, a la mujer como si estuviera casada. Por lo tanto, se trata de evaluar el hecho de haber denegado a la demandante el Derecho a percibir una pensión de viudedad revela un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la minoría gitana, respecto de la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, cuando los interesados están convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo éste legalmente válido. A ese respecto, el TEDH señala que durante muchos años el Estado español, a pesar de ser consciente de que no existía el matrimonio, trató a las mujeres

como si estuvieran casadas y, muy concretamente, mediante la entrega de varios documentos de la Seguridad Social, especialmente el documento de afiliación al sistema, estableciendo su condición de esposa y madre de familia numerosa, situación considerada como especialmente merecedora de ayuda y que exigía, en aplicación de la Ley 25/1971 de 19 de junio, el reconocimiento de la condición de cónyuge.

Por lo tanto, el comportamiento mantenido por el Estado español durante muchos años reforzó la convicción de la mujer de que su matrimonio gitano contaba como matrimonio civil o de que no había ninguna diferencia real.

El TEDH afirma:

63. Para el TEDH, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha generado en la interesada la legítima expectativa de ser considerada como esposa de M. D. y de formar junto a él una pareja casada reconocida. Tras el fallecimiento de M. D. es natural que la demandante haya alimentado la esperanza de que se le reconociera una pensión de viudedad".

Basándose en estos argumentos, el TEDH considera desproporcionado que el Estado español, que expidió un Libro de Familia a la demandante y a su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió asistencia sanitaria y recaudó las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quisiera en consecuencia reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

En conclusión, el TEDH condena al Estado por violación del art. 14 del Convenio⁸.

8 Cabe mencionar que esta decisión no fue decisiva en una sentencia más reciente del Tribunal Constitucional español, en la que se denegó a una mujer gitana el derecho a una pensión de viudedad. Me refiero a la STC 1/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:1), recurso de amparo 1343-2018. Promovido por doña Joaquina Cortés Cortés en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que desestimó su demanda de reconocimiento de pensión de viudedad. Supuesta discriminación por razón de raza: denegación de la pensión de viudedad consecuencia de la inexistencia de unión matrimonial reconocida por el ordenamiento español (STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España). En esta sentencia, el Tribunal afirma, por un lado, que no puede hablarse de discriminación, ya que el trato jurídico diferente está justificado y, por otro, que no se cumple la condición de buena fe que había caracterizado el caso resuelto por el TEDH. Se lee en los fundamentos jurídicos: "Así, aunque en efecto la entonces demandante y su compañero de vida, como ocurre en esta ocasión, pertenecían a la comunidad gitana, se casaron según los rituales propios de su comunidad, tuvieron varios hijos, contaban con libro de familia y vivieron juntos durante un largo período de tiempo, desde la fecha de su matrimonio hasta el fallecimiento, lo cierto es que en el supuesto ahora analizado la demandante carecía de elementos objetivos en que fundar la convicción sobre la validez de su matrimonio y que su unión como convivientes tampoco estaba formalizada, ya que había excluido de forma voluntaria la utilización de cualquiera de las formas que le hubieran permitido lucrar la pensión de viudedad. Todo ello, sin perjuicio, claro está, de la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida, esto es, la idea de que el matrimonio contraído según sus propios ritos y tradiciones es válido para dicha comunidad, aunque no lo sea para las autoridades nacionales que ciertamente no le otorgan validez civil. Por otro lado, conviene subrayar que a diferencia del supuesto que examinamos en la STC 194/2014, de 1 de

65. El TEDH considera que el rechazo al reconocimiento del Derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato respecto al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), o la situación examinada en la Sentencia del Tribunal Constitucional no 199/2004, de 15 de noviembre de 2004 -párrafos 29 y 32 anteriores-, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico). El TEDH considera acreditado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe.

Es muy relevante la *STEDH 8 de noviembre de 2011*⁹, en la que una mujer alega la violación de los artículos 3, 8, 12, 13 y 14 del Convenio debido a su esterilización en un hospital público.

Una mujer de origen ético rumano, de 20 años, fue esterilizada durante la hospitalización para el parto de su segundo hijo. Según la narración de los hechos, los médicos extorsionaron a la mujer para que diera su consentimiento a la esterilización. En particular, durante el parto, cuando la mujer sentía dolores, los médicos le habrían dicho que un tercer embarazo y parto sería muy peligrosos para su salud y que por ello le proponían la esterilización. Según el relato, la información de los médicos fue muy superficial, la esterilización no era necesaria en absoluto y, lo que es peor, la mujer habría dado su consentimiento sin comprender plenamente el alcance. Ella alega que ella no dio un consentimiento pleno e informado a su esterilización tal y como requieren las normas internacionales.

diciembre, en relación con un matrimonio contraído por el rito islámico carente de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español, no hay constancia alguna de que la administración reconociera la existencia y validez del matrimonio de la recurrente, sino que, por el contrario, en la documentación obrante en las actuaciones consta que el estado civil de la pretendida causante de la pensión de viudedad era soltera y extramatrimoniales los hijos habidos en común. Tampoco existen indicios de que administración alguna le hubiera reconocido los efectos propios de una persona con vínculo matrimonial. Por ello, como ya hemos adelantado en el fundamento jurídico 2 de la presente resolución, en esta ocasión no es posible atender a la buena fe de la demandante de amparo como canon de proporcionalidad en el juicio de la posible lesión del art. 14 CE, como hiciera en su día el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Muñoz Díaz c. España, pues la recurrente en amparo Sra. Cortés Cortés era plenamente conocedora de la falta de validez de su matrimonio, al haberse celebrado por un rito no reconocido por nuestro ordenamiento jurídico y tampoco formalizó en momento alguno su relación *more uxorio* en el modo exigido por la legislación para el reconocimiento de su derecho a la prestación de viudedad por el sistema nacional de Seguridad Social". Sin embargo, es importante recordar el voto particular de don Juan Antonio Xiol Ríos, que discrepa con la argumentación y con la conclusión de que no existe una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional en el trato normativo, administrativo y judicial dispensado a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní a los efectos de lucrar la prestación por viudedad y también con el restringido alcance que se reconoce a la STEDH 8 diciembre 2009, asunto Muñoz Díaz c. España.

9 STEDH 8 noviembre 2011, Asunto V.C. c. Eslovaquia, demanda núm. 18968/07 (ECLI:CE:ECHR:2011:1108JUD001896807).

Se lee en la sentencia:

15. La demandante alega que, después de varias horas de parto y estando con muchos dolores, el personal médico del Hospital de Prešov le preguntó si quería tener más niños. La demandante contestó afirmativamente pero el personal médico le dijo que, si tenía más niños, tanto ella como el niño morirían. La demandante comenzó a gritar y, como le convencieron de que el próximo embarazo sería fatal, les dijo a los médicos “hacer lo que tengáis que hacer”. Entonces le pidieron que firmara en el registro del nacimiento debajo de la nota que indicaba que había solicitado la esterilización. La demandante no entendió el término “esterilización” y firmó el formulario por temor a que, de otra manera, las consecuencias fueran fatales. Al encontrarse en la última etapa del parto, su conocimiento y sus capacidades cognitivas estaban alteradas debido al parto y al dolor.

La mujer sufrió posteriormente graves problemas médicos y psicológicos derivados del procedimiento de esterilización; mostró síntomas de un falso embarazo; fue condenada al ostracismo por parte de la comunidad romaní y su marido, padre de su hija, la dejó en varias ocasiones debido a su infertilidad, hasta que en 2009 divorciaron. Asimismo, resulta que el procedimiento no suponía una necesidad inminente desde un punto de vista médico, ya que no era preciso ni para su vida ni mucho menos para salvaguardar su integridad física.

En este caso el TEDH condena al Estado tanto por violación del art. 3 del Convenio, sobre maltrato y tortura, y por violación del art. 8, sobre el respeto a la vida privada.

En la sentencia se afirma en primer lugar que el consentimiento no podía considerarse suficientemente informado:

112. En opinión del Tribunal, este enfoque no es compatible con los principios de respeto a la dignidad y a la libertad humanas consagrados en el Convenio y la exigencia de consentimiento informado establecida en los documentos internacionales a los que se hace referencia más arriba. En particular, no se desprende de los documentos presentados que la demandante estuviera plenamente informada sobre su estado de salud, el procedimiento propuesto y las alternativas a la misma. Además, al solicitar a la demandante su consentimiento para dicha intervención, mientras ella estaba de parto y poco antes de la realización de una cesárea, está claro que no le permitió tomar una decisión por su propia voluntad, después de examinar todas las cuestiones pertinentes y como hubiera querido, después de haber reflexionado sobre las implicaciones y discutido el asunto con su pareja.

Por ello, la esterilización, que constituye la mayor injerencia en el estado de salud reproductiva de una persona, debe considerarse ilegítima y, dadas las circunstancias en que se practicó, debe considerarse una verdadera tortura.

119. A pesar de no haber indicaciones de que el equipo médico actuó con intención de maltratar a la demandante, ellos, no obstante, actuaron sin tener en consideración el Derecho que tiene, como paciente, a la autonomía y a la elección. Para el Tribunal, el trato al que fue sometida, como se describe anteriormente, alcanzó el nivel de gravedad necesario para entrar en el ámbito del artículo 3.

Además, según el TEDH la conducta de los médicos supone al mismo tiempo una violación del respeto a la vida privada, entendido en su sentido más amplio como respeto a la identidad de la persona.

Tomando como punto de partida esta última decisión y tomando en consideración las dos anteriores, así como la jurisprudencia más reciente del TEDH, me parece necesario destacar la importancia que el artículo 8 del CEDH, sobre el Derecho al respeto de la vida privada y familiar, ha ido adquiriendo con el paso del tiempo por su notable influencia en los ordenamientos internos.

Esta norma, que en un principio sólo se aplicaba en los casos en los que se planteaba una cuestión de respeto a la vida privada en sentido estricto y, por tanto, a las decisiones relacionadas con el desarrollo de la personalidad en el contexto de la propia existencia, ha cobrado una importancia creciente, hasta el punto de convertirse en una norma a través de la cual se protege la dignidad humana.

En esta última sentencia, recogiendo la jurisprudencia anterior, se lee:

138. “La vida privada” es un término amplio, que abarca, *inter alia*, los aspectos físicos, psicológicos, de identidad social de un individuo, tales como el Derecho a la autonomía y el desarrollo personal, el Derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el Derecho al respeto por la decisión de ambos de tener o no tener un hijo (véase Evans contra el Reino Unido [GS] TEDH 2006, 19, núm. 6339/05, ap. 71, TEDH 2007-IV; o EB contra Francia [GS], núm. 43546/02, ap. 43, 22 de enero de 2008).

139. El principal objeto del artículo 8 es proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas. Cualquier injerencia en el primer párrafo del artículo 8 deberá ser justificado en términos del segundo párrafo, es decir, como “de acuerdo con la Ley” y “necesaria en una sociedad democrática” para uno o más de los objetivos legítimos enumerados en el mismo. La noción de necesidad implica que la injerencia corresponde a una necesidad social imperiosa y, en particular, que es proporcional a uno de los objetivos legítimos perseguidos por

las autoridades (véase, por ejemplo, A, B y C contra Irlanda [GS], núm. 25579/05, apds. 218-241, 16 de diciembre de 2010).

El respeto a la vida privada se ha convertido, por tanto, en una norma clave en la protección del individuo, ya que puede abarcar múltiples aspectos de la identidad física y social de la persona y se extiende en particular a los aspectos relativos a la identidad personal. El concepto de vida privada no se puede limitar al círculo interior; en el que el individuo puede vivir su propia vida personal sin interferencias externas, excluyendo a los demás de su propia vida, sino que debe abarcar también el Derecho a llevar una vida privada social, es decir, la posibilidad de establecer y desarrollar relaciones con los demás y con el mundo exterior, incluidas las actividades profesionales¹⁰. La importancia del artículo 8 en esta clave interpretativa ha adquirido una dimensión capital, hasta el punto de que esta norma también ha sido decisiva en todas las sentencias sobre gestación por sustitución, a las que me referiré en las páginas siguientes y con referencia específica al interés superior del menor.

Por último, aunque ha tenido una relevancia significativa la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, no podemos olvidar la famosa *STEDH 25 de julio de 2017*¹¹, cuya cuestión principal gira en torno a la indemnización debida a una mujer por

10 Se debe tener en cuenta *STEDH 5 septiembre 2017, Asunto Bărbulescu c. Romania*, demanda núm. 61496/08 (ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608). Se lee: "70. En esta fase de su examen considera útil subrayar que 'vida privada' es un término amplio que no puede ser objeto de una definición exhaustiva (véase *Sidabras y Džiautas contra Lituania*, núm. 55480/00 y núm. 59330/00, párrafo 43, CEDH 2004 VIII). El artículo 8 del Convenio protege el Derecho al desarrollo personal (véase *K. A. y A. D. contra Bélgica*, núm. 42758/98 y núm. 45558/99, párrafo 83, 17 de febrero de 2005), ya sea en términos de personalidad (véase *Christine Goodwin contra el Reino Unido* [GC], núm. 8957/95, párrafo 90, CEDH 2002-VI) o de autonomía personal, que es un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del artículo 8 (véase *Pretty contra el Reino Unido*, núm. 2346/02, párrafo 61, CEDH 2002-III). El Tribunal reconoce que toda persona tiene Derecho a la privacidad, lejos de las miradas no deseadas (véase *Smirnova contra Rusia*, núm. 46133/99 y núm. 48183/99, párrafo 95, CEDH 2003 IX -extractos-). También considera que sería demasiado restrictivo limitar la noción de 'vida privada' a un 'círculo interno' en el que el individuo puede vivir su propia vida personal como desee, excluyendo así por completo el mundo exterior no comprendido en ese círculo (véase *Niemietz contra Alemania*, 16 de diciembre de 1992, párrafo 29, Serie A núm. 251 B). Así pues, el artículo 8 garantiza un Derecho a la 'vida privada' en sentido amplio, incluido el Derecho a llevar una 'vida social privada', es decir, la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social. A este respecto, el Derecho en cuestión consagra la posibilidad de acercarse a los demás para establecer y desarrollar relaciones con ellos (véase *Bigaeva contra Grecia*, núm. 26713/05, párrafo 22, 28 de mayo de 2009, y *Özpinar contra Turquía*, núm. 20999/04, párrafo 45 in fine, 19 de octubre de 2010). 71. El Tribunal considera que la noción de 'vida privada' puede incluir las actividades profesionales (véase *Fernández Martínez contra España* [GC], núm. 56030/07, párrafo 110, CEDH 2014 -extractos-, y *Oleksandr Volkov contra Ucrania*, núm. 21722/11, párrs. 165-66, CEDH 2013), o las actividades que tienen lugar en un contexto público (véase *Von Hannover contra Alemania* (núm. 2) [GC], núm. 40660/08 y núm. 60641/08, párrafo 95, CEDH 2012). Las restricciones a la vida profesional de una persona pueden caer en el ámbito del artículo 8 cuando repercuten en la manera en que construye su identidad social a desarrollar relaciones con los demás. Cabe señalar a este respecto que es en el curso de su vida laboral cuando la mayoría de las personas tienen una oportunidad significativa, si no la mayor, de desarrollar relaciones con el mundo exterior (véase *Niemietz*, citado anteriormente, párrafo 29)". V., también, *STEDH 17 octubre 2019, Asunto López Ribalda y otros contra España*, demanda núm. 1874/13 y 8567/13 (ECLI:CE:ECHR:2018:0222JUD000058813).

11 *STEDH 25 julio 2017, Asunto Carvalho Pinto De Sousa Morais C. Portugal* (ECLI:CE:ECHR:2017:0725JUD001748415).

las graves lesiones que sufrió como consecuencia de una intervención quirúrgica chapucera y, en particular, a la decisión del Tribunal de segunda instancia que había reducido considerablemente la indemnización basándose en un motivo manifiestamente discriminatorio.

En diciembre de 1993, una mujer ingresó en el servicio de ginecología de un hospital portugués, donde se le diagnosticó una afección ginecológica. Siguiendo un estando de infección, a principios de 1995, durante una consulta, se le propuso una intervención quirúrgica. El 21 de mayo de 1995 fue ingresada para ser intervenida quirúrgicamente de la glándula de Bartolino del lado izquierdo. El 22 de mayo de 1995 se le extirparon ambas glándulas, situadas a ambos lados de la vagina. En fecha desconocida, tras recibir el alta hospitalaria, empezó a experimentar dolores intensos y pérdida de sensibilidad en la vagina. También sufría incontinencia urinaria, tenía dificultades para sentarse y caminar, y ya no podía mantener relaciones sexuales. En fecha desconocida, se enteró durante una exploración en una clínica privada de que el nervio pudendo izquierdo había resultado dañado durante la operación.

El 26 de abril de 2000, la demandante interpuso una acción civil contra el Tribunal Administrativo de Lisboa reclamó una indemnización en concepto de reparación del daño moral y material. El tribunal estimó la demanda y reconoció a la mujer el Derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos de 80.000 euros.

El tribunal de segunda instancia, sin embargo, redujo el resarcimiento del daño sufrido por la mujer a 50.000 euros por las siguientes razones: a) sus problemas no eran nuevos: el único efecto de la intervención quirúrgica fue agravar una situación ya difícil, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar los daños y perjuicios; b) la demandante era madre de dos hijos y tenía ya 50 años; además a su edad el sexo ya no puede considerarse tan importante. Por ello, la mujer recurre al TEDH.

Según el TEDH, esta suposición refleja una visión tradicional de la sexualidad femenina -esencialmente vinculada a las funciones reproductivas de la mujer- e ignora su importancia física y psicológica para el desarrollo personal de la mujer. No sólo es, en cierto modo, moralizante, sino que tampoco tiene en cuenta los demás aspectos de la sexualidad femenina en el caso concreto de la demandante. En otras palabras, en el presente asunto, el Tribunal Supremo Administrativo formuló una presunción general sin tratar de verificar su validez en el caso particular de la demandante, que tenía cincuenta años en el momento de la operación en cuestión.

Además, el TEDH señala el grave contraste entre la posición adoptada con respecto a la demandante y la adoptada en dos sentencias dictadas en 2008 y 2014 relativas a dos recursos interpuestos por dos hombres, uno de cincuenta y cinco

años y otro de cincuenta y nueve, que alegaban ser víctimas de una negligencia médica. En ambos casos, el Tribunal Supremo de Justicia consideró que el hecho de que los hombres ya no pudieran mantener relaciones sexuales normales había dañado su autoestima y les había causado una “terrible conmoción” y un “grave traumatismo psíquico”; además, y esto es de gran importancia, en ninguno de los dos casos el tribunal consideró apropiado reducir la medida de indemnización dada la edad de los dos hombres.

Según el TEDH el razonamiento del Tribunal Supremo Administrativo condujo a una diferencia de trato basada en el sexo y la edad de la demandante, lo que equivale a una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8.

IV. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDM) DE 18 DICIEMBRE 1979.

Pasemos ahora a los Tratados de Derechos humanos de las Naciones Unidas y empezamos por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (en adelante CEDM) que, es obvio decir, gira integralmente en torno a la afirmación de los Derechos de las mujeres.

Como ya he anticipado, esta Convención tuvo gran importancia en modificaciones sustanciales del Derecho de familia español e italiano, pero ha tenido, asimismo, un gran protagonismo a la hora de realizar la igualdad entre hombres y mujeres.

Un primer ámbito en el que la Convención tuvo una importancia significativa se refiere a la cuestión de los títulos nobiliarios. Como es sabido de sobra, la disciplina de los títulos nobiliarios fue reformada, teniendo en cuenta la CEDM¹², con la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (LITN), que eliminó sustancialmente el principio de la preferencia en la sucesión del título a la línea masculina, que, en cambio, todavía se mantiene a nivel constitucional, en el art. 57, apartado 1, en relación con la sucesión al trono, en la que se sigue prefiriendo “el varón a la mujer”.

12 Se lee en las exposiciones de motivos: “Esta plena igualdad del hombre y la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales se reconoce en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por España en 1984. El principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando éstas son reconocidas y amparadas por las leyes.”.

La primera sentencia del Tribunal Supremo español que merece ser mencionada es la STS 28 abril 1989¹³, que, incluso antes de que se modificara la ley de títulos nobiliarios, derogó esencialmente la legislación vigente en la parte que preveía la preferencia del varón a la mujer.

En particular, el Tribunal Supremo denunció la inaplicación de la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 y, considerando discriminatorio el principio de masculinidad, estimó su derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, con referencia a las sucesiones en títulos nobiliarios producidas a partir de la promulgación y vigencia de la Constitución Española.

El alto Tribunal tenía que determinar la preferencia entre los cuartos abuelos de los litigantes, que, al ser hijos de un mismo padre, se encontraban en igualdad de línea y grado, y, en particular, tenía que establecer si el Derecho al título nobiliario debe concederse a la hija mayor en lugar del hijo nacido más tarde.

Se lee él la sentencia:

“En efecto, este Tribunal Supremo en sus Sentencias de 20 de junio y 27 de julio de 1987 -obligado a ello por las expresas alusiones a la vigencia del principio de masculinidad, aducidas *in voce* y por escrito en los respectivos recursos- anticipó el criterio, que hoy reitera y proclama firme y solemnemente, como *causa decidendi* del recurso y cuestión de fondo en él planteada, que en la sucesión de títulos nobiliarios el principio de masculinidad o preferencia del hombre sobre la mujer, en igualdad de línea y grado, ha de estimarse discriminatorio y en consecuencia abrogado por inconstitucionalidad sobrevenida. Artículo 14 y Disposición derogatoria 3.a de la Constitución española, y, como luego veremos, Convención de Nueva York, de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 y publicada en su integridad en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de mayo de 1984, que ha pasado a ser Derecho interno, preceptivo y vinculante en materia de ‘eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer’, con la única salvedad expresa de ‘las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española’. Derecho interno preceptivo y vinculante en virtud de lo dispuesto taxativamente por el artículo 96.1 de la Constitución (‘Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno’) y artículo 1.5 del Código Civil (‘Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*’).”

13 STS 28 abril 1989 (ECLI:ES:TS:1989:15626).

Esta sentencia es de gran importancia porque, al apartarse precisamente del Convenio de 1979, al que hace una referencia expresa, acaba por derogar la legislación vigente e impone, aunque sea a nivel jurisprudencial, el principio de igualdad entre hombres y mujeres en la sucesión de los títulos nobiliarios. Reiteran tal doctrina las sentencias de 22 de marzo de 1991¹⁴ y 24 de enero de 1995¹⁵, aunque matizan que no puede tener efecto retroactivo dicho efecto derogatorio.

En el marco de este mismo asunto, quisiera destacar dos sentencias del Tribunal Supremo español, por su particular relevancia en materia de contratos una y de Derecho de Sucesiones, la otra. Sin embargo, hay que señalar que estas dos sentencias son posteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley 33/2006 de Títulos Nobiliarios, y en ellas se plantea un problema de Derecho transitorio suscitado por el apartado tercero de la disposición transitoria única de la citada ley, cuyo texto originario fue modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio¹⁶.

La primera sentencia es la *STS 16 enero 2012*¹⁷, en la que el Tribunal Supremo debe pronunciarse sobre la demanda de una mujer que impugnaba la validez de la escritura de cesión del título nobiliario que su madre había realizado a favor de su hermano menor. En concreto, la demandante entendía que se le debía reconocer su mejor Derecho por primogenitura a detentar el título en virtud de lo dispuesto en la Constitución Española, en la Convención de 1979, ratificada por España en 1984, y en la Ley 33/06 que proscribe la discriminación por razón de sexo.

Era necesario examinar si la transmisión del título nobiliario realizada por la madre, conforme a la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la LITN, podía quedar sujeta a la aplicación de la nueva ley, en virtud

14 STS 22 marzo 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1763), en cuyo fundamento segundo se lee: “De modo que, en todo caso, también ha de predicarse, con la mejor doctrina, la eficacia derogatoria de la Constitución -y con ello se rechaza el motivo segundo del recurso- respecto de cualquier disposición y con mayor razón de las normas singulares reguladoras de un privilegio, no reconducible interpretativamente al marco constitucional, cuando su persistencia da lugar a una discriminación, esto es, una distinción de trato que, como dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencias de 23 julio 1968 y 27 octubre 1975, carezca de justificación objetiva y razonable que actúe como elemento diferenciador. Y esta justificación diferenciadora no lo es, en modo alguno, la naturaleza, varón-mujer, cuya permanencia discriminatoria a la hora de aspirar a una dignidad, cargo o privilegio, aparece como una mineralización de tan tradicionales como insostenibles reglas, cuando no signo de intolerancia a erradicar, porque es sabido que no hay racionalidad posible sin la aplicación de idénticos criterios a las situaciones objetivas del mismo tipo”.

15 STS 24 enero 1995 (ECLI:ES:TS:1995:255).

16 Él apartado 3, antes de la modifica, tenía este texto: “3. No obstante lo previsto por el apartado 1 de esta disposición transitoria, la presente Ley se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de ley en el Congreso de los Diputados. La autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso concederá de oficio trámite a las partes personadas a fin de que aleguen lo que a su Derecho convenga de conformidad con la nueva Ley en el plazo común de cinco días.”. Lo que cambia es lo siguiente, que he subrayado en el texto anterior: “así como a los expedientes que se hubieran promovido entre aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de Ley en el Congreso de los Diputados, y el 20 de noviembre de 2006, fecha de entrada en vigor de la presente Ley”.

17 STS 16 enero 2012 (ECLI:ES:TS:2012:248).

de la disposición transitoria única, apartado 3. Para resolver la cuestión era necesario partir de la distinción establecida por el Tribunal Constitucional entre irretroactividad propia e impropia, para determinar qué tipo de irretroactividad establece la DT única de la LITN. En esta materia el Tribunal Constitucional¹⁸ ha distinguido entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas, que ha denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que ha denominado de retroactividad impropia.

La DT única, apartado 3 de la LITN contempla una retroactividad que responde al tipo de retroactividad impropia, por cuanto incide en situaciones o relaciones jurídicas aún no definitivamente consagradas o agotadas. Partiendo de esta premisa, el Tribunal Supremo¹⁹ afirma que en el caso que nos ocupa, el supuesto debía considerarse sometido a la nueva disciplina, dado que la transmisión de la posesión del título producida por la cesión no es una situación definitivamente agotada o consolidada.

La razón por la que la cesión de un título nobiliario no produce una situación jurídica definitiva radica en sus propias características. La cesión de un título nobiliario es un negocio jurídico gratuito, no conlleva la modificación o novación del orden sucesorio que corresponde seguir al título cedido y los llamados a suceder con preferencia al cesionario deben prestar su aprobación a la cesión, lo que supone la dejación por estos del Derecho al título que permite la ocupación de este por el cesionario.

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal Supremo considera ineficaz la cesión:

La cesión de títulos nobiliarios efectuada con arreglo a la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la LITN, en la que regía la aplicación del principio de varonía, se encuentra en el ámbito objetivo de aplicación retroactiva de la DT única, apartado 3 LITN, dado que la transmisión de la posesión del título producida por la cesión no es una situación definitivamente agotada o consolidada. ... La integración del título, conforme a lo dispuesto en el artículo 2. II LITN, implica que, con arreglo al orden regular de sucesión y atendiendo al principio de primogenitura -dado que los litigantes se encuentran en igualdad de línea y de grado-, la demandante, por ser la primogénita de la última poseedora -eliminados

¹⁸ STC (Pleno) 27/1981, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1981:27).

¹⁹ STS 3 abril 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2016), con la que se fija como doctrina jurisprudencial que: "la disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos Contencioso-Administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil".

los efectos del principio de varonía- es la llamada a suceder con preferencia al demandado.

En consecuencia, la cesión del título a favor del demandado queda viciada por la falta de la aprobación expresa de la demandante, que exige el artículo 12 del RD de 27 de mayo de 1912 , y debe declararse la nulidad de dicha cesión administrativa, efectuada por Dña Carlota , en escritura pública de 22 de octubre de 1984, a favor del demandado, D. Miguel Ángel , que obtuvo la Real Carta de Sucesión el 23 de abril de 1985, y declarar el mejor y preferente Derecho de la demandante a la posesión del título

Aunque inspirada exactamente en los mismos principios, la solución adoptada por una sentencia posterior, la *STS 4 julio 2011*²⁰, en la que se discutía la validez de un testamento en el que el padre atribuía el título nobiliario a su hijo, en lugar de a su hija mayor, fue exactamente la contraria.

La demandante y recurrente, reclamó, el 17 de noviembre de 2006, frente a sus dos hermanos menores, varones, los títulos nobiliarios de Marqués y Vizconde, de los que fue el último poseedor el padre de todos ellos. La atribución de los títulos a los dos hermanos varones demandados se hizo por el padre de los litigantes en testamento, en el que distribuyó los tres títulos de la siguiente forma: dos al hijo varón de mayor edad (el título principal y otro título) y uno al hijo varón de menor edad. La demandante, que es la primogénita, fue excluida de la distribución. El testamento se otorgó en el año 1974, el padre de los litigantes falleció en el año 1982 y las Reales Cartas de Sucesión les fueron otorgadas a los demandados en los años 1983 y 1985.

También en este caso, como en el anterior, hay que establecer si la nueva legislación podría aplicarse al caso, en virtud de la DT única, apartado 3 de la LITN que, como hemos dicho, es considerada por el Tribunal constitucional una norma de irretroactividad impropia.

Según el TS la distribución de títulos nobiliarios consiste en la facultad que tiene el poseedor de dos o más títulos que tenga más de un hijo, para distribuirlos - con la aprobación real. Acarrea, por lo tanto, una alteración del orden sucesorio normal e implica la novación del orden sucesorio primeramente establecido en la concesión, mediante la creación de nuevas cabezas de línea sucesoria. La creación de una nueva cabeza de línea representada por los designados implica que, desde el momento en el que se hace efectiva la distribución, los descendientes de la persona que constituyó esa cabeza de línea tienen Derecho preferente a los de cualquier otra línea, antes de que se hubiese llevado a efecto la distribución.

20 STS 4 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5094).

Razonando de esta forma, hay que concluir que la distribución de títulos nobiliarios es definitiva y no puede verse afectada por la ley sobrevvenida, siendo fuera del alcance de aplicación de la DT única, apartado 3.

Se dice así:

El acto de la distribución de los títulos no está en el ámbito objetivo de la retroactividad que contempla la DT única, apartado 3 LITN, dado que esta no incluye las situaciones consolidadas, sino que resulta aplicable la DT única, apartado I, LITN con arreglo a la cual una transmisión no se reputa inválida por el hecho de haberse realizado al amparo de la legislación anterior.

... La distribución de los títulos hecha en testamento por el antecesor común de los litigantes, en 1974, se ajustó a los requisitos establecidos por la ley vigente en el momento de realizarse, por lo que el acto de la distribución quedó agotado con el ejercicio de la facultad, y produjo plenos efectos en el momento en el que se otorgaron las Reales Cartas de sucesión por distribución a favor de los dos demandados, en 1983 y en 1985, también ajustadas a la ley entonces vigente. Con ellos se crearon nuevas cabezas de línea agotando los efectos de la declaración de voluntad inicial mediante la modificación del régimen sucesorio de los títulos afectados.

El reparto de los títulos debe considerarse definitivo y, por tanto, no susceptible de ser modificado por la nueva ley y por la norma transitoria, porque el testamento, aunque redactado en 1974, entró en vigor en 1983, es decir, cuando se abrió la sucesión. El caso habría sido diferente si la sucesión se hubiera abierto en 2006, es decir, después de la entrada en vigor de la nueva ley. En ese caso, la distribución de los títulos nobiliarios, aunque hubiera sido realizada por el testador en 1974, no habría pasado a ser definitiva como consecuencia de la norma transitoria.

Finalmente, la última sentencia a la que quiero referirme es una sentencia del *Tribunal Constitucional italiano de 2017*²¹, que se pronunció sobre la inconstitucionalidad de una ley regional de la provincia de Bolzano sobre el llamado “maso chiuso”.

El “maso chiuso” es una explotación agrícola familiar con autonomía económica, compuesta por edificios, campos, prados, bosques y pastos, cuya regulación se encomendó inicialmente a la Ley de la Provincia Autónoma de Bolzano núm. 33,

21 Corte costituzionale 14 julio 2017, núm. 193 - Pres. Grossi - Rel. Carosi (ECLI:IT:COST:2017:193). La sentencia se puede leer en *Famiglia e diritto*, 2/2018, pp. 121-126, con nota de BARBA, V.: “Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e principi identificativi del sistema ordinamentale”, *Famiglia e diritto*, núm. 2, 2018, pp. 126-141.

de 25 de julio de 1978, y, posteriormente, a la Ley Provincial núm. 17, de 28 de noviembre de 2001.

Se pide al Tribunal Constitucional italiano que se pronuncie sobre la legitimidad de la ley de 1978, que, aunque derogada por la ley de 2001, sigue aplicándose a todas las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la ley del 2001. Según la ley de 1978, en la sucesión legal de un “maso chiuso” siempre debía preferirse el hijo varón a la hija mujer. El Tribunal Constitucional italiano, partiendo de la idea de que esta norma, aunque tiene su propia historia y relevancia, la declaró constitucionalmente ilegítima, precisamente, por ser contraria a la Convención de la NU de 1979 y a la Constitución italiana.

En la sentencia se lee:

In tale prospettiva, l'orientamento risalente non può essere oggi condiviso alla luce del principio di parità tra uomo e donna, il quale assume primazia indefettibile nella valutazione degli interessi di rango costituzionale sottesi all'esame della presente questione. L'evoluzione sociale e normativa intervenuta dopo la richiamata sentenza núm. 40 del 1957 è inequivocabile, così da ritenere irreversibilmente superata l'applicazione del maggiorascato e -quel che qui più interessa- della prelazione maschile alla successione nell'assunzione del maso chiuso, la quale risulta quindi in contrasto con l'art. 3 Cost.

El Tribunal Constitucional no se limita a decir únicamente en qué medida el maso chiuso puede considerarse compatible con el ordenamiento jurídico italiano, es decir, qué adaptaciones normativas son necesarias para que se ajuste a los principios y valores normativos vigentes, sino que indica, con carácter más general, el control que el jurista está obligado a realizar respecto de cualquier otra institución jurídica, no sólo cuando es de tradición interna, sino más aún cuando procede de otros ordenamientos jurídicos, en virtud de la aplicación de una ley extranjera posibilitada por una disposición del d.i.p. o cuando se importa como consecuencia de un acto de autonomía privada.

Es necesario averiguar qué rasgos caracterizan su identidad, distinguiéndolos de las normas específicas, que marcan su regulación. En la medida en que los rasgos que caracterizan a la institución jurídica sean coherentes con los principios y valores normativos existentes, la institución tiene pleno derecho a la ciudadanía. En caso de contrariedad, la adaptación es indispensable.

El principio de prevalencia de los hijos varones sobre las hijas mujeres en la asignación del “maso chiuso”, aunque pueda responder a una tradición de la institución jurídica, no puede ser aceptado en un ordenamiento jurídico en el que el principio de igualdad entre hombres y mujeres es un valor fundamental, también

por los convenios internacionales. El ordenamiento jurídico no puede tolerar que se dicte ni una sola norma contraria a los derechos humanos y, entre ellos, la afirmación del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Aunque al principio de este escrito dije abiertamente que daría un sesgo puramente jurisprudencial, creo que es imprescindible, aunque sólo sea para notas lapidarias y fragmentarias, precisar que la CEDM ha asumido una importancia clave a nivel de la legislación europea, ya que fue la impulsora de la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y a su suministro (Directiva 2004/113/CE).

La importancia de esta directiva no requiere explicación, sobre todo si consideramos que por primera vez introduce el principio de igualdad en la materia de negociación y, en particular, en el contrato que, históricamente, se considera el reino de la libertad y, por tanto, un espacio normativo en el que es difícil coordinar autonomía y heteronomía. Todo esto ha impuesto un nuevo desafío al jurista contemporáneo: comprobar cómo combinar la autonomía negocial y el principio de no discriminación²².

Esa Directiva ha sido transpuesta en Italia por el Decreto Legislativo 196/2007²³, de 6 de noviembre²⁴ y en España por la Ley Orgánica 3/2007²⁵, de 22 de marzo, que desarrolla el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a bienes y servicios y a su suministro (en adelante LOIHM) y en fechas recientes Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación (en adelante, LIIT) y, finalmente, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los Derechos de las personas LGTBI.

Las implicaciones del principio de no discriminación por razón de sexo o género en materia de contrato y negociación son muy amplias, hasta al punto que él mismo concepto de contrato o, mejor dicho, el concepto de autonomía, creo que exige un replanteamiento derivado, precisamente, de la incidencia de dicho

22 BARBA, V.: *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023 e *ivi* una amplia bibliografía.

23 CHECCINI, B.: *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 90 ss.

24 Cabe señalar que el Decreto Legislativo 196/2007 traspone la Directiva 2004/113/CE no introduciendo una ley nueva e independiente, sino modificando y completando el Decreto Legislativo 198/2006, de 11 de abril de 2006, Código de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (en adelante: Decreto Legislativo 198/2006 o Código de Igualdad entre Hombres y Mujeres). En particular, el Decreto Legislativo 196/2007 introduce en el Código de Igualdad entre hombres y mujeres el Título II 2-bis, titulado "Igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso y suministro de los bienes y servicios" (artículos de 55-bis a 55-decies). Por este motivo, aunque, desde un punto de vista formal, la disposición legislativa que transpone la Directiva 2004/113/CE es el Decreto Legislativo 196/2007, desde un punto de vista sustantivo la regulación está contenida en el Decreto Legislativo 198/2006 o Código de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

25 AGUILERA RULL, A.: *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, cit., p. 238 ss.

principio. Como no puedo desarrollar aquí con detalle la idea y sus implicaciones, diré únicamente que afecta no solo a las negociaciones precontractuales, sino también el contenido del contrato y la ejecución, exigiendo al jurista un examen de los instrumentos de protección, es decir, de los remedios, con el fin de identificar, según los casos, aquel remedio que mejor se adapte a la protección de los intereses en juego. No sólo la nulidad del contrato o la nulidad parcial, sino también la responsabilidad, la modificación del contenido del contrato de acuerdo con la equidad o la buena fe, y la indemnización de daños y perjuicios. Para mayores detalles, me remito a un trabajo por extenso sobre el tema que, no obstante, no agota ni mucho menos uno de los temas más sugerentes en la nueva disciplina del contrato²⁶.

V. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 20 DE NOVIEMBRE DEL 1989.

Singular es, a los efectos que nos ocupan, la estructura de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ni siquiera incluye la palabra “niña” en su denominación original, lo que me parece que merece ser destacado, sobre todo porque es un tratado diez años posterior a la CDEM. Es más, no hay ninguna referencia explícita a la niña, salvo en un considerando, en el que se afirma que las niñas constituyen un colectivo especialmente vulnerable.

Con todo, la influencia de este Convenio en el Derecho civil ha sido decisiva sobre todo para el concepto de interés superior del menor²⁷, a la luz del cual se ha reinterpretado todo el Derecho de familia de los estados parte, en un intento de superar la visión adulto-céntrica que históricamente ha caracterizado este ámbito del Derecho.

En mi opinión, además, la especial aportación de este Convenio, desde una perspectiva de género, y su más importante influencia en los últimos años es, sin duda, la jurisprudencia que se ha producido, al unísono, en España e Italia sobre la gestación por sustitución. Me refiero, respectivamente, a las conocidas sentencias STS 277/2022 de 31 marzo (ECLI:ES:TS:2022:1153) e Cass. SS UU., 30 diciembre 2022, núm. 38162.

Ambas sentencias afirman que la maternidad se determina a través del nacimiento y, por tanto, que es madre la mujer que da a luz. Sin querer entrar en

26 BARBA, V.: *Principio de no discriminación y contrato*, cit., *passim*.

27 Entre muchos, ESCOBAR GALLARDO, P., y HERNÁNDEZ CÁDIZ, M.V.: *Interés superior del niño principio general del Derecho*, Editorial Hammurabi, Chile, 2018, pp. 3 ss.; GARCÍA RUBIO, M.P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?” *Actualidad Ibérica Americana*, núm. 13, 2020, pp. 14-49; SENIGAGLIA, R.: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini, Pisa, 2019, pp. 3 ss. BARBA, V.: “Autonomía progresiva e interés de la persona menor de edad”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 2, julio-diciembre 2023, pp. 65-117; LENTI, L.: “Note critiche in tema di interesse del minore”, *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 87, 93.

el fondo de las sentencias, que requeriría mucho tiempo y mucha argumentación, me limito a observar que niegan la posibilidad de constituir la maternidad por la mera declaración y que la única forma de constituir la relación de paternidad o maternidad, en ausencia de una relación genética, es la adopción.

Sólo me queda señalar que estas soluciones, independientemente de si son aceptables o no, fueron adoptadas por los dos Tribunales Superiores, invocando el interés superior del menor. Sobre este punto me circunscribo a observar que la referencia al interés superior del menor no siempre es acertada y además no me parece correcto que el interés del menor deba prevalecer *a priori*.

Decir que *a priori* el interés del menor está por encima de todos los intereses que puedan estar implicados y que *a priori* todos los demás intereses deben necesariamente sucumbir ante él es incorrecto. Es necesaria siempre una ponderación adecuada²⁸, en cuya realización debe garantizarse siempre que el interés superior de la persona menor de edad tenga la máxima prioridad. Esto no significa que tenga prioridad absoluta, ya que debe valorarse en función de cada caso concreto.

La Corte de casación italiana mantiene que la prohibición del GPA constituye un principio de orden público internacional y que por tanto no es posible reconocer un acto de nacimiento o una resolución extranjera que acredite la filiación a favor de los padres comitentes. De ahí, el único medio para determinar la filiación respecto del progenitor de intención es la institución italiana de la "adopción en casos particulares"²⁹. Según la Corte de Casación, este instrumento debe considerarse coherente con las indicaciones ofrecidas por el Tribunal Europeo³⁰. En primer lugar, la adopción en casos especiales, tras la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 79/2022³¹, crea una relación jurídica familiar similar a la que crea la adopción plena. En segundo lugar, para superar la crítica de que la adopción en casos especiales requeriría el consentimiento necesario del progenitor de intención, la

28 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", cit., p. 25: "en caso de colisión o conflicto de intereses lo primero que ha de procurarse es el compromiso entre todos ellos, compromiso adecuado al caso concreto; en el supuesto de que dicho compromiso no sea posible, el interés del menor tiene la máxima prioridad y no puede ser meramente una de tantas cosas a tener en cuenta, por lo tanto, es evidente que el interés del menor ni es el único que ha de ser tenido en cuenta ni su consideración ha de ser, necesariamente, superior a la de otros intereses dignos de protección que también pueden tener la máxima prioridad y que incluso pueden ser los de otro menor".

29 Esta institución está regulada en el art. 44 de la ley italiana sobre la adopción, Ley 4 de mayo de 1983, núm. 184.

30 Dictamen Consultivo del TEDH ("Grande Chambre") de 10 de abril de 2019, demanda núm. P16-2018-001 (consultable en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22003-6380431-8364345%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-6380431-8364345%22]}))

31 Esta importante sentencia del Tribunal Constitucional italiano [Corte costituzionale 24 febrero 2022, núm. 79 (ECLI:IT:COST:2022:79)] ha declarado inconstitucional el artículo 55 de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983, en la medida en que establece, por remisión al artículo 300, apartado 2, del Código Civil, que la adopción en casos particulares no induce a ninguna relación civil entre el adoptado y los parientes del adoptante. En consecuencia, la adopción en casos especiales ya no limita la relación entre adoptado y adoptado, pues implica el establecimiento de relaciones de parentesco entre el adoptado y todos los parientes del adoptado.

Corte de Casación ofrece una interpretación evolutiva de esta regla. Precisa, de hecho, que el desacuerdo del progenitor genético no impide la adopción por parte del progenitor de intención, si responde concretamente al interés superior del menor. Con esta interpretación se excluye que el consentimiento del progenitor genético sea determinante y esencial para llevar a cabo la adopción. Finalmente, queda la cuestión de la velocidad del mecanismo. Si bien la Corte afirma que el mecanismo debe considerarse adecuado, la argumentación es, desde este punto de vista, incompleta, ya que se sabe que no puede considerarse rápido y que, en la actualidad, sigue siendo un procedimiento que requiere un período importante de tiempo para que se complete.

La solución finalmente adoptada por el Tribunal de Casación, aunque todavía no puede considerarse plenamente satisfactoria, porque, desde mi punto de vista, persiste el problema de la insuficiencia del instrumento en relación con la velocidad de establecimiento de la relación parental, supera, al menos, el problema de la separación de trato respecto de la adopción plena y el obstáculo del consentimiento necesario del progenitor genético.

El último paso sería acelerar el proceso de adopción, para que pueda concluir en un tiempo suficientemente corto. A la espera de esto, o de una solución diferente que se espera del Parlamento, lo cierto es que, si bien se niega el reconocimiento del acto extranjero o de la resolución extranjera, se ha adoptado esencialmente una solución que permite la posibilidad de determinar la filiación con respecto al progenitor de intención. Una solución salomónica que, negando en abstracto la ciudadanía a la gestación por sustitución, que sigue siendo fuertemente condenada por el ordenamiento jurídico italiano, y negando toda posibilidad de reconocer los efectos de una gestación por sustitución creada en el extranjero, permita establecer la relación de filiación con el progenitor de intención.

Merece la pena hacer una última observación conclusiva. En todos estos supuestos suponemos que uno de los comitentes es también progenitor genético del niño nacido. En este caso, el mecanismo adoptado tanto en la sentencia italiana como en la española puede funcionar, aunque con las limitaciones señaladas. El problema, sin embargo, queda completamente sin respuesta en el supuesto de que ninguno de los comitentes sea el progenitor genético. En este supuesto, me parece dudoso que el mecanismo de la adopción pueda funcionar y no está nada claro cuál podría ser la respuesta del ordenamiento jurídico. En general, creo que en España hay, en todo caso, posibilidades de reconocimiento, aunque la última sentencia podría complicar el asunto; en Italia, en cambio, creo que no hay margen para resolver la cuestión. Por tanto, creo que el interés del menor no puede bastar en abstracto y que otros principios, como el fundamental art. 8 del CEDH antes mencionado, no pueden ofrecer mucha ayuda, con el paradójico resultado de que

la influencia de los Derechos humanos está destinada a desvanecerse en estos supuestos.

Otra sentencia interesante, en la que se aplica la CDN con trascendencia mi juicio relevante desde una perspectiva de género es la *STS 20 julio 2011*³².

D^a Belen interpuso demanda de protección de honor e intimidad frente a su suegra, D^a Noemi, por las manifestaciones realizadas por esta relativas a que la hija de la demandante no era de su marido, sino que era fruto de una relación extramarital. Se plantea así un problema de colisión entre el Derecho al honor y la intimidad y la libertad de expresión e información, que debe solventarse a través de la técnica de la ponderación. Más allá de la difícil cuestión de la ponderación de estos dos intereses, respecto de la cual la sentencia reviste gran interés por indicar los criterios con arreglo a los cuales debe llevarse a cabo dicha ponderación, toma debidamente en consideración el interés del menor.

Desde esta perspectiva, la información y la opinión no pueden mantener su prevalencia sobre el honor del ofendido pues ningún interés tiene para el público en general ni para nadie en particular, el conocer la filiación de una persona, salvo para el propio hijo, Derecho que podría tener amparo en el artículo 39 CE y que es reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y en el artículo 12 de la Ley de Adopción Internacional 54/2007 de 28 de diciembre. Cuando además el hecho se dice de una persona casada, no solo se está comprometiendo el honor de la ofendida sino podría estar comprometiéndose el de su marido, que goza de una presunción legal (117 CC) de paternidad, al atribuir a su mujer una relación extramatrimonial del que habría nacido un hijo.

VI. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD HECHA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006.

La importancia de esta Convención es conocida por todos y su influencia en el Derecho civil ha sido absolutamente determinante, hasta el punto de que, como había anunciado MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO³³, antes de la reforma del Derecho español, debía suponer un giro copernicano en la legislación interna de los Estados parte. Ni que decir tiene, porque los lectores lo conocen perfectamente, que esta Convención no tiene la misma relevancia en todos los países europeos y, entre ellos, en Italia es sabido de sobra que ha suscitado muy poco interés tanto en la

32 STS 20 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5754).

33 GARCÍA RUBIO, M^a. 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, julio-septiembre 2018, p. 173.

doctrina como en el legislador, que parece desinteresado por cualquier adaptación del Derecho civil.

No quiero volver sobre las pocas sentencias que se han dictado en Italia sobre el tema, la primera de las cuales ya he tenido ocasión de comentar en otro lugar³⁴.

Por el contrario, la importancia de esta Convención en España fue fundamental y determinó el cambio radical en los Derechos de las personas con discapacidad que instrumentalizó la muy conocida y explicada, aunque no siempre bien aplicada, 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.

Sin embargo, lo que quiero señalar es que la influencia de la Convención en el ordenamiento jurídico español fue anterior a la propia reforma legal, aunque con diferente intensidad. En este sentido, aunque pueda parecer un análisis puramente histórico, me gustaría señalar una sentencia que me parece ilustrativa de la influencia de esta Convención en el Derecho español, antes de la reforma.

Quiero referirme a la *STS 15 marzo 2018*³⁵, en un caso que concierne la validez de dos testamentos otorgados por una mujer, ante de que se declarase su incapacidad, asumiendo los demandantes que la demandada no tenía capacidad bastante para otorgar los referidos testamentos al tiempo de su formalización. El TS desestima el recurso con el que se pide la anulación de los testamentos y lo hace a través de una interpretación de las normas a luz de la Convención.

El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322CC, art. 760.I LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (RCL 2011, 1517). La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los Derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

En consecuencia, se desestima el recurso asumiendo que no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

La sentencia me parece importante porque demuestra que los convenios internacionales en los que se afirman los Derechos humanos pueden asumir una

34 BARBA, V.: "Adopción de una mujer con discapacidad. Por fin la jurisprudencia italiana reconoce la importancia de la CDPD", en *Mujer, discapacidad y Derecho*, de BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO (dir.), & JOAN ANDREU FERRER GUARDIOLA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 87-106.

35 STS 15 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:936).

importancia determinante incluso antes de su transposición o antes de que se produzca una modificación del sistema de Derecho legislado. La importancia de la interpretación conforme a los principios y valores establecidos en las Convenciones internacionales, establecida explícitamente en la Constitución Española (art.10.2) e implícitamente en la Constitución Italiana, exige siempre una lectura del Derecho vigente conforme a dichas convenciones, aunque ello suponga una interpretación evolutiva, distinta de la anterior, o una interpretación en la que el respeto de la letra se hace menos decisivo, ya que debe darse prevalencia a la función que la norma asume sobre la base de nuevas Convenciones Internacionales sobre Derechos humanos.

Pues bien, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo que acabo de mencionar me parece de gran importancia porque demuestra la relevancia que los Convenios Internacionales de Derechos humanos pueden tener sobre los Derechos civiles nacionales, también a nivel interpretativo, permitiendo nuevas exégesis de acuerdo con los principios y valores afirmados, justo en la posición contraria y como contrapunto me gustaría mencionar dos sentencias del TEDH, en las que me parece que se ha obviado por completo la importancia de la CDPD.

Esto es aún más grave si tenemos en cuenta no sólo que el TEDH no puede, en ningún caso, prescindir de un Convenio internacional tan importante, sino especialmente que tanto los países miembros del Consejo de Europa, como propia Unión Europea ha ratificado la CDPD y que se trata del primer tratado internacional ratificado por la Unión Europea a nivel comunitario.

Las dos sentencias a las que me refiero son muy decepcionantes, porque el TEDH ignora totalmente la CDPD, como si estos instrumentos internacionales no constituyeran un complemento imprescindible y actualizado del CEDH muchas décadas antes, lo que podría haber llevado a decisiones muy diferentes.

En la *STEDH 11 mayo 2021*³⁶ la madre de una mujer con una discapacidad psíquica recurre al Tribunal de Estrasburgo para que declare que la ley y las autoridades españolas habían actuado de forma discriminatoria al impedir que su hija pudiera ejercer su Derecho al voto en las elecciones debido a su discapacidad. No cabe duda de que la legislación española de la época impedía a la mujer votar en las elecciones, pero tampoco cabe duda de que el TEDH pudiera haber admitido una interpretación diferente a la que adoptó, ya que una persona con discapacidad no puede ser discriminada por razón de su discapacidad y debe participar en la vida política, jurídica, económico y social en igualdad de condiciones que las demás. A pesar de ello, el TEDH, sin dar apenas relevancia a la CDPD, desestimó el recurso

36 *STEDH 11 mayo 2021, Asunto Caamaño Valle v. España (ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD004356417).*

asumiendo que no había ninguna violación del principio de no discriminación por parte del estado español.

“59. The Court reiterates that the presumption in a democratic State must be in favour of the inclusion of all, and that universal suffrage is the basic principle (see *Hirst* (no. 2), cited above, § 59; *Sitaropoulos and Giakoumopoulos*, cited above, § 67, and *Scoppola* (no. 3), cited above, § 82). This does not mean, however, that Article 3 of Protocol No. 1 guarantees to persons with a mental disability an absolute right to exercise their right to vote. Under this provision, these persons are not immune to limitations of their right to vote, provided that the limitations comply with the conditions set out above (see paragraphs 58 and 59 above). It is not for the Court to express an opinion on whether Article 29 of the CRPD imposes stricter obligations on the States that are parties to that convention. For the purpose of the interpretation of Article 3 of Protocol No. 1, the Court notes the fact that there is at present no consensus among the States Parties to Protocol No. 1 in the sense of an unconditional right of persons with a mental disability to exercise their right to vote. On the contrary, a majority of these States seems to allow for restrictions based on the mental capacity of the individual concerned (see paragraph 27 above).

61. By contrast, the Court has accepted as legitimate the aim of “ensuring that only citizens capable of assessing the consequences of their decisions and making conscious and judicious decisions should participate in public affairs” (*ibid.*, § 38).”

Sin embargo, se destaca el voto peculiar de Lemmens, quien precisamente pone de manifiesto el conflicto con la interpretación que hace el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el contenido de los arts. 12 y 29 de la CDPD.

“I must admit from the outset that the majority's opinion is based on solid reasoning and that it is in line with the Court's existing case-law.[1] I believe, however, that the interpretation of the Convention in this area requires updating, and that an updated interpretation would necessarily lead to a different outcome in the present case”.

La ironía del caso está en que mientras el TEDH mantiene la opinión expresada, incluso antes de su decisión el legislador español realiza esa adaptación legal y, en consecuencia, procede en el sentido contrario a lo que la resolución mantuvo (LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LO 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General, para garantizar el Derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad). Con el paradójico resultado de que en España la reforma legislativa se antepuso a la interpretación adaptativa, demostrando la insuficiencia de que la decisión del TEDH, que se queda muy corta.

El segundo caso al que quiero referirme lo resuelve la *STEDH 18 mayo 2021*³⁷ y se refiere a un supuesto de incapacitación relativa de una mujer. El caso concreto es muy particular tanto por los hechos como por el tipo de decisión que adoptaron los tribunales internos luxemburgueses, que acabaron acordando una medida de limitación del ejercicio de la capacidad de una mujer más allá de los supuestos expresamente regulados en el Derecho interno.

El recurso fue iniciado por una anciana que años antes había conocido a un joven con el que entabló una relación de confianza que fue definida como similar a la existente entre abuela y nieto. El tribunal de Luxemburgo dispuso una medida de “protección” de la mujer, ya que supuso que la anciana no era incapaz de actuar, pero sí necesita ser asistida y aconsejada en los actos de la vida civil, pues se trata de una persona vulnerable que después de su relación con el joven había tomado decisiones que no sabía justificar y que comprometían su patrimonio. Precisó que los gastos extraordinarios, las obras de renovación de uno de los inmuebles de la mujer, la retirada de dinero de sus cuentas de ahorro, la venta de bienes o la constitución de una sociedad requerían el acuerdo del curador.

La mujer inicia el procedimiento ante el TEDH alegando la violación del referido art. 8 CEDH.

El TEDH opina que la medida de la curatela era adecuada y no constituye una injerencia en la vida privada de la mujer. Entiende que las autoridades luxemburguesas se han esforzado en atender al equilibrio entre el respeto a la dignidad y la autodeterminación de la anciana y la necesidad de protegerla y salvaguardar su interés; en consecuencia, la interferencia es proporcional y adaptada a la situación de vulnerabilidad de la interesada.

El verdadero problema de esta sentencia radica en que el TEDH no tuvo en cuenta la CDPD, y se limitó a una interpretación aislada del CEDH, de nuevo ignorando la necesaria protección en red de los Derechos humanos a través de todos los convenios internacionales señalados.

Según la CDPD, las personas con discapacidad deben tomar siempre las decisiones por sí mismas y la única medida que puede ordenarse es la de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El titular de apoyo no puede en ningún caso tomar decisiones en nombre y por cuenta de la persona, sino únicamente asistirle y ayudarla para que la persona pueda tomar decisiones por sí misma. Además, cabe señalar que, según la CDPD, cualquier medida de apoyo nunca debe atender al interés superior de la persona con discapacidad, sino que debe garantizar la plena realización de los deseos, preferencias y voluntad de la persona con discapacidad.

37 *STEDH 18 mayo 2021, Asunto M.K. c. Luxemburgo (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD005174618)*.

Desde este punto de vista, la decisión del TEDH no puede ser compartida, porque ignora por completo los principios de la CDPD y considera conforme al CEDH, aislado de la CDPD, una medida de “protección” de la persona con la que se limita sustancialmente su ejercicio de la capacidad.

Por último, me gustaría recordar una sentencia del TEDH, en la que se presta especial atención a un niño con discapacidad, que, como la propia CDPD señala en varias ocasiones, necesita el máximo cuidado y protección debido a múltiples factores de vulnerabilidad. En la STEDH 10 septiembre 2020³⁸ se condena a Italia a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por los padres de una niña autista no verbal, que no tuvo, aunque sí tenía Derecho, apoyo escolar especializado durante sus dos primeros años en la escuela primaria. En su primer año de escuela primaria, la niña no gozó de esta asistencia especializada y al final del año, se decidió que repitiera el curso.

El Gobierno italiano no hizo nada a pesar de las numerosas solicitudes presentadas por los padres de la niña.

Los progenitores, ante el inmovilismo del Estado, que no tomaba ninguna medida de apoyo escolar para su hija, y con el fin de evitar que se repitiera la experiencia del año anterior y, por tanto, que su hija no aprobara el curso, decidieron contratar y pagar personalmente a una persona que pudiera ayudar y apoyar a su hija durante las clases. En consecuencia, los progenitores solicitaron al Tribunal Administrativo italiano una indemnización por los daños sufridos. Mediante Sentencia de 27 noviembre 2012, el Tribunal administrativo regional italiano rechazó este recurso y estimó que el ayuntamiento había iniciado las gestiones necesarias a tiempo y tuvo en cuenta que la región había tenido que hacer frente a una reducción de los recursos concedidos por el Estado. Esta sentencia fue confirmada por el Consejo de Estado Italiano.

El TEDH observa, en primer lugar, que el sistema jurídico italiano garantiza, al menos en abstracto, el Derecho al aprendizaje de los niños en situación de discapacidad como una forma de educación inclusiva en las escuelas ordinarias. La tarea del Tribunal es, por tanto, verificar si las autoridades internas cumplieron, efectivamente, con las obligaciones que les correspondían en virtud del artículo 14 de la CDPD, relacionado con el artículo 2 del Protocolo núm. 1, respecto de los demandantes dentro de los límites de su margen de apreciación y si llevaron a cabo ajustes razonables para asegurarle a la niña el disfrute de los Derechos garantizados por el artículo 2 del Protocolo núm. 1 relacionado con el artículo 14.

38 STEDH 10 septiembre 2020, Asunto G.L. contra Italia (ECLI:CE:ECHR:2020:0910JUD005975115).

El Tribunal considera, de este modo, que el artículo 14 del Convenio debe interpretarse a la luz de las exigencias enunciadas en los textos mencionados y concretamente de la CDPD (véase el apartado 26 supra). Conforme a este instrumento, los “ajustes razonables” que las personas discapacitadas tienen derecho a esperar son “las adaptaciones y ajustes necesarios y apropiados que no impongan una carga desproporcionada o indebida”, realizados “en función de las necesidades de una situación dada” para garantizar a esas personas “el disfrute o el ejercicio, en igualdad de condiciones que los demás, de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (artículo 2, apartado 26, supra), y la discriminación basada en la discapacidad “comprende toda forma de discriminación, incluida la denegación de ajustes razonables”.

Sobre la base de estas consideraciones, el TEDH condenó a Italia a pagar una indemnización por daños y perjuicios a los padres de la niña, asumiendo que se había producido una violación del artículo 14 Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1. En particular, condena a Italia a abonar a los padres 2.520,00 euros en concepto de perjuicio material, 10.000,00 euros en concepto de daño moral y 4.175,00 euros en concepto de costas y gastos.

La sentencia merece ser destacada porque, contrariamente a lo que había sucedido en el Derecho interno, en el que se afirmaba esencialmente que el Estado italiano no era responsable por no haber ofrecido un apoyo escolar adecuado a una niña con una discapacidad grave, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó exactamente a la conclusión contraria, afirmando que esta conducta, en la medida en que restringía los Derechos humanos debía ser censurada. Además, la sentencia es muy importante porque, a diferencia de las anteriores (STEDH 18 mayo 2021; STEDH 11 mayo 2021) propone una interpretación del CEDH a la luz de los principios de la CDPD y, por tanto, una interpretación de la discapacidad, ya no según un enfoque médico asistencial, sino según el nuevo enfoque social y de derechos humanos adoptado por la CDPD.

Una afirmación más de cómo la lectura de los mismos hechos a la luz de los Derechos humanos consagrados en los convenios y tratados internacionales influye en el Derecho civil, hasta el punto de permitir que se alcancen soluciones exactamente antitéticas a las que se llega sin tener en cuenta esa influencia.

VII. DERECHOS HUMANOS Y NUEVA HERMENÉUTICA: DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS A LA TEORÍA DE LOS REMEDIOS.

Después del repaso que hemos hecho en los epígrafes precedentes, queda de manifiesto que la extraordinaria importancia e influencia de los Derechos humanos en el Derecho privado es incuestionable y, aunque aún estamos lejos de una plena

afirmación y aplicación de estos, no se pueden ocultar los importantes avances que se han producido. El diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales no sólo ha innovado el sistema, sino que también ha supuesto un impulso para nuevas reformas, proyectos de reformas y, sobre todo, una renovación del discurso de los juristas.

Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer; y en este difícil trecho no cabe duda de que todos y todas juristas tienen un importante papel que desempeñar y una responsabilidad que cumplir.

La jurisprudencia a la que me he referido, tanto la que ha aplicado plenamente los Derechos humanos, como la que, a través de una interpretación no siempre compartible, no ha dado a los Derechos humanos el espacio que necesitan, demuestra que, incluso antes de una reforma legislativa, siempre se puede lograr un cambio importante a través de la actividad interpretativa.

La afirmación de los Derechos humanos sancionados a nivel europeo e internacional por convenios y tratados exige un cambio importante de perspectiva y de método por parte de las y los juristas. No se trata tanto y no sólo de afirmar, lo que es reconocido de sobra por la doctrina y la jurisprudencia, el valor normativo de los tratados y, en consecuencia, el valor normativo de los principios y valores que en ellos se manifiestan, sino que se trata de cambiar el método con el que abordamos los retos y problemas contemporáneos.

Los Derechos humanos requieren un cambio metodológico importante respecto a aquél en el que se nos ha educado a los civilistas durante largas generaciones. El sistema normativo propio de los Códigos decimonónicos se fundaba esencialmente en la lógica del supuesto de hecho y, por tanto, en la teoría jurídica de la subsunción, según el cual era importante reconducir siempre el hecho concreto al supuesto de hecho descrito por la norma, para extraer después la consecuencia correspondiente. Este sistema, durante mucho tiempo, se consideró el único capaz y apto para garantizar la seguridad jurídica y sirvió para superar los particularismos que habían caracterizado al Derecho en la fase anterior a las codificaciones modernas.

El advenimiento de los tratados europeos y las constituciones largas cambia no sólo el sistema de fuentes, sino también necesariamente la teoría hermenéutica. El sistema de fuentes, complejo y abierto a las internacionales, requiere una nueva hermenéutica, que es a la vez sistemática y axiológica; lo primero porque hay que sistematizar un complejo de fuentes, y lo segundo porque el sistema expresa valores, que tenemos que realizar. La interpretación axiológica permite el control, de modo que la seguridad jurídica ya no está garantizada por la repetición de la solución, sino por su control sobre la decisión.

En definitiva, el sistema de principios y valores establecido en los Tratados y Convenios internacionales y luego en las Constituciones de la segunda mitad del siglo hace incompatible el método de la subsunción y exige pasar de un sistema basado únicamente en Derechos subjetivos a un sistema, más viene enfocado en los remedios.

Aunque no es posible, salvo de forma puramente teórica, distinguir el modelo basado en los Derechos del modelo basado en los remedios, y aunque ahora es superficial decir que el primero es típico de los sistemas de *civil law*, mientras que el segundo es típico de los sistemas de *common law*³⁹, difícilmente se puede ocultar que en todos los sistemas basados en los Derechos, en los que el Derecho (subjetivo) determina el alcance y el contenido de la protección, la ortodoxia de ellos deja espacio a las razones de los remedios⁴⁰. Esta conexión con la teoría de los remedios conlleva consecuencias teóricas de no poca importancia y, entre ellas, podemos aislar al menos tres: el reconocimiento de que la autoridad judicial puede identificar *rationes* diferentes a las que contribuyeron a la atribución y configuración del interés protegido; una consecuente mayor discrecionalidad de la autoridad judicial y la prevalencia del criterio teológico sobre el literal-sistemático.

A partir de este importante camino, es opinión común que las protecciones ofrecidas por el ordenamiento jurídico ya no tienen que ajustarse rígidamente al Derecho vulnerado, confiando la identificación del interés protegido exclusivamente a la relación entre el Derecho subjetivo y la acción, sino que también pueden preceder a la enunciación del Derecho, según la locución latina *ubi remedium, ibi ius*. Todo ello ha conducido a una “progresiva redefinición de las competencias

39 SAAVEDRA VELAZCO, R.: “¿Dónde existe un remedio, existe un Derecho? Apuntes sobre el aforismo *ubi remedium, ibi ius*”, *Forseti. Revista de Derecho*, núm. 3, 2019, p. 115, “cuando se usa el término tutela se expresa una reacción exógena a la situación comprometida, una reacción que únicamente se activa frente a algunas agresiones. Así las cosas, se distingue con claridad la existencia de la situación comprometida y la vía a través de la cual se la protege, toda vez que la tutela ofrecida tiene sólo por propósito la defensa de un aspecto concreto de la situación comprometida, mientras que el resto de sus facetas se defenderá con tutelas concebidas para reaccionar frente a esas otras agresiones ... cuando en el Common Law se habla de remedio se recalca no sólo la vía a través de la cual se defenderá el interés conculcado, sino el procedimiento por el que se reconoce la propia existencia del Derecho. En síntesis, el remedio no se reduce a brindar el enforcement a un Derecho, en lugar de ello se erige –como sostuvo Holmes en el siglo XIX– en una predicción de cómo los tribunales resolverán, en última instancia, la controversia¹⁰ (o el enfoque del “bad man”); admitiéndose implícitamente que el interés merece una protección jurídica específica y no sólo su mera enunciación abstracta”.

40 Para un ámbito muy concreto, resulta muy interesante el amplio estudio de OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, LXXIV, fasc. IV, octubre-diciembre 2021, pp. 1099 ss., que demuestra la importante influencia que ha tenido el Derecho comparado en la construcción del moderno Derecho supranacional de los contratos, siendo una herramienta básica para la unificación y armonización internacional del Derecho privado. El autor en la p. 1132, afirma: “El common law y el sistema europeo-continental divergen de forma especialmente notable en la concepción del incumplimiento del contrato y del sistema de acciones-remedios derivados del mismo. El primero gira en torno al concepto unitario de breach of contract y de un sistema uniforme de remedies, mientras que en el segundo el propio concepto de incumplimiento es confuso y, además, el régimen de las acciones es difuso y disperso. ¿A qué se debe esta disparidad tan importante en el tratamiento de un fenómeno tan aparentemente similar? Pues, como señalaran Zweigert y Kötz, a la diferente forma en la que se contempla la relación jurídico-obligatoria en cada uno de los sistemas”.

normativas entre el legislador y el juez judicial en beneficio de este último, que tiene la tarea de gobernar nuevas y diferentes razones de las que han contribuido a definir la consistencia de la posición subjetiva conferida en abstracto *ex ante*⁴¹.

La creciente importancia de la teoría de los remedios se basa en el principio constitucional según el cual toda persona tiene Derecho a obtener la tutela efectiva para proteger sus Derechos e intereses legítimos (art. 24 Const. It. y art. 24.I Const. Esp., pero también art. 13 CEDH y art. 47 Convención de Niza)⁴², que configura la sede jurisdiccional como el lugar donde se satisface la necesidad de protección.

El ordenamiento jurídico ya no se limita a identificar la consecuencia en caso de lesión del Derecho, sino que prevé la identificación de los intereses que merecen protección jurídica, sin establecer cuál debe ser el efecto en caso de vulneración y, más generalmente, su protección.

El remedio presupone un interés jurídico que ya ha sido valorado positivamente por el Derecho, pero que ha quedado insatisfecho, y se ofrece como medio para promover la satisfacción efectiva de ese interés. A diferencia de la teoría de los Derechos, en la que el ordenamiento jurídico no sólo identifica el interés, sino también la sanción contra el autor de la lesión, en la teoría de los remedios el ordenamiento jurídico identifica los intereses merecedores de protección, sin establecer previamente un efecto determinado. Esto significa que la teoría de los remedios, mucho más que la teoría de los Derechos requiere la actividad del intérprete, cuya tarea es establecer, en relación con los intereses protegidos, una consecuencia que sea efectiva, proporcionada y razonable.

Por otra parte, el remedio, al tener por objeto el restablecimiento de un orden jurídico violado o no realizado por la interposición incluso de un elemento externo

41 SMORTO, G.: "Sul significato di rimedi", *Europa e diritto privato*, 2014, I, pp. 159-200. El autor en la p. 200 concluye: "Tuttavia riconoscere le ragioni dei rimedi e il potere del giudice di tenerle in conto non significa ammettere un incontrollabile correttivo extralegale al contenuto del diritto, ma consentire all'ordinamento di fare ciò che ha sempre fatto: una valutazione delle attività umane al fine di ricollegarvi effetti giuridici, senza sacrificare reali bisogni di tutela in nome di illusorie ragioni di coerenza dogmatica".

42 MAZZAMUTO, S.: "La nozione di rimedio nel diritto continentale", *Europa e diritto privato*, núm. 3, 2007, pp. 588 s. "La prima comparsa della versione civilian del rimedio si presenta, dunque, come una conseguenza della discesa del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost. e come un ripudio del concettualismo della tradizione continentale e degli antichi steccati tra diritto sostanziale e diritto processuale ... La percezione che si ha del rimedio è ancora intuitiva, ma offre già alcuni essenziali elementi connotativi in linea con lo sviluppo storico della nozione: 1) il rimedio è espressione di un potere di reazione del singolo (o comunque presuppone l'impulso di parte) alla violazione di un ordine preesistente o alla sua inattuazione per il sopraggiungere di un ostacolo e, dunque, all'insorgere di un bisogno di tutela; 2) il bisogno di tutela si raccorda ad interessi che non sono necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; 3) i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela, che vengono distillati dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale ed aspirano oramai ad una nuova tassonomia; 4) i rimedi vengono per lo più somministrati dal giudice sulla scorta di valutazioni che toccano persino l'adeguatezza, la proporzionalità, la ragionevolezza del rimedio medesimo".

(no necesariamente por una vulneración realizada por otros), es un instrumento puesto a disposición del particular ya sea por la ley o por la propia autonomía.

Con la teoría de los remedios, basada en el reconocimiento constitucional de la efectividad de la tutela, se hace indispensable discutir la razonabilidad y proporcionalidad de las consecuencias jurídicas. En la medida en que la consecuencia adversa para el autor de la conducta lesiva del interés era estrictamente establecida por el legislador, la función normativa se reducía a garantizar la realización de ese efecto. Cuando el ordenamiento jurídico no identifica de antemano la consecuencia adversa, sino sólo el interés protegido, se hace indispensable ponderar los intereses en juego, para identificar el efecto capaz de realizar el interés, que no necesariamente requiere protección en caso de vulneración (piénsese en las medidas cautelares, cuya disposición no se basa en una violación, sino en el riesgo de que se produzca).

Por lo tanto, todo el sistema de remedios debe replantearse desde una perspectiva funcional a la luz de los principios de proporcionalidad y efectividad, los criterios de adecuación y razonabilidad, los valores reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, la necesidad de lograr un “juicio justo”⁴³ (art. 6 del CEDH). Los remedios son, en consecuencia, instrumentos de protección derivados de la normativa general o específica, que pueden extraerse de todo el armamento conceptual del Derecho sustantivo y procesal, pero que no pueden ser creados libremente por la autoridad judicial.

Los remedios se administran judicialmente sobre la base de valoraciones o ponderaciones que utilizan, sin perjuicio de la ineludible apreciación de los intereses, los criterios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, sólo cuando lo permiten las normas específicas, las cláusulas generales o los principios directamente aplicables⁴⁴.

Los intereses, especialmente de naturaleza no patrimonial, no se prestan a la teoría de los Derechos, porque es difícil imaginar su protección en función de su lesión, sobre todo si tienen un alcance transversal que recorre todo el ordenamiento jurídico. El principio de no discriminación entre hombre y mujeres y más generalmente el principio de igualdad es un ejemplo evidente de lo que se acaba de decir. El ordenamiento jurídico identifica, mediante la técnica del

43 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisprudizione*, 4 ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 73 ss.

44 MAZZAMUTO, S.: “La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano”, *Contratto e impresa*, núm. 3, 2019, p. 839, “La costruzione di un’idea più completa di rimedio segna un passo in avanti con la riflessione intorno al contratto che definisce i rimedi ad esso connessi come risposte a bisogni di tutela collegati alla procedimentalizzazione dell’affare nel rinnovato quadro del contratto, che non è più soltanto fonte di effetti (diritti di credito, diritti reali, garanzie, assistiti dai loro tipici mezzi di tutela) ma, per l’appunto, programma negoziale costellato di rimedi, che si ripropongono di eliminare i conflitti via via prodottisi nella formazione e nell’esecuzione del rapporto”.

principio, un interés que merece una amplia protección, sin identificar cuál es el efecto en caso de su vulneración, ya que también sería difícil pensar en todos los casos posibles de vulneración.

La transversalidad de un principio tan relevante y del valor que ese principio expresa solo puede protegerse según la lógica remedial, es decir, estableciendo que es un interés primario y que en todos los supuestos en los que es necesario ofrecer protección es posible experimentar todos aquellos efectos, primarios y secundarios, tomados de la constitución, los códigos, leyes especiales o del arsenal conceptual del Derecho sustantivo o procesal, que son potencialmente capaces de propiciar su realización.

A partir de esta construcción conceptual, que constituye una representación sintética de la experiencia por la que atraviesan los ordenamientos jurídicos contemporáneos, también gracias al fuerte impulso de los Tratados y Convenios Europeos e Internacionales, es necesario plantearse los problemas jurídicos abordados, de esta forma, respuestas nuevas y capaces de realizar un orden jurídico en el que los Derechos humanos sean no sólo formales sino sustantivos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RULL, A.: *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de C. Bernard Pullido*, 2ª ed., Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007.

ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada y Derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, 1993.

BARBA, V.: "Adopción de una mujer con discapacidad. Por fin la jurisprudencia italiana reconoce la importancia de la CDPD" en *Mujer, discapacidad y Derecho*, de BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO (dir.), & JOAN ANDREU FERRER GUARDIOLA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

BARBA, V.: "Autonomía progresiva e interés de la persona menor de edad", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 2, julio-diciembre 2023.

BARBA, V.: "Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e princípi identificativi del sistema ordinamentale", *Famiglia e diritto*, núm. 2, 2018.

BARBA, V.: *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023.

CARNELUTTI, F.: "Fedeltà coniugale e unità della famiglia", *Rivista di diritto civile*, I, 1962.

CHECCHINI, B.: *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Giappichelli, Torino, 2019.

ESCOBAR GALLARDO, P. y HERNÁNDEZ CÁDIZ, M. V.: *Interés superior del niño principio general del Derecho*, Editorial Hammurabi, Chile, 2018.

FEMIA, P.: *Drittwirkung: princípi costituzionali e rapporti privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

GARCÍA RUBIO, M^a. 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, julio-septiembre 2018.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "La eficacia inter privados (Drittwirkung) de los Derechos fundamentales", en AA.VV.: *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Una lectura jurídica de Cinco horas con Mario” (1966, “Cinco horas con Mario”. Edición publicada en 2018 en la colección Austral de la editorial Planeta, sello editorial Destino), en *Derecho y literatura en la novela de Miguel Delibes*, de NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

LENTI, L.: “Note critiche in tema di interesse del minore”, *Rivista di diritto civile*, 2016.

MAZZAMUTO, S.: “La nozione di rimedio nel diritto continentale”, *Europa e diritto privato*, núm. 3, 2007.

MAZZAMUTO, S.: “La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano”, *Contratto e impresa*, núm. 3, 2019.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, LXXIV, fasc. IV, octubre-diciembre 2021.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, 4^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

SAAVEDRA VELAZCO, R.: “¿Dónde existe un remedio, existe un Derecho? Apuntes sobre el aforismo *ubi remedium, ibi ius*”, *Forseti. Revista de Derecho*, núm. 3, 2019.

SENIGAGLIA, R.: *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini, Pisa, 2019.

SMORTO, G.: “Sul significato di rimedi”, *Europa e diritto privato*, núm. 1, 2014.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional español.

STC 1/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:1).

STC (Pleno) 27/1981, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1981:27).

Tribunal Constitucional italiano.

Corte costituzionale 14 luglio 2017, núm. 193 - Pres. Grossi - Rel. Carosi (ECLI:IT:COST:2017:193).

Corte costituzionale 24 de febrero de 2022, núm. 79 (ECLI:IT:COST:2022:79).

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

STEDH 8 diciembre 2009, Asunto Muñoz Díaz C. España, demanda núm. 49151/07 (ECLI:CE:ECHR:2009:1208JUD004915107).

STEDH 16 diciembre 2010, Asunto A, B y C, contra Irlanda, demanda núm. 25579/05, (ECLI:CE:ECHR:1985:0326JUD000897880).

STEDH 8 noviembre 2011, Asunto V.C. c. Eslovaquia, demanda núm. 18968/07 (ECLI:CE:ECHR:2011:1108JUD001896807).

STEDH 25 julio 2017, Asunto Carvalho Pinto De Sousa Morais C. Portugal (ECLI:CE:ECHR:2017:0725JUD001748415).

STEDH 5 septiembre 2017, Asunto Bărbulescu c. Romania, demanda núm. 61496/08 (ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608).

STEDH 17 octubre 2019, Asunto López Ribalda y otros contra España, demanda núm. 1874/13 y 8567/13, (ECLI:CE:ECHR:2018:0222JUD000058813).

STEDH 10 septiembre 2020, Asunto G.L. contra Italia (ECLI:CE:ECHR:2020:0910JUD005975115).

STEDH 18 mayo 2021, Asunto M.K. c. Luxemburgo (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD005174618).

STEDH 11 mayo 2021, Asunto Caamaño Valle v. España. (ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD004356417).

Dictamen Consultivo del TEDH ("Grande Chambre") de 10 de abril de 2019, demanda núm. PI6-2018-001. Consultable en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22003-6380431-8364345%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-6380431-8364345%22]}))

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STJUE 15 enero 2014, Asunto C-176/12. Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT) (ECLI:EU:C:2014:2).

STJUE 19 abril 2016, Asunto C-441/14. Dansk Industri (DI) v.Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen. ECLI:EU:C:2016:278

Tribunal Supremo español.

STS 28 abril 1989 (ECLI:ES:TS:1989:15626).

STS 22 marzo 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1763).

STS 24 enero 1995 (ECLI:ES:TS:1995:255).

STS 3 abril 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2016).

STS 4 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5094).

STS 20 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5754).

STS 16 enero 2012 (ECLI:ES:TS:2012:248).

STS 15 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:936).

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA CON
DISCAPACIDAD EN ARAGÓN (LEY 3/2024, DE 13 DE JUNIO
DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE
ARAGÓN EN MATERIA DE DISCAPACIDAD)

*THE LEGAL STATUS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN ARAGON.
(LAW 3/2024, OF JUNE 13, ON MODIFICATION OF THE CODE OF
FORAL LAW OF ARAGON IN THE FIELD OF DISABILITIES)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 58-103

* Este trabajo ha sido escrito en el marco del proyecto de investigación "Global Commons in the Global European Strategy: a specific revision of Human Rights, Security and consideration the sea as an invaluable resource" (expediente 612053-EPP-I-2019-I-ES-EPPJMO-CHAIR), Jean Monnet Chair de la Comisión Europea, Education, Audiovisual, and Culture Executive Agency.

Carmen
BAYOD LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: El presente estudio analiza la situación jurídica de la persona en Aragón, atendiendo a la reciente reforma legal en materia de discapacidad; haciendo especial referencia a la validez e invalidez de los actos jurídicos y a los principios que inspiran esta reforma.

PALABRAS CLAVE: Capacidad; persona con discapacidad; validez e invalidez de los actos jurídicos; principios.

ABSTRACT: *This study analyses the legal situation of persons in Aragon, taking into account the recent legal reform on disability; making special reference to the validity and invalidity of legal acts and the principles that inspire this reform.*

KEY WORDS: *Capacity; disabled person; validity and invalidity of legal acts; principles.*

SUMARIO.- I. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.- 1. Capacidad jurídica igual para todas las personas.- A) *La premisa de la que hay que partir: La dignidad de la persona.*- B) *La supresión del procedimiento de incapacitación.- a) El fundamento: arts. 3-1 y 3-2 CDFA.- b) Momento de aplicación: Eficacia inmediata y efectos retroactivo: DDT Primera y Segunda de la Ley 3/2024.- C) Supresión de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada.- a) Argumentos a favor y en contra.- b) Derecho transitorio: ¿Cuál es la situación de los padres con autoridad de guarda prorrogada o rehabilitada a la entrada en vigor de la ley?.- D) La familia un apoyo fundamental.*- 2. La personas con discapacidad: ¿a quién y dónde se aplica esta normativa?.- A) *Personas mayores de edad o emancipadas.- B) Los menores de edad con discapacidad: el menor mayor de 14 años no emancipado.- C) Vecindad y domicilio.*- 3. Capacidad jurídica y medidas de apoyo.- A) *La regla: igual capacidad y ejercicio diverso (por sí sola o con apoyos).- B) Capacidad jurídica y medidas de apoyo: función y principios.- a) Funciones de las medidas de apoyo: ¿en qué consisten?.- b) Los principios: voluntad, preferencias y el mejor interés de la persona con discapacidad.*- 4. Ejercicio de la capacidad jurídica: validez e invalidez de los actos y contratos.- A) El punto de partida: Presunción de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica.- B) La validez de los actos jurídicos.- C) La invalidez de los actos de la persona sin aptitud para realizarlos.- a) Consideraciones generales.- b) La regla general: falta de aptitud y medidas de apoyo.- c) La invalidez por falta de apoyo o defectos en su prestación: arts. 45-1 y 45-2 CDFA.- D) Régimen jurídico de la invalidez: la anulabilidad como regla.- a) La necesidad de esta norma dentro del sistema.- b) El Régimen de la anulación: art. 45-4 CDFA.- E) Excepciones a la anulación.- a) Con carácter general: el art. 45-3 CDFA.- b) Excepción a la anulabilidad del pago: art. 45-5 CDFA.- 5. Rescisión por la obtención de una ventaja injusta.- A) *Algunas cuestiones previas.- B) La rescisión en caso de ventaja injusta: fundamento y efectos.- C) Regulación: el art. 45-6 CDFA.*- 3. La acción para pedir la rescisión caducará a los cuatro años desde la celebración del contrato”.- a) *El supuesto de hecho: la objeción de una ventaja injusta.- b) Legitimación. - c) Plazo.*- II. LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA REFORMA.- I. Autonomía de la voluntad, seguridad jurídica, buena fe y lealtad en las actuaciones: El justo equilibrio.- A) *Autonomía de la voluntad.- B) Seguridad del tráfico jurídico.- C) Lealtad en las actuaciones con relevancia jurídica.- D) Intervención mínima.- E) Algunas cuestiones más.- a) Junta de Parientes. Relevancia de la familia.- b) Compatibilidad de medidas: cada una en su lugar.- c) Los principios tradicionales y la regla de tres.*- III. LAS MEDIDAS DE APOYO. PRINCIPIOS, FUNCIONES Y RELACIONES ENTRE ELLAS.- I. Medidas de apoyo.- A) *Regulación sistemática.- B) Enumeración y funciones.- a) El art. 101 CDFA: Medidas de apoyo a las personas con discapacidad.- b) Funciones de las medidas de apoyo.*- 2. Relaciones entre las diversas medidas de apoyo.- 3. No son medidas de apoyo.- A) *Apoyos espontáneos e informales.- B) Poderes preventivos sin mandato.*- IV. DERECHO TRANSITORIO.- I. Consideraciones generales.- A) *Finalidad de la regulación.- B) Principios.*

I. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD¹.

I. Capacidad jurídica igual para todas las personas.

A) *La premisa de la que hay que partir: La dignidad de la persona.*

¹ Sobre estas cuestiones puede verse el estudio de SERRANO GARCÍA, J.A.: “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad” en AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por C. BAYOD LÓPEZ), ed. Colex, A Coruña, 2024, pp. 33 a 60.

• Carmen Bayod López

Catedrática de Derecho civil, Presidenta de la Comisión Aragonesa de Derecho civil. Correo electrónico: cbayod@unizar.es

El art. 1.1. de la Convención de Nueva York, afirma que el propósito de la Convención es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad y promover el respeto a su dignidad inherente”.

Las formas de llevar a cabo este cometido pueden ser diversas, y no cabe duda que, una vez ratificada la Convención por el Estado español [30 de marzo de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008) y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.] forma parte de nuestro ordenamiento (art. 96 CE) y la legislación interna, tanto estatal como autonómica, deben de cumplirla.

Durante varias décadas se dio cumplimiento a la misma manteniendo el procedimiento de incapacitación, adaptando las diversas herramientas previstas en la ley, tutela y curatela principalmente, a la situación de la persona con discapacidad, tal y como de forma reiterada manifestaron los tribunales españoles desde la STS de 29 de abril de 2009 [Roj: STS 2362/2009] y, a este respecto, afirmó PARRA LUCÁN que: “La Sala 1.ª ha reiterado que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención”².

Con todo, los Principios generales nominados en el art. 3 de la CDPD, en particular, el señalado en su letra a) “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y la independencia de las personas”; junto con lo previsto en el art. 12 CDPC, que pone el acento en la capacidad jurídica, en la autonomía de la voluntad y en la prestación del consentimiento contractual, al declarar en su rúbrica el “Igual reconocimiento como persona ante la ley” y, en particular, el apartado 2, que afirma: “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”. A cuyo efecto, el apartado 3 dispone: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”; exigen la adopción de otra estrategia, que no pase por la modificación de la capacidad jurídica.

En efecto, el orden público internacional, que pondera los derechos humanos, y la moral de la sociedad, que pone el acento en el libre desarrollo de la personalidad, demandan pasar de un modelo paternalista a un modelo social. En este modelo,

2 PARRA LUCÁN, M.ª Á.: “Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York”, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, 2020, pp.122 y 136.

el centro de interés está en la autonomía de la voluntad³, lo que va a exigir la eliminación del proceso de incapacitación.

Este nuevo paradigma se refleja legalmente en el Capítulo Preliminar, “Capacidad jurídica”, del Título I, “Capacidad jurídica y estado de las personas” del Libro I, Derecho de la Persona, del Código del Derecho foral de Aragón.

B) La supresión del procedimiento de incapacitación.

a) El fundamento: arts. 3-1 y 3-2 CDFA.

El art. 3-1 CDFA, “Igualdad, personalidad y capacidad jurídica, tras afirmar en su apartado 1 que Todos los seres humanos son iguales ante la ley”, proclama, en su apartado 2 que “Toda persona tiene, por su dignidad inherente, personalidad y capacidad jurídica desde el nacimiento hasta la muerte”.

Una declaración de principios que alcanza su reflejo positivo en el art. 3-2 CDFA, cuya rúbrica responde al término “Capacidad jurídica”, y recuerda que “Toda persona tiene capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones; añadiendo, a continuación que La capacidad jurídica no podrá modificarse por razón de discapacidad”.

Todo ello tiene como consecuencia la abrogación del proceso de incapacitación, pero también de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada.

b) Momento de aplicación: Eficacia inmediata y efectos retroactivo: DDT Primera y Segunda de la Ley 3/2024⁴.

1º) *Eficacia inmediata.* A partir de la entrada en vigor de esta reforma, 15 de julio de 2024, ningún aragonés podrá ser incapacitado, tal y como establecen el art. 3-2.1 CDFA.

Así lo impone la Disposición Transitoria Primera: “Desde la entrada en vigor de esta ley nadie puede ser constituido en estado civil de incapacitado ni ver modificada su capacidad jurídica”.

3 Nada de esto es nuevo para el Derecho foral de Aragón, que parte en su regulación de una premisa: *no se debe ayudar a nadie más de lo que pueda necesitar*; consecuencia del principio de libertad civil que revela el *Standum*. Reflejo de todo ello es, por un lado, la situación de los menores a partir de los 14 años, que carecen de representante legal y pueden actuar en el tráfico jurídico contando, en su caso, con la debida asistencia; y, por otro, la regulación que la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, hiciera sobre la incapacidad y cuyo reflejo quedó plasmado, una vez refundida en el CDFA, en su art. 34, “Presunción de capacidad” y en el art. 37, que regulaba la invalidez de los actos de la persona [no incapacitada] en función de su aptitud o no para emitir válido consentimiento, que se refleja, como veremos en los art. 40 y 45 del vigente CDFA.

4 Sobre el Derecho transitorio *vid.* BAYOD LÓPEZ, C.: “Disposiciones transitorias” en AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por C. BAYOD LÓPEZ), ed. Colex, A Coruña, 2024, pp. 205-225.

Junto a lo anterior, dispone también la DT Primera que “las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedan sin efecto” que, en palabras de DOMÍNGUEZ LUELMO⁵, significa que “quedan automáticamente sin efecto, las eventuales privaciones de derechos como contraer matrimonio, hacer testamento, etc., que la persona con discapacidad podrá realizar o no conforme a su régimen específico de acuerdo con la nueva normativa y con independencia de lo que dijera la sentencia”. Lo que en nuestro Derecho va a provocar los siguientes efectos: i) que desde la entra en vigor de la ley, dejará de ser eficaz la sentencia de incapacitación, en su papel constitutivo del estado civil de incapacitado (DT Segunda) y, ii) su contenido deberá ser aplicado conforme a vigente regulación (DT Tercera).

2º) *Efecto retroactivo*. La DT Segunda, en coherencia con los derechos fundamentales y el principio de igualdad y no discriminación, dispone: “Las personas constituidas por sentencia judicial en estado civil de incapacitado antes de la entrada en vigor de esta reforma recuperan su capacidad jurídica, que deberá ser ejercitada, en su caso, con las medidas de apoyo que correspondan conforme a lo previsto en esta ley”.

Una reforma que pretenda abolir la discriminación de las personas con discapacidad necesariamente debe tener efecto retroactivo y eliminar por ley el estado civil de incapacitado sin necesidad de revisar una a una y en el plazo determinado las sentencias constitutivas de tal privación; situación criticada en el ámbito de la Ley 8/2021, que ha contribuido al colapso de los juzgados.

C) *Supresión de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada.*

a) *Argumentos a favor y en contra.*

En el seno de la Comisión se abordó el mantenimiento o no de la autoridad familiar rehabilitada o prorrogada como una medida de apoyo más a las personas con discapacidad⁶.

En concreto apostaron por su mantenimiento, aportando un texto alternativo para ello, los vocales de la Ponencia de medidas voluntarias (Calatayud, Oria y López Azcona) al que también se sumaría el Presidente de la Comisión.

En cambio, los vocales ponentes de la Parte General (Serrano y Santacruz) incluían un precepto relativo a los menores de edad mayores de 14 años con

5 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario a las DDTT”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se modifica la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Aranzadi, 2021, pp. 1483 y ss.

6 Se trata esta cuestión en las sesiones de 11 de septiembre de 2022 (Acta 284); 5 de octubre de 2022 (Acta 286), 19 de octubre de 2022 (Acta 287), 26 de octubre de 2022 (Acta 288) y 11 de enero de 2023.

discapacidad, en el que no se preveía la prórroga de la autoridad familiar, pero sí la posibilidad de solicitar del juez, en su caso, facultades de representación. A favor de la supresión de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada se manifestó también la vocal Bayod y con posterioridad se sumaría a esta postura el vocal Arbués.

El argumento principal de los vocales que defienden el mantenimiento de la prórroga y rehabilitación de la autoridad familiar fue la importancia de la figura de los padres en el cuidado de los hijos, que deben seguir en el ejercicio de su autoridad sin pasar a ser curadores de sus hijos⁷.

No obstante, otros vocales consideraron que la prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar, nunca existente en Aragón hasta 2006, tiene como presupuesto la incapacitación, y si ésta y ano existe, la otra no tiene razón de ser⁸.

En atención a estos argumentos, se retiró la propuesta de mantener la prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar, ya que las mismas son consecuencia de una premisa: la incapacitación, ahora inexistente.

- 7 En concreto, el vocal Calatayud, afirma a ese respecto:
“que uno de los aspectos más criticados de la reforma del régimen estatal en materia de discapacidad ha sido precisamente el relativo a la supresión de la prórroga y rehabilitación de la patria potestad, por cuanto priva a los progenitores de funciones sin suficiente justificación. El Presidente se suma a esta observación, haciendo referencia a que muchos informes recogen ese malestar por su eliminación. Don Adolfo Calatayud Sierra coincide con Doña Carmen Bayod López en que hay que tener presentes a los menores de edad, pero también a los progenitores, los cuales, a su juicio, son los grandes olvidados de esta reforma. Reconoce que la rehabilitación y la prórroga se incorporaron novedosamente en Derecho civil aragonés, pero subraya el éxito conseguido con su introducción, más allá de que tales figuras sean ajenas a la tradición jurídica aragonesa. Señala que, por regla general, los padres son los más indicados para cuidar a sus hijos, especialmente en aquellos casos en que padecen una discapacidad permanente o irreversible. Por ello, considera que cambiarles las reglas jurídicas que rigen su actuación cuando van a seguir haciendo lo mismo, carece de sentido. En ese sentido, clarifica que la propuesta del grupo de trabajo que integra no propone un sistema automático (como se ha podido interpretar), sino que se limita a facultar al Juez a decidir si cree que la concreta situación de la persona con discapacidad aconseja para ella el mantenimiento de la autoridad familiar. Cierra su intervención, matizando a Don Joaquín José Oria Almuñí, señalando que para él sí que cabe hablar de prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar” Cfr. Acta 286, Sesión de 5 de octubre de 2022.
- 8 En este sentido la vocal Bayod, que secunda el texto propuesto por la ponencia de parte General, aporta los siguientes argumentos técnicos:
“Doña Carmen Bayod López no cree que deba existir un régimen especial para las personas menores de edad con discapacidad. Apoya el artículo propuesto por la ponencia general, al considerar que remite la situación del menor con discapacidad al procedimiento general de adopción de medidas de apoyo. El apartado 2 atendería a una singularidad específica de Aragón (la situación del menor mayor de 14 años), pero sin desvirtuar el diseño global. Frente a la alternativa presentadas por el grupo de trabajo integrado por los vocales Don Adolfo Calatayud Sierra, Doña Aurora López Azcona y Don Joaquín Oria Almuñí, manifiesta su absoluta oposición a conservar mecanismos como la prórroga y la rehabilitación de la autoridad familiar. Defiende su posición acudiendo a diversos argumentos. Así, la vocal en primer lugar recuerda que en el Derecho histórico aragonés siempre se ha distinguido entre las funciones de guarda y las funciones representativas. No fue hasta 2006 en virtud de la Ley de Derecho de la Persona cuando la prórroga y la rehabilitación – explica se introdujeron ex novo, en una situación diferente a la actual, vinculada al entonces vigente proceso de incapacitación, de tal modo que la supresión de la incapacitación en 2021 implica que actualmente carezcan de justificación. Apunta, asimismo, que a la luz del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006, podría llegar a ser estigmatizante mantener a unas personas bajo una situación de prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar, cuando otras personas aquejadas igualmente por una discapacidad por haberla sufrido tras su mayoría de edad no se encontrarían bajo este régimen vinculado a la minoría de edad”, cfr. Acta 286, Sesión de 5 de octubre de 2022.

Pero ciertamente, en el mantenimiento de esta medida había un argumento, no sé si llamarlo de conciencia, o bien de la estética y formas que también debe guardar el Derecho, que es la importancia de la familia y de los padres en la crianza y educación de los hijos que, como sabemos, en Aragón va más allá de la mayor edad, y aun cuando los hijos no tengan discapacidad.

En atención a ello, ya en sede de curatela, se había previsto por el grupo de trabajo de medidas judiciales (Bayod, Arbués, García Vicente) una medida especial para cuando la curatela estuviera a cargo de los padres⁹, de manera que éstos no estarían sujetos a realizar inventario o llevar a cabo una rendición de cuentas periódica. Esta norma especial, en los debates de la Comisión, se amplió, si así lo considera el juez, a que la misma tuviera aplicación en favor de otros familiares, del cónyuge o pareja que asumiera la curatela. Esta fue la solución que se adoptó.

Como indica el Preámbulo de la ley 3/2024: “se establece un régimen especial en el artículo 169-28 bajo la rúbrica “Curatela por los progenitores”, que pretende dar respuesta a una realidad social y poner en valor el apoyo desinteresado que los progenitores, a lo largo de toda su vida, prestan a sus hijos con discapacidad. Teniendo difícil ajuste a la Convención de Nueva York la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, sí es necesario facilitar el tránsito de la menor edad a la mayor edad de la persona con discapacidad que sigue contando con el apoyo de sus progenitores y eximir a estos de ciertas normas generales sobre curatela, como la necesidad de hacer inventario o una rendición periódica de cuentas. Este régimen especial podrá aplicarse también al cónyuge, al otro miembro de la pareja estable no casada, a un descendiente o a un hermano de la persona con discapacidad cuando a ellos se les haya encomendado la curatela”.

b) *Derecho transitorio*: ¿Cuál es la situación de los padres con autoridad de guarda prorrogada o rehabilitada a la entrada en vigor de la ley?

A ello responde el apartado 5 de la Disposición Transitoria tercera, “Situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho. Situación de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada”, al establecer que: “Quienes al entrar en vigor esta ley ostenten la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada tendrán la condición jurídica de curadores. Si la sentencia les otorgó facultades de representación, ejercerán la curatela representativa; de lo contrario, su curatela será asistencial”.

Añadiendo el apartado 6 de dicha DT 3ª que: “Todas las actuaciones llevadas a cabo antes de la entrada en vigor de esta ley conforme al Derecho anterior por

⁹ Esta propuesta fue completada por el texto propuesto por el vocal SERRANO GARCÍA, procedente del Derecho suizo, que incluye también a otros familiares. El texto formulado por el vocal fue SERRANO GARCÍA aprobado por los miembros de la Comisión y ha pasado a la ley.

los tutores, curadores, defensores judiciales, guardadores de hecho y titulares de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, conservarán su validez”.

D) *La familia un apoyo fundamental.*

La ley 3/2024, como ha sido y es propio de Aragón, pone en valor los apoyos familiares en el ejercicio de la capacidad jurídica. Ello tiene su reflejo en la delación dativa de la curatela, art. 121; en la regulación de la guarda de hecho, que toma como premisa los apoyos familiares (vgr. arts. 169-11 y 169-12), pero señaladamente en los arts. 169-28, “Curatela de los progenitores”; en la posibilidad que el art. 116 otorga a éstos al objeto de poder establecer una futura curatela sobre sus hijos menores con discapacidad, así como en la regulación de la sustitución ejemplar incorporada en el art. 476 bis.

a) Como ya he señalado la supresión de “la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada”, no supone olvidar el apoyo de la familia, a estos efectos, se establece: un régimen especial en el art. 169-28, bajo la rúbrica *Curatela por los progenitores*, se da respuesta a una realidad social y pone en valor el apoyo desinteresado que los padres, a lo largo de toda su vida, prestan a sus hijos con discapacidad.

Dice el precepto:

“1. Cuando la curatela se haya confiado a los progenitores no se aplicarán las normas sobre remuneración, inventario y rendición periódica de cuentas y sólo precisarán autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez para los actos en que la requirirían si el hijo fuera menor de edad.

2. No obstante, la autoridad judicial, a instancia del Ministerio Fiscal o del hijo con discapacidad, en atención a las circunstancias concurrentes, podrá acordar la modificación o inaplicación en todo o en parte de este régimen especial.

3. Podrá también la autoridad judicial, si las circunstancias lo justifican y oído el Ministerio Fiscal, aplicar en todo o en parte este régimen especial cuando la curatela se haya confiado al cónyuge, al otro miembro de la pareja estable no casada, a un descendiente o a un hermano de la persona con discapacidad”.

b) En este orden de cosas, “se prevé que los titulares de la autoridad familiar puedan establecer disposiciones voluntarias sobre una futura curatela de sus hijos” en los supuestos que regula el art. 116 CDFA, que tiene en cuenta, además, la previsión que el hijo hubiera podido establecer en disposiciones voluntarias sobre su autocuratela, debiendo, entonces, prevalecer ésta, en una clara apuesta por la autonomía de la voluntad y el justo equilibrio con la prestación de apoyo y cuidado familiar.

Conforme al precepto ("Disposiciones de los progenitores sobre la futura curatela de sus hijos"):

"1. Cualquiera de los progenitores titulares del ejercicio de la autoridad familiar sobre menores con discapacidad o en previsión de llegar a tenerla podrá establecer en escritura pública disposiciones voluntarias sobre su curatela para cuando estos lleguen a la mayoría de edad y ninguno de los titulares de la autoridad familiar pueda ocuparse de ellos.

2. Cualquiera de los progenitores nombrados curadores con facultades de representación podrá también establecer en escritura pública disposiciones sobre la futura curatela del hijo para cuando dejen de ser curadores por causa distinta a la de su remoción.

3. Las mismas disposiciones podrán establecerse para la curatela a que quede sujeto el hijo emancipado.

4. A las disposiciones así establecidas les será aplicable el régimen de las disposiciones sobre autocuratela. En todo caso, las disposiciones de la autocuratela prevalecerán sobre las de los progenitores en cuanto sean incompatibles".

c) También, y en esta línea, "se introduce la regulación de la sustitución ejemplar" (artículo 476 bis), a propuesta del vocal SERRANO GARCÍA, quien también redactaría la correspondiente Disposición transitoria. Hasta la reforma del Código Civil llevada a cabo por Ley 8/2021, se venía entendiendo pacíficamente que la regulación que éste contenía sobre dicha sustitución se aplicaba supletoriamente en Aragón. La indicada reforma suprimió la sustitución ejemplar, pero se trata de un instrumento que puede ser útil para que los ascendientes puedan organizar la sucesión de sus descendientes con discapacidad, si éstos no han otorgado acto de disposición por causa de muerte, por lo que ha parecido oportuno introducir una regulación de esta sustitución en el Derecho aragonés.

El tenor del art. 476 bis ("Sustitución ejemplar") es el siguiente:

"1. El ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente sujeto a medidas de apoyo representativas, si bien la sustitución será ineficaz si el descendiente ha otorgado pacto o testamento válido, antes o después de dictarse las medidas de apoyo, o si estas hubieran quedado sin efecto con anterioridad a su fallecimiento.

2. El ascendiente tendrá en cuenta, siempre que sea posible, la voluntad y preferencias del sustituido.

3. La sustitución ejemplar comprenderá la totalidad de los bienes del sustituido.

4. En el caso de que varios ascendientes hubieran hecho uso de la sustitución, se preferirá la disposición realizada por el ascendiente fallecido de grado más próximo. Si son del mismo grado se atenderá a las disposiciones de todos si son compatibles. Si no lo son, prevalecerá la de cada uno en lo que hubiera dejado al descendiente, y el resto se entenderá dispuesto proporcionalmente”¹⁰.

2. La personas con discapacidad: ¿a quién y dónde se aplica esta normativa?

A) Personas mayores de edad o emancipadas.

La regulación que lleva a cabo la ley tiene como centro del sistema a la persona mayor de edad o emancipada [arts. 3-2.2 a) y 38.4 CDFA] que presenta una “discapacidad intelectual, previsiblemente permanente, que impide o dificulta a la persona comprender, valorar o expresar por sí sola el consentimiento en la toma de decisiones, tanto en aspectos personales como patrimoniales” (art. 37.2 CDFA)

En lo que atañe a la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad, presenten o no una discapacidad, es requisito *sine qua non* la emisión de un consentimiento válido, tanto para actuar en aspectos personales (asistencia médica, elección de domicilio, cambio de nombre, mantener relaciones sexuales, etc.) como patrimoniales (enajenar, llevar a cabo actos de gravamen, otorgar testamento, apoderar, capitular, etc.).

El consentimiento para ser válido debe ser consciente, racional y libre; lo que significa que la persona que emite el consentimiento debe comprender la trascendencia de su declaración (los derechos, obligaciones, consecuencias y efectos que se derivan de la misma) y, para ello, la emisión de dicho consentimiento no debe estar viciada por error, dolo o intimidación, que distorsionen la realidad o la voluntad.

Cuando la persona mayor de edad presenta una discapacidad intelectual puede verse afectada la validez de su consentimiento, bien porque no pueda expresarlo, aun cuando tenga capacidad de entender y de querer el hecho, acto o negocio que desea realizar (por ejemplo, personas que padecen parálisis cerebral) o bien porque pudiendo comunicarse carecen de las habilidades necesarias para conocer las trascendencias de sus actos, no siendo por lo tanto su consentimiento consciente y libre.

10 A estos efectos, y dado que desde la entrada en vigor de la ley 8/2021 se suprimió la sustitución ejemplar, se atiende a esta situación en la Disposición transitoria séptima. “Sustitución ejemplar,” que dispone: “Las sustituciones ejemplares otorgadas antes de la entrada en vigor de esta ley son válidas y subsisten si cumplen los requisitos del nuevo artículo 476 bis del Código del Derecho Foral de Aragón”.

A estas personas se destina esta regulación, al objeto de que puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida (art. 37.1 CDFA).

B) Los menores de edad con discapacidad: el menor mayor de 14 años no emancipado.

“El ejercicio de la capacidad jurídica, tanto en aspectos personales como patrimoniales, a salvo las limitaciones o prohibiciones impuestas por la ley, corresponde: A los menores de edad por sí solos, conforme al apartado 1 del artículo 7, o con la representación legal o asistencia en su caso debidas”, así lo establece el art. 3-2.b) CDFA.

En razón de ello, los menores de edad que no han cumplido los 14 años actúan en el tráfico jurídico, con carácter general, sujetos a la representación legal de sus padres en el ejercicio de la autoridad familiar o del tutor (arts. 9 y 12 CDFA).

Esta situación jurídica hace que el padecimiento de una discapacidad intelectual, a efectos del ejercicio de la capacidad jurídica, pase a un segundo plano, ya que la situación del menor de 14 años con discapacidad es equivalente a la del menor que no la padezca, salvo en los supuestos del art. 7 CDFA, que excluiría de la actuación por sí solo al menor de 14 años con discapacidad, si no tiene suficiente madurez, como previsiblemente sucederá.

Ahora bien, el menor que ha cumplido los 14 años carece en Aragón de representante legal (art. 5.3 CDFA) y puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con la debida asistencia, en su caso (art. 23 CDFA).

En esta situación, la discapacidad del menor mayor de 14 años puede requerir un mayor grado de apoyo que la mera asistencia en la toma de decisiones.

Por ello, el art. 38 del CDFA regula expresamente la situación del menor mayor de catorce años con discapacidad, señalando, en primer lugar, que “los titulares de la autoridad familiar o la tutela le prestaran los apoyos necesarios incluidos en sus respectivas facultades” (art. 38.1 CDFA).

Tras esta declaración, faculta a quienes estén prestando la asistencia al menor mayor de 14 años, por un lado: para solicitar del juez, en el procedimiento de medidas de apoyo, que se les conceda facultades de representación:

“Si los apoyos necesarios exceden de las facultades de quienes prestan asistencia al menor mayor de catorce años, el Juez, en el procedimiento de provisión de apoyos, a petición del menor, de los titulares de la autoridad familiar, del tutor o del Ministerio Fiscal, podrá establecer en favor de los progenitores que estén en el

ejercicio de la autoridad familiar o del tutor las facultades de representación que necesiten, incluyendo, en su caso, la aplicación de las reglas de la autoridad familiar o tutela a que estaba sujeto antes de dicha edad" (art. 38.2 CDFa).

Por otro lado, se posibilita también que se acuerde ya la medida de apoyo que sea necesaria para cuando el menor mayor de 14 años, alcance la mayor edad en el siguiente supuesto:

"Del mismo modo, cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a autoridad familiar o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad, debiendo tener en cuenta las disposiciones voluntarias establecidas conforme a lo previsto en este Código" (art. 38.3 CDFa).

C) Vecindad y domicilio.

En aplicación de las normas de conflicto, de competencia exclusiva del Estado español (art. 149.1.8ª CE), la regulación aragonesa en materia de capacidad será aplicable a los españoles de vecindad civil aragonesa (arts. 16.1 y 9.1 CC), a ellos se destina esta regulación.

Ahora bien, la regulación aragonesa de las medidas de apoyo puede tener un mayor número de destinatarios al disponer el art. 9.6 CC, en su párrafo segundo que, "La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual", por lo tanto, esta norma puede aplicarse a españoles con distinta vecindad, así como a extranjeros con residencia habitual en Aragón¹¹.

Por la misma razón, la persona de vecindad civil aragonesa, aun cuando su capacidad se regule por el Código foral, si cambia de residencia, aun manteniendo su vecindad, le podrían ser aplicables las medidas de apoyo previstas en ley aplicable en su nueva residencia, así parece establecerlo el art. 9.6 CC ("En caso de cambio de residencia a otro Estado [CCAA], se aplicará la ley de la nueva residencia

11 El art. 9.6.2 CC, en la redacción dada por la ley 8/2021, no goza tampoco del favor de la doctrina haciéndose acreedor de sonadas críticas. Vid., entre otros, GOÑI URRIZA, N.: "La reforma del Derecho internacional privado", en AA.VV.: *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*, ed. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 137-167; DIAGO DIAGO, P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *La Ley*, n° 9779, 2021, pp. 1-22; BAYOD LÓPEZ, C.: "Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp. 144-167; MAYOR DEL HOYO, Mª V.: "El Derecho civil aragonés antes la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad: ¿Una adaptación condicionada por la reforma del ordenamiento jurídico privado estatal?", en *Vigesimonovenos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2020, pp. 191 a 231.

habitual"); efecto que será inevitable si nada se dice, pero, a lo que creo, si la persona con discapacidad ha establecido medidas voluntarias (mandato de apoyo o ha discurrido su curatela conforme a la ley aragonesa), estas medidas deben ser las aplicables también fuera de Aragón, en atención a la siguiente determinación del art. 9.6 CC: "... sin perjuicio del reconocimiento en España [por otra CCAA] de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados [otra CCAA]". Es esta una primera aproximación para mantener la aplicación de nuestro Derecho, pero es posible que siendo nuestras medidas también de Derecho español, podríamos discurrir todavía más y mejor, pero creo que no es el momento.

3. Capacidad jurídica y medidas de apoyo.

A) La regla: igual capacidad y ejercicio diverso (por sí sola o con apoyos).

La norma básica del sistema, y premisa de la que hemos de partir, la diseña, como ya he señalado, el art. 3-2 CDFA. De manera que la capacidad jurídica, la posibilidad de ser titular de Derechos y obligaciones, corresponde como era y debe ser, a toda persona por el solo hecho de serlo, y la misma no pueda modificarse por razón de la discapacidad, esta es la novedad y pieza clave del sistema.

Ahora bien, el ejercicio de la capacidad jurídica, en cualesquiera aspectos de su vida, corresponde a toda persona mayor de edad que, podrá ejercitarla *por sí misma*, si es capaz de entender, comprender, valorar o expresar la actividad jurídica que va a llevar a cabo; o de no serlo, *con los apoyos que pueda necesitar*.

El desarrollo de este sistema se contiene en el Capítulo II, del Título I, "Capacidad jurídica y estado de las personas", que regula la "Capacidad jurídica de las personas con discapacidad" en los arts. 34 a 45-9, integrados en cuatro Secciones. Entre todas ellas, centraré mi atención en las dos primeras: "Capacidad jurídica y medidas de apoyo" (Sección 1ª), arts. 34 a 39 y "Ejercicio de la capacidad jurídica" (Sección 2ª), arts. 40 a 44.

Esta regulación, como luego diré, responde a uno de los principios del sistema civil aragonés: la autonomía de la voluntad, ya que la discapacidad no es por sí una causa de invalidez de los actos o negocios llevados a cabo por la persona con discapacidad, sino que lo será su falta de aptitud para emitir por sí sola el consentimiento, (art. 40 y 45 CDFA)¹². La Sección 3ª, arts. 45 a 45-6, a la que luego me referiré, regula la "Invalidez e ineficacia de los actos y contratos".

¹² Sobre la autonomía de la voluntad como principio inspirador de la reforma puede verse BAYOD LÓPEZ, C.; "Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos", en AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord., por C. BAYOD LÓPEZ), ed. Colex, A Coruña, 2024, pp. 61-90

B) Capacidad jurídica y medidas de apoyo: función y principios.

Cuando la persona mayor de edad (o emancipada) no pueda ejercer por sí sola su capacidad jurídica, deberá contar con las medidas de apoyo que le permitan el ejercicio de su capacidad en condiciones de igualdad.

A estos efectos, el art. 34.3 CDFA dispone que: “Se garantizarán las medidas de apoyo que la persona con discapacidad pueda necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”; garantía que indudablemente presta esta regulación civil al establecer el régimen jurídico de las mismas.

a) Funciones de las medidas de apoyo: ¿en qué consisten?

A ello se refiere el art. 35.1 CDFA, al establecer que “podrán consistir en el apoyo en la comunicación, la consideración de opciones y la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, así como en la asistencia o, en última instancia, la representación en la toma de decisiones”.

Seguidamente, el párrafo 2 del art. 35 CDFA excluye de los apoyos representativos, “aquellos actos para los que la ley exija una actuación estrictamente personal”, en clara referencia a actos como el testamento o el matrimonio.

b) Los principios: voluntad, preferencias y el mejor interés de la persona con discapacidad.

El art. 36 CDFA regula “los principios que deben guiar a la prestación de apoyo”, a saber: i) necesidad y proporcionalidad (art. 36.1 CDFA); ii) temporalidad (art. 36.2 CDFA); iii) control de abusos, oposición de intereses e influencia indebida (art. 36.3 CDFA). En relación a esto último, el art. 42 CDFA regula minuciosamente la “Oposición de intereses” entre la persona con discapacidad y quién le haya de prestar el apoyo.

Por su parte, el art. 37.1 CDFA, establece la forma de adoptar y ejercitar el apoyo, que debe ser: “respetando la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, con atención a su voluntad y preferencias, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, añadiendo, seguidamente, siempre que ello sea posible”.

En efecto, en la regulación aragonesa sigue siendo un principio básico atender al mejor interés de la persona, sea esta mayor o menor de edad, y tenga o no discapacidad, en atención a su dignidad y al principio de solidaridad universal.

En razón de ello, el apartado 2 del art. 38 CDFA dispone: “Cuando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad no puedan conocerse, su

cumplimiento resulte imposible o extraordinariamente difícil o puedan suponer un peligro significativo para su bienestar o el de las personas a su cargo o graves perjuicios a terceros, “se actuará en función de lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses de la persona afectada”.

La misma exigencia establece el art. 43, “Intromisión en los derechos de la personalidad”, ya que en aquellos casos en los que la persona con discapacidad no pueda decidir por sí sola y no haya previsto nada al respecto, “la intromisión solo será posible cuando lo exija el interés de la persona con discapacidad apreciado por quien le viene prestando apoyo y a falta, imposibilidad o negativa de este, por el Juez”.

4. Ejercicio de la capacidad jurídica: validez e invalidez de los actos y contratos.

A) El punto de partida: Presunción de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica.

El art 40 CDFA, en sede de “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, contiene una norma de carácter general, aplicable a todas las personas sujetas a la ley aragonesa.

En su apartado 1 establece con carácter general la aptitud necesaria para el ejercicio de la capacidad jurídica: “Tiene aptitud para ejercitar la capacidad jurídica la persona que por sí sola puede comprender y valorar el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella”.

Este precepto establece, en consecuencia, las bases del sistema: para ejercitar válidamente cualquier actividad con relevancia jurídica, tanto en aspectos personales como patrimoniales, se requiere tener aptitud para comprender y valorar, por uno mismo, el significado y efectos del acto que se va a realizar en un determinado contexto y, conforme a ello, manifestar la voluntad y actuar conforme a ella.

Seguidamente, el art. 40 CDFA, establece una presunción *iuris tantum* en su apartado 3: “Se presume la aptitud para realizar un acto concreto siempre que para dicho acto la persona no esté sujeta a medidas de apoyo asistenciales o representativas, judiciales o voluntarias ya eficaces, y que no se demuestre lo contrario de forma cumplida y adecuada”.

Esta aptitud se presume en la persona aragonesa que ha cumplido 14 años, si bien, hasta que llegue a la mayor edad, requerirá, en su caso, de la asistencia prevista en el art. 23 CDFA y, desde luego, en la persona mayor de edad no sujeta a medidas de apoyo, ya que, si cuenta con ellas, la presunción es la contraria: la necesidad de asistencia.

B) *La validez de los actos jurídicos.*

Validez e invalidez, como el yin y el yang, establecen el equilibrio en las actuaciones jurídicas de los sujetos; si bien, regulando la norma cuándo un acto es inválido, el intérprete es capaz de deducir, *a sensu contrario*, su validez.

De hecho, en la CADC se discutió sobre la necesidad o no de incluir un precepto referido a la validez de los actos jurídicos de la persona con discapacidad, habida cuenta de la regulación de la invalidez; tras votación, se admite mantener un precepto dedicado a la validez (el art. 10 en la Ponencia)¹³, y posiblemente ello fuera especialmente clarificador.

En efecto, la aptitud para contratar por sí solo se presume en la persona mayor de edad no sujeta a medias de apoyo, por lo tanto, cuando la persona mayor de edad cuenta con medias apoyo respecto de un acto concreto decae dicha presunción, y, por ello, “La persona que no tiene la suficiente aptitud para ejercer por sí sola su capacidad jurídica respecto de un acto concreto puede realizarlo válidamente con las medidas de apoyo adecuadas conforme a lo establecido en este Código”, tal y como establece el art. 41 CDFA.

Dicho esto, es evidente que cuando la persona no tenga aptitud suficiente para ejercitar su capacidad jurídica y no cuente con medidas de apoyo para realizar el acto concreto, éste debe ser inválido. A ello se refiere el art. 45 CDFA que, a lo creo, puede elevarse a norma general que regula la validez e invalidez de actos y contratos de cualquier persona sujeta al CDFA.

C) *La invalidez de los actos de la persona sin aptitud para realizarlos*¹⁴.

a) *Consideraciones generales.*

La regulación de la invalidez en el Código foral va a partir de un sistema clásico, si la persona está sujeta a medidas de apoyo en vigor y relacionadas con su actuación en el acto concreto, el mismo será inválido, anulable; *con ello se garantiza la seguridad del tráfico jurídico*; ahora bien, la causa de la invalidez del acto no puede ni debe ser la discapacidad, sino la falta de aptitud para realizar el acto concreto.

Esta aptitud se presume siempre que para dicho acto la persona no esté sujeta a medidas de apoyo asistenciales o representativas, judiciales o voluntarias ya eficaces, “y que no se demuestre lo contrario de forma cumplida y adecuada” (art. 40.3 CDFA); “con ello se garantiza la autonomía de la voluntad de todas

¹³ Acta 313 de 14 de junio de 2023. Votaron a favor los ponentes, Serrano y Santacruz, junto con los vocales, Bayod, López y Oria; votaron en contra el Presidente y el vocal Calatayud; se abstuvo el vocal Arbués.

¹⁴ Lo dicho en este apartado está tomado de lo que escribí sobre esta materia en la obra “Invalidez e ineficacia” cit. pp. 61 y ss.

las personas, con sin discapacidad o sin ella, dentro del sistema”; por último, *la contratación exige lealtad y buena fe* entre las partes contratantes, principios no solo propio de Aragón sino ahora consagrado en el marco contractual europeo, por ello se van a regular *excepciones a la anulación*, que permiten oponerse a la misma en los casos señalados en el art. 45-3.

b) La regla general: falta de aptitud y medidas de apoyo.

El art. 45 CDFA regula con carácter general la invalidez de los actos y contratos realizados por las personas que carecen de aptitud para realizar un acto concreto en consonancia con lo previsto en el art. 41 CDFA. Por ello, el art. 45, “Invalidez del acto de la persona sin aptitud para realizarlo”, dispone en su apartado 1 que: “Será inválido el acto realizado por quien, en el momento de su celebración, carezca de la suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica y no cuente con las medidas de apoyo que procedan para suplir esa insuficiencia”.

Como vengo indicando la invalidez se hace depender de la falta de aptitud para ejercitar por sí sola la capacidad jurídica (art. 40.1 CDFA) referida a un momento concreto, y no teniéndola, no cuente tampoco con las medidas de apoyo que puedan suplir esta insuficiencia. La razón puede estar en que todavía no cuanta con ningún tipo de medidas previstas en el art. 101 CDFA o, teniéndolas, ha prescindido de ellas. Si bien, la intervención del curador y mandatario de apoyo, cuentan con una regulación específica, que sería aplicable preferentemente.

Ciertamente, esta norma, está ubicada en el Capítulo II, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, pero creo que es una norma susceptible de ser aplicada a cualesquiera situaciones en las que la persona concernida no tenga aptitud para manifestar su voluntad en los términos expresados en el art. 40.1 CDFA, tal y como lo fue el derogado art. 37 CDFA, del que el art. 45, recibe su inspiración, al no haber ahora incapacitación.

La legitimación, corresponde al propio interesado o sus herederos; y a la persona cuya asistencia o representación habría evitado la invalidez; en ese precepto, que es general, se atiende al supuesto en el que la persona, que carece de aptitud para emitir el consentimiento, acaso aún no tenga mediadas en vigor, legitimando a estas personas de apoyo para impugnar también el acto, cuando ejerzan dicho cargo.

El apartado 2 del art. 45 contempla a la nulidad como excepción y para los casos de vulneración de leyes que exijan una capacidad específica.

c) La invalidez por falta de apoyo o defectos en su prestación: arts. 45-1 y 45-2 CDFA.

- El art. 45-1 CDFA determina la anulabilidad del acto llevado a cabo por parte de la persona con discapacidad cuando tuviera medidas de apoyo en vigor en relación con dicha actuación, bien la curatela bien el mandato de apoyo.

En este caso, la legitimación le corresponde a la persona con discapacidad o a sus herederos o al curador o mandatario que no intervinieron en la realización del acto. Se sigue con ello, como ya he advertido, el sistema clásico en materia de anulabilidad que sigue el CDFA en otras materias: menores, sucesiones, etc.

- El art. 45-2 CDFA regula dos supuestos de invalidez por defectos en la prestación de apoyos, esta se puede deber a dos circunstancias:

1. “Que se haya actuado en representación de la persona con discapacidad sin contar con la debida autorización o aprobación de quien deba darla”, la Junta o el Juez, cuando el acto la requiera: son los casos, entre otros, previsto en el art. 169-24 en sede de curatela representativa; y también, aun cuando no será lo habitual, a los actos otorgados por el defensor judicial, si así lo ha dispuesto el Juez (art. 129-2.2 CDFA) o por el guardador de hecho en el supuesto del art. 169-12.6 CDFA. Igualmente, será aplicable a los supuestos del mandatario de apoyo que no hubiera cumplido las condiciones de ejercicio del art. 169-4 CDFA.

2. La “oposición de intereses”. Siguiendo el señalado principio de lealtad y buena fe, establece dicho precepto que: “También será anulable el acto realizado con apoyo asistencial o representativo cuando exista oposición de intereses entre quien presta el apoyo y la persona con discapacidad”. El art. 42 CDFA se refiere con carácter general a los supuestos de oposición de intereses entre la persona con discapacidad y quien le preste el apoyo, indicando como actuar válidamente; cuando no se actué en dicha forma, habrá un defecto en la prestación de los apoyos que permite anular dicha intervención.

- En ambos casos se legitima para instar la anulabilidad: por un lado, a la persona con discapacidad o sus herederos y, por otro, si fuesen varias las personas designadas para prestar apoyo, las que no hayan intervenido en el acto (art. 45-2. 3 CDFA).

D) Régimen jurídico de la invalidez: la anulabilidad como regla.

a) La necesidad de esta norma dentro del sistema.

El legislador aragonés, siguiendo la excelente regulación de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre de 2006, refundida en el Código del Derecho foral de Aragón por Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, reguló ya entonces la consecuencia de la falta de aptitud para prestar el consentimiento, entonces ligada a la modificación

de la capacidad de obrar, como un supuesto de invalidez del tipo denominado anulabilidad. Acción meramente declarativa, que permite ser opuesta como excepción, sin que la misma, por su naturaleza declarativa, ni prescriba ni caduque, pero contando la acción restitutoria de la prestación con un plazo de cuatro años, que en nuestra ley es de prescripción. Esta acción, además, solo legitima a una de las partes contratantes, en este caso a la persona que no tenga la aptitud suficiente para ejercitar su capacidad jurídica y no cuente tampoco con las medidas de apoyo que suplirían dicha insuficiencia.

La anulabilidad es la consecuencia que en situaciones semejantes establece el legislador aragonés en todos sus textos vigentes (vgr. arts. 19, 22, 29, 33, 423.2, 424.2, 427 CDFA) así como el derogado art. 37 CDFA. Por ello, esta consecuencia es la que en esta sede demanda el sistema.

Esta regulación, y la fijación de su contenido, incorporando también los supuestos de pérdida de la prestación, así como la restitución limitada al enriquecimiento por parte de la persona con discapacidad, eran exigidos por la estructura del ordenamiento jurídico civil español (principios de competencia, preferencia y supletoriedad), ya que la falta de precisión en la regulación aragonesa podía dar lugar a la aplicación supletoria del Código civil (arts. 1302, 1303, 1304, 1314, etc. CC); textos reformados por la ley 8/2021 que, por lo demás, no gozan del favor de la doctrina, y responden, ahora, a una naturaleza distinta: la acción de anulabilidad en el Código civil está sujeta a un plazo de caducidad, y ello revela importantes cambios en su naturaleza jurídica difíciles de conciliar con nuestro sistema civil foral.

Por ello esta regulación se hacía más que necesaria, evitando con ello la aplicación supletoria del Código civil, ya que, en esta materia, capacidad, Aragón tiene competencia exclusiva.

b) El Régimen de la anulación: art. 45-4 CDFA

- Regulación.

Se contiene en el art. 45-4 ("Régimen de la anulación"), que dispone:

"1. La acción prescribirá a los cuatro años desde la celebración del acto.

2. Anulado el contrato por alguna de las causas contempladas en los artículos anteriores, la persona con discapacidad no estará obligada a restituir sino en cuanto se haya enriquecido con la cosa o precio que haya recibido.

3. La pérdida de la prestación recibida por la persona con discapacidad no extinguirá la acción, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa de esta después de haber recuperado la aptitud para ejercer su capacidad jurídica.

La pérdida de la prestación por culpa o dolo de la persona que ejerce el apoyo extingue la acción de anulabilidad”.

Este texto parte de la Ponencia general, y se contemplaba en dos preceptos, que se agruparon bajo uno sólo, tal y como ha quedado en la redacción vigente, a propuesta del vocal don Adolfo Calatayud. Sin discusiones en el seno de la Comisión, fue aprobado en la sesión 23 de junio de 2023.

Como se señala en la Motivación llevada a cabo por los Ponentes “Con estos artículos se trata de mantener para el Derecho aragonés la redacción que tenían los arts. 1304, 1314 y (...) antes de la reforma de 2021, pero se han añadido unos apartados referidos, (...) a la persona que presta el apoyo y pierde por su culpa o dolo la prestación recibida, para indicar que en tal caso sí se extingue la acción de anulabilidad (complemento al texto del viejo art. 1314 CC)”. (Anexo del Acta 314)

- *Legitimación, plazo y naturaleza: “dies a quo”.*

Como ya he indicado, la acción de anulabilidad corresponde ejercitarla a los legitimados para ello en los artículos anteriores, estando sujeta a un plazo de prescripción de cuatro años, cuyo *dies a quo*, para pedir la restitución de las prestaciones, comienza desde la celebración del contrato. Como acción meramente declarativa, su ejercicio tanto como acción o como excepción ni prescribe ni caduca.

- *Límites a la restitución.*

La declaración de nulidad o anulabilidad del contrato destruye el vínculo obligacional, de manera que, si hubo transmisión de prestaciones, éstas carecen de causa que las justifique; en razón de ello, surge la acción restitutoria que permite a las partes contratantes exigir la retransmisión del objeto del contrato con sus incrementos o intereses.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico puede limitar los efectos de la restitución tan sólo al enriquecimiento que la misma haya producido cuando una de las partes puede resultar vulnerable respecto de la otra, que pudo haber conocido dicha situación, desconociendo el deber de lealtad entre las partes de una relación jurídica.

A estos efectos, el apartado 2 del art. 45-5 CDFA dispone: "Anulado el contrato por alguna de las causas contempladas en los artículos anteriores, la persona con discapacidad no estará obligada a restituir sino en cuanto se haya enriquecido con la cosa o precio que haya recibido".

Esta norma es coherente con la previsión del art. 45-3.1 CDFA, ya que el otro contratante, si prueba que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad, podrá oponerse a la misma defendiendo la validez del contrato.

- La pérdida de la prestación.

Se trata de determinar quién sufre el riesgo de la pérdida de la prestación cuando el contrato es declarado nulo o anulable, a estos efectos y respondiendo a la misma filosofía ya señalada, el apartado 3 del art. 45-4 dispone: "La pérdida de la prestación recibida por la persona con discapacidad no extinguirá la acción, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa de esta después de haber recuperado la aptitud para ejercer su capacidad jurídica". Por el contrario, sí extingue la acción "La pérdida de la prestación por culpa o dolo de la persona que ejerce el apoyo extingue la acción de anulabilidad" (art. 45-4. 3 in fine CDFA).

E) Excepciones a la anulación.

a) Con carácter general: el art. 45-3 CDFA.

El apartado 1 del art. 45-3 CDFA regula una excepción a la acción de anulabilidad ejercida por los legitimados para instarla en los artículos anteriores [el propio interesado, la persona con discapacidad, los herederos de uno y otro; la persona cuya asistencia o representación habría evitado la invalidez; El curador o mandatario de apoyo; las que no hayan intervenido en el acto (arts. 45.3, 45-1.3 y 45-2.3 CDFA)] en favor de la otra parte contratante: "En los casos regulados en los artículos anteriores, el otro contratante podrá oponerse a la acción de anulabilidad probando que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad".

Esta norma responde a la salvaguarda del principio de buena fe y lealtad en toda actuación jurídica, nada nuevo en los principios vigentes en nuestro ordenamiento foral¹⁵, y toma como premisa dos circunstancias:

15 A estos efectos podemos recordar el art. 428 CDFA, "Límites en el ejercicio de la acción, que, en sede de invalidez e ineficacia de los testamentos", dispone: "No puede ejercitar las correspondientes acciones quien, conociendo la causa de nulidad o anulabilidad del testamento o de cualquiera de sus disposiciones, le ha dado voluntaria ejecución o ha renunciado a la acción". En el Acta 315, sesión de 5 de julio, se recuerda que el CDFA contiene diferentes preceptos de protección de los terceros.

1. El cambio de paradigma que trae consigo la CDPD: no hay procedimiento de incapacitación y sí una presunción de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica en las condiciones del art. 40 CDFA.

2. El desconocimiento de la existencia o no de medidas de apoyo de la persona con discapacidad requeridas para determinadas actuaciones jurídicas, desde el momento en que ha quedado tan restringida la publicidad sobre las mismas.

Junto a lo anterior, esta norma también evita el recurso a una posible aplicación supletoria del nada riguroso art. 1302.3 en su párrafo segundo¹⁶.

Esta norma fue objeto de especial debate y contó con el voto en contra y motivado del Presidente de la Comisión¹⁷.

En efecto, la norma se debatió ampliamente en la sesión de la Comisión de 5 de julio de 2023 (Acta 315) la misma se aprueba con cuatro votos a favor (doña Carmen Bayod López, doña Aurora López Azcona, don José Antonio Serrano García y don Rafael Santacruz Blanco), dos abstenciones (don David Arbués Aisa y don Adolfo Calatayud Sierra) y un voto en contra (Presidente).

El objeto de esta norma no es otro, como se justificó por parte alguno de los miembros de la Comisión¹⁸ seguido por los que votaron a favor; que la necesidad

16 Este fue uno de los argumentos esgrimidos en los debates de la Comisión: “Don Rafael Santacruz Blanco defiende la necesidad de incorporarlo, ya no solo porque comparta su contenido, sino so riesgo que, en caso de no introducirlo, se aplique supletoriamente la solución del Código civil, que ni a él particularmente le convence, porque solo permite instar la anulabilidad al curador que no ha intervenido en el acto cuando acredite la mala fe de la otra parte, no así, en cambio, sorprendentemente a los herederos (art. 1302 Cc)”.

17 En la sesión de 21 de junio de 2023 (Acta 314) en la que yo misma actué como secretaria accidental de la Comisión se dice: «Como ya se ha indicado el Presidente no está de acuerdo con este precepto, y manifiesta que, de haber votación, lo hará en contra a su aprobación; considera, además, que este precepto será objeto de conflicto para su aprobación, en su momento, por las Cortes de Aragón. En concreto el Excmo. Sr. Presidente me pasa por escrito el siguiente texto que transcribo: “Interesó la supresión de esta excepción porque no está contenida en la Convención de Nueva York; no está recogida en la tradición jurídica aragonesa; porque queriendo proteger al tercero, disminuye la protección del discapacitado; pongo en duda su eficacia, porque la prueba del conocimiento es complicada y difícil de hacer, porque ciertos datos de las personas están protegidos, además es previsible que pueda suscitar conflictos y pleitos. Al ser parte general de la norma afecta a toda ella, de ahí su trascendencia”. (...) Llegados a este punto el Presidente propone que, en la siguiente sesión, que será el 5 de julio, se siga debatiendo este precepto». Previamente, habían manifestado su conformidad con el mismo (recordemos que es el texto de la Ponencia a cargo de los vocales Serrano y Santacruz) los vocales Bayod y Oria, principalmente por las dos razones aducidas: la CDPD y la falta de publicidad de las medidas de apoyo en el Registro civil.

18 En concreto “Doña Carmen Bayod López defiende, en cambio, la necesidad de incluir una norma dirigida a proteger a los terceros de buena fe, ya no sólo porque el CDFA contiene diferentes preceptos en esta línea, sino porque la Convención UN 2006 ha cambiado las reglas del juego en el tratamiento de la discapacidad. De ello resulta, a su entender, la necesidad de equilibrar los intereses en juego: los de la persona con discapacidad, pero también los de la persona que contrata con ella desconociendo tal circunstancia y más desde el momento en que ha quedado tan restringida la publicidad sobre medidas de apoyo. (...) Doña Aurora López Azcona sigue el criterio de la mayoría, adhiriéndose a las razones expuestas, especialmente a la relativa a la necesidad de equilibrar los intereses en juego en una situación harto diferente que la anterior, pero también como herramienta para garantizar la entrada en el tráfico jurídico y económico a las personas con discapacidad, tal y como exige la Convención. Si no se protege al tercero, con las nuevas reglas de juego, muy pocas personas van a querer contratar con una persona con discapacidad”. Cfr. Acta 315, Sesión de 5 de julio de 2023.

de equilibrar los intereses en juego de todas las partes contratantes para defender la validez del acuerdo cuando, una de ellas, no pudo conocer las causas en las que se funda la anulabilidad.

Las causas en las que se funda la anulabilidad serían la falta de aptitud para prestar el consentimiento, no la discapacidad de la persona, evidentemente, así como un defecto en la prestación de apoyos o la falta de contar con los apoyos precisos cuando estos fueran necesarios¹⁹.

Por último, el apartado 2 del art. 45-3 CDFA, en coherencia con el régimen jurídico de la anulabilidad: el acto es inválido, pero susceptible de confirmación, no podrá ser anulado “si (...) ha sido confirmado por quien podría impugnarlo”.

b) Excepción a la anulabilidad del pago: art. 45-5 CDFA.

La Ponencia General en materia de Validez e Invalidez presenta para su debate una propuesta actualizada el 13 de junio de 2023 que incluye en su texto originario un art. 19 destinado a la “Excepción a la anulabilidad del pago”. La propuesta se hace a instancia de don José Antonio Serrano García, quien había comentado para un tratado de ámbito nacional, los defectos del art. 1163 CC tras la reforma operada por la ley 8/2021²⁰. Este precepto es objeto de debate en la sesión el 21 de julio de 2023, Acta 314, que resulta aprobado sin ninguna modificación y es ahora Derecho vigente.

En concreto el art. 45-5 dispone: “1. El pago a una persona mayor de edad que, en el momento de recibirlo, carezca de aptitud para administrar los bienes que recibe, hecho por quien conocía o debía conocer tal situación, será anulable, salvo en cuanto se hubiere convertido en utilidad de aquella. 2. Esta regla se aplica también al pago hecho a quien aparentemente presta apoyo a la persona con discapacidad si carece de título para ello y quien lo realizó lo conocía o debía conocerlo”.

Como se indica en los debates de la Comisión “los diversos vocales recuerdan que esta norma procede del art. 1163 CC, que, con cambios, y no muy adecuados, ha mantenido la reforma 8/2021. En este texto, se recoge el sentir tradicional de la validez del pago hecho a una persona falta de aptitud en ese momento si el mismo le ha sido de utilidad”. Señala también el texto de la ponencia que “la excepción a

19 Así se señala por uno de los autores de la Ponencia: “En cuanto a esa referencia a las circunstancias en que se funda la anulabilidad, Don José Antonio Serrano García clarifica que no se refiere tanto a la discapacidad, sino que hay un defecto en la prestación del apoyo o la falta de alguno de los requisitos que ya han regulado previamente (p.ej., la falta de prestación de apoyo o la falta de autorización cuando la necesite el curador)”. Cfr. Acta 315, sesión de 5 de julio de 2023

20 SERRANO GARCÍA, J.A.: “Eficacia del pago a menores y discapacitados: art. 1163 CC”, en AA.VV.: *Reforma legislativa para el apoyo a las personas con discapacidad. Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio*, ed. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 1089 a 1116.

la anulabilidad del pago se aplica también al hecho a un apoyo aparente cuando el que hace el pago conoce la falsedad". (Cfr., todo ello, en el Acta 314 y sus Anexos).

5. Rescisión por la obtención de una ventaja injusta.

A) Algunas cuestiones previas.

A lo largo de las diversas sesiones en las que se reunió la Comisión sobrevoló la referencia a "la ventaja injusta", expresión traída del mundo anglosajón, regulada como causa de rescisión de la compraventa en Cataluña (art. 621-45) e incorporada al Código civil en sede de anulabilidad en la contratación con personas con discapacidad (art. 1302.3.2º CC)

Todo ello, nos hacía pensar que, de alguna manera, debíamos referirnos a ello, puesto que la regulación del Código civil no nos parecía la más adecuada, pero sí en el contexto social actual dónde hay personas, tengan o no discapacidad, que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, es necesario buscar una solución, que no pasa por la anulabilidad (hay voluntad para contratar) pero sí, para rescindir el contrato, cuando la otra parte contratante, prevaleciendo de dicha situación, ha obtenido un beneficio mayor al que correspondería en una transacción del mismo tipo.

Este fue, al menos mi planteamiento²¹, tal vez abocado por el estudio que realicé sobre esta materia con ocasión de unos comentarios al Código civil, tras la reforma operada por la Ley 8/2021²².

En atención a todo este debate a lo largo de muchas sesiones sobre ventaja injusta, la Ponencia General, revisada y presentada en lo que atañe a la invalidez, el 13 de junio de 2023, por los vocales Serrano y Santacruz, incorpora esta norma que no se contenía en la Ponencia interna sobre Parte General de 27 de mayo de 2022, como el art. 19 bis. *Rescisión por obtención de una ventaja injusta*, cuyo texto es el siguiente: "1. Será rescindible el contrato de una persona con discapacidad, tanto si ha sido celebrado por sí sola como con alguna medida de apoyo, cuando el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta. 2. El contrato podrá ser rescindido, a petición: a) Del

21 Como se indica en el Acta 314 de la sesión de 21 de junio de 2023: "Este precepto introduce en nuestro Derecho la rescisión por la obtención de una ventaja injusta tomada del Derecho civil de Cataluña, si bien solo en parte y para los supuestos de personas con discapacidad. Doña Carmen Bayod expresa su conformidad con la norma e incluso, indica, que es una buena solución para cualesquiera personas en situación de vulnerabilidad o abuso y que sería su "deseo y voluntad" el regularlo de manera más general, no obstante, comprende que en este momento es mejor una regulación más ajustada a la discapacidad, así lo ven, en este último sentido, el resto de los miembros de la Comisión".

22 BAYOD LÓPEZ, C.: "Rescisión por lesión de los contratos celebrados por tutores y curadores -arts.1291.I y 1299 CC", en AA.VV.: *Reforma legislativa para el apoyo a las personas con discapacidad. Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio*, ed. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 1133 a 1150.

propio interesado o sus herederos. b) De un apoyo que no haya intervenido en el acto. 3. La acción para pedir la rescisión caducará a los cuatro años desde la celebración del contrato”.

La Motivación que ofrece la Ponencia es la siguiente: “Aunque no estaba en la Ponencia, para intentar cerrar el círculo y dar respuesta a los abusos de la situación de discapacidad por parte del otro contratante, nos ha parecido adecuado proponer esta acción de rescisión”²³.

La norma es bien acogida por todos los miembros de Comisión y se aprueba con el único cambio que mejora su redacción en la letra b) del apartado 2 que dirá: “b) De la persona que tenga atribuida la prestación de apoyo y no haya intervenido en el acto”.

Añadiré como curiosidad que en el trámite de Audiencias se hicieron algunas consideraciones sobre este precepto no especialmente relevantes. Por parte de la Comisión técnica de discapacidad se objetó el término de ventaja injusta, pero también que la rescisión procediera en los supuestos en los que la persona con discapacidad actuara contando con apoyos; por su parte, la Fundación aragonesa Luis Azua propuso sustituir el término ventaja injusta por enriquecimiento injusto.

En relación a estas leves observaciones el criterio técnico de la CADC fue el siguiente: “La Comisión considera que no es necesario modificar los preceptos sobre los que se presentan observaciones, a salvo de unas precisiones técnicas de mejora del texto. En concreto, se propone introducir una mención a las personas “en situación de vulnerabilidad”, para evitar problemas relacionados con el derecho de igualdad. Por otro lado, se plantea la introducción del adjetivo “manifiestamente” para cualificar la “ventaja injusta” que da lugar a la rescisión. En todo lo demás, se propone mantener el resto del precepto”²⁴.

Como se observa, la CADC quiso dar un paso más en relación a este precepto, al aplicarlo a cualquier situación en que la persona estuviera en una situación de vulnerabilidad aun cuando no tuviera discapacidad. Con todo, en las Cortes se mantuvo la redacción originaria, quizás atendiendo a esa innecesaria modificación que, de entrada, manifestó la Comisión.

23 Cfr. Anexo II, Acta 314 de 21 de junio de 2023.

24 El texto propuesto por la Comisión, con esas mejoras técnicas, fue el siguiente: Artículo 45-6. “Rescisión por obtención de una ventaja injusta. 1. Será rescindible el contrato celebrado por una persona en situación de vulnerabilidad o por una persona con discapacidad, tanto si ha sido celebrado por sí sola como con alguna medida de apoyo, cuando el otro contratante se haya aprovechado de esta situación de vulnerabilidad o discapacidad para obtener una ventaja manifiestamente injusta. 2. El contrato podrá ser rescindido a petición: a) Del propio interesado o sus herederos. b) De la persona que tenga atribuida la prestación de apoyo y no haya intervenido en el acto. 3. La acción para pedir la rescisión caducará a los cuatro años desde la celebración del contrato”.

B) La rescisión en caso de ventaja injusta: fundamento y efectos.

De manera breve merece la pena comentar como en estas dos Comunidades, Cataluña, en sede de compraventa (art. 621-45 Cc. Cat.), y Aragón sólo en relación con las personas con discapacidad, art. 45-6 CDFA, regulan la posibilidad de rescisión del contrato cuando una de las partes, prevaleciendo de la situación de vulnerabilidad, necesidad o discapacidad de la otra parte, obtiene un beneficio injusto (un incremento patrimonial que no se corresponde con el lucro de la contraparte que hubiera podido obtener en iguales circunstancias un ciudadano razonable) en razón del contrato celebrado.

Obsérvese que, si hablamos de rescisión, el contrato es válido, hay consentimiento, objeto y causa, pero produce un lucro injusto para una parte con el consiguiente empobrecimiento de la otra en razón de su situación de vulnerabilidad. Como el contrato es válido, la acción sólo le corresponde a la parte débil y sujeta a caducidad. No hay, necesariamente un deber de restitución de las prestaciones sino reposición del enriquecimiento injusto, si así lo demanda la parte contratante vulnerable²⁵.

Cuando el Código civil habla de “ventaja injusta” lo hace en sede de anulabilidad y respecto a las personas con discapacidad. Ello conlleva la invalidez del contrato y la restitución de las prestaciones, si bien, la persona con discapacidad limitadamente.

C) Regulación: el art. 45-6 CDFA.

El Artículo 45-6 (“Rescisión por obtención de una ventaja injusta”), dispone lo siguiente:

“1. Será rescindible el contrato de una persona con discapacidad, tanto si ha sido celebrado por sí sola como con alguna medida de apoyo, cuando el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta.

2. El contrato podrá ser rescindido a petición:

a) Del propio interesado o sus herederos.

b) De la persona que tenga atribuida la prestación de apoyo y no haya intervenido en el acto.

25 Así lo establece el art. Artículo 621-47. “Adaptación del contrato y corrección de la lesión”, al disponer: “1. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-45, a petición de la parte perjudicada, la autoridad judicial puede adaptar el contenido del contrato a la práctica contractual prevalente en el momento de su conclusión y a las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos. 2. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-46, puede evitarse la rescisión del contrato mediante el pago en dinero del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del contrato”.

3. La acción para pedir la rescisión caducará a los cuatro años desde la celebración del contrato”.

a) El supuesto de hecho: la objeción de una ventaja injusta.

Tal y como señala el apartado 1 del art. 45-6, para que el contrato sea rescindible es necesario que medie entre una persona con discapacidad, actuando por sí sola o con alguna medida de apoyo, y que el otro contratante, en razón de la situación de vulnerabilidad de la otra parte, haya obtenido una ventaja injusta.

Por ventaja injusta podemos entender, como ya he indicado, la obtención de un incremento patrimonial que no se corresponde con el lucro de la contraparte que hubiera podido obtener en iguales circunstancias un ciudadano razonable.

Esta norma solo está prevista en los casos en los que en la contratación intervengan una persona con discapacidad y, ciertamente, una materia como es la rescisión no goza del favor de una aplicación analógica, pero puede ser un primer paso para discurrir en este sentido situaciones en las que intervienen personas vulnerables, bien por su edad, su economía, su grado de formación, etc., y la otra parte, en razón de tal circunstancia, aun cuando no medie mala fe, obtenga un lucro que no se corresponde con el derivado de esa negociación con un ciudadano razonable.

b) Legitimación.

A ello se refiere el apartado 2 del art. 45-6 CDFA, señalando, por un lado, al propio interesado o sus herederos, y éstos por el plazo que reste; o bien de la persona que debería prestar el apoyo y no haya intervenido en el acto llevado a cabo. De haber intervenido, la legitimación sólo les corresponde a las personas nominadas en la letra a).

c) Plazo.

Como indica el apartado 3 de art. 45-6 CDFA: “La acción para pedir la rescisión caducará a los cuatro años desde la celebración del contrato”.

II. LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA REFORMA

I. Autonomía de la voluntad, seguridad jurídica, buena fe y lealtad en las actuaciones: El justo equilibrio.

Tras exponer la situación de la persona con discapacidad en el marco jurídico que proporciona la actual regulación aragonesa creo que podemos extraer los

siguientes principios básicos de esta regulación: autonomía, seguridad y lealtad cuyo equilibrio no es fácil de alcanzar; pero creo que el legislador aragonés lo ha conseguido.

A) *Autonomía de la voluntad.*

La puesta en valor de la autonomía de la voluntad de todas las personas se manifiesta en esta reforma en los art. 36 y 37 en relación con los art. 40 y 41 CDFA.

En ellos se establece que toda persona, con o sin discapacidad, es la protagonista de su propio destino, es su voluntad y preferencias las que gobiernan su vida en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como establecen los arts. 3-1 y 3-2 en relación con el art. 3 CDFA.

En primer lugar, estableciendo, a través de mandatos de apoyo o de la autocuratela, el diseño de las medidas de apoyo, (su contenido, personas llamadas a prestar el apoyo, forma de ejercicio, etc.), vinculando con ello al Juez en los términos que expresa el art. 119 CDFA

En segundo lugar, regulando cómo se *ejercita de la capacidad jurídica por parte de la persona; bien por sí sola*, si puede comprender y valorar el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella (art. 40.1 en relación con el art. 34 CDFA); y si no tiene la suficiente aptitud para ejercer por sí sola su capacidad jurídica respecto de un acto concreto puede realizarlo válidamente *con las medidas de apoyo adecuadas* conforme a lo establecido en este Código (art. 41 CDFA).

Estas medidas de apoyo, tanto al tiempo de su adopción (por jueces y autoridades) como en su ejercicio (por quienes presten el apoyo) “respetarán la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, con atención a su voluntad y preferencias, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, pero, y ahí está el justo equilibrio, siempre que sea posible” (art. 37.1 CDFA); cuando no lo sea (resulta imposible o es extremadamente difícil averiguarlo) o incluso esa decisión “puedan suponer un peligro significativo para su bienestar o el de las personas a su cargo o graves perjuicios a terceros”, no se abandona a la persona a sus suerte, pero tampoco a otros posibles terceros que se puedan ver afectados por sus propias decisiones, ya que se atiende a lo que lo que “objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses de la persona afectada” (art. 37-2 CDFA).

B) Seguridad del tráfico jurídico.

Como ya he señalado, la seguridad del tráfico jurídico se alcanza con la regulación de la invalidez e ineficacia de los actos y contratos, que atiende a los tres principios señalados: la seguridad del tráfico jurídico, que exige anudar el sistema de invalidez a la falta de medidas de apoyo cuando estas se hayan establecido; el respeto a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, que debe poder contratar siempre que pueda manifestar un consentimiento consciente y libre, esté o no sujeta a medidas de apoyo y, también, apostar por la validez del contrato cuando el otro contratante no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad: buena fe y lealtad en la contratación.

En efecto, en la regulación de esta materia se va a partir de una postura clásica²⁶: la invalidez del acto llevado a cabo por la persona con discapacidad sin contar con medidas de apoyo cuando estas se hubieran establecido judicialmente, ya que en estos supuestos se presume que no tiene aptitud suficiente para ejercitar su capacidad por sí sola; esta es la regla general (art. 45-I.CDFA).

Ahora bien, esa afirmación cuenta con una excepción: “que no se demuestre lo contrario de forma cumplida y adecuada” (art. 40.3 in fine CDFA).

En efecto, si la persona con discapacidad y sujeta a medidas de apoyo tuviera aptitud suficiente para llevar a cabo el acto o contrato el mismo será válido (art. 45 CDFA *a sensu contrario*); si bien, la carga de la prueba recaería en la persona con discapacidad.

Es evidente que no será fácil tal prueba, máxime si insta la anulabilidad del curador o mandatario de apoyo. No obstante, esta posibilidad permite reafirmar “la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, con atención a su voluntad y preferencias, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” (art. 37) y dejar en manos de los jueces, en los que siempre confía el sistema, la averiguación, en su caso, de la aptitud para emitir un válido consentimiento.

Creo que esta posibilidad debe formar parte del sistema y, aun remota en la práctica, no debe ser desconocida, ya que la discapacidad no es por sí sola causa de invalidez de los actos y contratos, sólo debe serlo la falta de aptitud para emitir un consentimiento consciente y libre, aun cuando este no se presuma si la persona cuenta con medidas de apoyo judiciales o voluntarias vigentes²⁷.

26 Así la califica la vocal Bayod y se sigue por la mayoría de los miembros de la Comisión, y será la que resulte aprobada. Cfr. Acta 304, de 23 de marzo de 2023.

27 Creo que esto es lo que se deduce correctamente del sistema civil aragonés, ahora bien, conviene recordar que esto fue objeto de severo debate en el seno de la CADC y tras una votación decidida por el voto de calidad del Presidente, en la que se somete a votación “el siguiente punto: tratándose de una persona sujeta a medida judicial, si van a calificar de inválido el acto realizado sin apoyo necesario o, por el contrario, van

C) *Lealtad en las actuaciones con relevancia jurídica.*

En atención al principio de buena fe y lealtad en la contratación, el legislador aragonés apuesta por la validez del acto o contrato cuando “el otro contratante (...) no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad” (art. 45-3 CDFA), en palabras de DELGADO “Al menos tendencialmente, todo lo que aparece (aparenta ser) una declaración de voluntad vale como declaración de voluntad para quien confió de buena fe en esa declaración”²⁸.

Esta norma, a juicio de la Comisión, debía formar parte también del sistema, en particular por la dificultad para comprobar si la persona con discapacidad está o no sujeta a medidas de apoyo (arts. 83 y 84 LRC)

D) *Intervención mínima.*

Como se indica en el preámbulo y que merece la pena transcribir aquí el *principio de intervención mínima que preside la buena fe en cuales quiera actuaciones*:

“se traduce en una importante potenciación de la guarda de hecho para las normales decisiones que la vida exige, incluidas las del ámbito sanitario. No necesita ser acreditada judicialmente. Es compatible con otras medidas de apoyo.

A falta de medidas de apoyo, tomadas por el interesado cuando sabía lo que hacía, de acuerdo con el principio de intervención judicial mínima, el juez podrá adoptar las estrictamente necesarias, proporcionales y revisables. (...)”

Esta ley tiene en cuenta que cada persona es diferente, como debe ser la solución a adoptar en cada caso. Por ello, confía en los operadores jurídicos, jueces, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, notarios, abogados y demás colaboradores, dándoles instrumentos para elegir cuál es el más adecuado al caso concreto. (...)”.

E) *Algunas cuestiones más.*

a) *Junta de Parientes. Relevancia de la familia.*

Derivados los principios ya señalados, surgen otros, a lo que creo, que son tradicionales en nuestro Derecho, entre ellos está la relevancia jurídica que la

admitir que el acto se puede considerar válido en caso de probarse que la persona tenía aptitud suficiente en el momento de su otorgamiento”, se acuerda “que sólo, cuando existan medidas de apoyo no judiciales, se admita la validez del acto realizado por la persona con discapacidad con base exclusivamente en el criterio de la suficiente aptitud, aun prescindiendo de los apoyos”. Cfr. Acta 313 de 14 de junio de 2023.

28 DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Invalidez e ineficacia de actos y contratos, *Revista Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 55, 2024, p. 8.

familia tiene en nuestro ordenamiento jurídico, y que en esta materia se revela como principal apoyo de todas las personas que la forman, menores, mayores de edad y personas con discapacidad.

Esta relevancia de la familia se manifiesta en Aragón en la Junta de Parientes, institución y órgano que permite resolver dentro de la familia, y sin recurrir al procedimiento judicial, asuntos familiares, sucesorios “o relativos a medidas de apoyo”, (como dice ahora el art. 170 CDFA), cuando los mismos no estén sujetos a norma imperativa.

La ley 3/2024, modifica la regulación de la Junta de Parientes para hacerla más flexible, si cabe, y que pueda ser un órgano de fiscalización de la actuación de tutores y curadores (art. 114 CDFA), si así se prevé en el mandato de apoyo (art. 169-5 CDFA); que sirva de medio de acreditación de la guarda de hecho (art. 169-13. 3. a); además de las funciones características de la misma para autorizar o aprobar determinadas actuaciones de padres en el ejercicio de la autoridad familiar, tutores, curadores o esposos; así como evitar el conflicto de intereses con su intervención.

b) Compatibilidad de medidas: cada una en su lugar.

El legislador aragonés ha ordenado las medidas de apoyo primando la autonomía de la voluntad para evitar la constitución de la curatela. Habiendo medidas voluntarias o guarda de hecho que funcionen correctamente no será necesario acudir a la constitución de la curatela, pero tanto el guardador de hecho como quienes ejerzan los apoyos podrán solicitar la constitución de esta medida.

Igualmente, habiendo un mandato de apoyo que funcione correctamente no será necesaria la guarda de hecho, pero ello no excluye su existencia en determinados casos (art. 169-10 CDFA); en los que pueden coexistir una curatela con un manato de apoyo, si este resulta insuficiente o inadecuado (art. 167-7 CDFA).

Todo ello contribuye a una flexibilización del sistema y a un mejor funcionamiento de las medidas de apoyo

c) Los principios tradicionales y la regla de tres.

El Derecho foral de Aragón vigente es obra de la evolución de nuestro Derecho histórico que, en cada época y lugar, ha sabido dar respuesta a las necesidades de los aragoneses, contando para ello con el saber de todos los operadores jurídicos, que siempre han hallado en el Derecho civil aragonés un lugar de encuentro y entendimiento.

La escuela de Zaragoza²⁹, que fundó Lacruz Berdejo, estableció un método de trabajo en el que, entre otras actuaciones, es preciso el estudio en profundidad del pasado para adecuar esa sabiduría al momento presente, haciendo “la regla de tres”, como explicaba Sancho Rebullida; ese método ha seguido la CADC, para adecuar nuestras instituciones al tiempo presente.

Con esta regla y método se ha hecho la reforma y se han adecuado los preceptos de los Libros II y III del CDFA, en lo que ha sido necesario, a la nueva regulación de la capacidad jurídica. Se ha partido de la norma que era necesario modificar, se ha analizado su finalidad, y tras ello se la ha adaptado a los principios que inspiran esta reforma al fin de mantener su finalidad y servicio a los ciudadanos aragoneses.

III. LAS MEDIDAS DE APOYO. PRINCIPIOS, FUNCIONES Y RELACIONES ENTRE ELLAS.

I. Medidas de apoyo.

A) Regulación sistemática.

Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad se regulan en el Título V del Libro Primero del Código, pero todas ellas comparten una regulación común que se contiene en el Título III del Libro I, “Normas comunes a las relaciones tutelares y medidas de apoyo”, es en esta sede en la que el art. 101, “Medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, nomina a cada una de ellas, que se desarrollarán en el ya mencionado Título V.

El legislador aragonés ha hecho un esfuerzo para extraer el máximo común divisor para regular unas normas comunes a todas medidas de apoyo de las personas con discapacidad, así como también a la Tutela de menores, pero sin interferencias ni mezclas, teniendo cada una su ámbito y su punto de intersección, de ahí que todas estén amparadas en un mismo Título.

Este esfuerzo permite extraer unos principios que pueden informar y completar el régimen jurídico de todas y cada una de las medidas de apoyo, adaptándolos, en su caso, en lo que sea necesario.

Así, “Caracteres de las medidas de apoyo”; “Modos de delación”, “Nombramiento, vigilancia y control”; “Fianza”, “Inventario”, “Gastos, daños y perjuicios”, “Remuneración”, “Responsabilidad”, “Publicidad” y “Administración

29 Sobre ello vid. BAYO LÓPEZ, C.: *Cincuenta años de doctrina civil aragonesa. Su método e influencia en la civilística española (1967-2017)*, Zaragoza, ed. Gobierno de Aragón, 2018.

voluntaria"; rúbricas que se corresponden con los arts. 102 a 112, establecen el régimen jurídico aplicable a todas las medidas de apoyo y a las instituciones tutelares de menores, integrándose estos preceptos en el Capítulo Primero, "Disposiciones Generales", del mencionado Título III, del Libro I del Código.

En el Capítulo II de este mismo título se regulan las "Disposiciones voluntarias sobre tutela o curatela" (arts. 113 a 119 CDFA), a las que ya he hecho referencia en sede de autonomía de la voluntad al destacar en la regulación de la autotutela (art. 113 y 114 CDFA), la posibilidad de actuación de los padres (art. 116 CDFA) y la vinculación de estas medidas ante el Juez y demás autoridades (art. 119 CDFA). El Capítulo III, en los arts. 120 a 121 regula, la "Delación dativa de la tutela o curatela", que, de manera supletoria, en defecto, total o parcial, de disposición voluntaria válida y eficaz, otorga al juez la designación de tutor o curador. Por último, el Capítulo IV, regula, también conjuntamente, la "Capacidad, excusa y remoción" para ser titular de funciones tutelares o medidas de apoyo (art. 123 a 128 CDFA).

B) Enumeración y funciones.

a) El art. 101 CDFA: Medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

El texto del art. 101 CDFA es el siguiente:

"El apoyo que la persona mayor de edad o emancipada pueda necesitar para el ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad se realizará, en atención a las circunstancias concurrentes y a lo previsto en la ley, mediante:

- a) El mandato de apoyo.
- b) La guarda de hecho.
- c) La curatela.
- d) El defensor judicial".

Cada una de estas medidas se desarrolla en el Título V, "Medidas de apoyo a las personas con discapacidad", del Libro I del CDFA.

b) Funciones de las medidas de apoyo.

Todas las medidas de apoyo deben cumplir en su determinación y ejercicio lo dispuesto en los arts. 35, 36 y 37 CDFA.

Su función podrá consistir en el apoyo en la comunicación, la consideración de opciones y la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, así como

en la asistencia o, en última instancia, la representación en la toma de decisiones, como indica el art. 37.I CDFA. Igualmente deberán cumplir con los principios del art. 36 CDFA y atender a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, en los términos que expresa el art. 37 CDFA., y ya he señalado con anterioridad.

2. Relaciones entre las diversas medidas de apoyo³⁰.

El legislador aragonés ha puesto especial cuidado en establecer las relaciones que guardan entre sí todas y cada una de las medidas de apoyo, evitando los problemas que, en el ámbito del Derecho del Estado, ha propiciado la regulación de la Ley 8/2021, que en lo que atañe a medidas de apoyo no se ha aplicado ni se aplica en nuestra Comunidad.

Las normas que regulan las relaciones entre unas y otras medidas de apoyo las encontramos en los arts. 116, 120, 169-7, 169-10 y 169-16 CDFA.

Como no podía ser de otra manera se da prioridad a la autonomía de la voluntad. Por ello, tienen prevalencia sobre las demás medidas el mandato de apoyo (art. 169-7 CDFA); las disposiciones que en materia de autotutela haya establecido la persona con discapacidad, (art. 116 CDFA); previsiones que se anteponen a la delación dativa (art. 120 CDFA); si bien, la tutela, no procederá si existe un guardador de hecho que preste los apoyos precisos (art. 169-10 y 169-16 CDFA).

Con todo, unas y otras, en determinados supuestos podrán coexistir como garantía en la prestación de apoyos a las personas con discapacidad.

La prelación será la siguiente:

1º) Mandato de apoyo. Si lo hay, no procede la guarda de hecho ni la designación de curador; salvo en uno y otro caso, en los que “sí que podrá existir”, guarda de hecho “respecto de aquellos apoyos no comprendidos en el mandato y también cuando la persona con discapacidad se encuentre en situación de desamparo” (art. 169-10-2 CDFA). Si la persona con discapacidad tuviera mandato de apoyo, solo podrá constituirse la tutela cuando el mandato resulta insuficiente, inadecuado o no se está ejecutando eficazmente, motivando esta decisión el juez (art. 169-16.2 y 169-7 CDFA).

2º) Guarda de hecho. Procede cuando no haya un mandato de apoyo que abarque todos los apoyos necesarios en el ejercicio de la capacidad jurídica que

30 Sobre prioridad entre medidas de apoyo vid. ORIA ALMUDÍ, J.J.: “Disposiciones voluntarias sobre la Tutela o la curatela. Prioridad entre medidas de apoyo y su publicidad” en AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por C. BAYOD LÓPEZ), ed. Colex, A Coruña, 2024, pp. 95-98

funcione eficazmente (art. 169-10 CDFA. Aun habiendo guarda de hecho, podrá instarse la curatela por el propio guardador de hecho, entre otros legitimados (art. 169-10.3 y 169-15 CDFA).

3º) Curatela. En primer lugar, el juez debe atender a las disposiciones que, en este sentido haya llevado a cabo la persona con discapacidad (art. 113 y 116 en relación con el art. 120 CDFA); lo así dispuesto vinculara al Juez en los términos del art. 119 CDFA. En segundo lugar, y a falta de disposición voluntaria válida y eficaz, y no habiendo guarda de hecho, procederá la designación de curador por el Juez.

3. No son medidas de apoyo.

No son medidas apoyo los “Poderes preventivos sin mandato” ni los denominados “Apoyos espontáneos e informales”.

A) *Apoyos espontáneos e informales.*

Conforme art. 39 CDFA:

“1. Quienes espontáneamente presten apoyos a las personas que los precisen para la realización de actos jurídicos pueden servirse de los medios ordinarios del Derecho civil, tales como gestión de negocios sin mandato, pago por y para tercero, contrato a favor de terceros o prestación de fianzas o cualesquiera otros similares o que puedan servir a la misma finalidad.

2. En toda intervención emprendida con intención benévola se presumirá la buena fe y se exigirá la diligencia que el interviniente suele prestar en sus propios asuntos”.

Es esta una norma que se enmarca en los mencionados principios, de buena fe y lealtad en la contratación, propios de nuestro Derecho foral, y que informan esta reforma, facilitando el apoyo espontáneo y la ayuda a la persona con discapacidad, legitimando su actuación en los términos generales de la gestión de negocios ajenos u otras normas similares, contribuyendo con ello a la seguridad del tráfico jurídico.

B) *Poderes preventivos sin mandato*³¹.

El art. 169-8 CDFA regula los poderes preventivos sin mandato, que no son medidas de apoyo, sino tan sólo una herramienta que legitima, en los ámbitos señalados por el poder, la actuación del apoderado.

31 Sobre ello vid. CALATAYUD SIERRA, A.: “Mandatos de apoyo y poderes preventivos sin mandato”, en AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* (coord. por C. BAYOD LÓPEZ), 2024, pp. 115-117 y 133-135

Estos poderes pueden ser una herramienta útil en la guarda de hecho, ya que podrá legitimar al guardador para llevar a cabo diversas actuaciones jurídicas, lo que favorecerá el ejercicio de esta figura. También, acompañando al mandato de apoyo, legitimará frente a terceros la actuación representativa del mandatario.

Los poderes preventivos sin mandato pueden subsistir junto a la curatela, así lo dispone el art. 169-8 en su apartado 2 letra d):

“d) El Juez, en resolución motivada, los podrá declarar extinguidos en todo o en parte, tanto al constituir la curatela, como posteriormente a instancia del curador.

Si el poder no se extingue al establecerse la medida de apoyo judicial, el apoderado deberá rendir cuentas de su actuación al curador”.

IV. DERECHO TRANSITORIO³².

I. Consideraciones generales³³.

A) *Finalidad de la regulación.*

La modificación del CDFA, en lo que atañe a la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, debe atender también a la situación de las personas con discapacidad que, antes de la entrada en vigor de esta nueva regulación, habían visto modificada su capacidad de obrar.

Debe tener un efecto inmediato, pero también un efecto retroactivo que reintegre la capacidad de todas las personas declaradas incapacitadas por sentencia judicial, al no existir ya el estado civil de incapacitado, evitando con ello que deban ser, necesariamente, revisadas estas sentencias en los Juzgados.

Este cambio legal, cuyo fundamento no es otro que la dignidad de la persona y los Derechos humanos consagrados en la declaración de Derechos del hombre y, en lo que a esta materia atañe, en el Convenio de Nueva York, requiere también de una sustitución legal y automática de las medidas representativas, a las que hubieran estado sujetas las personas declaradas incapacitadas, por unos apoyos acordes con la nueva legislación, pero sujetos, en su caso, a una revisión judicial, sólo si así lo solicita la personas con discapacidad o quienes le presten el apoyo, y siempre a instancia del Ministerio fiscal, pudiendo, también, la autoridad

32 Sobre ello puede BAYOD LÓPEZ, C.: “Disposiciones transitorias”, cit., pp. 205-225.

33 Los epígrafes 17.1 y 17.2, en este salvo la parte que habla ya de la ley, transcriben el informe que la vocal Carmen Bayod como justificación del texto articulado de Disposiciones transitorias que presentó a la CADC, y que fue aprobado con mejoras de redacción propuestas por el vocal Serrano García.

judicial actuar de oficio en los casos de los que tenga conocimiento y lo considere oportuno.

Igualmente habrá que determinar cómo afecta este cambio legislativo sobre poderes preventivos, autotutela, delación hecha por los titulares de la autoridad familiar, etc., que fueron otorgados antes de la entrada en vigor de esta normativa, pero que deben expandir su eficacia vigente ya esta nueva regulación. Partiendo de la validez de estos instrumentos conforme al Derecho anterior deberán serlo también conforme al Derecho vigente, conforme al cual deben ser interpretados, atendido así a la realidad social y principios constitucionales en los que deben ser aplicados, tal y como exigen el SSTC y el TEDH.

Todo lo anterior, a lo que creo requiere, no sólo de unas normas transitorias que indiquen por qué normativa deben regirse las diversas actuaciones que ahora desplieguen su eficacia sino que debemos promulgar unas normas materiales de Derecho transitorio que determinen la situación jurídica de las personas, tanto de las constituidas en estado civil de incapacitados conforme al Derecho anterior como de sus tutores o curadores, así como también la afección que esta nueva regulación provoca sobre las resoluciones judiciales que las amparaban.

Se trata, en definitiva, de dar una solución a situaciones ya consolidadas conforme al Derecho anterior pero que ahora deben ser aplicadas conforme a la realidad social y los principios constitucionales y de orden público que representa esta nueva regulación amparada en la dignidad de la persona y los Derechos humanos, tal y como exige el TC y el TEDH.

B) Principios.

En razón de lo anterior, y teniendo en cuenta la realidad social, así como el impacto que este cambio puede producir en el día a día de los juzgados aragoneses, se propone un régimen transitorio que establezca la adaptación de lo acordado en las sentencias de incapacitación al Derecho vigente.

En efecto, ante este cambio normativo, que modifica la realidad social y en atención a los Derechos fundamentales que deben informar el ordenamiento jurídico español, el legislador competente, y Aragón lo es para regular el Derecho transitorio (art. 149.1.8ªCE), podría actuar de dos maneras según afirma la doctrina:

a) Imponer la necesidad de revisar las sentencias de incapacitación dictadas con anterioridad a la reforma para acomodarlas a la nueva regulación de las medidas de apoyo. Solución adoptada por la Ley 8/2021, e imagino que desborda el trabajo de los juzgados.

b) Transformar *ex lege* el contenido de la sentencia de incapacitación, estableciendo su conversión en medidas de apoyo, según la persona hubiera quedado sometida a tutela o curatela.

Esta segunda medida es la que sigue la Ley 13 /2024, teniendo en cuenta que goza del favor de la doctrina³⁴ y tiene, desde luego, amparo constitucional, al ser estas medidas favorables a la capacidad, lo que permite establecer efecto retroactivo a la recuperación de la capacidad (art. 9.3 CE a contrario), así como la posibilidad de regular un Derecho transitorio material.

Con esta forma de actuación evitamos que las sentencias de incapacitación deban ser necesariamente revisadas y modificadas judicialmente al determinar su régimen jurídico. Se podrá, desde luego, solicitar voluntariamente la revisión de la sentencia, y no es necesario establecer un plazo de actuación judicial. En todo caso, se legitima al Juez para que pueda revisar las sentencias anteriores en aquellos casos que considere oportunos y sin sujeción a plazo.

Nuestro Derecho goza de una mayor flexibilidad que el Derecho del Código civil, lo que favorece, a lo que creo, el régimen transitorio propuesto al gozar la mayor parte de nuestras normas (vr. Mandatos de apoyo, poderes preventivos, delación por uno mismo etc.) de naturaleza dispositiva en atención al principio *Standum est chartae*.

Con ello se proporciona un mejor servicio a la sociedad aragonesa de manera que se reintegra en todos sus derechos a las personas declaradas incapacitadas conforme al Derecho anterior, e interpreta legalmente su situación jurídica conforme al Derecho vigente, evitando con ello también la sobrecarga de trabajo en los Juzgados, que podrán actuar de oficio en los casos que lo consideren

34 Para proponer esta solución he tenido en cuenta mis estudios sobre Derecho transitorio: BAYOD LÓPEZ, C.: "De los contratos sobre ganadería. Disposiciones transitorias, Disposición derogatoria y Disposiciones finales (de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho civil patrimonial al Título IV del Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón)" en AA.VV.: *Derecho civil patrimonial aragonés*, Ponencias del Seminario celebrado en la Institución "Fernando el Católico" de Zaragoza, los días 26 y 27 de mayo de 2011 (coord. por C. BAYOD), ed. IFC, Zaragoza, 2013, pp. 317 a 375; "Comentario a las Disposiciones Transitorias Primera a Tercera del Código del Derecho foral de Aragón", en AA.VV.: *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia* (dir. por J. DELGADO ECHEVERRÍA; coord. por C. BAYOD LÓPEZ y J. A. SERRANO GARCÍA), ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 811-813; "Disposiciones transitorias" en AA.VV.: *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)* (dir. por C. BAYOD y J. A. SERRANO), ed. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1615 a 1626; "La vigencia en el tiempo (la entrada en vigor, la derogación y las normas transitorias) y el principio de irretroactividad", en AA.VV.: *Cuadernos Bolonia II (Parte General. La vigencia, la eficacia y la aplicación de las normas)*, ed. Dykinson, 2009, pp. 15 a 40; "Tema 3. Puntos de conexión y normas de conflicto" (revisada y puesta al día 2023) en AA.VV.: *Derecho civil aragonés* (dir. M- BELLIDO ASPAS) Editor Consejo General del Poder Judicial (Madrid), 2017, pp. 43-69. Respecto Ley 8/2021, *vid.*: DOMÍNGUEZ LUELMO, A. "Comentario a las DDTT", cit., pp. 1483 y ss.; ESCARTÍN IPIENS, J.A.: "Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *RDC*, núm. 3, 2018, págs. 227-245. Sobre aplicación retroactiva de normas favorable e interpretación conforme a los Derechos fundamentales, entre otras *vid.*: STC 34/1983, de 6 de mayo, FJ 3; STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17; STC A 80/2019, de 17 de junio.

pertinente al igual que los particulares podrán solicitar la revisión de las sentencias recaídas conforme al Derecho anterior.

Con estos principios, la Ley 3/2024, de 13 de junio, de reforma del CDFa en materia de capacidad jurídica de las personas contiene como colofón a su regulación siete disposiciones transitorias, cinco de ellas para señalar el tránsito de la situación de incapacitación de las personas a la regulación actual; las otras dos, referidas a otras materias (acogimientos judiciales y sustitución ejemplar); y una única disposición derogatoria, otra final y también una disposición Adicional única, cuyo texto es el siguiente:

Disposición transitoria primera.- “Eficacia inmediata”.

“Desde la entrada en vigor de esta ley nadie puede ser constituido en estado civil de incapacitado ni ver modificada su capacidad jurídica, y las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedan sin efecto”.

Disposición transitoria segunda.- “Efecto retroactivo”.

“Las personas constituidas por sentencia judicial en estado civil de incapacitado antes de la entrada en vigor de esta reforma recuperan su capacidad jurídica, que deberá ser ejercitada, en su caso, con las medidas de apoyo que correspondan conforme a lo previsto en esta ley”.

Disposición transitoria tercera. “Situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho. Situación de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada”.

“1. Los tutores, curadores y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior y quienes vinieran actuando como guardadores de hecho de personas con discapacidad ejercerán su cargo o actuarán conforme a las disposiciones y principios de esta ley a partir de su entrada en vigor.

2. A los tutores y curadores de las personas con discapacidad, en los actos y negocios para los que se hubiera establecido la necesidad de representación, se les aplicarán las normas establecidas en esta ley para los curadores con facultades de representación; y, en los actos no sujetos a representación, se les aplicarán las normas establecidas en esta ley para la curatela asistencial de las personas con discapacidad.

3. Los defensores judiciales de las personas con discapacidad nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a lo dispuesto en esta ley.

4. Quienes al entrar en vigor esta ley vinieran actuando como guardadores de hecho de personas con discapacidad sujetarán su actuación a lo dispuesto en ella.

5. Quienes al entrar en vigor esta ley ostenten la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada tendrán la condición jurídica de curadores. Si la sentencia les otorgó facultades de representación, ejercerán la curatela representativa; de lo contrario, su curatela será asistencial.

6. Todas las actuaciones llevadas a cabo antes de la entrada en vigor de esta ley conforme al Derecho anterior por los tutores, curadores, defensores judiciales, guardadores de hecho y titulares de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, conservarán su validez”.

Disposición transitoria cuarta.- “Disposiciones voluntarias sobre tutela, poderes y mandatos preventivos”.

“1. Las disposiciones voluntarias hechas por uno mismo o por los progenitores de la persona con discapacidad, así como los poderes y mandatos preventivos otorgados conforme a la legislación anterior y que sean válidos conforme a la misma conservarán su validez en todo lo que no contradigan la regulación vigente.

2. La delación de la tutela hecha por uno mismo para después de la minoría de edad se entenderá referida a la delación de la curatela hecha por uno mismo y se regirá, a efectos de eficacia y validez, por lo dispuesto en esta ley.

3. Las disposiciones de los titulares de la autoridad familiar sobre tutela para cuando sus hijos lleguen a la mayoría de edad se regirán, a efectos de eficacia y validez, por lo dispuesto en esta ley para las disposiciones de los progenitores sobre la futura curatela de sus hijos.

4. Los poderes y mandatos preventivos otorgados conforme a la legislación anterior se regirán, a efectos de eficacia y validez, por lo dispuesto en esta ley”.

Disposición transitoria quinta. “Revisión de las medidas ya acordadas”.

“1. Las personas con discapacidad que hubieran visto modificada judicialmente su capacidad jurídica, así como quienes les presten apoyo conforme a lo establecido en las disposiciones transitorias anteriores, podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley. Dichas medidas, mientras no sean modificadas, deberán ser interpretadas conforme al Derecho vigente.

2. La autoridad judicial, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, podrá revisar aquellos casos en los que no haya mediado solicitud de modificación de

medidas acordadas conforme al Derecho anterior, cuando considere necesaria una adaptación expresa de las medidas a la nueva legalidad vigente”.

Disposición transitoria sexta.- “Cese de los acogimientos constituidos judicialmente”.

“Los acogimientos constituidos judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley podrán cesar por resolución de la entidad pública sin necesidad de resolución judicial”.

Disposición transitoria séptima.- “Sustitución ejemplar”.

“Las sustituciones ejemplares otorgadas antes de la entrada en vigor de esta ley son válidas y subsisten si cumplen los requisitos del nuevo artículo 476 bis del Código del Derecho Foral de Aragón”.

Disposición derogatoria única.- “Derogación normativa”.

“Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley”.

Disposición final única.- “Entrada en vigor”.

“La presente ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial de Aragón*”.

BIBLIOGRAFIA.

BAYOD LÓPEZ, C.: “La vigencia en el tiempo (la entrada en vigor, la derogación y las normas transitorias) y el principio de irretroactividad”, en AA.VV.: *Cuadernos Bolonia II (Parte General. La vigencia, la eficacia y la aplicación de las normas)*, ed. Dykinson, 2009, pp. 15 a 40.

BAYOD LÓPEZ, C.: “De los contratos sobre ganadería. Disposiciones transitorias, Disposición derogatoria y Disposiciones finales (de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho civil patrimonial al Título IV del Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón)” en AA.VV.: *Derecho civil patrimonial aragonés*, Ponencias del Seminario celebrado en la Institución “Fernando el Católico” de Zaragoza, los días 26 y 27 de mayo de 2011 (coord. por C. BAYOD), ed. IFC, Zaragoza, 2013, pp. 317 a 375.

BAYOD LÓPEZ, C.: “Comentario a las Disposiciones Transitorias Primera a Tercera del Código del Derecho foral de Aragón”, en AA.VV.: *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia* (dir. por J. DELGADO ECHEVERRÍA; coord. por C. BAYOD LÓPEZ y J. A. SERRANO GARCÍA), ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 811-813.

BAYOD LÓPEZ, C.: “Tema 3. Puntos de conexión y normas de conflicto” (revisada y puesta al día 2023) en AA.VV.: *Derecho civil aragonés* (dir. M- BELLIDO ASPAS) Editor Consejo General del Poder Judicial (Madrid), 2017, pp. 43-69.

BAYOD LÓPEZ, C.: *Cincuenta años de doctrina civil aragonesa. Su método e influencia en la civilística española (1967-2017)*, Zaragoza, ed. Gobierno de Aragón, 2018.

BAYOD LÓPEZ, C.: “Disposiciones transitorias” en AA.VV.: *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)* (dir. por C. BAYOD y J. A. SERRANO), ed. Tirant lo Blanch, 2020, pp.1615 a 1626.

BAYOD LÓPEZ, C.: “Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2021, pp.141-167.

BAYOD LÓPEZ, C.: “Rescisión por lesión de los contratos celebrados por tutores y curadores -arts.1291.1 y 1299 CC”, en AA.VV.: *Reforma legislativa para el apoyo a las personas con discapacidad. Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio*, ed. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 1133 a 1150.

BAYOD LÓPEZ, C.: “Disposiciones transitorias” AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio)*.

Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil (coord., por C. BAYOD LÓPEZ), ed. Colex, A Coruña, 2024, pp. 205-225.

BAYOD LÓPEZ, C.: "Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos" en AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio)*. Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil (coord., por C. BAYOD LÓPEZ), ed. Colex, A Coruña, 2024, pp. 61-90.

CALATAYUD SIERRA, A.: "Mandatos de apoyo y poderes preventivos sin mandato", en AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio)*. Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil (coord., por C. BAYOD LÓPEZ), ed. Colex, A Coruña, 2024, pp. 111-136

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Invalidez e ineficacia de actos y contratos, *Revista Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 55, 2024, p. 8.

DIAGO DIAGO, P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *La Ley*, nº 9779, 2021, pp. 1-22.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Comentario a las DDTT", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se modifica la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Aranzadi, 2021, pp. 1483 y ss.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: "Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *RDC*, núm. 3 2018, pp. 227-245.

GOÑI URRIZA, N.: "La reforma del Derecho internacional privado", en AA.VV.: *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*, ed. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 137-167.

MAYOR DEL HOYO, M^a V.: "El Derecho civil aragonés antes la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad: ¿Una adaptación condicionada por la reforma del ordenamiento jurídico privado estatal?", en AA.VV.: *Vigesimonovenos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2020, pp. 191 a 231.

ORIA ALMUDÍ, J.J.: "Disposiciones voluntarias sobre la Tutela o la curatela. Prioridad entre medidas de apoyo y su publicidad", en AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio)*.

Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil (coord., por C. BAYOD LÓPEZ), ed. Colex, A Coruña, 2024, pp. 95-98

PARRA LUCÁN, M.^a Á.: "Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York", en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, 2020.

SERRANO GARCÍA, J.A.: "Capacidad jurídica de las personas con discapacidad" en AA.VV.: *Reforma de Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio)*. Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil (coord. por C. BAYOD LÓPEZ), ed. Colex, A Coruña, 2024, pp. 33 a 60.

SERRANO GARCÍA, J.A.: "Eficacia del pago a menores y discapacitados: art. 1163 CC", en AA.VV.: *Reforma legislativa para el apoyo a las personas con discapacidad. Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio*, ed. Dykinson, Madrid, 2022, págs. 1089 a 1116.



“VIEJOS” PRINCIPIOS PARA INTERPRETAR “NUEVAS” REGLAS SOBRE CAPACIDAD, DISCAPACIDAD Y PROHIBICIONES*

(“OLD” PRINCIPLES FOR INTERPRETING “NEW” RULES ON
ABILITY, DISABILITY AND PROHIBITIONS)

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 104-133

* A continuación se reproduce “in extenso” la Conferencia titulada “«Viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones”, impartida online en el Ciclo de conferencias sobre la tutela civil de las personas con discapacidad: balance, tras tres años de aplicación de la Leu 8/2021, de 2 junio, organizado por las Universidades de Valencia y Alicante, y celebrado online los días 28 y 29 de noviembre de 2024. Todo ello, a su vez, constituye un traslado, aunque actualizado jurisprudencialmente, de un trabajo antes ya publicado, con similar título: “«In dubio pro capacitate» y «favorabilia amplianda, odiosa restringenda»: «viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad y prohibiciones”, en el libro colectivo *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, que su autor codirige con su discípulo, el Prof. M. GARCÍA MAYO, Madrid, 2021, pp. 125-144.

Guillermo
CERDEIRA
BRAVO DE
MANSILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Frente al «topos» de interpretar siempre de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de las personas con discapacidad, así como de las prohibiciones legales impuestas a sus cargos tutelares o asistenciales, en este trabajo su autor propone su revisión desde una interpretación internacionalista y jurisprudencial de nuestras normas en combinación con “viejos” principios, actualizados a nuevas realidades, como son el *favorabilia amplianda*, *odiosa restringenda* y el *in dubio pro capacitate*, que no siempre conducen necesariamente a aquella –pretendida– interpretación restrictiva.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; capacidad; prohibiciones legales; interpretación; interpretación restrictiva y extensiva; analogía; *favorabilia amplianda*; *odiosa restringenda*; *In dubio pro capacitate*.

ABSTRACT: Faced with the “moles” of always interpreting in a restrictive way any limitation to the capacity of people with disabilities, as well as the legal prohibitions imposed on their guardianship or assistance positions, in this work its author proposes its review from a Internationalist interpretation of our norms in combination with «old» principles, updated to new realities, such as the *favorabilia amplianda*, *odiosa restringenda* and the *in dubio pro capacitate*, which do not always necessarily lead to that –intended– restrictive interpretation.

KEY WORDS: People with disabilities; capacity; legal prohibitions; interpretation; restrictive and extensive interpretation; analogy; *favorabilia amplianda*, *odiosa restringenda*; *in dubio pro capacitate*.

SUMARIO.- I. EL “QUID QUAESTIONIS”.- I. El tópico de la necesaria interpretación restrictiva de las normas limitadoras de la capacidad en personas con discapacidad.- 2. Su necesaria revisión desde una visión -interpretativa- internacionalista.- II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Como punto de partida, el “favor libertatis”, o la plena igualación en capacidad de toda persona, con o sin discapacidad.- 2. Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad: “favorabilia amplianda, odiosa restringenda”, y, subsidiariamente, “in dubio pro capacitate”.- III. Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS PROHIBICIONES LEGALES.- 1. Las llamadas prohibiciones legales y el tópico de su necesaria interpretación restrictiva por ser materia excepcional y odiosa.- 2. Contra el tópico, la posible interpretación extensiva de las prohibiciones legales conforme al “favorabilia amplianda”, y, una vez más, “in dubio pro capacitate”.- IV. CONCLUSIÓN, Y EPÍLOGO (ABIERTO).

I. EL “QUID QUAESTIONIS”.

I. El tópico de la necesaria interpretación restrictiva de las normas limitadoras de la capacidad en personas con discapacidad.

A pesar de la elephantiasis doctrinal habida en las últimas décadas sobre las personas con discapacidad¹, y de la que, a buen seguro, va a generar la reforma legislativa civil y procesal “tan profunda” y “ambiciosa”² habida recientemente en España³, hay, nos parece, un tema generalista aún por abordar, que no ha sido del todo estudiado rectamente (tan solo “tocado” de pasada y como argumento “ad abundantiam”). Me refiero al tema de cómo interpretar, en general, aquellas normas que regulan la capacidad de las personas con discapacidad, especialmente cuando aquellas normas limitan o condicionan de uno u otro modo aquella capacidad o la de quienes las asisten y apoyan.

Puede que el asunto, así enunciado, sorprenda. Consabido es que tradicionalmente en materia de capacidad rige la regla de que sus limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente. Es una enseñanza, según creo, ya tomada desde el magisterio de D. Federico DE CASTRO, quien, en su *Derecho Civil de España*⁴, tomaba como referencia la regla “favorabilia amplianda, odiosa restringenda”, para desde ella “señalar directrices para la interpretación. Así, las disposiciones

1 Basta con una ojeada en Dialnet para darse cuenta de tal elephantiasis doctrinal habida sobre la materia.

2 Según dice ella misma en su Preámbulo.

3 Es 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, publicada en el BOE de 3 de junio de 2021, y en vigor desde el 3 de septiembre, tras un período de “vacatio legis” de tres meses (según su Disposición Final 3ª).

4 Cuya reedición que aquí tomo es la de 1984.

de carácter penal o sancionador se interpretarán de modo restrictivo, para excluir su «odiosa extensión»; las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios, reglas ocasionales y transitorias serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva; las normas procesales se consideran de orden público y de interpretación rígidamente ajustada al texto legal; los preceptos limitativos de la capacidad -decía- son de interpretación restrictiva, y del mismo modo los que restringen el ejercicio o ámbito de la propiedad; las disposiciones de carácter social, dictadas para proteger a los económicamente más débiles, se entiende que son de carácter imperativo, irrenunciable y de interpretación extensiva”.

Como se ve, “los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva”, decía, afirmación que hacía con fundamento en una jurisprudencia que así lo decía (refiriéndose a la STS 6 mayo 1944⁵; aunque bien pudieran añadirse otras, anteriores incluso⁶, como la STS 7 febrero 1927⁷, cuando, sobre incapacidades laborales, decía, apoyándose en una jurisprudencia ya formada en la cuestión, que su régimen “es de carácter limitativo y, por lo tanto, de interpretación rigurosa y restringida, sin que sea lícito, por lo tanto, aplicarlo a otros casos que a los en él previstos expresamente”).

Puede, incluso, observarse que tal regla interpretativa, de origen jurisprudencial y doctrinal, es hoy también legal (a modo de interpretación auténtica). En el caso español, por ejemplo, así lo proclama, aunque para la capacidad de los menores, el art. 2.1.II de la LO 1/1996, cuando dice: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”; así también, aunque sin ese inciso final, el art. 7.2 del Código de Derecho Civil Foral de Aragón: “Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva”; o, en general para la capacidad de toda persona, el CC Catalán⁸ cuando en el ap. 3 de su art. 211-3 dispone que “Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural”.

2. Su necesaria revisión desde una visión -interpretativa- internacionalista.

Aunque tal doctrina interpretativa -ya hoy en parte legal-, antes referida, haya sido desde entonces consabida y aceptada por todos, las dudas que suscita son, al menos en mi opinión, muchas; entre otras: ¿cuál es el fundamento de tal doctrina ya autenticada: el ser toda restricción de la capacidad materia odiosa, como decía De Castro?; pero ¿acaso tales limitaciones en las personas con discapacidad no

5 ROJ: STS 94/1944, donde se afirma que “el tema de incapacidad es de interpretación restrictiva”.

6 Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS 22 diciembre 1863 (ROJ: STS 567/1863), aunque en “obiter dicta”, al hablar de “el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso”.

7 ROJ: STS 52/1927.

8 También inmerso en estos momentos en su reforma en materia de personas con discapacidad.

han servido tradicionalmente para protegerlas de posibles engaños y abusos? ¿No será, entonces, porque la restricción, no necesariamente odiosa, sí resulta singular, excepcional frente a una -supuesta- regla general que sería la capacidad general de obrar?; ¿o tal vez lo sea por ambas razones? Y, siendo una u otra, ¿obliga tal razón a que en todo caso la interpretación de aquellas normas que limitan o condicionan la capacidad deba siempre ser restrictiva cuando su justificación es la protección de la propia persona cuya capacidad se limita o condiciona?; ¿estamos ante una simple regla hermenéutica, la de la necesaria interpretación restrictiva, que funciona a modo de apotegma o aforismo, que sirve de auxilio interpretativo lógico, o más bien ante un auténtico principio general del Derecho que, como tal, puede actuar como principio interpretativo rector, e incluso con una función integradora (ex art. 1.4 CC)? O dicho de otro modo, ¿funciona “a priori” tal regla en todo caso a la hora de interpretar cualquier norma que limite o condicione la capacidad de cualquier persona, con o sin discapacidad, o solo opera “a posteriori”, subsidiariamente, para los casos de duda en que no quepa interpretar claramente cada limitación, cada norma, atendida su particular razón?; en definitiva: ¿es aquella máxima interpretativa de aplicación absoluta para toda norma que limite o condicione la capacidad o es moldeable caso por caso, en conjunción con la “ratio legis” particular de cada norma y las condiciones particulares de cada persona con -o sin- discapacidad?

La respuesta a tales preguntas dependerá mucho de cuál sea el fundamento de aquella máxima interpretativa restrictiva: de ser, por ejemplo, la regla de que lo odioso debe interpretarse restrictivamente, no se olvide, como hace más de un siglo nos explicaba Joaquín ESCRICHE⁹, que “las leyes penales y todas las demás que sean odiosas, han de interpretarse en caso de duda, y no deben extenderse fuera de los casos y las personas para que se han dado... Se ha dicho en caso de duda; pues si las palabras y la intención de la ley odiosa ó penal son tan claras que no admiten interpretación, habrá de observarse la ley con toda exactitud, por mas –“sic”- dura y rigurosa que parezca”. Si, en cambio, el fundamento de aquella regla interpretativa restrictiva de toda limitación en la capacidad de las personas fuese la excepcionalidad de tal limitación, ello, a lo más, podría impedir su aplicación analógica, pero ¿necesariamente impediría también su interpretación extensiva, especialmente cuando aquella limitación viene establecida para la protección de la propia persona? Obsérvese que, según el art. 4.2 CC, las normas excepcionales quedan fuera del ámbito de la analogía, pero no necesariamente del de la interpretación extensiva¹⁰.

9 En la voz “Interpretación” de su conocido *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858, al explicar la regla 10ª de interpretación lógica doctrinal.

10 Aun siendo consciente de la dificultad, y peligrosidad, de distinguir entre analogía e interpretación extensiva, creo que no resultará difícil su precisión para el objeto particular presente. Personalmente ya me enfrenté a ello en un trabajo mío publicado en el *Anuario de Derecho Civil* (de 2012), con el título “Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines”. En síntesis, siguiendo la opinión originaria de Federico DE CASTRO, F. (en la 3ª edición de su *Derecho civil de España*, de 1955, p. 539), y la

Piénsese, asimismo, no solo en las restricciones o condicionantes que afectan directamente a la capacidad de las personas con discapacidad, sino en las de quienes los representan, apoyan o asisten, y que la ley fija, precisamente, para evitar el abuso, el engaño a los intereses del representado o asistido en provecho propio de quien debería apoyarle y protegerle. Son las comúnmente llamadas prohibiciones legales, también de honda tradición (como las que impiden que el tutor, el curador o el guardador de hecho tomen para sí bienes del pupilo, o a la inversa, ...); y ¿acaso en tales supuestos no estaría justificada una interpretación extensiva de tales prohibiciones en coherencia con su razón de ser, a fin de proteger así mejor a las personas con discapacidad, concediéndoles a estas, así mismo, mayor autonomía de actuación?

posterior de su discípulo, DIEZ-PICAZO, L., este sin mutar de opinión en posteriores reediciones de su obra (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1993, pp. 280 y 281), creo que la analogía sirve como mecanismo para integrar lagunas legales institucionales, es decir, para materias o instituciones que carecen de un reconocimiento o amparo legal completo y cuyos problemas pueden ser resueltos por otras normas que resuelvan parecidos problemas para materias o instituciones que presenten una identidad de razón con aquellas otras instituciones o materias. En tal caso, mediante la analogía se extendería la *ratio* de unas normas, previstas para una determinada materia o institución, para ser aplicadas "ad extra", fuera de su ámbito institucional, a otra materia o institución diversa, pero semejante a la regulada. En cambio, en la interpretación extensiva, no hay una laguna institucional que integrar, sino solo una laguna casuística, es decir, la imprevisión de un caso concreto dentro de una materia, o institución, que sí tiene respaldo normativo. En tal hipótesis, si aquel caso puede resolverse ampliando una de las normas que ya regulan dicha materia, o institución, aunque refiriéndose a otro caso, estaríamos ante un claro supuesto de interpretación extensiva: sin salirse de su ámbito normativo, la norma se extiende en su aplicación directa, no analógica, a un caso similar, pero en ella no expresamente contemplado. Como se ve, el salto en la integración por analogía es mayor que en la interpretación extensiva, por ser de mayor entidad, o calado, la propia laguna a colmar: la norma, o el conjunto normativo, a aplicar por analogía sale de su ámbito normativo propio, o natural, para regular otra materia, otra institución, o el caso particular de una materia, o institución, no contemplada directamente por aquella norma, o por aquel conjunto normativo. Es, por tanto, un salto lógico "ad extra", frente al interno o "ad intra" que supone la interpretación puramente extensiva. Piénsese, como ejemplo emblemático para esta distinción, en el art. 752 CC (tan relacionado con el 753 que nos afecta a la presente materia), que prohíbe testar en favor del "sacerdote" que confiesa al testador en su lecho de muerte: si se pretendiera aplicar a otras instituciones o materias (en este caso, a otro tipo de negocios jurídicos, vgr., a una donación hecha en favor del sacerdote), estaríamos en el terreno de la analogía; en cambio, si se intentara aplicar a otros actos diversos de la confesión (vgr., como la extremaunción), o a cualquier otra autoridad de culto que en la última enfermedad del testador le hubiese confesado o asistido de cualquier otro modo, estaríamos en el terreno de la interpretación extensiva (del mismo modo, aunque *a contrario sensu*, si se pretendiera su sola aplicación al sacerdote católico -y solo- confesor, estaríamos ante una interpretación restrictiva o, cuando menos, estricta); y, así, piénsese en otros posibles casos.

Admitida, así, la distinción entre analogía e interpretación extensiva, ¿qué importa que una norma sea excepcional o singular para ser interpretada extensivamente? Los hay que, aun a veces sin abordar si quiera la categórica distinción entre analogía e interpretación extensiva, consideran que ésta no debe operar en las normas excepcionales, al ser estas de necesaria interpretación restrictiva (o, cuando menos, estricta), conforme al viejo brocardo "*quod contra rationem iuris receptum est, non est procedendum consequentias*" (según el propio DE CASTRO Y BRAVO, F., 1984, p. 470, y, con cierta vehemencia, ROCA TRIAS, en su "Comentario al art. 4 del CC", en Edersa, dirigido por M. Albaladejo -tomado aquí de vlex-). A nuestro juicio, en cambio, sí parece posible, al modo en que parece preverlo el CC portugués, cuyo art. 11 dispone: "*As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva*". No hay, desde luego, norma equivalente en el Derecho español, pero así lo impone la lógica, que matiza aquel viejo adagio pauliano: mientras que las normas excepcionales no son aplicables por analogía, pues ésta consiste en la traslación de la "*ratio legis*" de una institución a otra institución o materia similar, y en aquellas normas no hay principio o razón general que trasladar (por mucho que la excepción a tal regla esté justificada en aquel tipo de normas), en cambio, por principio no debe haber inconveniente en interpretar extensivamente una norma excepcional, pues ésta, a diferencia de la analogía, sólo implica una dilatación lógica de la norma "ad intra", una expansión o traslado de la razón -aunque singular- dentro de su mismo ámbito institucional o material propio, natural, o específico.

Son, como se ve, muchas las cuestiones que se plantean, y en las que, como habrá ocasión de ver, el actual Derecho internacional juega un importante papel; una interpretación desde los Tratados internacionales, que, por cuanto integrados dentro del ordenamiento de cada país (cfr., arts. 96.I CE y art. 1.5 CC), no solo alcanza al Derecho -de rango- legal interno, nacional, sino también a nuestro propio texto constitucional, según proclama el art. 10.2 de nuestra Constitución; lo que, sin duda, afecta a las normas contenidas en la propia Constitución referidas a personas con discapacidad (cfr., su art. 49, antes de que finalmente el Parlamento lo reformara).

II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. Como punto de partida, el “favor libertatis”, o la plena igualación en capacidad de toda persona, con o sin discapacidad.

La doctrina de la interpretación restrictiva de normas que restrinjan la capacidad de las personas, referida también a los menores de edad, se hace hoy aún más acuciante para las personas con discapacidad, cuya capacidad, si bien tradicionalmente podía equipararse a la de los menores de edad¹¹, por estar necesitados ambos de protección dada su común debilidad física o mental, hoy, en cambio, poco, o nada más bien, tiene que ver con la de estos.

Tal distanciamiento en el trato a la capacidad de menores y de personas con discapacidad obedece a un cambio radical, revolucionario sin duda, que se produjo -no tan recientemente ya- con la Convención de la ONU celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad (ratificado por España en 2007 y publicada en el BOE de 21 abril 2008). En ella se vendrá a imponer la plena igualación en capacidad -entendida esta “in sensu lato”¹²- de todas las personas con discapacidad, cualquiera que ésta sea (mental o física, cfr., sus arts. 1.II y 5)¹³, con el resto de las personas, fundando tal equiparación, prohibitiva de cualquier discriminación, en la propia dignidad y en el desarrollo libre, pleno e igual de la personalidad de tales personas como expresión de su autonomía. Quedan, así, proscritas cualesquiera formas discriminatorias,

11 Vid, con el maestro De Castro, entre otros, mi maestro GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, así como a su discípulo, RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995; así como más recientemente, GETE-ALONSO Y CALERA, C.: “Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. LB. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Chile-Argentina, 2021, pp. 25-48.

12 Aunando las tradicionales capacidad jurídica y capacidad de obrar, como es consabido. Véanse, al respecto, el art. 12.2 de la Convención y su aclaración contenida luego en los apartados 12 a 14 de la Observación nº 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

13 Así mismo, de la Observación nº 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, véase el punto 9 de su Introducción.

establecidas por la sola razón de la discapacidad, entre las que se incluye cualquier medida representativa o sustitutiva en la toma de decisiones por la persona con discapacidad (como la tradicional tutela), si no se trata de simples medidas de apoyo asistencial (no sustitutivo, ni representativo), que no reemplacen la libre y plena voluntad de la persona con discapacidad, decidiendo por ella, sino que la ayuden a tomar una decisión por sí sola (que se trate, en fin, como dice VIVAS TESÓN¹⁴, de "un compañero de camino, un «ángel de la guarda», que no tome decisiones «por» la persona -con discapacidad- sino «con» ella"). Consagra, así, la Convención lo que la doctrina ha venido a denominar el principio de "mínima intervención"¹⁵, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Todo ello es reiteradamente dicho, hasta el hartazgo, en aquella Convención¹⁶, sobresaliendo a tal respecto lo dispuesto en su art. 12 (la norma que, sin duda, ha dado más de que hablar). Y si alguna duda tal cambio suscitó, como en efecto sucedió, fue tajantemente resuelta en la Observación nº 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁷, en la dirección y sentido antes expuestos en síntesis, y que nuestra reciente reforma legislativa civil y procesal acoge (según puede verse justificado a lo largo y ancho de todo su Preámbulo, y dispuesto en los nuevos arts. 249 y 250 CC, fundamentalmente, o, como la más simbólica, en la nueva redacción dada al art. 1263 CC, donde las personas con discapacidad no ven ya proscrita su capacidad para negociar).

Con todo, se finge la igualación de lo desigual, la consideración de la persona con discapacidad como persona plena e igual en su capacidad, al margen de cualquiera que sea la naturaleza y alcance de su discapacidad, sin que, por tanto, exista ya hoy justificación para una especial protección o tutela –"stricto sensu"– de su persona y bienes. Como ya se advirtiera en la propia Convención de Nueva York de 2006 y luego se "aclarara" en aquella Observación nº 1 (de 2014), no hay para la persona con discapacidad ningún interés superior que proteger, equiparable al que, en cambio, sí hay para los menores (salvo, naturalmente, que se trate de menores con discapacidad, cuyo interés superior a proteger, que reitera la Convención en sus arts. 7.2 y 23.2, les vendría exigido, sin embargo, por su minoridad, no por su discapacidad). Lo dice, en efecto, la Observación nº 1 (2014), cuando en un pasaje

14 VIVAS TESÓN, I., entre otros de sus muchos y reiterados trabajos sobre la materia, en VIVAS TESÓN, I.: "El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *Derecho Civil Constitucional* (dir. VILLAGRASA ARMENGOL y PÉREZ GALLARDO), Méjico, 2014, p. 182.

15 Por todos, reiteradamente, VIVAS TESÓN, I.: "El nuevo marco", cit., pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, FUTUEX, Olivenza, 2012, p. 30, o en "La Convención de la ONU de 13 diciembre 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad", *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011, p. 126.

16 Desde su mismo Preámbulo, hasta su articulado (cfr., de su art. 3 las letras a y b, el art. 4.1, así como los apartados 1 y 4 de su art. 5).

17 De la que conviene observar el punto 7 de su misma Introducción, así como sus apartados 8, 9, 13 a 15, 17 y 18, 26 a 28, 32 y 50, a cuya lectura nos remitimos.

(contenido en su ap. 27), donde critica los tradicionales modelos de sustitución en la adopción de decisiones (como la tutela), afirma: “toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el «interés superior» objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias”; añadiendo luego (en la letra b] de su ap. 29): “Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo”.

Ningún rastro, pues, debe ya haber actualmente del tradicional paternalismo para con las personas con discapacidad¹⁸, que aquella Convención observa -con cierto anacronismo, según creo- como reflejo histórico de un trato discriminatorio. Puede decirse, así y en síntesis, que la salud -mental o física- de las personas ha dejado de ser una circunstancia que afecte a su capacidad, como desde hace no mucho dejó de serlo el sexo.

Así las cosas, en el tradicional -y difícil- equilibrio entre la protección de la persona con discapacidad como persona más débil -o más vulnerable, según suele decirse ahora - (cfr., art. 49 CE), y su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (arts. 10 y 14 CE), debe hoy, sin duda, prevalecer este último principio, por cuanto aquel art. 49 de nuestra Constitución, dirigido a la protección e integración de las personas con discapacidad, debe ser hoy reinterpretado, actualizado, como permite -o exige, mejor dicho- el art. 10.2 CE, desde aquella Convención de Nueva York y desde su Observación n° I (2014), que la interpreta (auténticamente, además -aunque haya quien le niegue tal valor¹⁹, obviando, entre otras cosas, que

18 Con expresivo título lo afirma GETE-ALONSO Y CALERA, C.: “Conceptuación”, cit., pp. 25-48.

19 Por ejemplo, y entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, C.: “La Observación General Primera del Comité de derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. LB. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Olejnik, Chile-Argentina, 2021, pp. 85-112. Ante todo, advierte (en pp. 88-92), que en el art. 34 de la Convención, que crea el Comité de derechos de las personas con discapacidad, no se le atribuye a esta expresamente ninguna competencia interpretativa, aunque tal atribución sea práctica habitual en la ONU, lo que, según creo, hace que tal vez conforme a esta tradición, uso o costumbre (con el papel de fuente jurídica que tiene en el ámbito del Derecho Internacional), pueda integrarse aquella omisión. Añade Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE que, por tal omisión, tan solo cabría concederle a aquella Observación General I^a un valor interpretativo cualificado o -más bien- autorizado, pero en ningún caso estrictamente vinculante, mucho menos aún, añade luego (en pp. 99-105), si no respeta el contenido ni el espíritu de la Convención, que más que interpretar lo que hace aquella Observación General es corregir (como sucede, en su opinión, al prohibir el sistema de sustitución y representación, permitiendo tan solo el de apoyo a las personas con discapacidad). Como se ve, en juego está una vieja cuestión, que va más allá del presente supuesto en particular: la de la interpretación auténtica, que, en mi opinión, jamás tiene alcance vinculante (pues ello supondría casi vetar cualquier interpretación), ni ha de tener un resultado meramente declarativo de la norma interpretada (cuando ni siquiera tal veto es predicable de la interpretación forense o judicial). A tal respecto, permítaseme remitirme a mi trabajo “Situaciones excepcionales, normas singulares e interpretación auténtica”, incluido en el libro colectivo *Coronavirus y Derecho en estado de alarma* G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO, Reus, Madrid, 2020, pp. 63-86. En cualquier caso, sin la necesidad de entrar en tal cuestión de fondo, que excede con mucho del objeto y de la extensión del presente trabajo, hay un dato innegable entre nosotros que otorga un valor interpretativo a aquella Observación general I^a: que en la reciente reforma habida sobre la materia, y afectante a normas tan importantes (como el Código Civil, la LEC, ...), nuestro legislador la asume y acata en varias ocasiones a lo largo de su Preámbulo (incluido el nuevo sentido del sistema de apoyo, antes referido), con cuyo valor

aquella Observación ha sido expresamente acatada y atendida en nuestra reciente reforma legislativa, según dice varias veces en su propio Preámbulo-).

2. Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad: "favorabilia amplianda, odiosa restringenda", y, subsidiariamente, "in dubio pro capacitate".

Equiparada así, según lo explicado, plenamente toda persona, con o sin discapacidad, en su capacidad jurídica, en el tema que aquí y ahora nos ocupa (el de la interpretación de las normas reguladoras de la capacidad de las personas con discapacidad), no habrá más remedio que valorar cualquier restricción o limitación sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad como un disfavor injustificado, contrario al natural y común "favor libertatis", que como materia no solo excepcional, sino, sin duda, también odiosa (al menos en esta ocasión), debe interpretarse siempre restrictivamente, conforme al adagio "favorabilia amplianda, odiosa restringenda", que bien puede estimarse como auténtico principio general del Derecho, imbuido en aquella Convención de 2006 (cfr., sobre todo, su art. 3, precisamente, dedicado a sus "principios generales"²⁰, incluido ya en nuestro Derecho vigente, tanto por vía directa, ex arts. 96.1 CE y 1.5 CC, como por vía interpretativa, ex art. 10.2 CE).

Tal es la fuerza de tan necesaria interpretación restrictiva en dicho ámbito sustitutivo de la libre voluntad de la persona con discapacidad, que su resultado interpretativo final bien pudiera ser la estimación de la derogación por su inconstitucionalidad de la norma que establezca aquel tipo de limitación indiscriminada en su capacidad, o que prevea un sistema sustitutivo en la capacidad y autonomía de las personas con discapacidad atendida su sola discapacidad. La propia reforma legal habida en España así lo prevé en el ap. 1 de su genérica Disposición derogatoria única, cuando dice: "Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley"; piénsese entre otros muchos posibles casos en aquellos donde la capacidad de la persona con discapacidad aún hoy queda limitada o, sin más, vetada, atendida su sola discapacidad (vgr., en materia de testamento vital -no así en materia de eutanasia-, de transexualidad, ... según la normativa estatal -de momento- vigente). Mas no se piense solo en la derogación expresa de normas anteriores a la actual reforma por su incompatibilidad con ella, sino que lo sean también por su incompatibilidad con

-a su vez- interpretativo de la norma que antecede, le confiere, con tal inclusión, aquel valor interpretativo a la Observación General 1ª (sobre tal valor interpretativo -tampoco vinculante- de los Preámbulos, permítaseme remitirme también a mi monografía *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, Reus, Méjico-Madrid, 2015).

20 Entre los que se reconocen "El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas" y el de "la no discriminación" (letras a y b, respectivamente).

la Convención y la Observación General n° 1° de Naciones Unidas, y que incluso podrían afectar a la reforma misma recientemente aprobada en España: ¿acaso no cabría cuestionar tal compatibilidad con esa quimera incestuosa, contradictoria en sus propios términos, llamada “curatela representativa” que la reciente reforma legal española ha venido a introducir como una suerte de tutela enmascarada, o disimulada²¹? Quede, aquí, sin embargo, tan solo planteada tal cuestión (referida a estos y otros posibles ejemplos) ...

Solo cuando la medida de ayuda prevista en la norma sea, en efecto, de apoyo, no sustitutiva, esta habrá de ser expresa y clara: a falta de explicitud habrá que interpretar que no hay medida alguna asistencial, y a falta de claridad, aun siendo expresa, en principio, habrá que interpretarla “super casum” conforme

- 21 Planteo, tan solo, la cuestión siendo consciente de que en su día nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 29 abril 2009 (ROJ: STS 2362/2009), seguida luego por otras muchas, consideró la tutela como institución conforme a la Convención de Nueva York de 2006, formando así una jurisprudencia que en su momento fue bien recibida por el común de la doctrina española, aunque siempre proponiendo, la mayor de las veces “de lege ferenda”, como figura rectora de apoyo más apropiada para la persona con discapacidad la del curador (sin representación), frente a la tradicional figura de la tutela (siempre representativa y sustitutiva de la actuación del propio representado, se trate de personas con discapacidad o de menores). Véanse, entre otros muchos, DE PABLO CONTRERAS, P.: “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en boe.es/publicaciones; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, 2009, pp. 335-368; DE SALAS MURILLO, S.: “Repensar la curatela”, *Derecho Privado y Constitución*, 2013, pp. 11-48; y últimamente, GARCÍA RUBIO, M° P.: “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el CC español a la luz del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Propuestas de modernización do dereito* (dir. GARCÍA GOLDAR y AMMERMAN YEBRA), Junta de Galicia, 2017, pp. 7-18; con escasa originalidad ya en la defensa de la curatela, BOTELLO HERMOSO, P.: “La LO 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho UNED*, 2015, pp. 615-638. De entre todos, destaca, por su brevedad y contundencia, ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”, *Ius et veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262-266. Con todo, obsérvese que, dada la fecha de aquella primera STS (de 2009), no se pudo aún tener en consideración la Observación general n° 14 (de 2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, que, como hemos visto arriba, en su valor interpretativo auténtico de la Convención se mostró tajante sobre la negativa hacia cualquier sistema representativo o sustitutivo. Y así lo reconoce en su Preámbulo la propia reforma legislativa civil y procesal española: en general, cuando dice (dentro de su ap. I): “se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”; ya en particular (en su ap. III), cuando afirma que “la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones”; y, por último, cuando afirma que “la institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela —cuidado—, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas”; en nuestra opinión tales simples menciones a una curatela representativa con tal justificación —tan lacónica, casi inexistente (más abundante, parece, en el nuevo art. 249.III CC)— no parece suficiente como para salvar su gran divergencia con la Convención de Naciones Unidas y su interpretación “oficial”, que no parecen dar cabida a tan excepcional hipótesis y medida de representación, esto es, de sustitución.

a la particular “ratio legis”, de la norma que en concreto la contemple, y -solo- en caso de duda en su resultado interpretativo, el intérprete deberá inclinarse por el menor alcance de tal medida asistencial, incluso por su falta de necesidad, y por el mayor alcance en la capacidad y autonomía propia de la persona con discapacidad²². Así lo exige el otro gran principio que, según la común opinión, se contiene en aquella Convención de Nueva York, de 2006, junto al citado de “intervención mínima”: “in dubio pro capacitas”, suele decirse²³ (correctamente, “in dubio pro capacitate”).

III. Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS PROHIBICIONES LEGALES.

I. Las llamadas prohibiciones legales y el tópico de su necesaria interpretación restrictiva por ser materia excepcional y odiosa.

Bien conocidos son los obstáculos o impedimentos que a veces la ley impone a determinadas personas para la realización de determinados actos y negocios jurídicos a fin de evitar el abuso o el fraude, establecidos todos ellos bien por razones de moralidad bien por la contraposición de intereses²⁴. Son las comúnmente llamadas prohibiciones legales, que, a nuestro propósito, cabe entender en sentido amplio, comprendiendo tanto aquellos casos en que la ley, sin más, impide que una determinada persona realice un determinado negocio jurídico, como aquellos en los que la ley condiciona la validez del mismo a su autorización judicial, o a la de cualquier otra autoridad que haga de garante y control de la no discriminación de la persona con discapacidad (como sucede, por ejemplo, con la figura del defensor judicial), a fin de impedir que quien asiste a la persona con discapacidad abuse de su poder en perjuicio del interés de tal persona. Entre todas ellas cabría aquí incluir, a nuestro propósito también, cualquier otra restricción que pudiera fijarse judicialmente en el nombramiento del asistente de la persona con discapacidad (cfr., arts. 760 LEC y 250.VII CC, en su nueva redacción).

De entre todas las diversas prohibiciones establecidas en el propio Código Civil interesan, por ejemplo, la de los actuales arts. 251 y 287 -paralelos a los

22 Como ejemplo de interpretación restrictiva, puede verse como destacado el que sobre el art. 56 CC y el derecho a contraer matrimonio, reconocido en plena igualdad y libertad en el art. 23.1.a) de la Convención de 2006, hace recientemente GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, en AA.VV.: *Derecho privado y Constitución*, 2018, pp. 55-94.

23 Por todos, y reiteradamente, VIVAS TESÓN, I.: “El nuevo marco”, cit., pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá*, cit., p. 30, o en “La Convención”, cit., p. 126. Resulta curioso que en tiempos tan denostados como los actuales para las lenguas clásicas, estimadas como lenguas -supuestamente- “muertas”, sigan empleándose latinajos en el mundo científico (y no solo en el jurídico), aunque no tengan antecedentes históricos, ni medievales, ni romanos (piénsese, por ejemplo, en el “bonum fillii”), lo que, a veces, provoca estas imprecisiones: correctamente, el prefijo latino *pro* va seguido de ablativo, y tratándose del sustantivo “capacitas capacitatis” (de la 3ª declinación), su forma ablativa singular es “capacitate”.

24 Que, como decía GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentario del Código civil español, Tomo I*, Madrid, 1852, p. 236, comentando el art. 236 del Proyecto de CC-1851 (similar al vigente art. 1459.1º CC), “alejan toda posibilidad de confabulación”.

anteriores 221 y 271- (sobre curatela y otras instituciones de apoyo), la del art. 753 (en materia de testamento, que prohíbe -con ciertas salvedades- testar al pupilo en favor de su tutor o de su curador; entre otros, según la redacción más extensa recibida tras su reciente reforma), o la del art. 1459.1° CC (también ligera aunque intencionadamente reformado, en materia de compraventa, para alcanzar a cualquier cargo protector²⁵).

Tan extenso y casuístico elenco de prohibiciones lo son, precisamente, por estar tasados, por contener listas exhaustivas, cerradas de actos y negocios que quienes asisten a las personas con discapacidad no pueden hacer, sin más o sin autorización previa. Conforman, pues, todos aquellos supuestos un sistema de “*numerus clausus*” (según nos place decir a los juristas, aunque no sepamos latín). Ello impide que por interpretación extensiva, mucho menos analógica, ni siquiera mediante pacto, se puedan incluir otros supuestos, otras prohibiciones diversas de las previstas taxativamente en la ley o en la decisión judicial que designe un asistente para la persona con discapacidad. Pero ¿acaso no cabría interpretar amplia, extensivamente cada caso ya previsto conforme a su “*ratio*”, e incluso aplicar por analogía los casos ya previstos a otras medidas de apoyo? Piénsese, entre otros posibles ejemplos, en el alcance de “enajenar” (a que se refiere, vgr., el art. 287.2° CC, de modo similar a cuanto ocurría con el art. 323 CC -hoy art. 247 CC-, que podría ampliamente comprender cualquier transmisión “*in alieno*” hecha bajo cualquier título, oneroso o gratuito), o en si “adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título”, a que se refiere el actual art. 251.3° CC, comprende solo y estrictamente la compraventa o también cualquier otro acto de enajenación a título oneroso (como la permuta, la dación en pago, ...).

O, más allá de la interpretación extensiva, y entrando más en el terreno de la analogía, cabría plantear si tales normas, referidas literalmente algunas de ellas al tutor (al “*cargo tutelar*”, según decían los arts. 221 y 1459.1° CC), sean también aplicadas al curador o a cualquier otra figura o medida de apoyo (como, en cambio, sí lo hacen expresamente el art. 753 CC, limitando la capacidad de testar; o actualmente, en su nueva redacción, los arts. 251²⁶ -correlativo al anterior art. 221 CC-, el 263 CC -sobre el guardador de hecho, en su remisión al art. 287, sobre el curador²⁷- o el 1459.1° CC). Adviértase, no obstante, que durante la tramitación parlamentaria de la reciente reforma, en el Senado parece haberse

25 A pesar de que termine hablando de quienes “representen” a las personas, pareciendo omitir a quienes simplemente los “asistan”; aunque tal hipótesis quede incluida en su inicio al hablar de quienes “desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo”.

26 En parte, aceptando la propuesta de enmienda n° 371 del Grupo Parlamentario del Partido Popular (aunque, en mi opinión, también en parte la propuesta de enmienda n° 222 del Grupo parlamentario de VOX, especialmente por lo que concierne al inciso final del n° 1° del nuevo art. 251 CC).

27 Precisamente hecha tal remisión intencionadamente con tal fin durante la tramitación parlamentaria de la reforma.

querido resolver tal cuestión, afirmando la aplicación supletoria de las reglas de la curatela a la tutela (cfr., el nuevo art. 224 CC), o las del guardador de hecho de la persona con discapacidad al del menor (art. 238 CC)²⁸; un recurso supletorio que, salvando las distancias entre aquellas instituciones (semejantes, pero diferentes²⁹), supliría cualquier laguna legal (o, mejor dicho, la existencia misma de tal laguna), evitando así recurrir a la analogía; mas, con todo, solo quedarían salvadas las posibles omisiones habidas en materia de tutela y de guarda del hecho del menor, pues ¿acaso no se podrían aplicar por analogía las reglas de la tutela a la curatela o las reglas de la guarda de hecho del menor a la de la persona con discapacidad? Incluso dentro de las remisiones y aplicaciones supletorias expresamente previstas, cabría también plantear una posible aplicación analógica: piénsese, por ejemplo, en posibles discordancias habidas entre unas prohibiciones y otras, según a qué cargo tutelar o de apoyo se refieran sus normas, como, a vuelapluma, sucede con el tema, siempre debatido sobre el antiguo art. 221.1º CC (al prohibir la recepción de "liberalidades"), de si entender prohibidos entre tutores o curadores y sus pupilos los regalos de costumbre o cortesía de valor proporcional a las circunstancias; lo que ahora ha venido a ser expresamente admitido en el inciso final del nuevo art. 251.1º CC³⁰, referido a los sistemas de apoyo en general de las personas con discapacidad (al añadir: "salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor"), aunque no incluida en el art. 226 CC, referido al tutor, idéntico a aquel, aunque sin tal salvedad, ni tampoco tan claramente en el art. 287 CC, referido este al curador representativo (a pesar de alguna propuesta, hecha a tal precepto, por el propio Grupo Navarro, en su enmienda nº 118 ante el Senado, por razones de coherencia interna de la reforma)³¹. ¿Cabría, entonces, aplicar por analogía la salvedad de la prohibición a estos otros cargos tutelares? Y los ejemplos podrían ser otros muchos...

28 En el texto remitido por el Congreso al Senado no se hacía tal precisión sobre la aplicación "supletoria", cuya inclusión durante la tramitación senatorial, si no yerro, fue hecha a iniciativa del PSOE (en sus enmiendas 249 y 250), como mejora técnica, aunque añadiendo la siguiente justificación; respecto del art. 224 CC, diciendo que "el régimen de la curatela para las personas con medidas de apoyo contiene cuestiones que no pueden ser aplicadas a los menores". Y respecto del art. 238 CC advirtiendo que "el régimen de la guarda de hecho para las personas con medidas de apoyo no será aplicable a los menores en lo previsto en el art. 237 CC y, adicionalmente, contienen cuestiones que no pueden ser aplicadas a los menores (como la prevalencia absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad del artículo 264 o las causas de extinción del artículo 267)".

29 Según advertía yo mismo, con algunos ejemplos, en mi trabajo "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", en *Anuario de derecho Civil*, 2012, núm. 3, pp. 1026 a 1028.

30 A instancia de las enmiendas nº 222 de VOX y 371 del PP, frente al Grupo del Pueblo Navarro que en su enmienda nº 115 ante el Senado proponía no hacer tal añadido

31 Esa fue también, en un principio, la intención de GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias*, cit. p. 243, quien, no obstante, comentando el art. 245 del Proyecto de CC de 1851 (equivalente al actual art. 251.1º CC), reconocerá: "En el artículo 126 de mi borrador se le permite -al tutor- hacer los regalos ó espresiones de costumbre con autorización del consejo: la Sección no lo aprobó".

La respuesta tradicional a tales cuestiones por parte de nuestra jurisprudencia³², y de un importante sector de nuestra doctrina³³, vertida sobre sus precedentes en el CC antes de su actual reforma (los arts. 221, 271 y 1459.1º), ha sido siempre negativa: siempre se ha entendido que tales prohibiciones no se presumen y que han de establecerse expresa y claramente; de lo contrario, ha de imperar una interpretación restrictiva de las mismas, proclive a su menor alcance o, incluso, a su misma inexistencia, por tratarse de normas prohibitivas, de limitaciones excepcionales “contra naturam”, contrarias a la natural capacidad de la que goza toda persona, lo que, además, las convierte en normas odiosas, haciendo, una vez más, aplicable el conocido adagio: “favorabilia amplianda, odiosa restringenda”³⁴.

- 32 Referida en su mayoría a los arts. 753 y 1459 CC, antes de su reciente redacción, en parte modificada, según tomamos de GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, G.: “La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 449-462; de ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo V, Trivium, Madrid, 1991, pp. 134 y ss.; y de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J.M.: “Comentaio al art. 1459 CC, en AA.VV.: *Comentarios al Código*, Tomo VII (dir. R. BERCOVITZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 10287 y 10288, como son, entre otras muchas, las SSTS 22 diciembre 1863 (ROJ: STS 567/1863), 12 noviembre 1907 (ROJ: STS 454/1907), 16 noviembre 1918 (ROJ: STS 83/1918), 2 junio 1932 (ROJ: STS 516/1932), 3 junio 1949 (ROJ: STS 85/1949), 27 mayo 1959 (RJ 1959/2469), 14 octubre 1966 (ROJ: STS 899/1966), 2 febrero 1973 (ROJ: 1892/1973), 7 diciembre 1983 (RJ 1983/6922), 3 septiembre 1996 (RJ 1996/9747), 28 febrero 2006 (RJ 2006/698), 16 marzo 2010 (RJ 2010/4345), referidas estas más recientes al nº 5º de art. 1459 CC.
- 33 Como MANRESA Y NAVARRO, JM., y también QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, sobre el art. 275 CC en su redacción originaria, equivalente a los posteriores 221 y 271 CC y a los actuales 226, 251 y 287 CC (*Comentarios al Código Civil español*, Tomo II, 3ª ed., Madrid, 1907), preguntándose acerca de si el tutor podía dar o tomar dinero a préstamo de su pupilo (por entonces, en aquel art. 275 CC, no expresamente prohibido). También son proclives, en la doctrina actual, a una interpretación -en principio- restrictiva, admitiendo tan solo una interpretación actualizadora de los arcaísmos contenidos en algunas de aquellas normas, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: “Comentario al art. 1459 CC”, en AA.VV.: *Comentarios del CC*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 904 y 905; y, siguiéndole, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 1459 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, p. 135; y el discípulo de aquel primero, aunque muchas veces sin citarle, INFANTE RUIZ, F.: “Comentario al art. 1459 CC”, en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES y otros), vol. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 71.
- 34 Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS 22 diciembre 1863 (ROJ: STS 567/1863), aunque en “obiter dicta”, al hablar de “el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso”. Dirá, también, la STS 16 noviembre 1918 (ROJ: STS 83/1918): “Las incapacidades señaladas en los arts. 753 y 1459 no pueden extenderse a otros supuestos por no permitirlo la naturaleza prohibitiva de estos preceptos”. Por su parte, la STS 2 junio 1932 (ROJ: STS 516/1932): “La prohibición establecida por Ley para adquirir por compra ... se refiere a las personas y con relación a bienes expresamente comprendidos en alguno de los casos señalados en el art. 1459, mas en modo alguno puede afectar a la validez de los contratos en cuyos otorgantes no concurren las aludidas circunstancias, ya que por tratarse de disposiciones prohibitivas han de interpretarse restrictivamente”. Acerca del art. 1459.2º CC, dirá la STS 3 junio 1949 (ROJ: STS 85/1949) que “que tal precepto, por su carácter de prohibitivo ha de aplicarse de manera restrictiva”; así también la STS 27 mayo 1959 (RJ 1959/2469): “Distintas de las incapacidades son las prohibiciones especiales impuestas por la ley para realizar determinados actos o negocios jurídicos, respondiendo principalmente a razones de moralidad, que restringen siempre la capacidad de derecho, ... pudiendo solo ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio de Derecho «odiosa sunt restringenda», ... y la prohibición, como de interpretación estricta, no puede extenderse”. Negando que el art. 1459 CC se aplique al comisionista, recordará la STS 14 octubre 1966 (ROJ: STS 899/1966) que “es doctrina constante de esta Sala al proclamar que el contenido del art. 1459 del CC como prohibitivo que es, debe interpretarse restrictivamente”. También la STS 2 febrero 1973 (ROJ: 1892/1973), al decir: “El art. 1459, número 4º, del CC, sólo puede ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio odiosa sunt restringenda, como ya tiene declarado la jurisprudencia con anterioridad”. Así también nuestra jurisprudencia registral, sobre prohibiciones legales de disponer, dirá, por ejemplo, la RDGRyN 17 junio 1950 (pdf en BOE-A-1950-9130), que las mismas “deben ser interpretadas con criterio restrictivo”.

Estimadas, así, aquellas normas prohibitivas como odiosas y excepcionales, con mayor razón también se les niega su aplicación analógica ex art. 4.2 CC³⁵.

2. Contra el tópico, la posible interpretación extensiva de las prohibiciones legales conforme al “favorabilia amplianda”, y, una vez más, “in dubio pro capacitate”.

Radicalmente, en el fondo de tal doctrina el error, según creo, estriba en confundir prohibiciones e incapacidades (a pesar de que alguna STS y alguna Resolución registral parezcan advertir, primero, tal diferencia³⁶, aunque sin llevarla luego a sus lógicas consecuencias en materia de interpretación): porque mientras que las restricciones a la capacidad obedecen a razones subjetivas e inherentes a cada persona (por su edad, madurez, salud, ...), o -si se sigue una explicación objetiva de aquellas, como defendía DE CASTRO- a su estado civil (de menor, de persona con la capacidad judicialmente modificada, ...)³⁷, las prohibiciones legales, en cambio, obedecen a razones de moralidad o de contraposición de intereses, a fin de evitar el abuso o el fraude que una persona (la de asistencia y apoyo) pueda cometer en perjuicio de otra (precisamente, de quien aquella debería asistir y apoyar)³⁸. Así lo dice expresamente el art. 12 de la Convención de la ONU en su ap. 4, cuando habla de “impedir los abusos” y de “que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida”. Y si hubiera duda de que tales riesgos son predicables, sobre todo, de la misma persona que asiste y apoya a la persona con discapacidad, queda aquella despejada en la Observación nº 1º (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando dice (en su punto 22): “Aunque todas las personas pueden ser objeto de «influencia indebida», este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño

35 Así lo dirá, refiriéndose al art. 1459.2º CC, la STS 7 diciembre 1983 (RJ 1983/6922), que “nunca podría aplicarse subjetivamente por vía analógica la prohibición que regula, al no concurrir identidad de razón entre la prohibición establecida para el mandatario y la pretendida para familiares...”. Antes, la STS 13 febrero 1967 (ROJ: STS 1655/1967) había rechazado la aplicación del art. 1459 CC, entre otras razones, porque “aunque ofrece grandes semejanzas con aquél -el contrato de compraventa-, especialmente en su modalidad de contrato oneroso estando a veces embebida dentro del mismo la relación de renta que figura como uno de sus efectos, no es menos cierto que esto no puede implicar identidad por el específico carácter aleatorio de la renta vitalicia y por su discutida naturaleza científica que ha hecho considerarla por parte de la doctrina científica como un contrato real y no puramente consensual, lo que repercute en su tratamiento legal, donde ningún precepto se remite para al complemento de su regulación, a las normas propias de la compraventa”.

36 Según puede verse en las dos notas anteriores.

37 Como prefería decirlo PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I: Propiedad. Derechos reales*, 3ª ed., Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1999, p. 313.

38 Uno de los primeros en advertir tal diferencia fue GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: “Prohibiciones de disponer”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, 1925, pp. 671 y 672; insistiendo luego en ello SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Tomo II, Reus, Madrid, 1955, p. 458.

o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores".

Por eso, mientras que cualquier limitación a la capacidad afecta a la capacidad propia de una persona en su propio interés (o, a lo más, en el de su familia, como sucedía tradicionalmente con la prodigalidad -hoy ya derogada en cuanto subsumida entre las posibles diversas formas de apoyo³⁹-), las prohibiciones legales, en cambio, afectan a la facultad de disponer o de administrar la capacidad ajena, de la persona a quien se ayuda, en interés también ajeno, de esa misma persona a quien se habría de apoyar (quede aparte, como luego se advertirá, el caso particular del art. 753 CC, que salvo alguna excepción prohíbe al propio pupilo testar en favor de su tutor o de su curador, o de cualquier otra persona que lo asista o cuide). Las prohibiciones, por tanto, no afectan a la capacidad de la persona que asiste a la persona con discapacidad, que en absoluto se ve afectada por aquellas prohibiciones, sino a su legitimación indirecta. Son una limitación, un veto a tal legitimación y al poder de asistencia⁴⁰, a fin de evitar cualquier abuso o fraude (y entiéndanse tales expresiones en sentido técnico: el abuso de derecho a que se refiere el art. 7.2 CC, y el fraude de ley a que se refiere el art. 6.4 CC).

Siendo, pues, tal el fundamento de todas aquellas prohibiciones legales impuestas a tutores, curadores, guardadores de hecho, ..., no cabe entender que las normas que las imponen sean excepcionales cuando, muy al contrario, son consecuencia y manifestación de aquellos principios, en evitación del abuso y del fraude legal. Que su contenido sea imperativo y prohibitivo y que la consecuencia de su vulneración sea la invalidez del acto o negocio hecho abusiva e ilegalmente no las convierte en normas excepcionales, ni genuinamente sancionadoras o punitivas (acaso como si toda norma imperativa y prohibitiva también lo fuera), sino en protectoras de la persona cuyo engaño o abuso la ley pretende evitar con aquellas prohibiciones. Buena prueba de que no nos movemos entre normas excepcionales es la prohibición de la autocontratación que, como principio general del Derecho, ha sido deducido por nuestra jurisprudencia desde toda aquella pléyade de casos prohibitivos (los de los arts. 251, 287, ..., antes referidos, y de tantos otros que no vienen a nuestro caso), en los que, lejos de observar casos

39 Según se justifica en el Preámbulo de la reforma civil y procesal sobre personas con discapacidad, a fin de justificar el ap. 2 de su Disposición derogatoria única, cuando dice en aquel texto expositivo: "Finalmente, se suprime la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma".

40 Como decía, aunque de pasada y refiriéndose en general a las prohibiciones de disponer, la RDGRyN 22 junio 1943 (pdf en BOE-A-1943-6511), "sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica, oponen un veto", siendo más precisa la de 23 octubre 1980 (pdf en BOE-A-1980-24564), al decir: "... sin que esta prohibición de disponer suponga falta de capacidad jurídica del afectado, sino tan solo un veto al desenvolvimiento de las facultades".

excepcionales o singulares frente al principio de autonomía de la voluntad, se ha querido ver la manifestación de un –"nuevo"- principio general del derecho: aquel que proscribe, como regla, la autocontratación⁴¹, permitiendo solo su validez, como excepcional -esta sí-, bien cuando no hay conflicto de intereses, o el interés claramente beneficiado es el de la persona asistida (vgr., por ser el asistente quien dona en favor del asistido, ...), bien cuando el negocio ha sido autorizado expresamente por el propio asistido (posible perjudicado).

Siendo, además, aquella la razón y esa la naturaleza de tales normas prohibitivas, tampoco cabe ver en ellas materia odiosa que deba necesariamente interpretarse con alcance -solo- restrictivo. Tal vez sea odiosa para la persona de apoyo cuya legitimación para actuar en interés de la otra persona queda vetada, proscribida o limitada, pero en absoluto lo será para la persona que la ley protege con aquella proscripción, resultándole, al contrario, beneficiosa: un favor de la ley, que, al contrario de lo que pretende aquella tradicional jurisprudencia, permitiría su interpretación extensiva conforme al aforismo "favorabilia amplianda", de modo que "hasta donde llegue la razón de la moralidad -que la justifica- llegará la prohibición"⁴².

Así las cosas, y aun siendo indudable que las prohibiciones legales forman un listado cerrado que no se presume, y que deben describirse de forma clara y expresa, la falta de claridad no debe conducir necesariamente a su interpretación restrictiva, conducente incluso a su negación misma, sino a una interpretación de la norma conforme a su finalidad (como exige en general el art. 3.I CC en su inciso final), de modo que pueda tener como resultado una interpretación estricta, restrictiva o extensiva, según cada caso.

41 Y que, comentando el art. 1459 CC, cuya posible interpretación amplia ya defendía, según GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J.M.: "Comentario al art. 1459 CC", cit., 10287, "ya en virtud de analogía (art. 4.I), ya apelando a un principio general del Derecho (art. I), según el que nadie puede autocontratar si hay contraposición de intereses".

42 Según concluía, en su trabajo sobre el art. 1549.2º CC, GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, G.: "La prohibición", cit., pp. 457 y 458, quien llegará a decir, con toda la razón (p. 457), que "la llamada interpretación extensiva puede ser necesaria para que un precepto prohibitivo e incluso de excepción cumpla su propia finalidad"; añadiendo luego (en la misma página): "Como el campo de la contratación se considera tradicionalmente propio de la autonomía de la voluntad, toda prohibición legal, en cuanto limitación de esa autonomía, tiende a ser interpretada restrictivamente. Pero esa tendencia resulta engañosa y conduce muchas veces a consecuencias erróneas. El *vetare* no tiene por qué ser de interpretación más restrictiva que el *imperare*". En la misma jurisprudencia, la STS 3 septiembre 1996 (RJ 1996/9747), tras mencionar la doctrina legal favorable a la interpretación restrictiva de las prohibiciones legales (mención que, por cierto, hace reproduciendo los motivos de casación), llegará a decir, sentando -entonces sí- jurisprudencia: "Es cierto que la doctrina jurisprudencial dominante preconiza la interpretación y aplicación restrictiva de la prohibición contenida en el nº 2 del art. 1459 CC, pero también lo es que la mentada prohibición no solo afecta a los casos de autocontratación en su más pura acepción sino, además, a aquellos otros que ofrezcan riesgos de abuso por implicar una colisión de intereses o una acreditada conflictividad entre los intereses en juego".

Y si, aun así, no fuera posible alcanzar una interpretación segura, en la duda, frente a aquella jurisprudencia proclive siempre a una interpretación restrictiva de la prohibición, parecería más oportuna su interpretación extensiva.

Esta era, precisamente, la más reciente posición doctrinal mayoritaria frente a aquella jurisprudencia, cuando, por ejemplo, defendía que el art. 1459.1º CC, referido literalmente desde 1889 a “los que desempeñen algún cargo tutelar”, se aplicase a cualquier cargo de asistencia del pupilo: no solo a tutores, sino también a curadores (como ya preveía el -correlativo- art. 1381 del Proyecto de CC de 1851⁴³, y hace ya hoy el art. 1459.1º CC con su nueva redacción referida a “los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo”⁴⁴), y que, según algunos, también había de alcanzar a los propios defensores judiciales. O que, a pesar de que hablase de “adquirir por compra”, la doctrina entendía ampliable tal expresión también a la venta, a la opción de compra -como así, incluso, entendió la STS 12 noviembre 1907⁴⁵-, a la dación en pago, a la permuta, ... o incluso hasta la donación, conforme a una interpretación -lógica y sistemática- desde el art. 221 CC vigente por entonces (equivalente a los actuales arts. 226 y 251 CC), una norma, la del art. 221 CC, posterior en el tiempo a la del art. 1459 CC (al ser aquella reformada en 1983, frente a la redacción inmaculada de esta otra), en cuya interpretación, por tanto, debía aquella influir, ex art. 2.2 CC, y que, referida a todos los cargos de apoyo a personas con discapacidad, también debía incluir la prohibición de donaciones bajo el término “liberalidades”⁴⁶.

En ambas ampliaciones de aquel art. 1459.1º CC, en efecto, coadyuvaba la propia interpretación, también amplia, que del art. 221 CC, vigente antes de la actual reforma, el común de la doctrina hasta hoy defendía frente a aquella jurisprudencia tan solo proclive a la interpretación restrictiva de toda prohibición legal: por un lado, incluyendo cualquier cargo de apoyo o asistencia (tutores, curadores, defensores judiciales, ...), a pesar de su literalidad, referida tan solo a la tutela, aunque extensible a otros cargos, no por una -pretendida- analogía habida entre ellos, sino por estar aquella norma ubicada dentro de un capítulo general sobre cargos de asistencia a menores y personas con discapacidad (dentro del Capítulo I del Título X, sobre “Disposiciones generales”, fuera del Capítulo II, dedicado a la genuina y

43 Según explicaba GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias y Motivos*, cit., pp. 370 y 371.

44 A pesar de que termine hablando de quienes “representen” a las personas, pareciendo omitir a quienes simplemente los “asistan”; aunque tal hipótesis quede incluida en su inicio al hablar de quienes “desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo”.

45 ROJ: STS 454/1907.

46 Así lo creían, a veces el propio GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 1459 CC”, cit., pp. 136 y ss.; el propio LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: “Comentario al art. 1459 CC”, cit., p. 905; y, sobre todo, LETE DEL RÍO, J.M.: “Comentario al art. 323 CC”, AA.VV.: *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo IV, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pp. 252 y ss.; HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: “Comentario al art. 221 CC”, en AA.VV.: *Comentarios del CC*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 687 y ss.; ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, en AA.VV.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1991, pp. 1234 y 1235; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J.M.: “Comentario al art. 1459 CC”, cit., pp. 10286 y ss.

estricta tutela), precisamente, por ser su razón la evitación de cualquier engaño en perjuicio de estos; y por otro, incluyendo entre las "liberalidades" cualquier acto, más que gratuito, que fuese potencialmente lucrativo (sin contraprestación), para el cargo tutelar, como donaciones (con exclusión, para algunos⁴⁷, de los regalos de costumbre o cortesía de valor proporcional a las circunstancias, según previene ahora expresamente el nuevo art. 251.1º a instancia de las enmiendas nº 222 de VOX y 371 del PP, frente al Grupo del Pueblo Navarro que en su enmienda nº 115 ante el Senado proponía no hacer tal añadido), así como legados (y otras disposiciones "mortis causa", según el art. 753 CC), cesiones gratuitas de créditos, contratos a favor de tercero, renunciaciones de derechos, promesas unilaterales, ...

Resulta hoy curioso que aquella exclusión de la prohibición de los regalos de costumbre o escasa cuantía haya sido finalmente prevista en el nuevo art. 251.1º CC, aunque no incluida en el art. 226 ni tampoco en el art. 287 CC (a pesar de alguna propuesta, hecha a tal precepto, por el propio Grupo Navarro, en su enmienda nº 118 ante el Senado, por razones de coherencia interna de la reforma). Esa fue también, en un principio, la intención de García Goyena⁴⁸, quien, no obstante, comentando el art. 245 del Proyecto de CC de 1851 (equivalente al actual art. 251.1º CC), reconocerá: "En el artículo 126 de mi borrador se le permite -al tutor- hacer los regalos ó espresiones de costumbre con autorización del consejo: la Sección no lo aprobó"; en paralelismo, por tanto, con lo sucedido en nuestra más reciente reforma que, aún excepcionando tales regalos de la prohibición de recibir "liberalidades" para el curador (en el nuevo art. 251.1º CC), no ha hecho lo propio para el tutor (en el nuevo art. 226.1º CC), ni para el curador representativo (en el nuevo art. 287 CC), lo que lejos de resolverse mediante una interpretación restrictiva de la prohibición permitiendo también recibir regalos al curador representativo, o al tutor (tal vez fundada dicha interpretación en este último caso en la aplicación supletoria de las reglas de la curatela a la tutela al amparo del nuevo art. 224 CC), más bien haya que interpretarla -precisamente- de forma extensiva, para no incluir excepción ninguna a la prohibición de recibir "liberalidades", por ser tal posible inclusión de la salvedad rechazada durante la tramitación parlamentaria⁴⁹, lo que impide pensar en un lapsus del legislador; ni, por tanto, en la existencia de una laguna casuística que integrar; esta diferencia de trato entre los curadores sin representación o los cargos que sí la ostentan, lejos de ser discriminatoria, estaría justificada, precisamente, porque en los negocios

47 Como LETE DEL RÍO, J.M.: "Comentario al art. 221 CC", cit., pp. 256 y 257, quien entiende que tales casos "tienen por causa no el «animus donandi», sino la observancia de un uso, ... puesto que más bien se trata de gastos obligatorios impuestos en virtud de ineludibles exigencias sociales".

48 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias y Motivos*, cit., p. 243.

49 Téngase presente que los materiales prelegislativos solo pueden servir para una interpretación declarativa (sea lata o estricta) de la ley, sin permitir su modificación, aunque, por ello mismo, evitando cualquier tergiversación del verdadero sentido de la ley (según defendí, con detalle, en mi trabajo "El [relativo] valor interpretativo de los materiales prelegislativos", en *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747 a 792, al cual me remito).

celebrados por estos últimos solo ellos intervienen, sin la presencia de su pupilo, lo que, una vez más, supondría un riesgo para el abuso o el engaño.

En la más reciente jurisprudencia registral, ya vigente la reforma del CC hecha por la Ley 8/2021, parece seguirse tal línea interpretativa: así, por ejemplo, en la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública de 14 diciembre 2023⁵⁰, en la disputa acerca de si la liquidación de una sociedad se ha de equiparar o no a una partición hereditaria, necesitada, por tanto, de aprobación judicial según los arts. 287 y 289 CC (según defiende el registrador), sin que baste para ello la sola intervención del curador representativo, al no estar incluida la liquidación societaria entre los actos comprendidos en aquellas normas, que, además, han de interpretarse restrictivamente (según recuerda, y defiende, el notario recurrente), la Dirección General desestima el recurso y considera que para la liquidación de una sociedad, al equipararse esta a la partición de una herencia, resulta ineludible la aplicación de la regla del art. 289 CC, de modo que sí resulta exigible la posterior aprobación judicial (aunque no la previa autorización judicial, según exigía el registrador con fundamento en el art. 287 CC, que aquí según la Dirección General no resulta aplicable).

Otro caso, referido este a un caso de posible autocontratación y conflicto de intereses, el de la Resolución de la Dirección General de 19 julio 2022⁵¹: se trataba de la compra de una finca, en que la compradora era una persona con discapacidad que actuaba por sí sola, en su propio nombre e interés, y donde la sociedad vendedora actuaba a través de por dos apoderados mancomunados, uno de los cuales era el curador representativo (antes, tutor), de la parte compradora. Escriturada dicha compraventa, sin ninguna objeción por parte del notario, el Registrador deniega su inscripción, porque a su juicio hay un evidente conflicto de intereses, que solo cabe salvar mediante una previa autorización judicial a dicha compraventa (por aplicación, en suma, de los arts. 251.2, 275.3.2° y 287 CC); el notario recurre, entre otras razones, al entender que no existe tal conflicto de intereses, porque el tutor solamente interviene como parte compradora y no como vendedora, y con el refuerzo de que la tutelada interviene también en la propia escritura por sí misma. La Dirección General, en contra del notario, entenderá que aun no habiendo autocontrato en el caso, sí pudo haber conflicto de intereses, en el sentido del art. 283 CC, aunque, en contra del Registrador, no estima exigible la autorización judicial con fundamento en las normas que alega el Registrador; porque en la expresión de “enajenar... bienes inmuebles” del art. 287.2° CC no se ha de incluir la compra de inmuebles, siendo, entonces, exigible, a fin de evitar el engaño ante aquella posible colisión de intereses, la intervención de un defensor judicial, por aplicación del art. 295.2° CC.

50 En BOE de 18 enero 2024.

51 En el BOE de 4 agosto 2022.

Con todo, y sin entrar en la oportunidad ni en las razones particulares de tales ampliaciones (que, como viene sucediendo con otras normas expuestas aquí, ya derogadas o ahora vigentes, no es el objeto central de este estudio), que la interpretación de cualquier prohibición legal, en caso de duda, pueda ser extensiva obedece, fundamentalmente y en general, a dos razones:

En primer lugar, porque tal interpretación extensiva se muestra como la más conforme con la razón general de todas aquellas prohibiciones legales, y que, según vimos, la propia Convención de la ONU refiere (en su art. 12.4) en favor de las personas con discapacidad: la de evitar el riesgo al fraude o abuso ante posibles conflictos de intereses que pudiera haber en caso de autocontratación.

Junto a ella, hay otra razón -esta no destacada por la común doctrina⁵²- para apoyar la interpretación extensiva de cualquier prohibición legal en caso de duda; porque mantenida la prohibición, por vía interpretativa, que impide la autocontratación, será la propia persona con discapacidad quien pueda actuar por sí misma, por sí sola, de forma autónoma y libre -mostrándose ello, una vez más, conforme a la razón general de la capacidad de que goza toda persona y, de nuevo, conforme al principio "in dubio pro capacitate"-; así mismo, conforme a la jurisprudencia formada en torno a la prohibición de la autocontratación, la manifestación de su voluntad expresa en tal negocio que celebra (de los comprendidos en aquellas prohibiciones legales), incluso en favor de su asistente, actuando este ya sin representación ni como apoyo, eliminará el riesgo de abuso o fraude, así como cualquier posible conflicto de intereses, dado que el representante o asistente no actuará como tal, sino en su propio nombre e interés, actuando también la persona con discapacidad en el suyo propio.

Tal interpretación, insisto, y no la contraria restrictiva, sería la más conforme con los nuevos tiempos favorables a un pleno y libre reconocimiento de la capacidad en favor de las personas con discapacidad, como de cualquier otra persona, sin discriminación alguna.

Por eso mismo, no cabe observar discriminación ninguna en el vigente art. 753 CC⁵³, cuando dice, como regla (no sin excepciones), que no "surtilirá efecto

52. Pero sí advertida, sobre el art. 1459.2° CC, por GARCÍA VALDECASAS, G.: "La prohibición", cit., pp. 450 y ss., donde repite la idea (en p. 451), de que "al vender directamente el dueño a quien era su encargado, no solo ha revocado el encargo, sino que ha sido conocedor de la persona del adquirente, ha juzgado la compatibilidad de intereses en la actuación de aquél y, en definitiva, la ha aprobado vendiéndola" (como así sucedió en la STS 3 junio 1949 -ROJ: STS 85/1949-, que él mismo comentaba en su trabajo). En tal apreciación me inspiro para decir lo que a continuación alego como segunda razón para interpretar extensivamente las prohibiciones legales en caso de duda.

53. Sobre dicha norma, y con posterioridad al presente trabajo, publicado en su versión primera, se ha producido un encendido debate, en el que yo mismo participo con mi trabajo "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del «nuevo» artículo 753 del Código Civil", en la obra colectiva *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, coord. J.P. MURGA y M. GARCÍA MAYO), editorial Aranzadi, Cizur

la disposición testamentaria -hecha por el pupilo- en favor de quien sea tutor o curador del testador..." (entre otros muchos sujetos que, en su nueva redacción recientemente recibida, enumera con la intención -vana pretensión- de cubrir todo posible supuesto). En su redacción originaria (de 1889), tal norma hablaba solo de "tutor", proponiendo la doctrina la lógica inclusión también del curador⁵⁴, una interpretación más amplia que se haría auténtica por obra del legislador en 1996 (por mor de la LO de Protección del Menor), y que, precisamente, la reciente reforma legislativa sobre personas con discapacidad ha venido de nuevo a ampliar a cualquier institución o persona de cuidado y asistencia cercana a ellas. En la evitación del engaño, del abuso en obtener el tutor o el curador parte de la herencia de su pupilo, o el del cuidador y asistente parte de la herencia de quien cuida, no hay discriminación en la menor capacidad de la persona que testa, sino idéntica protección que se contiene en otras normas, ubicadas alrededor de aquella, que también pretenden evitar la captación de la voluntad del testador -y así asegurar su libertad de testar- en favor del "notario" que, precisamente, redacta el testamento (art. 754 CC), o del "sacerdote" que confiesa o da la extremaunción al testador en su lecho de muerte (art. 752 CC), normas todas ellas que, por identidad de razón, también pueden extenderse a pesar de contener prohibiciones legales (vgr., como ejemplo clásico al respecto, el del art. 752 CC, que en un principio fue interpretado restrictivamente por la STS 6 abril 1954⁵⁵, por ver en ella una norma restrictiva de un derecho, de la libertad de testar⁵⁶, pero que hoy comúnmente se entiende ampliable en su prohibición a las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor de cualquier otra autoridad de culto que en ella le hubiese confesado o asistido de cualquier otro modo⁵⁷).

Menor (Navarra), 2023, pp. 123-169, ya antes publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, 2021, núm. 113, pp. 731 a 758. Otras opiniones al respecto, algunas de ellas opuestas a la nuestra, son las de DE SALAS MURILLO, S.: "Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35, 2019, pp. 57-85, quien también escribe sobre el mismo tema en aquella obra colectiva antes mencionada por mi codirigida, con el título: "La incapacidad para suceder a la persona con discapacidad: la prohibición del art. 753 del Código Civil tras la reforma efectuada por Ley 8/2021, de 2 de junio", pp. 171-195; así como el de REPRESA POLO, M^a P.: "La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual: la reforma del artículo 753 CC", en AA.VV.: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (M^a P. REPRESA POLO y por M^a T. ÁLVAREZ MORENO), Reus, Madrid, 2022, pp. 41-85; o la monografía misma de PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *La reforma del artículo 753 del Código Civil: la sucesión a favor de establecimientos, cuidadores, tutores y curadores*, Pamplona, Aranzadi, 2023.

54 Por todos, HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: "Comentario al art. 221 CC", cit., p. 688, emparentando el 753 con el 221.1º CC de aquel entonces (equivalente a los actuales 226.1º y 251.1º CC), por fundarse igualmente ambos "en el juicio apriorístico de que toda liberalidad que realiza el sujeto a una medida de guarda y protección en favor de su guardador, habría que entenderla originada no en su libre voluntad sino en una voluntad captada por el cargo tutelar; captación de voluntad que se presumiría producida por la relación de sujeción moral en que se encuentra, con respecto a su guardador, todo sujeto a guarda".

55 RJ 1954/1551.

56 Del modo de interpretar el art. 752 CC de dicha STS se preguntaba MONTÉS PENADÉS, V.: "Comentario al art. 4.2 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 221, nota 43: "¿Esta es una norma odiosa? ¿No es una norma que protege la libertad de testar -principio general- y que por ende se debería poder aplicar a otras causas de sugestión o captación de la voluntad?".

57 Sobre tal caso, permítaseme remitirme a mi trabajo "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", en *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 1004, 1036, 1037 y 1067, con cita allí de doctrina y con un tratamiento más detenido del art. 752 CC.

Se trataría, en fin, de una prohibición legal impuesta a las personas con discapacidad en absoluto discriminatoria, y acorde con lo que ya la Observación nº 1º (2014) del Comité de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad aclaraba (en su punto 32), interpretando el art. 5 de la Convención de Nueva York (dedicado, precisamente, a la igualdad y no discriminación); cuando, en particular, dice aquella Observación: "Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o una condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente".

Todo lo cual se refuerza, o refrenda, con el rechazo a la propuesta de supresión de buena parte de aquel art. 753 CC que se pretendió durante la tramitación parlamentaria para su nueva redacción⁵⁸.

IV. CONCLUSIÓN, Y EPÍLOGO (ABIERTO).

En conclusión, frente al "topos" de interpretar siempre de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de las personas con discapacidad, proponemos su revisión desde una interpretación internacionalista de nuestras normas (incluidas las constitucionales, según permite el art. 10.2 CE, como el art. 49 CE, que, no en vano, se pretende reformar), pues al haber sido equiparada, por exigencias de igualdad y no discriminación, su capacidad y autonomía a la de cualquier persona

⁵⁸ En efecto, durante la tramitación parlamentaria de la reciente reforma, en el Senado los Grupos Parlamentarios Mixto y de Ciudadanos propusieron (en sus enmienda nº 1 y 78, respectivamente), suprimir la prohibición legal testamentaria y permitir el testamento siempre que fuera en su modalidad de testamento notarial abierto, justificándolo el GP Mixto por entender que "La adopción de las medidas de apoyo resulta eje esencial de esta reforma, y constituyen un marco muy amplio que incluye tanto las establecidas de forma voluntaria como aquellas que requieran de formalización judicial, pero, en todo caso, pueden ser dispuestas por personas que dispongan de autonomía suficiente para adoptar decisiones en favor de quienes les presten tales apoyos. Prohibir que se puedan adoptar ninguna disposición que suponga beneficio a quien presta el apoyo supone establecer una limitación en la autonomía de la voluntad improcedente e incluso contraria al principio de capacidad y de respeto a la voluntad y preferencias que el Proyecto de Ley consagra y que representa núcleo sustancial del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (...) En ese sentido, el condicionante de que la disposición sea establecida en un testamento abierto, comporta suficiente garantía porque lleva consigo la necesidad de que el Notario autorizante haya valorado que la persona dispone de la capacidad suficiente para adoptar esa disposición testamentaria, en los propios términos que el Proyecto de Ley regula para tales voluntades en el artículo 665". Algo parecido propuso, también en el Senado, el Grupo Vasco (en su enmienda nº 118), justificándolo del siguiente modo: "No está justificada la limitación de la capacidad de obrar de las personas que viven en un centro residencial (personas con discapacidad y cuantitativamente, sobre todo, personas mayores) prohibiéndoles que favorezcan en su testamento, a través de legado o herencia, a la residencia en la que reciben atención. Para proteger su patrimonio y las expectativas patrimoniales de los familiares de los residentes, resulta mucho más respetuoso con libertad personal de las personas mayores o con discapacidad permitir estas disposiciones testamentarias, aunque exigiendo la intervención garantista del Notario". Sin embargo, ninguna de tales propuestas prosperaría (acertadamente, a mi modo de ver).

en la Convención de Nueva York de 2006, en la que se suprimen el tradicional interés superior de tal persona como -supuestamente- más vulnerable, y consiguientemente cualquier medida representativa y sustitutiva de su autonomía de la voluntad, no habrá más remedio que valorar cualquier restricción o limitación con tal alcance como un disfavor injustificado, contrario al natural y común “favor libertatis”, que como materia no solo excepcional, sino también odiosa (al menos, en esta ocasión), debe interpretarse siempre restrictivamente, conforme al adagio “odiosa restringenda”. Solo cuando la medida de ayuda prevista en la norma sea de apoyo, no sustitutiva, para la persona con discapacidad, cabrá interpretarla “super casum” conforme a la particular “ratio legis”, de la norma que en concreto la contemple (de nuevo, conforme al art. 3.I CC en su inciso final), y -solo- en caso de duda en su resultado interpretativo, el intérprete deberá inclinarse por el menor alcance de tal medida asistencial y por el mayor alcance en la capacidad y autonomía propia de la persona con discapacidad (“in dubio pro capacitate”).

En contraposición, cabe concluir que las prohibiciones legales impuestas a los cargos de apoyo a personas con discapacidad, que no son excepcionales ni punitivas por mostrarse conforme a los principios de prohibición de la autocontratación, del abuso y del fraude (ex arts. 6.3 y 7.2 CC), ratificados ambos por el actual Derecho internacional, bien pueden interpretarse extensivamente en caso de duda, porque a mayor alcance de la prohibición mayor autonomía se reconocerá en favor de las personas con discapacidad (conforme al “favorabilia amplianda”, y, una vez más, “in dubio pro capacitate”).

Con todo, y así las cosas, tal vez haya quien objete a las pautas interpretativas hasta aquí expuestas la posible desprotección de tales personas con discapacidad, lo que, rectamente, no será una crítica a las orientaciones aquí propuestas para su interpretación, sino al propio espíritu, al corazón de las nuevas reglas capitales que han de reinar en materia de capacidad de personas con discapacidad, de las que aquellas orientaciones interpretativas que aquí propongo no son más que su consecuencia lógica. Pero entrar “hic et nunc” en aquella médula de la razón legal es otra historia que en este estudio no corresponde tratar.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo V, Trivium, Madrid, 1991.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Ius et veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262-266.

BOTELLO HERMOSO, P.: "La LO 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho UNED*, 2015, pp. 615-638.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *Anuario de derecho Civil*, 2012, núm. 3, pp. 1026-1028.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, Reus, Méjico-Madrid, 2015.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "El [relativo] valor interpretativo de los materiales prelegislativos", *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747 - 792.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Situaciones excepcionales, normas singulares e interpretación auténtica", incluido en el libro colectivo *Coronavirus y Derecho en estado de alarma* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Reus, Madrid, 2020.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del «nuevo» artículo 753 del Código Civil", en la obra colectiva *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, coord. J.P. MURGA y M. GARCÍA MAYO), editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España, Parte General*. Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

DE SALAS MURILLO, S.: "Repensar la curatela", *Derecho Privado y Constitución*, 2013, pp. 11-48.

DE SALAS MURILLO, S.: "Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35, 2019, pp. 57-85.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1993.

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 1459 CC", en AA.VV.: *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentario del Código civil español*, Tomo I, Madrid, 1852.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J.M.: "Comentario al art. 1459 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código*, Tomo VII (dir. R. BERCOVITZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA RUBIO, Mª P.: "La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el CC español a la luz del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Propostas de modernización do dereito* (dir. GARCÍA GOLDAR y AMMERMAN YEBRA), Junta de Galicia, 2017.

GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, G.: "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 449-462.

GETE-ALONSO Y CALERA, C.: "Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. LB. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Chile-Argentina, 2021.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y discapacidad", en AA.VV.: *Derecho privado y Constitución*, 2018, pp. 55-94.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: "Prohibiciones de disponer", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, 1925.

GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: "Comentario al art. 221 CC", en AA.VV.: *Comentarios del CC*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1991.

INFANTE RUIZ, F.: "Comentario al art. 1459 CC", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES y otros), vol. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

LETE DEL RÍO, J.M.: "Comentario al art. 323 CC", en AA.VV.: *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo IV, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1985.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: "Comentario al art. 1459 CC", en AA.VV.: *Comentarios del CC*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "La Observación General Primera del Comité de derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. LB. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Olejnik, Chile-Argentina, 2021.

MONTÉS PENADÉS, V.: "Comentario al art. 4.2 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*, Tecnos, Madrid, 1977.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I: Propiedad. Derechos reales*, 3ª ed., Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1999.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *La reforma del artículo 753 del Código Civil: la sucesión a favor de establecimientos, cuidadores, tutores y curadores*, Pamplona, Aranzadi, 2023.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: "La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", en AA.VV.: *Derecho Privado y Constitución*, 2009, pp. 335-368.

RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.

REPRESA POLO, Mª P.: "La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual: la reforma del artículo 753 CC", en AA.VV.: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (Mª P. REPRESA POLO y por Mª T. ÁLVAREZ MORENO), Reus, Madrid, 2022.

SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Tomo II, Reus, Madrid, 1955.

VIVAS TESÓN, I.: "El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *Derecho Civil Constitucional* (dir. VILLAGRASA ARMENGOL y PÉREZ GALLARDO) Méjico, 2014.

VIVAS TESÓN, I.: *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, FUTUEX, Olivenza, 2012.

VIVAS TESÓN, I.: "La Convención de la ONU de 13 diciembre 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad", *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011.



NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ÁMBITO SANITARIO*

NEW TECHNOLOGIES AND THE RIGHTS OF OLDER ADULTS IN THE HEALTHCARE FIELD

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 134-175

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2022-137330OB-I00 "Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos", de la convocatoria 2022 de los "Proyectos de Generación de Conocimiento" del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente.

María Teresa
ECHEVARRÍA
DE RADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de diciembre 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: La utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito sanitario puede reportar numerosas ventajas, pero también puede generar situaciones de desigualdad y discriminación en diferentes colectivos especialmente vulnerables, como el de las personas mayores, circunstancia que conduce a la necesidad de adoptar las medidas necesarias para proteger debidamente sus derechos en relación con la salud. Al mismo tiempo, debe garantizarse la autonomía de las personas mayores para tomar decisiones respecto a su propia salud mediante el ejercicio de su derecho a consentir u oponerse a determinados tratamientos, capacidad de elegir que también se extiende a cómo deben utilizarse las nuevas tecnologías.

A su vez, el derecho de las personas mayores a decidir sobre la propia salud nos conduce al documento de voluntades anticipadas, instrumento que les permite garantizar en el futuro el cumplimiento de sus deseos en relación con su salud ante determinadas circunstancias que les impidan expresar su voluntad. A estos efectos, la intervención notarial puede resultar decisiva para garantizar el respeto absoluto a la voluntad del paciente mayor de edad.

PALABRAS CLAVE: Nuevas tecnologías en el ámbito sanitario; personas mayores y derecho a la salud; autonomía de la voluntad; consentimiento informado; voluntades anticipadas.

ABSTRACT: *The use of new technologies in the healthcare field can offer numerous advantages, but it can also create situations of inequality and discrimination for various especially vulnerable groups, such as the elderly. This circumstance underscores the need to adopt measures to adequately protect their rights concerning health. At the same time, it is essential to ensure the autonomy of older individuals to make decisions about their own health by exercising their right to consent to or refuse certain treatments—a capacity for choice that also extends to how new technologies should be utilized.*

Furthermore, the right of older people to decide about their own health leads us to the advance directives document, an instrument that allows them to ensure their wishes regarding health are respected in the future in circumstances where they may be unable to express their will. In this regard, notarial intervention can play a decisive role in guaranteeing absolute respect for the will of the adult patient.

KEY WORDS: *New technologies in healthcare; elderly people and right to health; autonomy of will; informed consent; advance directives.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- I. La discriminación por razón de edad y la protección de los derechos de las personas mayores. Estado actual de la cuestión.- 2. La incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de la salud. La necesidad de evitar la discriminación de las personas mayores y de preservar su derecho a la autodeterminación.- II. AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS MAYORES PARA TOMAR DECISIONES EN EL ÁMBITO SANITARIO, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUTOMATIZACIÓN DE LA PRAXIS MÉDICA.- III. EL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS.- I. El documento de voluntades anticipadas como instrumento de protección de las personas mayores en el ámbito sanitario.- 2. Especial consideración de la forma de otorgamiento del documento de voluntades anticipadas: la intervención notarial.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

I. La discriminación por razón de edad y la protección de los derechos de las personas mayores. Estado actual de la cuestión.

El paulatino envejecimiento de la población a nivel mundial, que obedece esencialmente al aumento de la esperanza de vida y a la disminución de la natalidad, plantea como necesidad principal la de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de las personas de edad que, a diferencia de lo que sucede con otros colectivos, no cuentan con los oportunos mecanismos de defensa a través de un instrumento internacional de ámbito universal.

En cuanto a la terminología empleada para designar a las personas de edad, como ya destacó el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU, en la Observación General número 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad (1995)¹, presenta gran variedad: personas mayores, personas de edad avanzada, personas de más edad, tercera edad², ancianos y cuarta edad para los mayores de 80 años³.

Por su parte, el Comité optó por emplear la expresión “personas mayores”⁴, utilizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus resoluciones,

1 <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/cescr/1995/es/131125>

2 Por su parte, la reciente LO 5/2024 de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, que introduce cambios esenciales en la protección jurídica y asistencia letrada en España, utiliza la expresión “tercera edad” (art. 6.5 y Disposición Adicional Segunda).

3 MARTÍNEZ QUES, A.A.: “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, p. 1073, destaca lo siguiente: “El empleo de palabras como «viejo» o «anciano» arrastran una connotación peyorativa en la sociedad actual, mientras que su reemplazo por términos como «senil», «jubilado», «retirado», «senectud», «clase pasiva», «edad madura» o «geronte», representan una imagen de la ancianidad desvalorizada, de fragilidad e incapacidad”. Disponible en <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16262>

4 Señalan DABOVE, M.I. y GIOJA, A.L.: “Enfoque complejo de la vejez. su incidencia en los derechos humanos”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 33, 2022, p. 23, que los términos “personas mayores”,

que engloba a las personas de más de 60 años, edad a partir de la cual se considera que la persona ha alcanzado el estatuto de persona mayor⁵. Este criterio es el que también sigue la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 6 de junio de 2015⁶, que considera Persona mayor: “Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna del país determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años”. Interesa destacar que se trata del primer tratado de ámbito regional, que “ha venido a saldar la orfandad en materia de instrumentos vinculantes que aborden los derechos de las personas mayores de forma explícita e integral”⁷. La Convención tiene por objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad (art. 1)⁸.

En España, al igual que sucede en Europa, se considera “persona mayor”, en general, a la de 65 años o más⁹. Como ha destacado LECIÑENA IBARRA¹⁰, “Al contrario de lo que ofrece el segmento de edad opuesto, donde si existe una categoría jurídica que aglutina los sujetos de edad que no han cumplido los 18 años, a los que se somete a un régimen jurídico propio, no ocurre lo mismo con las “personas mayores” o, simplemente, “mayores”. Nuestro ordenamiento no dispone de una categoría jurídica capaz de aglutinar a personas cuya única especialidad que las diferencie del resto de la población sea haber cumplido una determinada edad”. La autora añade que “esto explica que el único dato con el que se haya trabajado para dar acceso a la categoría de persona mayor sea la edad de jubilación”.

Muy recientemente, el Real Decreto Ley 6/2023 de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación,

“adultos mayores” y “personas de edad” se han impuesto en los organismos internacionales de derechos humanos, con el propósito de designar “a un sujeto menos diferenciado de la persona adulta joven, emparentado con la idea de autonomía”.

- 5 La Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento celebrada en Viena en 1982, en la que se elaboró el informe conocido como el “Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento”, utiliza la expresión “personas de edad”, a las que identifica con las de 60 años o más (Disponible en www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/Plan_Viena_sobre_Envejecimiento_1982.pdf).
- 6 Disponible en www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf
- 7 DABOVE, M. I., et al.: “Derechos y libertades en la vejez: paternalismos explícitos y viejismos implícitos de la pandemia”, *Anales en Gerontología*, núm. 12, Año 2020, 138-167, 158
- 8 También constituye otro avance importante en este ámbito, el Protocolo de la Unión Africana para la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos acerca de los Derechos de las Personas Mayores en África. Este Protocolo, que fue aprobado en enero del 2016 y que se encuentra en vigor desde el 4 de noviembre de 2024, prohíbe todas las formas de discriminación contra las personas mayores (art. 3), que son aquellas que tienen 60 años o más (art. 1). Disponible en https://au.int/sites/default/files/treaties/36438-treaty-0051_-_protocol_on_the_rights_of_older_persons_e.pdf
- 9 PÉREZ DÍAZ, J., et al.: “Un perfil de las personas mayores en España 2023. Indicadores estadísticos básicos”, *Informes Envejecimiento en Red*, núm. 30, CSIC, Madrid, 2023.
- 10 LECIÑENA IBARRA, A.: “Autonomía decisoria y heteronomía en personas vulnerables por razón de edad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 40, enero-junio, 2022, p. 143.

Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, ha modificado el art. 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil¹¹ que, en su apartado primero, ha quedado redactado en los siguientes términos: “En los procesos en los que participen personas con discapacidad y personas mayores que lo soliciten o, en todo caso, personas con una edad de ochenta años o más, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. A estos efectos, se considerarán personas mayores las personas con una *edad de sesenta y cinco años o más*”¹².

Tras las anteriores precisiones, debe destacarse la preocupación que existe en la comunidad internacional con respecto a la situación y necesidades de las personas mayores, especialmente con aquello que tiene que ver con la consideración de la edad como un potencial criterio de discriminación, preocupación que, por otra parte, es relativamente reciente¹³.

De hecho, la citada Observación General número 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, pone de manifiesto que ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1948) ni la Declaración Universal de Derechos Humanos (1966) mencionan la edad como uno de los factores de discriminación. No obstante, en vez de considerar que se trata de una exclusión intencional, la Observación afirma que tal omisión se explica probablemente por el hecho de que, cuando se adoptaron estos instrumentos, el problema del envejecimiento de la población no era tan evidente o urgente como en la actualidad.

En 1982, la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento elaboró el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento¹⁴, que reconoce el derecho de las personas mayores a disfrutar de una vida plena, saludable y satisfactoria y a ser consideradas como parte integrante de la sociedad. Entre los Principios en los que el Plan se basa, se incluye, como objetivo importante del desarrollo social y económico, “el logro de una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad, en la que se haya eliminado la discriminación y la segregación por motivos de edad y se aliente la solidaridad y el apoyo mutuo

11 El art. 7 bis contempla los “Ajustes para personas con discapacidad y personas mayores”.

12 Por su parte, el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, considera personas mayores a las de 65 años o más (art. 79).

13 Tal y como destaca CALAHORRANO LATORRE, E.: “La planificación anticipada del cuidado en salud: alternativa de regulación para Chile desde el Derecho Comparado y la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, *Revista de Derecho Privado*, 2021, núm. 40, 2021, pp. 201-233, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.08>. Para este autor, la progresiva dificultad de las personas mayores para el ejercicio del catálogo común de derechos y su concepción como una carga por su entorno familiar la hace proclive al abandono, por lo que demanda una especial protección de sus derechos desde del Estado.

14 https://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/Plan_Viena_sobre_Envejecimiento_1982.pdf

entre las generaciones”¹⁵. Con posterioridad, en 2002, la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento adoptó la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de Madrid¹⁶, que se centró en la defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas de edad y en la eliminación de todas las formas de violencia y discriminación hacia este sector de población. Precisamente, la Resolución 65/182, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010 para el Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, creó el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento de Naciones Unidas (OEWGA) con la finalidad de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas mayores en todo el mundo. El contenido de su mandato consiste en analizar el marco internacional vigente en materia de derechos humanos de las personas mayores e identificar sus posibles deficiencias y la mejor manera de subsanarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas¹⁷.

Sin perjuicio de otras actuaciones, en 2021 tuvo lugar la aprobación de la primera Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el edadismo y la discriminación por edad (A/HRC/RES/48/3) en la que se exhorta a los Estados a prohibir todas las formas de discriminación contra las personas mayores y a tomar medidas contra el edadismo y la discriminación por razón de edad y que supuso un importante avance para la creación de una Convención sobre los derechos de las personas mayores¹⁸.

Por su parte, la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 6 de junio de 2015, pionera en este ámbito como ya destacamos, define expresamente la discriminación por edad en la vejez: “cualquier distinción, exclusión, o restricción, basada en la edad, que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce, o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales en

15 En 1991, la Asamblea General adoptó los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, que enumeraban 18 derechos de las personas mayores relativos a la independencia, la participación social, la atención, la realización personal y la dignidad (Resolución 46/91). Disponible en <https://www.acnur.org/es-es/media/principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad>
Al año siguiente, la Conferencia Internacional sobre el Envejecimiento se reunió para revisar el Plan de Acción de 1982 y adoptó la Proclamación sobre el Envejecimiento (A/RES. 47/5). Disponible en <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr/0/030/35/img/nr003035.pdf>

16 <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>

17 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n10/523/49/pdf/n1052349.pdf>

18 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/287/82/pdf/g2128782.pdf>. En la Resolución, el Consejo de Derechos Humanos solicita a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) la elaboración de un informe sobre los criterios normativos y las obligaciones en virtud del derecho internacional en relación con la promoción y protección de los derechos humanos de las personas mayores que ha dado lugar a la elaboración de distintos Informes.

la esfera política, económica, social, cultural o cualquier otra de la vida pública y privada”¹⁹.

En el ámbito de la Unión Europea, se aprecian también ciertos progresos en materia de derechos y protección de las personas mayores, que se materializan en la Directiva/78/EC de 27 de noviembre de 2000 sobre la discriminación por edad en el empleo²⁰ y en la incorporación del art. 21 (“No discriminación”) y, fundamentalmente, del art. 25 (“Derechos de las personas mayores”) en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000²¹, sustituida por la de 12 de diciembre de 2007²².

Procede también traer a colación el Libro Verde sobre el Envejecimiento de la Comisión Europea²³ que conmina a los responsables políticos para que tengan en cuenta las situaciones de vulnerabilidad y las aborden “a todos los niveles”, con el fin de permitir que las personas mayores disfruten de sus derechos y autonomía y participen en la sociedad en la mayor medida posible. Precisamente, en relación con este texto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Estrategia europea para las personas mayores (2023)²⁴ ha puesto de manifiesto que una de sus mayores carencias “es el enfoque de la edad y las personas mayores como un gasto o coste para la sociedad, obviando los beneficios sociales y económicos que se obtendrían con una mayor inclusión activa de las personas mayores. El Libro Verde no deja de vincular la edad con el declive, la pasividad y la vulnerabilidad. Para aprovechar el potencial del envejecimiento, es fundamental una visión basada en los derechos humanos, el bienestar, la contribución de las personas mayores a la sociedad y la economía y las herramientas para posibilitar su contribución”.

19 La Convención aborda también la “Discriminación” en general: “Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada” y la “Discriminación múltiple”: “Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación”.

20 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>. Precisamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Asunto C-144/04, sobre el caso Mangold contra Helm (TJCE 2005, 341), al pronunciarse sobre la cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo en lo que se refiere a la discriminación por razón de edad, declaró que “el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario”.

21 Disponible en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

22 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2007-70004>

23 Libro Verde Sobre el Envejecimiento, Comisión Europea, Bruselas, 27.I.2021 COM (2021) 50 Final, Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d918b520-63a9-11eb-aeb5-01aa75ed71a1>

24 Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia española (2023/C 349/06). Disponible en https://imsero.es/documents/20123/140652/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf/d52a165a-a81e-c8ef-493c-844aef904b7b

En el Dictamen citado se hace constar lo siguiente: “Ya que a día de hoy no se ha propuesto ninguna política integral sobre el envejecimiento o exclusivamente centrada en las personas mayores, la UE ha de adoptar una nueva Estrategia europea sobre personas mayores, que tenga como objetivos fundamentales la protección de todos sus derechos, así como su participación plena en la sociedad y en la economía. Una nueva Estrategia europea sobre personas mayores contribuirá al necesario cambio de enfoque de las políticas sobre edad y personas mayores actuales y futuras”. Además, en el ámbito internacional, el Comité urge a aprobar una Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas mayores para el disfrute de igualdad de derechos humanos en la edad avanzada, siguiendo el ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Infancia o de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, garantizando la participación activa de las organizaciones de la sociedad civil que representan a las personas mayores y las partes interesadas pertinentes.

Por su parte, en España, la reciente Ley 15/2022 de 12 de julio Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación²⁵, pretende, como destaca en su Preámbulo, otorgar instrumentos efectivos para luchar contra formas de discriminación, como la discriminación por edad²⁶ que, potencialmente, podrían afectar en los próximos años a un gran porcentaje de población, como consecuencia del paulatino envejecimiento de nuestra sociedad. Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación, la Ley toma como referencia el artículo 14 de la Constitución Española y la normativa comunitaria e incorpora en el art. 2.1 expresamente “la edad” como motivo de discriminación. En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, se extiende, entre otros, a la “Sanidad” [art. 3, apartado e)]. En particular, la Ley aborda en el art. 15 el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria por razón de edad y contempla el deber de las administraciones sanitarias de promover acciones destinadas a aquellos grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas, tales como las personas mayores²⁷.

25 En su momento, la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales administrativas y de orden social contempló en el Título II, Capítulo III, las “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de edad”.

26 En 2022, la RAE incorporó en su diccionario la palabra “edadismo”, que se define como “discriminación por razón de edad de las personas mayores o ancianas”.

27 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, ya incluye de manera expresa la edad como una circunstancia que excluye cualquier discriminación: “todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 6.1). Más adelante, se impone a las Administraciones públicas desarrollar “programas de prevención dirigidos a todas las etapas de la vida de las personas, con especial énfasis en la infancia y la vejez” (art. 19.2.d).

A su vez, la nueva Ley también extiende su ámbito de aplicación, en el art. 3, apartado o), a la “Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación” y dedica el art. 23 a la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la “Inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados”, por lo que, como se ha advertido, contempla la primera regulación positiva del uso de la inteligencia artificial por las administraciones públicas²⁸.

Lo cierto es que, aunque se aprecian ciertos avances, estos no son suficientes para preservar y respetar los derechos de las personas mayores, lo que hace indispensable una convención internacional sobre los derechos de este colectivo que contemple su protección específica en todos los ámbitos.

En esta dirección, el Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento, que lleva más de una década examinando la aplicación de diversos derechos humanos entre las personas mayores y las lagunas asociadas en el derecho internacional de los derechos humanos, en el XIV período de sesiones, celebrado en Nueva York en mayo de 2024, adoptó una decisión histórica en la que se determinaron las posibles deficiencias en la protección de los derechos humanos de las personas de edad y se formularon recomendaciones sobre la mejor manera de subsanarlas, entre las que figuraba la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para proteger los derechos humanos de las personas mayores²⁹.

Por su parte, el Informe de 2024 de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad (A/79/167), Consejo de Derecho Humanos (ONU)³⁰, que contempla los retos a los que se enfrentan las generaciones presentes y futuras de personas mayores, declara expresamente lo siguiente: “Habida cuenta de que no existe un instrumento internacional jurídicamente vinculante que articule los derechos humanos de las personas mayores, se hace especialmente apremiante brindar una respuesta a los retos específicos a los que se enfrenta este grupo poblacional en la materia en los procesos de cara al futuro. Este vacío genera un desequilibrio básico en relación con la igualdad y la no discriminación, la protección contra la violencia, la autonomía, la atención, la salud, la protección social, la seguridad económica y la participación en la vida pública. La ausencia de un instrumento internacional jurídicamente vinculante también incide en la invisibilidad de las violaciones de

28 MARTÍN AYALA, M.: “Base Cuarta. Derecho a una atención personalizada y a la supervisión humana frente a la toma de decisiones automatizadas: ¿Se puede tecnologizar la atención a la salud sin despersonalizar la asistencia?”, en *Informe final sobre la relación clínico-digital, elaborado por el Comité de Bioética de Castilla-La Mancha* 2/2023, p. 10. Disponible en: https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/paginas/archivos/informe_sobre_la_relacion_clinico-digital_del_cb_de_clm_0.pdf

29 Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/154/58/pdf/n2415458.pdf>

30 Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/211/91/pdf/n2421191.pdf>

derechos que sufren las personas mayores y limita la concienciación pública sobre sus derechos, incluso por parte de los garantes de tales derechos. Solo dos tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas contienen una referencia a la discriminación por edad, a saber, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Los órganos de tratados y los procedimientos especiales existentes no han proporcionado ni pueden proporcionar mecanismos coherentes para el reconocimiento y la reparación de los derechos humanos de las personas mayores. El hecho de que no exista un tratado de derechos humanos para las personas mayores se traduce en la perpetuación de estrategias de bienestar social que fomentan la dependencia, pues en ellas se trata a las personas mayores como receptores pasivos de asistencia en lugar de titulares de derechos empoderados”.

Sin perjuicio del panorama que hemos venido definiendo, es necesario adoptar un instrumento jurídico internacional, una Convención Universal para las personas mayores, que tenga en cuenta sus circunstancias y características específicas, sea eficaz en la lucha contra la discriminación por edad y, al tiempo, potencie en todos los ámbitos, y, en lo que aquí nos interesa, en el de la salud, el derecho del paciente, persona mayor, a la autodeterminación en esta etapa de la vida.

2. La incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de la salud. La necesidad de evitar la discriminación de las personas mayores y de preservar su derecho a la autodeterminación.

La discriminación por motivos de edad se produce en todas las esferas de la vida. Por lo que se refiere, en especial, al empleo de nuevas tecnologías en el ámbito sanitario, es evidente que puede mejorar la calidad de vida y la salud de las personas. En particular, el uso de la inteligencia artificial puede reportar a la sociedad notables ventajas en el ámbito citado, entre las que se destacan la posibilidad de ampliar la oferta de atención, el incremento en la precisión de los diagnósticos, la reducción de márgenes de error, la mayor prevención de las enfermedades, e, incluso, el empoderamiento de los pacientes al aumentar su autonomía mediante las herramientas de monitorización³¹. Ahora bien, el uso de estas tecnologías también puede suponer una serie de inconvenientes, entre los que se ha destacado la “capacidad de mantener o amplificar sesgos negativos” que afectan a diferentes colectivos especialmente vulnerables, como el de las personas mayores, lo que genera situaciones de desigualdad y discriminación³². Así, a modo

31 MARTÍN AYALA, M.: “La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario”, *Derecho y Salud*, vol. 33 (Extraordinario), 2023, p. 156. Vide, también, SERRANO ACITORES, A.: *La inteligencia artificial en el ámbito sanitario. Protección de los derechos fundamentales de los pacientes*, Tecnos, Madrid, 2024, pp. 58 - 62.

32 En esta dirección, DÍAZ-TENDERO BOLLAIN, A. y DALLI ALMIÑANA, M.A.: “Derecho a la salud y personas mayores: Marco normativo”, en AA.VV.: *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud*,

de ejemplo, se ha resaltado que el uso de la tecnología va a requerir determinados conocimientos, capacidades y destrezas del paciente, que puede llevar a que ciertos colectivos resulten privados de ella, y, por tanto, de determinados tipos de tratamientos que podrían ser beneficiosos para su salud, brechas de uso que pueden provocar situaciones de exclusión y discriminación³³.

En esta dirección, el citado Libro Verde sobre el Envejecimiento de la Comisión Europea declara de forma expresa que: “Los desarrollos tecnológicos pueden intensificar la vulnerabilidad de las personas mayores, por ejemplo, en caso de estar menos familiarizados o sentirse menos cómodos con las herramientas digitales, o de tener un acceso limitado a la tecnología digital”. Al mismo tiempo, este texto conmina a los responsables políticos para que tengan en cuenta las situaciones de vulnerabilidad y las aborden “a todos los niveles”, con el fin de permitir que las personas mayores disfruten de sus derechos y autonomía y participen en la sociedad en la mayor medida posible.

También, el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial de la Comisión Europea³⁴, al abordar los problemas y riesgos que el uso de la inteligencia artificial puede plantear, se refiere expresamente a los que “afectan a la aplicación de las normas diseñadas para proteger los derechos fundamentales” entre los que se incluye “la ausencia de discriminación por razón de edad”³⁵.

Por su parte, el Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad 2017 (A/76/157), Consejo de Derechos Humanos (ONU)³⁶, se ocupa, precisamente, de los efectos que tienen las tecnologías de apoyo y robótica, la inteligencia artificial y la automatización en los derechos humanos de las personas de edad. El Informe contempla entre los “Retos para los derechos humanos de las generaciones futuras de personas mayores”, la Inclusión Digital de las personas mayores, a las que considera

Informe elaborado por la fundación HelpAge International España, septiembre 2023, p. 85, subrayan que “a pesar de que la introducción de tecnologías en el ámbito de la prestación de servicios de salud puede ofrecer muchas ventajas, no deben olvidarse los riesgos y los desafíos. Por ejemplo, el desafío de la protección de datos o el riesgo de la discriminación digital, cuando se trata de la prestación de los servicios a través de las tecnologías de la información, para reservar citas médicas o la realización de las propias consultas de modo online o por vía telefónica. En este sentido, no hay que olvidar que la digitalización a menudo excluye a personas que no saben manejar las herramientas digitales, situación en la que pueden encontrarse muchas personas mayores, además de otros colectivos”.

33 MARTÍN AYALA, M.: “La irrupción”, cit., p. 158. Sobre los posibles riesgos en el uso de la telemedicina, también, TUR FERNÁNDEZ, M.N.: “E-Salud, Derecho a la Información y Consentimiento informado”, en AA.VV.: *Bioderecho y Retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización* (dir. por C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid 2022, pp. 33 - 55.

34 Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial, Comisión Europea, Bruselas, 19.2.2020 COM (2020) 65 Final, <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>

35 Sobre los riesgos que la irrupción disruptiva de la tecnología digital ha supuesto en la protección de los derechos fundamentales vide ITURMENDI MORALES, G.: “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial”, *Actualidad Civil*, 2020, núm. 11, LA LEY 14075/2020, pp. 1-25

36 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/21/191/pdf/n2421191.pdf>

“nativos analógicos” que navegan por un panorama en rápida evolución y cada vez más digitalizado y formula una serie de Recomendaciones para proteger más eficazmente sus derechos en este ámbito³⁷.

A su vez, no podemos ignorar que algunos sistemas de IA son capaces de adaptar su comportamiento mediante el análisis de los efectos de actuaciones previas, realizando estas acciones de manera autónoma, es decir, una vez adquiridos los “conocimientos” necesarios, los sistemas tomarán las decisiones de forma automatizada³⁸, lo que, sin duda, puede incidir en la posible despersonalización y deshumanización de la asistencia sanitaria y, por tanto, en la relación entre médico y paciente.

En efecto, la implementación de las nuevas tecnologías y su impacto sobre la relación médico-paciente ha originado nuevas preocupaciones que se basan en la posible despersonalización y deshumanización de la asistencia sanitaria³⁹. La excesiva confianza en la tecnología conlleva una menor actuación presencial de los profesionales sanitarios. Ahora bien, como destaca RAMÓN FERNÁNDEZ, “la deshumanización de la medicina a través de la robótica no debe establecerse como un vacío legal, sino que precisamente, por tratarse de un nuevo escenario con el que nos podemos encontrar, debe ser regulado en el ámbito de los derechos y las obligaciones”⁴⁰. Añade la autora que “la relación médico-paciente en un entorno

37 Las Recomendaciones son las siguientes: a) Incluir explícitamente a las personas mayores en el pacto digital global como partes interesadas; b) Apoyar programas de alfabetización digital para personas mayores y proporcionarles acceso asequible a dispositivos digitales y conectividad a Internet, con especial atención a las oportunidades para las poblaciones rurales y grupos marginados; c) Implicar a las personas mayores en la planificación, el diseño y la puesta en marcha de servicios públicos digitales para garantizar que sean fáciles de usar y que los servicios analógicos sigan estando disponibles para las personas mayores que prefieran ese formato; d) Fomentar el uso de tecnologías de apoyo como audífonos, programas de conversión de texto a voz y herramientas de reconocimiento de voz para mejorar la accesibilidad digital de las personas mayores con discapacidad y garantizar que dichas herramientas sean accesibles y asequibles para todas las personas mayores que las necesiten; e) Garantizar la inclusión de las personas mayores en los datos de capacitación de los sistemas de inteligencia artificial para mejorar la pertinencia y precisión de dichos servicios; f) Derribar los obstáculos específicos de género a los que se enfrentan las mujeres mayores para acceder a la educación y al mundo digital, así como a la tecnología, promoviendo la igualdad de género en la participación digital.

38 MARTÍN AYALA, M.: “La irrupción”, cit., p. 153. Como destaca SERRANO ACITORES, A.: *La inteligencia*, cit, p. 201, las herramientas de inteligencia artificial debe ser un eslabón de los protocolos médicos en los que se basan los profesionales sanitarios para tomar decisiones, pero en ningún caso, deben sustituir al médico, dando cabida a la atención individualizada que propugna la medicina especializada de precisión.

39 El Informe del Consejo de Europa sobre “El impacto de la inteligencia artificial en la relación médico-paciente” de agosto de 2022, manifiesta que tal impacto afecta principalmente a seis ámbitos: “Primero, a la posible desigualdad en el acceso a atención médica de alta calidad; en segundo lugar, a la necesaria transparencia para los profesionales de la salud y los pacientes; tercero, al riesgo de sesgo social en los sistemas de IA; en cuarta posición, a la posible disminución de la percepción de bienestar del paciente; en quinto lugar al riesgo de sesgo de automatización, descualificación y responsabilidad desplazada del profesional; y por último, al impacto en el derecho a la privacidad”. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/bioethics/essential-elements>.

40 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Inteligencia artificial en la relación médico -paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol.10, núm.1, 2021, pp. 342 y 346, DOI 10.5354/0719-2584.2021.60931

de inteligencia artificial y a través de la intervención de algoritmos⁴¹ cambia el entorno presencial como lo conocemos. Resulta fundamental la preservación de los derechos del paciente y sobre todo su autonomía de la voluntad”.

A estos efectos, en Europa, ha de tenerse en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014, sobre el “Plan de acción sobre la salud electrónica 2012-2020: atención sanitaria innovadora para el siglo XXI (2013/2061(INI))”⁴², que recomienda la adopción de las medidas necesarias para cerrar la brecha digital entre las diferentes regiones de los Estados miembros y para asegurar que el acceso y el uso de los servicios de salud electrónica lleguen a los pacientes que no estén familiarizados con las TIC. Pero, además, subraya la importancia de preservar una dimensión humana en la atención sanitaria, sobre todo teniendo en cuenta el envejecimiento de la población y, por consiguiente, la creciente dificultad de separar el aspecto médico del social; insta, por tanto, a la Comisión a que se asegure de que las tecnologías de salud electrónica no se convertirán en un sustituto de la relación de confianza existente entre los pacientes y los profesionales de la asistencia (sanitaria).

También es muy significativa la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica⁴³, que, entre los Principios generales relativos al desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial para uso civil, contempla, en el Principio 33, los requisitos para la utilización por parte de los facultativos de los «robots médicos» y considera fundamental que se “respete el principio de autonomía supervisada de los robots”, de forma que “la elección final sobre la ejecución pertenece en todo caso al ámbito de decisión de un cirujano humano”. Igualmente, la Resolución incide en que la utilización de estas tecnologías no debería disminuir ni perjudicar la relación entre médico y paciente, sino, por el contrario, prestar asistencia a aquel en el diagnóstico y el tratamiento de los pacientes, e insiste en la necesidad de que la evolución de la robótica y de la inteligencia artificial se conciba de forma que “preserve la dignidad, la autonomía y la autodeterminación del individuo, especialmente en el ámbito de la atención y la compañía a las personas, y en el contexto de los dispositivos médicos que «reparen» o «mejoren» a los seres humanos”.

Precisamente, en esa dirección de salvaguardar la autonomía de las personas, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y

41 Sobre la utilización de los sistemas algorítmicos en el marco de la salud, HERRÁN ORTIZ, A.I.: “Inteligencia artificial, salud y derechos humanos: ¿Hacia un gobierno de los algoritmos?”, *Bioderecho y retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y criogenización* (dir. por C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid 2022, pp. 297 a 335.

42 Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0010_ES.html

43 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=EN>

la Comisión Europea⁴⁴, manifiesta lo siguiente: “Toda persona debería estar empoderada para beneficiarse de las ventajas de los sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial, especialmente a fin de tomar sus propias decisiones en el entorno digital con conocimiento de causa, así como estar protegida frente a los riesgos y daños a su salud, su seguridad y sus derechos fundamentales” y, a continuación, se recoge el compromiso de “garantizar que las tecnologías como la inteligencia artificial no se utilicen para anticiparse a las decisiones de las personas en ámbitos como, por ejemplo, la salud [...]”.

Lo cierto es que la importancia de la utilización de la inteligencia artificial en todos los ámbitos, y, por supuesto, a los efectos que nos interesan, en el de la salud, ha motivado la aprobación del Reglamento de Inteligencia Artificial (Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024)⁴⁵, que pretende establecer un marco regulador dentro de la Unión Europea con visión de futuro de los principios éticos y obligaciones jurídicas para desarrollar, desplegar y utilizar tanto la inteligencia artificial como la robótica y demás tecnologías conexas⁴⁶. El Reglamento contempla como objetivo promover la adopción de una inteligencia artificial que se centre en el ser humano y que sea fiable, “garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”⁴⁷.

Mediante esta regulación se pretende, como concreta PRESNO LINERA, “garantizar que las personas mayores, aunque, obviamente, no solo ellas, estén capacitadas para conocer cuando están interactuando, en el ámbito de la salud, con un sistema de IA; evitar que se aplique un sistema de IA que se aproveche de alguna de sus posibles circunstancias de vulnerabilidad; asegurar que estos sistemas han sido evaluados previamente a su uso y han sido estimados sus posibles riesgos; prevenir posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas mayores; establecer una vigilancia efectiva de estos sistemas por personas físicas para prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud y la seguridad de las personas mayores, llegando, si es necesario, a suspender su uso; a todo ello se

44 Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01))

45 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689

46 A estos efectos, el Reglamento entiende por sistema de IA: “un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida, como predicciones, recomendaciones o decisiones, que influya en entornos reales o virtuales”.

47 Por su parte, en 2023, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Presidencia del G20 en India han puesto en marcha la Iniciativa Global sobre Salud Digital (GIDH) en la Reunión de Ministros de Salud de la Cumbre del G20 organizada por el Gobierno de la India. Esta nueva iniciativa GIDH funcionará como una red y plataforma administrada por la OMS para apoyar la implementación de la Estrategia Mundial sobre Salud Digital 2020-2025. La OMS actúa como Secretaría para la implementación de la estrategia para converger y convocar estándares, mejores prácticas y recursos globales para acelerar la transformación del sistema de salud digital (Disponible en <https://www.who.int/es/news/item/19-08-2023-who-launches-a-new-global-initiative-on-digital-health-at-the-g20-summit-in-india>)

unirá el derecho de la persona mayor a solicitar una explicación clara y significativa sobre el papel del sistema de IA en el procedimiento de toma de decisiones, los principales parámetros de la decisión adoptada y los datos de entrada correspondientes. En otras palabras, la IA no puede suponer una vuelta a una medicina paternalista en la que el paciente no tenga la máxima autonomía posible y en la que un sistema de IA ocupe el papel que antes tenían los profesionales de la salud". Este autor, al referirse en particular a la utilización de robots en la atención sanitaria de personas mayores, menciona, entre otros riesgos, los que afectan a la recopilación de informaciones privadas de la persona a la que atienden y a cómo garantizar en todos los casos que la persona en cuestión "ha aceptado de manera informada, libre y consciente el tratamiento con robots"⁴⁸.

Precisamente, en consonancia con la regulación contenida en el Reglamento de IA, la Comisión Europea ha adoptado en Estrasburgo el 17 de mayo de 2024 el "Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho"⁴⁹, primer tratado internacional jurídicamente vinculante destinado a garantizar el respeto de los derechos humanos, del Estado de derecho y las normas jurídicas democráticas en el uso de los sistemas de inteligencia artificial (IA).

Por lo que se refiere a España, la Carta de Derechos Digitales⁵⁰, publicada en julio de 2021, aunque no tiene carácter normativo, establece los principios en los que ha de asentarse la protección de los derechos fundamentales en el ámbito digital⁵¹. La Carta contempla en el contexto de los "Derechos de Igualdad" las brechas de acceso al entorno digital, y se refiere, en particular, al colectivo de personas mayores. A su vez, en el contexto de los "Derechos Digitales en Entornos Específicos", se refiere al Derecho a la protección de la salud en el entorno digital y a los Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías, que habrán de regularse garantizando la autonomía del paciente en la toma de decisiones.

48 PRESNO LINERA, M. A.: "La prohibición de discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud, con especial atención a los riesgos derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial", en *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud, Informe elaborado por la fundación HelpAge Internacional España*, septiembre 2023, pp. 113 y 114. Afirma este autor que el creciente uso de sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial, a veces en forma de robots socioasistenciales, para la prestación sanitaria a las personas mayores, "puede servir para mejorar los diagnósticos y la detección de enfermedades, facilitar la atención clínica o el desarrollo de medicamentos y terapias pero sin olvidar el riesgo de que se generen nuevas discriminaciones, el creciente y, en ocasiones, poco controlado acceso a datos sobre la salud o las dificultades para otorgar el consentimiento informado".

49 Disponible en <https://rm.coe.int/1680afae3c>. Este Tratado, que no se restringe a la UE, se abrió a la firma en Vilna (Lituania) el 5 de septiembre de 2024.

50 Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

51 Vide sobre la Carta de Derechos Digitales, SERRANO ACITORES, A.: *La inteligencia*, cit., pp. 104 a 109.

Por su parte, el nuevo Código de Deontología Médica de diciembre de 2022⁵² ha tenido en cuenta las nuevas realidades en la medicina y los cambios sociales y tecnológicos producidos en los últimos años y, como novedad, contempla expresamente las normas deontológicas en el uso de las nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial y las bases de datos sanitarias⁵³, poniendo de relieve aspectos éticos y deontológicos de enorme importancia en el ejercicio actual de la medicina.

Finalmente, procede mencionar el Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA), primer organismo estatal encargado de la supervisión de todo lo relativo a los sistemas que incluyan inteligencia artificial, y, en especial, de aquellos que puedan suponer riesgos importantes en el ámbito de la salud⁵⁴. A su vez, el Consejo de Ministros aprobó en mayo 2024, la Estrategia de Inteligencia Artificial 2024 en la que se hace constar que la IA responsable implica el desarrollo y la implementación de sistemas inteligentes que se adhieren a principios normativos sólidos, protegiendo los derechos humanos, la igualdad, la privacidad y la no discriminación⁵⁵.

II. AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS MAYORES PARA TOMAR DECISIONES EN EL ÁMBITO SANITARIO, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUTOMATIZACIÓN DE LA PRAXIS MÉDICA.

Como hemos manifestado, el derecho a la salud de la persona mayor debe protegerse para evitar cualquier discriminación por razón de edad en este ámbito. Al mismo tiempo, debe garantizarse la autonomía de estas personas para tomar decisiones respecto a su propia salud, preservándose, por tanto, su derecho a la autodeterminación.

En efecto, en la actualidad, las relaciones entre médico y paciente se basan no sólo en el derecho de este último a recibir asistencia sanitaria, sino también en su derecho a decidir, tras obtener la información necesaria, sobre la intervención asistencial que desea recibir. Este respeto de la autonomía de las personas se traduce en el ámbito sanitario en el denominado consentimiento informado, que se define en el art. 3 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 los siguientes términos: “conformidad libre, voluntaria

52 *Código de Deontología Médica*, OMC, Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, diciembre 2022.

53 Este Código ha incorporado el Capítulo XXIII relativo a la “Telemedicina y Tecnologías de la Información y la Comunicación”, y el Capítulo XXIV sobre “Inteligencia Artificial y Bases de Datos Sanitarios”.

54 El RD 729/2023 se refiere expresamente al ámbito de la salud en su art. 4.

55 Disponible en https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Documents/Estrategia_IA_2024.pdf

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”.

La Ley estatal, y también las Leyes autonómicas, exigen el consentimiento informado del sujeto ante cualquier intervención o actuación médica. En concreto, el art. 8.1 de la Ley 41/2002 declara 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”⁵⁶. Cuando el paciente no pueda participar en la toma de decisiones en el ámbito sanitario, el art. 9 contempla el consentimiento otorgado por representación. Tras la reforma operada por la Ley 8/2021, este precepto ha de entenderse en el sentido de que el consentimiento lo prestará el propio paciente con los apoyos que tenga dispuestos, salvo en los casos en los que proceda la actuación de los titulares de apoyos con carácter representativo.

La importancia del consentimiento informado y, por tanto, de la facultad de decidir sobre los actos médicos que afectan al paciente, se refleja, entre otras, en la STC 37/2011, de 28 de marzo⁵⁷ que declara que: “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo [...], aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal”. En esta misma dirección, se ha pronunciado recientemente la STC 38/2023, de 20 de abril⁵⁸.

Por lo que se refiere, en concreto, a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la salud es evidente su incidencia directa en las actuaciones

56 Conforme a este último precepto, “la información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

57 STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37).

58 STC 38/2023, de 20 de abril (RTC 2023, 38).

de los profesionales de la medicina y en la relación médico-paciente⁵⁹, relación interpersonal que se fundamenta en la confianza y en la presencialidad y que puede verse afectada por la automatización⁶⁰ de la *praxis* médica⁶¹. Esa automatización va a incidir en la actuación del profesional, en concreto, en su autonomía en lo que se refiere a la toma de decisiones⁶² y, por supuesto, en los derechos del paciente que tienen que ser preservados, fundamentalmente, en lo que se refiere al derecho a la autodeterminación⁶³.

Sobre este particular, resulta muy significativa la opinión de GALVÍN GORDILLO, que se manifiesta en los siguientes términos: “La autonomía de la IA debe ser antropocéntrica, respetar en todo caso la autonomía y los derechos fundamentales de los pacientes, y debe rechazar la toma de decisiones basadas de forma exclusiva mediante procesos de automatización, ya que estas decisiones anularían o vaciarían las decisiones de los pacientes y también influirán en el juicio crítico del profesional”⁶⁴.

De hecho, la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital⁶⁵, al abordar la utilización de la IA en el sector de la salud, destaca las ventajas que tal uso puede suponer, pero también incide en los riesgos sustanciales que puede conllevar para la voluntad humana y la expresión de los derechos fundamentales sin necesidad de consentimiento. Además, muestra su preocupación por la falta de legislación sobre los datos neurológicos y opina que la Unión Europea debe aspirar a convertirse en líder mundial del desarrollo de tecnologías neurológicas seguras. Entre sus Conclusiones, señala que la adopción de tecnologías de IA reporta beneficios y oportunidades claros para el conjunto de la sociedad, en particular en los ámbitos de la “asistencia sanitaria”, la sostenibilidad, la seguridad y la competitividad, pero, al mismo tiempo, incide en el riesgo de que se reduzca la intervención humana y se sustituya la

59 Vide el “Informe sobre el impacto de la inteligencia artificial (IA) en la relación médico-paciente” del Comité Directivo de Derechos Humanos del Consejo de Europa en los Ámbitos de la Biomedicina y la Salud, diciembre 2021. Disponible en <https://www.coe.int/es/web/bioethics/ai-in-healthcare>

60 Las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado representan la capacidad de tomar decisiones por medios tecnológicos sin la participación del ser humano. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción.*, 2020, p. 10. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>

61 Vide, sobre este tema, OGER, S.N.: “La humanización de la salud y las nuevas tecnologías”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, núm. 8, 2018.

62 PERIN, A.: “Estandarización y automatización en medicina: El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 8, núm. 1, 2019, p. 20, <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/52560/57548>

63 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10, núm. 1, 2021, p. 330.

64 GALVÍN GORDILLO, M.: “Análisis legal del uso de los robots en la medicina”, *Ius et Scientia*, 2023, vol. 9, núm. 1, pp. 129-151. Disponible en <https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i01.09>

65 Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html

autonomía humana. Por ello, tanto los beneficios como los riesgos deben guiar e informar la regulación y la comunicación pública sobre IA.

Por lo que se refiere, en particular, a las personas mayores, como ya avanzamos, el Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de 2017 se centra en los efectos que tienen las tecnologías de apoyo y robótica, la inteligencia artificial y la automatización en los derechos humanos de las personas de edad y, se refiere, en particular, a las posibilidades y las dificultades que entrañan la tecnología de apoyo y robótica, la inteligencia artificial y la automatización para el pleno disfrute por las personas de edad de sus derechos humanos⁶⁶. Pues bien, creemos oportuno destacar las siguientes consideraciones del Informe:

- Contempla “la autonomía” como elemento central en el debate acerca de la tecnología de apoyo y robótica para las personas mayores, que se extiende también al derecho de negarse a utilizar alguna forma de apoyo, como un robot.

- Se refiere a la necesidad de obtener el consentimiento informado de la persona ante cualquier intervención, requisito que “debe ampliarse cuando se trata del apoyo a las personas de edad por medios tecnológicos, incluidos los robots”.

- Puesto que la aceptación de la tecnología puede fluctuar en el curso del tiempo, las personas de edad deberían poder cambiar de opinión y dejar de utilizar en cualquier momento la tecnología de que se trate. Sin embargo, si no hay otras posibilidades viables, la persona de edad realmente no puede elegir. A estos efectos, es fundamental tener en cuenta que: “El consentimiento no es un simple requisito administrativo, es un elemento esencial de un enfoque basado en los derechos”.

- Los robots no deberían estar en condiciones de arrogarse las facultades decisorias de la persona de edad. El paradigma de control del ser humano significa que no debe ser posible delegar a un proceso automatizado una decisión que surta efectos jurídicos.

- El respeto de la autonomía individual también implica admitir que las personas de edad hagan algo distinto de lo que se espera de ellas, lo que adquiere especial importancia cuando aquellas y quienes las cuidan imparten instrucciones discrepantes a la tecnología de apoyo o a los robots.

A su vez, en el Informe, la Experta recoge la siguiente Recomendación:

66 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/219/55/pdf/g1721955.pdf>

- “El consentimiento informado del usuario tiene primordial importancia en la introducción de tecnología de apoyo y robótica. Las personas de edad tienen que estar en condiciones de sopesar los riesgos y beneficios concretos de la tecnología. La información debe proporcionarse en un idioma y una forma que sean comprensibles, teniendo en cuenta las circunstancias y la capacidad cognitiva de cada uno. El paradigma de elección y control incluye el derecho a dejar de utilizar la ayuda técnica en cualquier momento. No se puede dejar de utilizar el sistema sin el consentimiento expreso del usuario”⁶⁷.

Finalmente, el Informe de la Organización Mundial de la Salud, “Edadismo en inteligencia artificial para la salud” (2022), contempla una serie de medidas que pueden implementarse para evitar la discriminación por razón de edad a través de la utilización de la inteligencia artificial en el campo sanitario. En el Informe se manifiesta que las tecnologías de IA deben mantenerse como una herramienta para ayudar en la toma de decisiones humanas y garantizar que sean los humanos quienes tomen las decisiones críticas en última instancia. Las personas mayores deben poder ejercer su derecho a elegir y dar su consentimiento respecto a cómo deben usarse las tecnologías digitales, y retirarlo si así lo desean. Las personas mayores también deben tener el derecho de impugnar las recomendaciones proporcionadas por una tecnología de IA para la salud a través de los cauces oportunos⁶⁸.

III. EL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS.

I. El documento de voluntades anticipadas como instrumento de protección de las personas mayores en el ámbito de la salud.

Si se tiene en cuenta la situación descrita, en una sociedad cada vez más envejecida, el documento de voluntades anticipadas permite a las personas, y, en especial, a las personas mayores, manifestar expresamente y con antelación sus deseos y preferencias respecto de cualquier intervención en el ámbito de la salud, incluso en lo relativo a la utilización de las nuevas tecnologías, con el fin primordial de garantizar el respeto a su autonomía de la voluntad. Puesto que estas decisiones relacionadas con la salud habrán de ser tenidas en cuenta cuando el otorgante no se encuentre en situación de manifestar sus deseos y preferencias, las voluntades anticipadas constituyen un instrumento fundamental para la protección de las

67 Sobre el consentimiento informado y la utilización de robots, Vide LOUREIRO, J.C.: “Robotización, salud y (bio) constitución en un tiempo de metamorfosis (4.0). Desafíos al derecho constitucional desde la ciencia y la tecnología médica: robótica”, en *Bioderecho y retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización* dir. por C. GIL MEMBRADO Dykinson, Madrid 2022, pp. 417 y 418.

68 Disponible en <https://www.infocoponline.es/pdf/edadismodigital.pdf>

personas mayores en las situaciones en las que hayan perdido el control sobre sus decisiones en el ámbito sanitario⁶⁹.

Precisamente, la reciente pandemia debida al COVID-19 ha sido, por una parte, un claro ejemplo de discriminación por razón de edad⁷⁰, motivada, en este caso, por la insuficiente existencia de recursos y, por otra, ha puesto de manifiesto la importancia de las voluntades anticipadas cuando el paciente no está en condiciones de manifestar su voluntad. Así, encontramos diversos Autos judiciales en los que, ante la negativa al suministro de la vacuna por parte del representante o del familiar de referencia de una persona mayor que no se encontraba en condiciones de consentir, es el Juez el que tuvo que conceder la autorización judicial para su administración⁷¹. En algunos supuestos, se alude expresamente a los documentos de voluntades anticipadas. En concreto, el AJPI de Santiago de Compostela número 55/2021 de 19 enero⁷² manifiesta que estos documentos se erigen en un criterio interpretativo muy relevante, siempre que los mismos ofrezcan alguna indicación específica sobre la vacunación o intervenciones médicas similares. En defecto de tales Instrucciones Previas, entre los criterios conforme a los que debe decidir el representante o sustituto del paciente, el juez menciona en el supuesto debatido: “el denominado testimonio de voluntad anticipada (el sustituto o representante atestigua la voluntad anticipada del paciente) y la denominada voluntad hipotética del paciente (el sustituto intenta reconstruir cual era la voluntad del paciente con base a sus valores, religión, opinión en supuestos similares)”⁷³. Esta opción -más respetuosa con la voluntad del paciente- ofrece sin embargo serios riesgos en ausencia de instrucciones previas documentadas precisamente por las dificultades

69 GIL MEMBRADO, C.: “Autonomía en las decisiones finales: discordancia entre perspectivas de facto y de iure”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, (Dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 293, al referirse al documento de voluntades anticipadas insiste en la ausencia de regulación de numerosas cuestiones acerca de esta herramienta, para que, bien usada, pueda convertirse en un apoyo a las decisiones y en una manifestación de la autonomía del individuo acorde a sus valores.

70 El Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de 2024 (A/79/167) incluye, entre los Retos para los derechos humanos de las generaciones futuras de personas mayores, la necesidad de abordar a nivel nacional e internacional la amenaza de las pandemias actuales y nuevas para las futuras generaciones de personas mayores. En concreto, al referirse a la preparación frente a las pandemias, afirma lo siguiente: “La pandemia de COVID-19 puso de manifiesto la insuficiencia de los marcos de respuesta de emergencia existentes para salvaguardar los derechos de las personas de edad a la información, la vida familiar, los servicios, la atención y el apoyo, y la asistencia sanitaria, a pesar de que figuraban entre los grupos más vulnerables a los efectos de la pandemia. La pandemia también puso de manifiesto casos atroces de edadismo estructural, en particular en los procedimientos de clasificación para los limitados servicios asistencia médica, que privilegiaban las vidas de las personas más jóvenes sobre las de las personas mayores. Las personas de edad han sufrido también aislamiento social, y las que se encontraban en instituciones de asistencia han enfrentado restricciones de su libertad de circulación y una mayor exposición en estos entornos comunitarios”.

71 AJPI de Sevilla núm. 47/2021 de 15 de enero (JUR 2021, 38509), AJPI de Granada de 4 de febrero de 2021 (JUR 2021, 40231), AJPI de Lugo núm. 64/2021 de 11 de febrero (JUR 2021, 45250).

72 JUR 2021, 41157

73 En el supuesto debatido, el argumento esgrimido por quienes debían emitir el consentimiento por representación, junto a la desconfianza hacia la nueva vacuna al desconocerse sus efectos, se invoca la voluntad contraria a la administración de vacunas en general, “voluntad hipotética”, manifestada en algún momento por el propio interesado, motivación que no fue tenida en cuenta por el juez.

de prueba de la fiabilidad y reiteración de las manifestaciones previas del paciente que puedan ser adverbadas testificalmente, por la misma posibilidad de cambio de criterio sobrevenido del paciente que pueda escapar a la corroboración testifical o inclusive por la eventual concurrencia actual de conflictos de intereses entre paciente y sustituto (por ejemplo el derivado de la condición hereditaria del sustituto)”⁷⁴.

Por su parte, el TC, en su Sentencia 38/2023, de 20 de abril⁷⁵, desestimó por unanimidad el recurso de amparo interpuesto por el hijo de una persona con discapacidad, en su condición de tutor, contra las resoluciones judiciales que habían autorizado la vacunación frente al COVID-19 de su madre, a pesar de la oposición de recurrente. Sin entrar en valoraciones⁷⁶, lo que interesa aquí es destacar la invocación por el TC del documento de voluntades anticipadas como instrumento esencial para garantizar la efectividad de la autonomía de la voluntad del paciente en el ámbito de la salud cuando, ante una determinada actuación médica, no se encuentre en condiciones de prestar su consentimiento. Para el TC “el primer criterio de ponderación a tener en cuenta en aplicación del art. 9.6 de la Ley 41/2002 es el contenido de la voluntad de la persona con discapacidad en la medida en que dicha voluntad haya podido manifestarse, pues resulta obvio que una decisión judicial que impone forzosamente la vacunación sin tomar en consideración el criterio expresado por el propio paciente (aun cuando, por razón de la discapacidad, esa manifestación pueda tener un valor limitado o resultar incompleta) niega a esta persona cualquier autonomía decisoria y, con ello, su condición de fin en sí mismo. En todo caso, no debe olvidarse que la persona afectada puede anticiparse a ese contexto conflictivo y a la situación que le impide prestar consentimiento, estableciendo, por las vías previstas en el ordenamiento jurídico, pautas precisas de actuación antes de que sobrevenga la discapacidad. Puede recurrir, en particular, al documento de instrucciones previas previsto en el art. 11 de la Ley 41/2002, cuyo concreto desarrollo normativo corresponde a las comunidades autónomas. Puede también establecer, en escritura pública, pautas de actuación precisas para ese contexto particular, a las que tiene que sujetarse la persona llamada a prestar apoyo, de acuerdo con el art. 255 CC”. En idéntico sentido se pronuncia también la STC 74/2023, de 19 de junio⁷⁷.

⁷⁴ En la misma dirección, vide el AJPI de Santiago de Compostela 60/2021 de 20 de enero de 2021 (JUR 2021\19870). Por su parte, el AJPII de San Lorenzo del Escorial 119/2022 de 7 de abril de 2022 (JUR 2022\329528), aunque contempla un caso en el que se solicita autorización judicial para poner la vacuna a un menor, se refiere también a las voluntades anticipadas.

⁷⁵ STC 38/2023 (RTC 2023, 38).

⁷⁶ Sobre la revisión crítica de esta STC, vide ANDREU MARTÍNEZ, M^a.B.: “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”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, febrero 2024, pp. 175 a 177.

⁷⁷ STC 74/2023, de 19 de junio (RTC 2023, 74)

Como prueba de la importancia de este instrumento de protección de la voluntad de las personas mayores en el ámbito sanitario, procede traer de nuevo a colación la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁷⁸, primer texto internacional que regula los derechos de este colectivo, que consagra en su artículo II el derecho de autodeterminación de la persona mayor respecto a la salud mediante la referencia expresa al consentimiento informado y al deber de informar del médico. Pero, además, regula la obligación de los Estados parte de implementar un proceso para que la persona mayor pueda “manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos”. La Convención señala que la voluntad anticipada será recogida mediante un documento jurídicamente vinculante que puede ser revocado, ampliado o modificado en cualquier momento únicamente por la persona mayor.

Por su parte, el Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de 2024 (A/HRC/57/42), Consejo de Derechos Humanos (ONU)⁷⁹, realiza un análisis temático sobre “la Capacidad Jurídica y el Consentimiento Informado de las personas mayores”. Tras las oportunas referencias al Consentimiento Informado⁸⁰, incluye entre las “Buenas prácticas para salvaguardar los derechos inherentes a la capacidad jurídica de las personas de edad”, su intervención en los procesos de adopción de decisiones y el respeto de sus decisiones y contempla expresamente las voluntades anticipadas como instrumento para potenciar esa participación de las personas mayores en

78 GOMÁRIZ MORAGA, E.: “Sobre la Convención Interamericana para las Personas Mayores y sus dificultades de aplicación” *Revista Tiempo de Paz*, verano 2022, núm. 145, pp. 98 y 99, subraya la triple dimensión de protección de los derechos de las personas mayores que refleja este tratado internacional. sobre los derechos emergentes, los derechos ya vigentes y los derechos que se extienden. “Los derechos emergentes son nuevos derechos o derechos parcialmente recogidos en la normativa internacional y nacional existente. Tres derechos protegidos por la Convención corresponderían a este grupo: el derecho a la vida y la dignidad en la vejez (artículo 6), el derecho a la independencia y autonomía (artículo 7) y el derecho a los servicios de cuidado a largo plazo (artículo 12). El primero contempla una apreciable innovación: se refiere al derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta la muerte sin discriminación de ningún tipo, para lo que garantiza, entre otros aspectos, los cuidados paliativos. El segundo derecho vuelve a colocar el acento en la integridad y la dignidad de la persona, específicamente en lo que se refiere a la toma de decisiones conforme a sus tradiciones y creencias. El tercer derecho, refiere a la protección respecto de los abusos que suceden con frecuencia en las residencias de cuidados de largo plazo”. *Vide*, también, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía* (LC/CRE.4/3/Rev.1), Santiago, 2017, pp. 87 a 89.

79 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g24/i16/26/pdf/g24i1626.pdf>

80 “El consentimiento informado en la atención sanitaria es una decisión voluntaria y suficientemente informada, en virtud de la cual se protege el derecho del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas y se atribuyen a los proveedores de servicios de salud deberes y obligaciones conexos. Sus ramificaciones sociales y jurídicas se derivan de los principios de no discriminación, autonomía, privacidad, libre determinación, integridad corporal y bienestar. Su interpretación, según el derecho de los derechos humanos y la práctica clínica, se centra en la atención de la salud, pero sus implicaciones se extienden a todos los aspectos de la vida. El consentimiento debe prestarse sin coacción, influencia indebida o tergiversación y sobre la base de una información suficiente y accesible. El consentimiento es parte integrante del disfrute del derecho a la salud y presupone la capacidad jurídica. También entraña el derecho a rechazar el tratamiento”.

la toma de decisiones sobre la base de su voluntad y preferencias. En el Informe, la Experta reivindica la importancia de estos instrumentos y, al mismo tiempo, manifiesta su preocupación por las limitaciones a las que se pueden encontrar sujetos: "Los sistemas jurídicos suelen prever las voluntades anticipadas, que permiten a las personas manifestar sus preferencias por adelantado, de modo que puedan respetarse cuando no estén en condiciones de comunicarlas. Estas voluntades suelen abarcar decisiones sobre atención de la salud y también cuestiones personales, financieras o patrimoniales (por ejemplo, un poder de representación indefinido). Sin embargo, la validez y el cumplimiento de esas voluntades, que a menudo dependen de que la persona sea incapacitada legalmente (*sic*), pueden no ser universalmente vinculantes o estar sujetas a excepciones en determinadas situaciones".

Por lo que se refiere a España, las voluntades anticipadas se encuentran reguladas a nivel estatal por la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones, aunque debe tenerse en cuenta que la mayoría de las Comunidades Autónomas cuentan con su propia regulación en la materia⁸¹. El art. 11 de la Ley estatal utiliza la denominación de "Instrucciones Previas", que es el documento por el que: "una persona mayor de edad, capaz y libre, 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 expresarla 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. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas".

El art. 11.5 de la Ley 41/2002, con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas conforme a la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, contempló la creación del Registro nacional de instrucciones previas, que tuvo lugar a través del Real Decreto 124/2007 de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

En particular, la Disposición adicional primera del Real Decreto 124/2007 establece que las Comunidades Autónomas deberán remitir al Registro nacional

81 Por su parte, SEOANE, J. A.: "Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España", *Revista Derecho y Salud* (DS), vol. 14, núm. 2, Julio - Diciembre 2006, p. 287, destaca la desigual calidad y acierto de esta regulaciones autonómicas de forma que, "junto a leyes o decretos resultado de un proceso de madurez y de deliberación social, profesional y política o parlamentaria, que representan instrumentos valiosos para orientar los procesos de toma de decisiones, hallamos normas precipitadas, imprecisas y confusas, e incluso contradictorias".

de instrucciones previas las inscripciones efectuadas en los registros autonómicos y las copias de los documentos de instrucciones previas, así como cumplimentar la información mínima recogida en su Anexo. Entre esa información mínima se encuentra la concerniente a la “Materia de la declaración”, que comprende lo relativo a cuidados y tratamiento, así como al destino del cuerpo del otorgante o de los órganos una vez fallecido.

Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia, ha sido necesaria la revisión del Real Decreto anteriormente citado, con el fin esencial de modificar la información mínima que deben trasladar las Comunidades Autónomas al Registro nacional una vez realizada la inscripción de un documento de instrucciones previas. Esta reforma se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 415/2022, de 31 de mayo, que modifica el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. En concreto, se ha procedido a adaptar el apartado “Materia de la declaración” al actual marco normativo, con objeto de incorporar la prestación de ayuda para morir como materia de la declaración, asegurando la igualdad y calidad de futuras decisiones asistenciales, así como la toma de decisiones respetuosas con la voluntad del enfermo cuando este no tiene ya capacidad para decidir por sí mismo.

En cualquier caso, lo cierto es que la inscripción en el Registro asegura la eficacia de estos documentos, en cuanto facilita que el equipo médico que atienda al paciente pueda acceder a su contenido. De hecho, junto a la obligación del personal sanitario de consultar la historia clínica cuando el paciente no esté en condiciones de adoptar decisiones por sí mismo, si en ésta no hay constancia del otorgamiento de la declaración de voluntad anticipada, se contempla el deber de verificar su existencia en el Registro.

En esa línea que hemos señalado de promoción de la autonomía de la persona mayor en el ámbito de la salud, el nuevo Código de Deontología Médica de diciembre de 2022 establece la obligación del médico de respetar las instrucciones previas o voluntades anticipadas cuando la situación clínica del paciente no le permita tomar decisiones (art. 38). Aunque esta obligación ya se recogía en el anterior Código de 2011, la actual regulación refuerza la importancia de la voluntad del paciente, incluso aunque no haya otorgado el documento, cuando se haya manifestado con anterioridad y sea conocida.

En definitiva, estos documentos de voluntades anticipadas, o instrucciones previas, se muestran como una extensión de la autonomía reconocida de las personas, al permitirles expresar sus deseos y decisiones sobre cuidados y tratamientos aplicables en futuras situaciones médicas. A pesar de su creciente

importancia, como pone de manifiesto la aprobación en el ordenamiento español de nuevas leyes dedicadas específicamente a la dignidad de la persona en el proceso de la muerte⁸², en las que se presta especial atención al derecho de las personas a realizar la declaración de voluntades anticipadas ante esta situación, y, especialmente, tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021 de 24 de marzo de Regulación de la Eutanasia, que contempla la utilización de estos documentos para manifestar la voluntad anticipada del paciente sobre la aplicación de la eutanasia y que revisten el carácter de solicitud formal de la prestación de ayuda para morir (arts. 5 y 6), no ha recibido por parte del legislador español la atención que se merece. Precisamente, en relación con esta nueva regulación, se manifestó el TC en su Sentencia 19/2023 de 23 de marzo⁸³, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, en la que las referencias al documento de voluntades anticipadas son continuas como instrumento que garantiza la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente cuando este no se encuentre en el pleno uso de sus facultades y no pueda prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente al acto médico de que se trate.

Lo cierto es que el Código Civil español ha sido objeto de una profunda modificación mediante la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal para el Apoyo de las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica que tiene por finalidad la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas. En esta reforma, se ha optado por un modelo que se basa en el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona y en su libertad para tomar sus propias decisiones recurriendo a apoyos, si es preciso, y se ha otorgado preferencia a las medidas preventivas de carácter voluntario. Entre estas medidas cabe destacar la autocuratela y los poderes preventivos, que han sido objeto de una profunda revisión. Sin embargo, sorprendentemente, esta reforma que, como es lógico, ha afectado a muy diversas leyes, no se ha extendido a las de naturaleza sanitaria. A modo de ejemplo, estas normas se siguen refiriendo literalmente a la incapacidad o a la representación legal, proscritas por la CNUDPD. Ante esta situación, llamamos la atención sobre la urgente necesidad de una modificación inmediata a fin de adaptar las normas sanitarias al nuevo modelo

82 Así, la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte (Andalucía), la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte (Aragón), la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de Derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (Navarra), la Ley 1/2015, de 9 de febrero, de Derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida (Canarias), la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de Derechos y garantías de persona en proceso de morir (Balears), la Ley 5/2015, de 26 de junio, de Derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales (Galicia), la Ley 11/2016, de 8 de julio, de Garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida (País Vasco), la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y garantías de las personas en el proceso de morir (Madrid), la Ley 5/2018, de 22 de junio sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en final de la vida de Asturias (Principado de Asturias) y la Ley 16/2018, de 28 de junio de derechos y garantías de dignidad de persona a final de vida de la Comunidad Valenciana.

83 STC 19/2023, de 23 de marzo (RTC 2023, 19).

de capacidad jurídica, como, de hecho, ha demandado la doctrina española⁸⁴. En particular, TORRELLES TORREA⁸⁵ afirma que “en el ámbito estatal, mientras las normas sanitarias no sean modificadas existe un problema interpretativo en la materia que nos ocupa. Hay una laguna axiológica sobrevenida, pues los nuevos principios no se corresponden con unas reglas preexistentes. Hay que decidir si la Ley 8/2021 deroga a las anteriores, o si éstas han de prevalecer por su carácter especial frente al Código civil. Creemos que mientras no se adapten dichas leyes al nuevo modelo, es necesario que estas normas se interpreten a la luz de la nueva regulación. Por tanto, en aplicación de los principios de temporalidad, especialidad y *pro homine*, en materia sanitaria ha de prevalecer lo previsto en el Código civil. Además, la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2021 señala que “Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley»; lo que sucede es que el articulado del Código civil salva las normas sanitarias (art. 287.1º CC)”.

A estos efectos, es interesante destacar que, en Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado la regulación del consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud en el art. 59, y, en particular, el otorgamiento de directivas médicas anticipadas en el art. 60. Con anterioridad, las Directivas anticipadas se encontraban reguladas, y se siguen regulando, en el art. II de la Ley 26529 de Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud (2009)⁸⁶, modificada por Ley 26.742 de Muerte Digna (2012)⁸⁷. Al respecto, se ha señalado que el CCyC, a través de estos preceptos procura regular e incorporar el “núcleo duro” del derecho a la salud, “lo que significa que no se puede proteger menos de lo que protege el CCyC”. En consecuencia, se añade, “en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos —el CCyC y la ley— hay que buscar, pues, la norma más protectora de los derechos en juego”⁸⁸. No hay duda, por tanto, de la importancia que para el legislador argentino tienen las voluntades anticipadas.

También, el Informe Mundial de la OMS sobre el Envejecimiento y la Salud (2015)⁸⁹ contempla expresamente las voluntades anticipadas como mecanismo para promover la capacidad de decidir de las personas mayores y que les permite

84 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2021, p. 100.

85 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* 3/2022, p. 81.

86 Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>

87 Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

88 LAMM E.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero - Artículos 1 a 400*, (Dir. por M. HERRERA, G. CARAMELO y S. PICASSO), 2ª edic. Buenos Aires, Ediciones SAJ, 2022, p. 147. Disponible en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2758>

89 Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241565042>

mantener el máximo nivel de control sobre sus vidas a pesar de una pérdida significativa de capacidad, lo que pone de manifiesto la trascendencia que ha de darse a estos instrumentos y que contrasta claramente con la actitud del legislador español.

Finalmente, es importante subrayar la necesidad de formación de los profesionales sanitarios en este ámbito, puesto que, como revelan diversos estudios realizados sobre su conocimiento y actitudes ante estos instrumentos, aquellos tienen poca información sobre las voluntades anticipadas, en particular, sobre la normativa, el contenido y el registro. A ello se añade que la consulta del DVP es una práctica poco frecuente y que no se incluye de manera rutinaria en la actividad asistencial⁹⁰.

2. Especial consideración de la forma de otorgamiento del documento de voluntades anticipadas: la intervención notarial.

El documento de voluntades anticipadas tiene que formalizarse por escrito (art. 11 de la Ley 41/2002). En este caso, la forma es un medio de proteger los intereses del otorgante, en cuanto garantiza la posibilidad de manifestar una voluntad que deberá aplicarse cuando no se encuentre en condiciones de expresarse, por lo que no parece razonable admitir la posibilidad de la forma verbal.

En términos generales, el documento puede otorgarse ante notario⁹¹, ante testigos y ante funcionario competente de la respectiva Comunidad Autónoma. En particular, nos vamos a referir al documento otorgado en forma notarial, modalidad de otorgamiento prevista en casi todas las leyes autonómicas españolas que han regulado la materia⁹².

90 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., SARABIA COBO, C. y MOLINA MULA, J.: "Conocimientos y actitudes de los profesionales sanitarios en Cantabria e Islas Baleares sobre voluntades previas", *Gerokomos*, vol. 34, núm. 2, 2023, p. 121 (Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1134-928X2023000200007).

91 Por su parte, CAVALLÉ CRUZ, A.: "Algunas cuestiones éticas en la innovación tecnológica de la función notarial", *Revista del Notariado*, núm. 943, (enero-marzo 2021), p. 7/19, insiste en la necesidad de garantizar el acceso al servicio público notarial a todas las personas, especialmente a las de avanzada edad. En particular, afirma que "La brecha digital es una realidad evidente entre generaciones y entre grupos sociales, y se está convirtiendo en una causa común de discriminación y exclusión social, que ha de tenerse muy presente a la hora de facilitar el acceso al servicio notarial, que ha de ser universal, de modo que las aplicaciones tecnológicas no sean una herramienta útil para unos y una puerta cerrada para otros, es decir, una causa de desigualdad y discriminación". Disponible en revista-notariado.org.ar/index.php/2023/04/algunas-cuestiones-eticas-en-la-innovacion-tecnologica-de-la-funcion-notarial/

92 Si bien la Ley 2/2003 andaluza no la admitió, al considerar en su Exposición de Motivos la conveniencia de no recurrir a terceros, como testigos o fedatarios públicos, para preservar la intimidad de las personas, finalmente, el Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas (Disposición adicional segunda), ha admitido este procedimiento. Vide MOSCOSO TORRES, R. M^o: "La validez en Andalucía del testamento vital ante notario", Ponencia pronunciada en Sevilla el día uno de diciembre de 2009, en las XXXV Jornadas Aequitas: *Autonomía de la voluntad. Proyecto de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte*. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>.

Cabe observar aquí que Cataluña ha reformado recientemente la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica⁹³, mediante la Ley 2/2024 de 6 de febrero. A través de esta reforma se incluye la posibilidad de otorgar el documento de voluntades anticipadas ante los profesionales sanitarios del ámbito de la atención primaria con el fin de facilitar su otorgamiento.

Como sabemos, la función notarial está especialmente vinculada con los derechos de las personas, en especial, de las que se encuentran en estado de vulnerabilidad, porque asume un papel protagonista en la salvaguarda de estos. El notario, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, va a valorar si la persona mayor comprende la decisión que quiere tomar y si conoce el alcance de esa decisión⁹⁴, lo que goza de especial importancia en el caso del otorgamiento de las voluntades anticipadas. En efecto, el notario garantiza, con su fe pública y bajo su responsabilidad, la identidad del otorgante, la aptitud de la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en el momento del otorgamiento, que ha sido debidamente informada del contenido del documento y que conoce el alcance de las decisiones adoptadas sobre su persona y salud, así como que lo firmado se corresponde con su voluntad.

Sorprendentemente, la Ley 4/2017 de 9 de marzo de Derechos y Garantías de las Personas en el proceso de Morir de la Comunidad de Madrid modificó la Ley 3/2005 de 23 de mayo por la que se Regula el Ejercicio del Derecho a Formular Instrucciones Previas en el Ámbito Sanitario y se crea el Registro Correspondiente y suprimió la posibilidad de otorgar el documento ante notario con la finalidad, según se expresa en la Exposición de Motivos, de dar libertad de forma a la manifestación de instrucciones previas. A pesar de esta eliminación, es posible el otorgamiento notarial del documento de voluntades anticipadas, como acredita el último Convenio de 22 de mayo de 2024, suscrito entre la Comunidad de Madrid a través de la Consejería de Sanidad y el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, “para facilitar la trasmisión telemática de los documentos de instrucciones previas autorizados notarialmente al Registro de Instrucciones Previas”⁹⁵, en el que se invoca, precisamente, la Disposición final primera de la Ley 3/2005 por la que se autoriza la celebración de los citados Convenios de colaboración⁹⁶.

93 Esta Ley reguló por primera vez en España la posibilidad de elaborar documentos de voluntades anticipadas.

94 SÁNCHEZ-OSSORIO RIVAS, M. P.: “La libertad de decisión de las personas mayores y la importancia de los notarios”, 7 de marzo de 2023|*Actualidad*. Disponible en <https://www.notariasanchezosorio.com/la-libertad-de-decision-de-las-personas-mayores-y-la-importancia-de-los-notarios/>

95 BOCM Núm. 131 de 3 de junio de 2024, pp. 274 a 285

96 Sobre esta cuestión, vide GOMA LANZÓN, I.: “Modificación en la regulación de las Instrucciones Previas en Madrid”, *El Notario del Siglo XXI*, N° 73, mayo-junio 2017.

Lo cierto es que las formalidades, en estos supuestos, tienen por finalidad reforzar y garantizar que la voluntad manifestada sea adecuada a la legalidad, libre, consciente, e informada y no deben considerarse una traba a la libertad, sino que, por el contrario, tienden precisamente a salvaguardar la libertad en la toma de decisiones⁹⁷. Si el Código Civil español exige escritura pública para el otorgamiento de la autotutela y de los poderes preventivos (arts. 255, 266 y 275), medidas preventivas de naturaleza voluntaria que pueden tener contenido personal y patrimonial, con mayor razón tendría que exigirse tal forma cuando de lo que se trata es de manifestar los deseos y preferencias del otorgante en un ámbito tan íntimo y personal como el de la salud, en el que, como ya destacamos, tras la aprobación de la Ley de Eutanasia, estos documentos revisten el carácter de solicitud formal de la prestación de ayuda para morir⁹⁸.

La situación que acabamos de describir es la contraria a la existente en la actualidad precisamente en otros ordenamientos jurídicos, como en el argentino. En efecto, la Ley 26.742 de Muerte Digna, por la que se modificó la Ley 26529 de Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud⁹⁹, introdujo el requisito de la formalización por escrito de la declaración de voluntad ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo que se requiere la presencia de dos testigos. En ambos casos, deberá ser agregada a la historia clínica del paciente. Aunque la doctrina argentina se ha mostrado favorable ante la nueva exigencia de forma para el otorgamiento de estos documentos¹⁰⁰, no han faltado opiniones contrarias que consideran que esta modificación ha “angostado” el camino hacia las directivas anticipadas para tratamientos médicos, puesto que la Ley 26.529 nada decía al respecto. Se añade, además, que la reforma ha atribuido a esta institución un marco primordialmente notarial- judicial, cuando lo que cabía esperar era un papel preponderante de la historia clínica y el consiguiente registro de autoridad sanitaria nacional¹⁰¹. Se objeta, también, que, aunque la formalización de las directivas anticipadas ante

97 CAVALLE CRUZ, A.: “Algunas cuestiones”, cit. p. 4/19.

98 En el ámbito notarial, ESTROPA TORRES, J. M^o.: “Voluntades anticipadas, paliativos, eutanasia. ¿Quién decide?”, *El Notario del Siglo XXI*, N^o 95, enero/febrero 2021, pp. 36 y 37, incide en la importancia que la nueva ley otorga al testamento vital o documento de voluntades anticipadas en el que se puede solicitar la eutanasia. En particular, manifiesta que “es importante señalar el hecho de que la nueva ley coloca al notario en una situación sin ninguna duda muy relevante, al señalar el testamento vital y el documento de voluntades anticipadas como instrumentos jurídicos decisivos a la hora de justificar la existencia de una indubitada voluntad de eutanasia por parte de personas que con posterioridad han perdido el pleno uso de sus facultades”.

99 Supra Notas 87 y 88.

100 TAIANA DE BRANDI, N. A. y BRANDI TAIANA, M. M.: “La modificación de la ley 26.529”, *Revista la Ley*, suplemento especial, Mayo 2012, p. 139. Disponible en https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/practicas_profesionales/825RolPsicologo/material/descargas/unidad_2/obligatoria/suplemento_identidad_genero.pdf. También, vide LUDUEÑA, C. M. y CASALE, A. J.: “Directivas Médicas Anticipadas. Consideraciones a nivel federal y en la provincia de Córdoba 10 años después de la reglamentación de la ley 26.529”, *Revista Derecho y Salud*”, AÑO 7, NÚM. 8, 2023 p. 79.

101 TINANT, E. L.: “Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina”, *Revista Microjuris*, 23-jun-2016, MJ-DOC-9927-AR

un escribano público asegura la identidad y los dichos del declarante, no garantiza su pleno conocimiento de las consecuencias que su decisión suponen; es decir, “no considera adecuadamente la información sanitaria previa como requisito esencial del consentimiento informado”. Aclara esta posición que este vacío legal no fue resuelto por la norma reglamentaria sobre directivas (Decreto de 5 de julio de 2012), que, aunque incide en la necesidad de detallar en el documento los tratamientos médicos y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza (art. 11.1º), no determina el procedimiento para asegurar el suministro de la información necesaria que otorgue validez a las directivas anticipadas.

Es cierto que las voluntades anticipadas tienen que ser el resultado de un proceso de reflexión personal, en el que el papel del médico y otros profesionales sanitarios resulta fundamental. Tampoco en el Ordenamiento Jurídico español se exige para su otorgamiento que el sujeto esté informado, a pesar de que se trata de un tema muy delicado en el que las decisiones adoptadas pueden conducir incluso a la muerte sin que exista certeza de que realmente se sabe lo que se está haciendo. Ante esta situación, la solución radica en la consideración de que el documento de voluntades anticipadas ha de incluirse en un proceso mucho más amplio, el de la Planificación Anticipada de las Decisiones: el proceso de discusión y documentación estructurada dentro del curso habitual de atención a la salud, que demanda el adecuado conocimiento de todas las circunstancias médicas que afectan al paciente y que, además, ha de revisarse y ponerse al día con cierta periodicidad¹⁰². Por tanto, resulta esencial la interacción con los profesionales sanitarios a lo largo un periodo de tiempo prolongado¹⁰³.

Ahora bien, estas afirmaciones no son incompatibles con la intervención notarial y la exigencia de requisitos formales en el otorgamiento de las voluntades anticipadas, sino que, por el contrario, aumentan la protección del otorgante y el respeto de su voluntad para cuando ya no pueda expresarla por sí mismo, puesto que el notario ha de comprobar y garantizar que aquél tiene conocimiento pleno de lo que está autorizando, que comprende el alcance de su decisión, y de sus riesgos y beneficios. En definitiva, entendemos que el papel del notario y su juicio crítico

102 MARTÍNEZ, K.: “Los documentos de voluntades anticipadas”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 30, Supl. 3 2007, p. 94. Disponible en <https://doi.org/10.23938/ASSN.0204>. Vide, también, CEGRI LOMBARDO, F.: “Planificación de decisiones anticipadas”, en *Guía de atención domiciliaria* (coord. por A. ARROYO DE LA ROSA y X. BAYONA HUGUET), Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (SemFYC), 2019, pp. 186 a 195. Disponible en https://www.semfyc.es/storage/publication/Capítulo%20Muestra_2.pdf.

103 Precisamente, el Decreto 180/2021, de 5 de noviembre, del Consell, de regulación e inscripción del documento de voluntades anticipadas en el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana, contempla expresamente la planificación anticipada de las decisiones, que define como: “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 los momentos finales de su vida. Su finalidad última es elaborar un plan conjunto para que, en el caso de que la persona pierda su capacidad de decidir, bien temporal o permanentemente, puedan tomarse decisiones sanitarias coherentes con sus deseos”.

son fundamentales para la protección y el respeto de la voluntad de las personas mayores en el ámbito sanitario cuando ya no puedan expresarla por sí mismas, más aún, cuando, como hemos advertido, la prestación de ayuda para morir, “la eutanasia”, se puede solicitar actualmente a través de estos documentos¹⁰⁴.

En apoyo de nuestra posición, es importante tener en cuenta la Ley 11/2023 de 8 de mayo de Trasposición de Directivas de la Unión Europea en Materia de Accesibilidad de Determinados Productos y Servicios, Migración de Personas Altamente Cualificadas, Tributaria y Digitalización de Actuaciones Notariales y Registrales, que, a los efectos que aquí interesan, incluye medidas relevantes para fomentar la digitalización en el ámbito de las actuaciones notariales, registrales y societarias. El art. 34 de esta Ley ha introducido el nuevo art. 17 ter en la Ley del Notariado, que permite la autorización notarial a través de videoconferencia de una serie de actos o negocios jurídicos, entre los que se encuentran los poderes de representación procesal, los electorales, y los poderes para actos concretos, así como la revocación de poderes (art. 17 ter c y d). Ahora bien, la Ley excluye expresamente la posibilidad de autorizar mediante videoconferencia “los poderes generales o preventivos”, así como la revocación de poderes preventivos, al tratarse de una materia delicada que requiere especial protección desde el punto de vista de la seguridad y las garantías, lo que hace inexcusable la comparecencia física ante el notario. Tal exclusión ha de entenderse aplicable al otorgamiento del documento de voluntades anticipadas en el que la intervención notarial debe asumir un especial protagonismo para garantizar al paciente el respeto y la seguridad jurídica en el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Finalmente, conviene destacar que, si el documento de voluntades anticipadas se otorga a través de escritura pública notarial, la inscripción registral se realizará a través de la notaría de conformidad con el procedimiento de transmisión telemática recogido en el convenio vigente suscrito entre la consejería competente en materia de sanidad y el colegio notarial correspondiente. De esta forma, se agiliza la inscripción en el Registro y se asegura la eficacia de estos documentos al facilitar el acceso a su contenido por parte del equipo médico que atiende al paciente.

¹⁰⁴ Sobre la actuación del notario cuando le sea requerida la autorización de un documento de instrucciones previas en que se solicite la eutanasia, vide ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y BRAQUEHAIS CONESA, L.: “Las instrucciones previas en la Proposición de Ley de Eutanasia”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 95, enero/febrero 2021, pp. 38 a 43.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y BRAQUEHAIS CONESA, L.: "Las instrucciones previas en la Proposición de Ley de Eutanasia", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 95, enero/febrero 2021, pp. 38 - 43.

ANDREU MARTÍNEZ, M^a B.: "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", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, febrero 2024, pp. 130 - 183.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>.

CALAHORRANO LATORRE, E.: "La planificación anticipada del cuidado en salud: alternativa de regulación para Chile desde el derecho comparado y la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores", *Revista de Derecho Privado*, núm. 40, 2021, pp. 201-233.

CAVALLÉ CRUZ, A.: "Algunas cuestiones éticas en la innovación tecnológica de la función notarial", *Revista Notarial* 943 (ene - mar 2021) , p. 1 a 19. Publicado en Internet el 26 de abril de 2023. Disponible en <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2023/04/algunas-cuestiones-eticas-en-la-innovacion-tecnologica-de-la-funcion-notarial/>.

CEGRI LOMBARDO, F.: "Planificación de decisiones anticipadas", en *Guía de atención domiciliaria* (coord. por A. ARROYO DE LA ROSA, A. y X. BAYONA HUGUET), Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (SemFYC), 2019, pp. 186 - 195. Disponible en https://www.semfyc.es/storage/publication/Capítulo%20Muestra_2.pdf

DABOVE, M. I. (et al): "Derechos y libertades en la vejez: paternalismos explícitos y viejismos implícitos de la pandemia", *Revista Anales en Gerontología*, núm. 12, 2020, pp. 138 - 167.

DABOVE, M. I. y GIOJA, A. L.: "Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los derechos humanos", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 33, 2022, pp. 14 - 37.

DÍAZ-TENDERO BOLLAÍN, A. y DALLI ALMIÑANA, M. A.: "Derecho a la salud y personas mayores: Marco normativo", en AA.VV.: *La discriminación de las personas*

mayores en el ámbito de la salud, Informe elaborado por la fundación HelpAge International España, septiembre 2023, pp. 69 - 96.

ESTROPA TORRES, J.M^a.: "Voluntades anticipadas, paliativos, eutanasia. ¿Quién decide?", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 95, enero/febrero 2021, pp. 32-37.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., SARABIA COBO, C. y MOLINA MULA, J.: "Conocimientos y actitudes de los profesionales sanitarios en Cantabria e Islas Baleares sobre voluntades previas", *Gerokomos*, vol. 34, núm. 2, 2023, p. 121. Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1134-928X2023000200007.

GALVÍN GORDILLO, M.: "Análisis legal del uso de los robots en la medicina", *Ius Et Scientia* 2023, vol. 9, núm. 1, pp. 129-151, Disponible en <https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i01.09>

GARCÍA RUBIO, M.P.: "La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 25, 2021, pp. 81 - 110.

GIL MEMBRADO, C.: "Autonomía en las decisiones finales: discordancia entre perspectivas de facto y de iure", en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Walters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 277 a 297.

GOMA LANZÓN, I.: "Modificación en la regulación de las Instrucciones Previas en Madrid", *El Notario del Sigo XXI*, núm. 73, mayo-junio 2017.

GOMÁRIZ MORAGA, E., "Sobre la Convención Interamericana para las Personas Mayores y sus dificultades de aplicación", *Revista Tiempo de Paz*, verano 2022, núm. 145, pp. 96 a 102.

HERRÁN ORTIZ, A. I.: "Inteligencia artificial, salud y derechos humanos: ¿Hacia un gobierno de los algoritmos?", *Bioderecho y retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y criogenización* (dir. por C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 297 a 335.

ITURMENDI MORALES, G.: "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial", *Actualidad Civil*, núm. 11, Noviembre 2020, Wolters Kluwer, LA LEY 14075/2020, pp.1 - 25.

LAMM, E.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero - Artículos 1 a 400* (dir. por M. HERRERA, G. CAMELO y S. PICASO), 2^a edic., Buenos Aires, Ediciones SAJ, 2022, pp. 142 a 148. Disponible en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2758>.

LECIÑENA IBARRA, A.: “Autonomía decisoria y heteronomía en personas vulnerables por razón de edad”, *Derecho Privado y Constitución*, 40, enero-junio, 2022, , pp. 131-169.

LIBRO VERDE SOBRE EL ENVEJECIMIENTO, Comisión Europea, Bruselas, 27.I.2021 COM (2021) 50 Final. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d918b520-63a9-11eb-aeb5-01aa75ed71a1>

LIBRO BLANCO SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, Comisión Europea, Bruselas, 19.2.2020 COM (2020) 65 Final. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>

LOUREIRO, J. C.: “Robotización, salud y (bio) constitución en un tiempo de metamorfosis (4.0). Desafíos al derecho constitucional desde la ciencia y la tecnología médica: robótica”, en *Bioderecho y retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización* (dir. por C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid 2022, pp. 401 - 427.

LUDUEÑA, C. M. y CASALE, A. J.: “Directivas Médicas Anticipadas. Consideraciones a nivel federal y en la provincia de Córdoba 10 años después de la reglamentación de la ley 26.529”, *Revista Derecho y Salud*, Año 7, Núm. 8, 2023, pp. 75 - 86.

MARTÍN AYALA, M.: “Base Cuarta. Derecho a una atención personalizada y a la supervisión humana frente a la toma de decisiones automatizadas: ¿Se puede tecnologizar la atención a la salud sin despersonalizar la asistencia?”, en *Informe final sobre la relación clínico-digital*, elaborado por el Comité de Bioética de Castilla-La Mancha 2/2023, pp. 10 - 13. Disponible en https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/paginas/archivos/informe_sobre_la_relacion_clinico-digital_del_cb_de_clm_0.pdf

MARTÍN AYALA, M.: “La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario”, *Derecho y Salud*, 2023, vol. 33 (Extraordinario), pp. 152 - 160.

MARTÍNEZ, K.: “Los documentos de voluntades anticipadas”. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 30, Supl. 3 2007, pp. 87 - 102. Disponible en <https://doi.org/10.23938/ASSN.0204>.

MARTÍNEZ QUES, A. A.: “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 1067 - 1102. Disponible en <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16262>

MOSCOSO TORRES, R. M^a: “La validez en Andalucía del testamento vital ante notario”, Ponencia pronunciada en Sevilla el día uno de diciembre de 2009, en las XXXV Jornadas Aequitas: *Autonomía de la voluntad. Proyecto de Ley de derechos*

y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>.

OGER, S. N.: "La humanización de la salud y las nuevas tecnologías" *Revista Iberoamericana de Bioética*, vol. 1, núm. 8, 2018.

PÉREZ DÍAZ, J., et al: "Un perfil de las personas mayores en España 2023. Indicadores estadísticos básicos", *Informes Envejecimiento en Red*, núm. 30, CSIC, Madrid, 2023.

PERÍN, A.: "Estandarización y automatización en medicina: El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 8, núm. 1, 2019, pp. 3 - 28 Disponible en <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/52560/57548>

PRESNO LINERA, M. A.: "La prohibición de discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud, con especial atención a los riesgos derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial", en *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud, Informe elaborado por la fundación HelpAge International España*, septiembre 2023, pp. 110 - 115.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10, núm. 1, 2021, pp. 329 - 351.

SÁNCHEZ-OSSORIO RIVAS, M. P.: "La libertad de decisión de las personas mayores y la importancia de los notarios", 7 de marzo de 2023, *Actualidad*. Disponible en <https://www.notariasanchezosorio.com/la-libertad-de-decision-de-las-personas-mayores-y-la-importancia-de-los-notarios/>

SEOANE, J. A.: "Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España", *Revista Derecho y Salud (DS)*, vol. 14, núm. 2, Julio- Diciembre 2006, pp. 285 - 295.

SERRANO ACITORES, A.: *La inteligencia artificial en el ámbito sanitario. Protección de los derechos fundamentales de los pacientes*, Tecnos, Madrid, 2024.

TAIANA DE BRANDI, N. A. y BRANDI TAIANA, M. M.: "La modificación de la ley 26.529", *Revista La Ley, Suplemento Especial*, Mayo 2012, pp. 137-140. Disponible en https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/practicas_profesionales/825_rol_psicologo/material/descargas/unidad_2/obligatoria/suplemento_identidad_genero.pdf

TINANT, E. L.: Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina, *Revista Microjuris* 23-jun-2016 MJ-DOC-9927-AR |<https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/08/02/acerca-de-las-directivas-medicas-anticipadas-en-la-legislacion-nacional-argentina-2/>

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*, núm. 3, 2022, pp. 76 - 113.

TUR FERNÁNDEZ, M. N.: “E-Salud, Derecho a la Información y Consentimiento informado”, en *Bioderecho y Retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización* (dir. C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid 2022, pp. 33 a 55.

OTRAS FUENTES

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Carta de Derechos Digitales, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Gobierno de España. Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

Código de Deontología Médica, OMC, Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, diciembre 2022.

Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU, Observación General número 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad. Disponible en <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/cescr/1995/es/131125>.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía* (LC/CRE.4/3/Rev.1), Santiago, 2017.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 6 de junio de 2015. Disponible en www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho. Disponible en <https://rm.coe.int/1680afae3c>

Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)).

Declaración Política y Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de Madrid (2002). Disponible en <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Estrategia europea para las personas mayores 2023. Disponible en https://imserso.es/documents/20123/140652/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf/d52a165a-a81e-c8ef-493c-844aef904b7b

Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia española (2023/C 349/06) Disponible en https://imsero.es/documents/20123/140652/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf/d52a165a-a81e-c8ef-493c-844aef904b7b

Directiva/78/EC de 27 de noviembre de 2000 sobre la discriminación por edad en el empleo. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>.

Estrategia de Inteligencia Artificial 2024, Gobierno de España. Disponible en https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Documents/Estrategia_IA_2024.pdf

Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento, 14° período de sesiones, celebrado en la Sede de las Naciones Unidas, mayo de 2024. Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/154/58/pdf/n2415458.pdf>

“Informe sobre el impacto de la inteligencia artificial (IA) en la relación médico-paciente” del Comité Directivo de Derechos Humanos del Consejo de Europa en los Ámbitos de la Biomedicina y la Salud, diciembre 2021. Disponible en <https://www.coe.int/es/web/bioethics/ai-in-healthcare>

Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, 2017, (A/76/157), Consejo de Derechos Humanos (ONU) Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/gl7/219/55/pdf/gl721955.pdf>

Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, 2024 (A/79/167), Consejo de Derechos Humanos (ONU). Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/211/91/pdf/n2421191.pdf>.

Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, 2024 (A/HRC/57/42), Consejo de Derechos Humanos (ONU) Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g24/116/26/pdf/g2411626.pdf>).

Informe del Consejo de Europa sobre “El impacto de la inteligencia artificial en la relación médico-paciente”, agosto de 2022. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/bioethics/essential-elements>.

Informe Mundial de la OMS sobre el Envejecimiento y la Salud (2015). Disponible en <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241565042>.

Informe de la Organización Mundial de la Salud, Edadismo en inteligencia artificial para la salud (2022). Disponible en <https://www.infocoponline.es/pdf/edadismodigital.pdf>.

Iniciativa Global sobre Salud Digital (GIDH) 2023, Disponible en <https://www.who.int/es/news/item/19-08-2023-who-launches-a-new-global-initiative-on-digital-health-at-the-g20-summit-in-india>

Observación General número 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad (1995), Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU. Disponible en <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/cescr/1995/es/131125>.

Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (1982). Disponible en https://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/Plan_Viena_sobre_Envejecimiento_1982.pdf.

Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, (Resolución 46/91). Disponible en <https://www.acnur.org/es-es/media/principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad>.

Proclamación sobre el Envejecimiento (A/RES. 47/5). Disponible en <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/030/35/img/nr003035.pdf>

Protocolo de la Unión Africana para la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos acerca de los Derechos de las Personas Mayores en África. Disponible en https://au.int/sites/default/files/treaties/36438-treaty-0051_-_protocol_on_the_rights_of_older_persons_e.pdf.

Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA). Disponible en <https://planderecuperacion.gob.es/noticias/gobierno-aprueba-estrategia-inteligencia-artificial-2024-prtr>

Reglamento de Inteligencia Artificial, Reglamento (UE) 2024/1689 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689

Resolución 65/182 para el seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010. Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n10/523/49/pdf/n1052349.pdf>

Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el edadismo y la discriminación por edad de 7 de octubre de 2021 (A/HRC/RES/48/3). Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/287/82/pdf/g2128782.pdf>.

Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014, sobre el “Plan de acción sobre la salud electrónica 2012-2020: atención sanitaria innovadora para el siglo XXI” Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0010_ES.html.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=EN>.

Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html.



PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD Y RESPONSABILIDAD CIVIL: ALGUNOS APUNTES COMPARADOS ENTRE ESPAÑA Y PERÚ*

HEALTH DATA PROTECTION AND CIVIL LIABILITY: SOME COMPARATIVE NOTES BETWEEN SPAIN AND PERU

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 176-219

Trabajo enmarcado en el Proyecto de Investigación: TED2021-129472B-00/MICINN "Next Generation EU/PRTR".
"Contratación de Servicios de Telemedicina: Actualidad y Desafíos Jurídicos". Ministerio de Ciencia e Innovación.
Gobierno de España. IP Profa. Dra. Raquel Luquin Bergareche. Ponencia impartida en el "Congreso Internacional
de Derecho civil 2024: Cuarenta años después. El Código civil peruano y el Derecho civil del futuro, Universidad
de Lima, Lima-Perú, 20 de noviembre de 2024.

M^a Ángeles
EGUSQUIZA
BALMASEDA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: La protección de datos personales conforma un derecho fundamental de tercera generación, consagrado constitucionalmente tanto en Perú como en España. En su proyección sobre los datos de salud, categoría especial de datos, aquella ofrece varios desafíos, y un régimen singular por ser pieza fundamental de la atención sanitaria. Con un planteamiento que persigue el bosquejo comparado del régimen español y peruano, se han tratado los principales retos en cuanto a la discriminación por la información oncológica, la digitalización, el uso secundario de los datos sanitarios, el tratamiento de la información por los profesionales de la salud, su deber de confidencialidad, el acceso a la historia clínica o la forma de comunicación de esa información. Se finaliza con el análisis de la responsabilidad -civil y patrimonial- por la infracción de la normativa de protección de datos y la principal doctrina jurisprudencial sobre los elementos que han de concurrir para su estimación, singularmente respecto a la valoración y cuantificación del daño moral.

PALABRAS CLAVE: Intimidad; protección de datos; datos personales; datos de salud y responsabilidad civil.

ABSTRACT: *The protection of personal data is a fundamental right of the third generation, constitutionally recognized in Peru and Spain. In its projection on health data, a special category of data, it offers several challenges, and a unique regime because it is a fundamental piece of health care. With an approach that pursues the comparative outline of the Spanish and Peruvian regime, the main challenges have been addressed in terms of discrimination due to oncological information, digitalization, the secondary use of health data, the processing of information by healthcare professionals, their duty of confidentiality, access to medical history or the way that information is communicated. The study ends with the analysis of liability - civil and patrimonial - for the violation of data protection regulations and the main jurisprudential doctrine on the elements that must be present for its estimation, particularly with respect to the assessment and quantification of moral damage.*

KEY WORDS: *Privacy; data protection; personal data; health data and civil liability.*

SUMARIO.- I. DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD.- I. Marco jurídico general.- 2. Datos de salud como categoría especial de datos personales.- A) El reto de la no discriminación.- B) El reto de la amplitud de la categoría de los datos de salud.- C) Los retos de la digitalización y uso secundario de los datos sanitarios.- II. TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE SALUD POR LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA: ¿QUÉ DATOS DE MI SALUD PUEDE TRATAR LEGÍTIMAMENTE EL MÉDICO?- 1. Excepciones a la necesidad de prestación del consentimiento.- 2. Confidencialidad como base de la relación: deber de secreto profesional.- 3. Acceso a la historia clínica por los profesionales de la salud.- III. ACCESO A LOS DATOS DE SALUD CONTENIDOS EN EL HISTORIAL CLÍNICO POR PARTE DE TERCEROS ¿HASTA QUÉ PUNTO PUEDEN SABER DE MIS ENFERMEDADES O TRATAMIENTOS?- 1. Acceso a la historia clínica con fines de investigación, judiciales y de salud pública.- 2. Acceso a la historia clínica por los progenitores.- IV. INFORMACIÓN SOBRE LA SALUD. LA COMUNICACIÓN POR WHATSAPP DE CIRCUNSTANCIAS DE SALUD ¿UN PROBLEMA JURÍDICO?- 1. Información sobre la salud de personas con relieve público.- 2. Forma de comunicación de los datos de salud.- V. RESPONSABILIDAD CIVIL POR VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS.- 1. Vías y requisitos para su exigibilidad.- 2. Casuística indemnizatoria.- 3. Información sobre la propia salud a familiares: ¿cabe la responsabilidad civil?

I. DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD.

I. Marco jurídico general.

Uno de los retos, actuales y de futuro, a los que se enfrenta el Derecho civil es la tutela de la persona respecto a la protección de sus datos, y, en particular, de los datos o informaciones sobre la salud.

Reconocida la protección de datos personales como un derecho fundamental de tercera generación, en el avance del uso de la tecnología e intromisión en la vida privada e intimidad de la persona física -art. 12 Declaración de Derechos Humanos de 1948 y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 1966-, esa se ha implementado con la seguridad digital -derecho humano de quinta generación-, habiéndose producido su consagración legislativa en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos avanzados.

En la Unión Europea el derecho a la protección de datos constituye uno de los pilares básico de su construcción e identidad como espacio social ciudadano¹. Tras un largo proceso previo², en el año 2000 se recogió en el art. 8 de la Carta Europea

1 DI PIZZO CHIACCHIO A.: *La expansión del derecho al olvido digital*, Atelier, 2018, pp. 33 y ss.

2 En estos antecedentes deben destacarse el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, que estableció el principio de protección de la intimidad; el Convenio n.º 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981 que garantizó la protección de datos frente al tratamiento automatizado, la Directiva 1995/46, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al

de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³, ofreciéndose una configuración autónoma e independiente como derecho fundamental. El Tratado de Lisboa de 2007 lo asumió como estructural y vinculante, incorporándose al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - art. 16- y al Tratado de Unión Europea - art. 39 -. Su desarrollo normativo y aplicación en la praxis diaria tiene como referente el Reglamento (UE) 2016/679, 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 (RGPD), norma que derogó la Directiva 95/46/CE, y que resulta de aplicación directa en todos los países de la Unión Europea. En el caso de España a ello hay que unir la regulación complementaria que ofrece la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDPGDD)⁴.

Cabe recordar que, en España, el derecho fundamental a la protección de datos fue aquilatado por vía de la doctrina constitucional -SSTC 94/1998, de 4 de mayo y 292/2000, de 30 de noviembre-, en interpretación del art. 18.4 de la Constitución Española, en la que literalmente se reconoce que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Un camino paralelo se ha transitado en esta materia por el ordenamiento jurídico peruano. La protección de datos personales se configura como un derecho fundamental al amparo del artículo 2.6 de la Constitución Política del Perú, al disponer que “toda persona tiene derecho (...) a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Con el desarrollo legislativo llevado a cabo por la Ley N^o. 29733 –Ley de Protección de Datos Personales (LPDP)-, promulgada en el año 2011, y su desarrollo reglamentario por Decreto Supremo N^o. 003-2013-JUS, se ha fijado el marco de actuación y aplicación general para hacer efectivo este derecho.

tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, le siguieron otras directivas en la materia, y la reforma en 1997 del Tratado de la Comunidad Europea (Tratado de Ámsterdam). Este incluyó, en su art. 286, un mandato de respeto y observancia a ese derecho dirigido a las instituciones y organismos de la UE, que se materializó en el Reglamento 45/2001, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

3 Artículo 8. Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

4 La preocupación en España por la protección de datos se remonta a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, derogada por Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que incorporó al ordenamiento español la Directiva de la UE 1995/46.

2. Datos de salud como categoría especial de datos personales.

A) El reto de la no discriminación.

En los sistemas jurídicos europeo-español y peruano las informaciones sobre la salud, datos de salud, conforman una categoría especial de datos sujeta a un régimen singular. El RGPD, en Europa, los incluye dentro de las categorías especiales de datos personales, art. 9.1, prohibiendo su tratamiento sin consentimiento del “interesado”. En el caso de Perú, con una visión pareja, se les califica, en el art. 5 de la LPDP, como “datos sensibles”, siguiendo la terminología utilizada por la anterior legislación europea y española. El motivo, la relevancia y transcendencia que podría tener el acceso y uso de esa información para la persona física. Desde la perspectiva personal, tales datos pueden influir sobre la imagen, la consideración o el juicio de valor social sobre el sujeto, al desvelar aspectos íntimos de su comportamiento – caso de la vida sexual, enfermedades estigmatizadoras, o los usos y las costumbres derivados de adicciones o dependencias, como la nomofobia o drogadicción-. Pero también puede ir más allá e implicar su discriminación con efectos relevantes en distintos ámbitos de la vida, los más significativos son la obtención de empleo o su mantenimiento por un futuro rendimiento -piénsese en el caso de quien sufre insuficiencia cardíaca crónica o una esquizofrenia-, o el acceso a la contratación de determinados bienes o servicios, como el seguro de vida o de salud, o la obtención de crédito.

En relación con esa última cuestión, cabe destacar las acciones que se han venido desplegando en Europa, auspiciadas por la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2022, para impulsar el llamado “derecho al olvido oncológico” y evitar que quien sanó, tras un proceso de curación sin recidivas, resulte discriminado. En España esas medidas se han implementado, en el ámbito del seguro de vida, por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, art. 209, a fin de que el tomador o asegurado, cuando “hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”, quede liberado de informar sobre la salud pasada, indicando la norma que “no está obligado a declarar” respecto a “si él o el asegurado han padecido cáncer” (art. 10.1 y 4 de la Ley del Contrato de Seguro -LCS-)⁵. El sentido de esta previsión se extiende, por el art. 210 del RDL 5/2023, al ámbito contractual de consumo a través de la disposición adicional única del TRLGDCU. Este precepto establece la nulidad de las “cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos” que excluyan a uno de los contratantes por padecer VIH/SIDA u otras condiciones de salud⁶, extendiéndose

5 EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: “Olvido oncológico protección de datos de salud y no discriminación”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 22-23, 2023, pp. 24 y ss.; TORRELLES TORREA, E.: *El derecho al olvido oncológico*, Atelier, 2024, pp. 79 y ss.

6 GARCÍA GOLDAR, M.: “Disposición adicional única”, en CAÑIZARES LASO A. (dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, T. II., 2022, pp. 2466 y ss.

el régimen a quienes padecieron “cáncer antes de la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”. Y se impone la sanción de nulidad de las que, “de forma previa a la suscripción de un contrato de consumo, independientemente del sector”, exijan “solicitar a la persona consumidora información oncológica una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”.

La inquietud por este tema se comparte en Perú, que encamina su regulación por derroteros legislativos próximos al existente en España. Así, la Comisión de Salud y Población de Perú ha aprobado el 5 de marzo de 2024 una propuesta normativa, recogiendo los Proyectos de Ley 5790/2023-CR y 6297/2023-CR⁷, sobre el olvido oncológico en la contratación de servicios y seguros de salud; hallándose ésta, en el momento presente, en tramitación parlamentaria.

Ese texto sustitutorio del proyecto normativo fija como finalidad, art. 1, la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas que hubieran superado una patología oncológica, circunscribiendo su ámbito de actuación a los servicios o seguros de salud. Se deja fuera, quizá por ahora, la contratación financiera.

En el art. 2 se delimita qué se entiende por el derecho al “olvido oncológico”: la no consideración de los antecedentes sobre la enfermedad de las personas que la hayan superado, a los efectos de aquellas contrataciones. Para ello se requiere un “diagnóstico de la patología oncológica” y que hayan transcurrido “cinco años desde que la persona contratante superó la enfermedad”. Se plantea un modelo parecido al fijado en España y Francia que no fija salvedades para esta exigencia en función de la edad, apartándose del Proyecto 5790/2023-CR, que reducía a 3 años el plazo para el caso de los menores de 18 años. Los problemas sustantivos relevantes sobre el “dies a quo” del inicio del plazo, qué ha de entenderse por “superación de la patología oncológica” y a qué actos o tratamientos médicos habría que ligarlos -cirugías, trasplantes, inmunoterapias, etc.-, la definición de “episodios de recurrencia”, así como la manera que deberá acreditarse todo ello, se dejan para el ulterior desarrollo reglamentario. Previsión que resulta especialmente oportuna para conjugar la necesaria efectividad del derecho del particular con la demanda de seguridad jurídica que reclama el sector asegurador.

Finalmente, el art. 3 concreta el alcance del “olvido oncológico”, delimitando los tres derechos de interesado:

⁷ En cuanto a estos textos previos, cfr. TORRELLES TORREA, E.: *El derecho*, cit., 2024, pp. 203 a 205.

1º) El acceso a la contratación de servicios o seguros de salud para los “expacientes” oncológicos; esto es, las personas que han sido dadas de alta y, estimados como “curados”, se encuentren en esa situación, tras cinco años sin “episodios de recurrencia”. Ello no implica que se garantice, en todo caso, la contratación. Esta podría ser denegada por motivos o circunstancias que afecten a otros aspectos de la vida o salud de la persona.

2º) La consideración y declaración de “nulidad de las cláusulas, condiciones, exclusiones, restricciones o discriminación de cualquier forma en la contratación de los servicios o seguros de salud”. El texto de la norma no anuda explícitamente, y de forma clara, tal sanción a la superación de la enfermedad oncológica y transcurso de los cinco años, lo cual bien podría dar lugar a una intelección abierta del sentido de la discriminación que comprenda otras situaciones. No obstante, dado que tales previsiones se hallan ligadas al supuesto de hecho definido, que es el “olvido oncológico”, la interpretación más acorde del precepto tendría que estar ligada únicamente a este supuesto.

3º) La obligación del prestador del servicio o asegurador, consecuente al derecho del titular, de que no pueda “considerar(se) la existencia de antecedentes oncológicos para los efectos de la contratación”, lo cual supondrá que haya que adoptar medidas adecuadas para que ese dato de salud no se requiera en los cuestionarios de declaración del riesgo y no tenga entidad para la valoración actuarial en cuanto a la contratación de (art. 8 y 13 Ley de Contrato de Seguro, n° 29946).

B) El reto de la amplitud de la categoría de los datos de salud.

En el momento presente el tratamiento de la información de los datos relativos a la salud plantea también otros desafíos que parten de la propia dimensión de esas informaciones digitalizadas. Cabe recordar que, según el art. 4. 15 del RGPD de la UE, son “datos relativos a la salud”:

“(los) datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”.

Aclarándose en el considerando 35 del Reglamento que:

“Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la

Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (I); todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro”.

Por tanto, la consideración como dato de salud no sólo se halla ligada a la asistencia sanitaria directa o indirecta de los entornos hospitalarios o de mutuas de salud laboral, sino que comprende cualquier contexto en el que se ofrezca esa información.

A ese respecto resulta interesante lo destacado por la reciente STS de España, de 8 octubre 2024, dictada por la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, n.º 1568/2024⁸, en relación con la actuación de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), que negaba que los “datos de dopaje” pudieran ser considerados datos personales de salud, con el régimen de protección reforzada previsto en la normativa de protección de datos de carácter personal, y que le fuera aplicable el régimen sancionador dispuesto en la LOPDGDD y RGPD. La cuestión fáctica de fondo, la publicación en la página web de dicha Agencia de una resolución en la que se incluían las alegaciones, con nombre y apellidos de los afectados, sobre la ingesta de un medicamento al que se achacaba el dopaje, y denuncia a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) de la vulneración por AEPSAD de la normativa de protección datos. El tema tiene su interés por cuanto la lucha contra el dopaje en el deporte tiene una dimensión especial, como se reconoce en la resolución:

“esta Sala considera que el Tribunal de instancia ha realizado una interpretación que estimamos adecuada y razonable del término ‘datos referentes a la salud’, a que alude el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en relación con la inclusión en esta categoría de datos aquellos datos relacionados con el dopaje de los deportistas, a los efectos de dispensar al tratamiento de esta clase de datos la protección reforzada que garantizaba dicha Ley Orgánica, y considerar aplicable, en los supuestos de incumplimiento, las sanciones correspondientes al tipo de infracción muy grave previsto en el artículo 44.4 b) de la citada Ley Orgánica.

8 <https://www.poderjudicial.es/search/>: ECLI: ES:TS: 2024:4954

En efecto, sostenemos que esta interpretación del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999 se revela conforme con la legislación de la Unión Europea y la normativa estatal en materia de protección de datos personales y se ajusta, también, a la normativa nacional e internacional antidopaje, cuya finalidad es garantizar la equidad y la igualdad en las competiciones deportivas, asociado al concepto de juego limpio, promover la salud de los deportistas, y proteger y tutelar el bien comunitario de la salud pública, en la medida que estos datos, que conciernen a las condiciones fisiológicas o genéticas, o al estado de salud física o mental de los mismos, pueden tener repercusiones significativamente negativas para los interesados.

Por ello, debemos descartar, en primer término, que la sentencia impugnada haya efectuado una incorrecta interpretación del término 'datos de salud' del 7.3 de la Ley Orgánica, 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a partir del artículo 4.15 y el considerando 35 del Reglamento general de protección de datos, que no es conforme -según aduce la defensa letrada de la parte recurrente- con la aplicación e interpretación retroactiva de la disposición adicional décimo séptima de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, referido a los tratamientos de datos de salud, ya que apreciamos que el enunciado de diversas leyes referidas a la protección de la salud, no invalida la consideración de los datos referidos al dopaje como datos de salud.

Cabe subrayar, al respecto, que la lectura del artículo 4.15 y del considerando 35 del Reglamento General de Protección de Datos avalan, tal como sostiene la sentencia de la Audiencia Nacional impugnada, la inclusión de la noción de 'datos relativos a la salud' de los datos referidos al estado de salud de los deportistas, pues, aunque la normativa de la Unión Europea no contiene ninguna previsión específica acerca de los datos relacionados con la aplicación de las técnicas de control del dopaje, define en un sentido amplio el tratamiento de los datos de salud".

La conclusión a la que llega el Tribunal Supremo, manteniendo la sanción por la falta de anonimización de la resolución publicada por AEPSAD, tanto en cuanto al nombre del interesado como al borrado de la información sobre los aspectos de la ingesta del medicamento, es que:

"(...) los datos de carácter personal referidos a información sobre el estado de salud física o mental de los deportistas, relacionados con la aplicación de las técnicas de control de dopaje, (como los concernientes a la detección de la presencia de sustancias dopantes o de resultado de pruebas analíticas antidopaje), tienen el carácter tipológico o categorial de datos relativos a la salud, a los efectos de que el tratamiento, cesión o comunicación de dichos datos goce de la protección

reforzada que contempla la normativa estatal y la legislación de la Unión Europea sobre protección de datos personales aplicable”.

Estas consideraciones son igualmente aplicables al régimen jurídico de protección de datos que rige en Perú. A este respecto cabe recordar que el Reglamento de la LOPD (Decreto Supremo n.º 003-2013-JUS) acota, en su art. 5, que conforma dato personal relacionada con la salud: “aquella información concerniente a la salud pasada, presente o pronosticada, física o mental, de una persona, incluyendo el grado de discapacidad y su información genética”.

Dentro de este ámbito se incluyen también, aunque no seamos conscientes, la información que proporcionamos con wearables y apps, por ejemplo, de wellness, fitness, contador de calorías o pasos, así como otras informaciones que se encuentran vinculadas a la salud, o prestación de servicios sanitarios públicos o privados. Buena parte de esa información, incluida la que se recoge en los actos médicos a los que nos hemos sometidos, se refleja en la historia clínica que, en el momento presente, se encuentra generalmente digitalizada.

C) Los retos de la digitalización y uso secundario de los datos sanitarios.

Como en ningún otro sector, la digitalización de los servicios de salud y la obtención de valor de los datos sanitarios se perciben como una necesidad para hacer sostenible el sistema de atención sanitaria pública, y que ésta llegue a toda la población a un coste razonable, se pueda responder a las amenazas por pandemia, así como avanzar en el conocimiento y tratamiento médico personalizado con la asistencia de la Inteligencia Artificial (IA). En el centro de todo ello se encuentra el tratamiento de los datos de salud y el reto que supone la protección del derecho individual versus el logro de esos objetivos.

En la Unión Europea, tras la experiencia vivida con el Covid-19, se ha acelerado el proceso para lograr esos objetivos, avanzándose en la norma que servirá de base jurídica para ello, el inminente Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos de Salud (REEDS)⁹. El objetivo de aquella, descrito en su Considerando 1^o¹⁰:

“... es crear el Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS) con el fin de mejorar el acceso por parte de las personas físicas a sus datos de salud electrónicos personales y su control de dichos datos, en el contexto de la asistencia sanitaria, así como de alcanzar mejor otros fines para los que se necesite el uso de datos de

9 ALKORTA IDIAKEZ, I.: *El espacio europeo de datos sanitarios: nuevos enfoques de la protección e intercambio de datos sanitarios*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2022, pp. 253 y ss.; NAVAS NAVARRO, S.: *Datos sanitarios electrónicos. El espacio europeo de datos sanitarios*, Reus, 2023, pp. 13 y ss.

10 Se corresponde con la versión de la Propuesta de Reglamento UE del Parlamento y del Consejo relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847 de 27 de noviembre de 2024.

salud electrónicos en el sector de la asistencia sanitaria y en el sector asistencial que beneficiarían a la sociedad, como, por ejemplo, la investigación, la innovación, la formulación de políticas, la preparación y respuesta ante las amenazas para la salud, incluidas la prevención y respuesta ante futuras pandemias, la seguridad de los pacientes, la medicina personalizada, las estadísticas oficiales o las actividades de regulación. Además, la finalidad del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico y técnico uniforme, en particular en lo que respecta al desarrollo, la comercialización y el uso de los sistemas de historia clínica electrónica (en lo sucesivo, ‘sistemas HCE’) de conformidad con los valores de la Unión. El EEDS va a ser una pieza clave para la creación de una Unión Europea de la Salud fuerte y resiliente”.

Las lógicas reticencias de un uso secundario de los datos de salud¹¹ que pueda perjudicar directa o indirectamente a la persona física están presentes en el texto de la norma. Por ello, además de que los datos se encuentren bajo el control y supervisión de los “organismos de acceso a los datos de salud” (art. 55.I REEDS)¹², que serán los que den “acceso” a ellos, el tratamiento tendrá que realizarse,

II El art. 51 REEDS identifica como categoría mínima de datos secundarios a los siguientes: a) datos de salud electrónicos procedentes de HCE; b) datos sobre factores que influyen en la salud, incluidos los socioeconómicos, ambientales y de comportamiento determinantes para la salud; c) datos agregados sobre las necesidades de asistencia sanitaria, los recursos asignados a la asistencia sanitaria, la prestación de asistencia sanitaria y el acceso a la misma, el gasto de asistencia sanitaria y su financiación; d) datos sobre patógenos que influyen en la salud humana; e) datos administrativos relacionados con la asistencia sanitaria, incluidos los datos sobre dispensación, solicitudes de reembolso y reembolsos; f) datos genéticos, epigenómicos y genómicos humanos; g) otros datos moleculares humanos, como datos proteómicos, transcriptómicos, metabolómicos, lipidómicos y otros datos ómicos; h) datos de salud electrónicos personales generados automáticamente mediante productos sanitarios; i) datos procedentes de aplicaciones de bienestar; j) datos sobre la situación profesional, la especialización y el establecimiento de los profesionales sanitarios que dispensan tratamiento a una persona física; k) datos procedentes de registros de datos de salud de base poblacional (como, por ejemplo, registros de salud pública); l) datos procedentes de los registros médicos y los registros de mortalidad; m) datos procedentes de ensayos clínicos, estudios clínicos, investigaciones clínicas y estudios de rendimiento a los que se aplica el Reglamento (UE) n.º 536/2014, el Reglamento (UE) 2024/1938 del Parlamento Europeo y del Consejo³⁵, el Reglamento (UE) 2017/745 o el Reglamento (UE) 2017/746; n) otros datos de salud procedentes de productos sanitarios; o) datos procedentes de los registros de medicamentos y productos sanitarios; p) datos procedentes de grupos de investigación, cuestionarios y encuestas relacionadas con la salud, tras la primera publicación de los resultados correspondientes; q) datos de salud procedentes de biobancos y bases de datos asociadas.

12 “Los Estados miembros designarán uno o varios organismos de acceso a datos de salud responsables de cumplir las funciones y obligaciones establecidas en los artículos 57, 58 y 59. Los Estados miembros podrán crear uno o varios nuevos organismos del sector público o recurrir a organismos del sector público existentes o a servicios internos de organismos del sector público que cumplan las condiciones establecidas en el presente artículo. Las funciones establecidas en el artículo 57 podrán repartirse entre diferentes organismos de acceso a datos de salud. Cuando un Estado miembro designe varios organismos de acceso a datos de salud, elegirá a uno de ellos para actuar como coordinador, con la responsabilidad de coordinar las funciones con los demás organismos de acceso a datos de salud, tanto en el territorio de ese Estado miembro como en los demás Estados miembros.

Todos los organismos de acceso a datos de salud contribuirán a la aplicación coherente del presente Reglamento en toda la Unión. A tal fin, los organismos de acceso a datos de salud cooperarán entre sí, con la Comisión y, por lo que respecta a cuestiones relacionadas con la protección de datos, con las autoridades de control pertinentes”.

de manera inexorable¹³, solo para determinados fines, fijándose un elenco de “*numerus clausus*” que evite efectos indeseados. Estos son:

“a) el interés público en el ámbito de la salud pública o la salud laboral, por ejemplo actividades destinadas a la protección contra las amenazas transfronterizas graves para la salud, la vigilancia de la salud pública o actividades destinadas a garantizar unos niveles elevados de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria, incluida la seguridad de los pacientes, y de los medicamentos o productos sanitarios;

b) las actividades de formulación de políticas y de regulación en apoyo a los organismos del sector público o a las instituciones, órganos u organismos de la Unión, incluidas las autoridades reguladoras, en el sector sanitario o en el sector asistencial en el desempeño de las funciones definidas en sus mandatos;

c) las estadísticas tal como se definen en el artículo 3, punto 1, del Reglamento (CE) n.º 223/2009 como, por ejemplo, las estadísticas oficiales nacionales, plurinacionales y de la Unión relativas al sector sanitario o en el sector asistencial;

d) las actividades de educación o de enseñanza en el sector sanitario o asistencial a nivel de formación profesional o educación superior;

e) la investigación científica relacionada con el sector sanitario o asistencial que contribuya a la salud pública o a la evaluación de tecnologías sanitarias o que procure niveles elevados de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria, de los medicamentos o de los productos sanitarios, con el objetivo de beneficiar a los usuarios finales, como los pacientes, los profesionales sanitarios y los administradores sanitarios, incluidas:

i) las actividades de desarrollo e innovación para productos o servicios;

ii) el entrenamiento, la prueba y la evaluación de algoritmos, también con respecto a productos sanitarios, productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*, sistemas de IA y aplicaciones sanitarias digitales;

f) la mejora de la prestación de asistencia, la optimización de los tratamientos y la prestación de asistencia sanitaria, sobre la base de los datos de salud electrónicos de otras personas físicas”.

Se ha previsto, igualmente, un régimen de prohibición de utilización que incide en la médula de la defensa que se persigue con la tutela de la protección de los datos personales en este ámbito. Su enunciación resulta por sí misma expresiva y refleja los peores temores del empleo que pudiera darse aquella información. Así,

13 NAVAS NAVARRO, S.: *Datos sanitarios*, cit., 2023, pp. 231 y ss.

no podrá accederse para un uso secundario de los datos de salud, según dispone el art. 54 REEDS, cuando la finalidad sea:

“a) tomar decisiones perjudiciales para una persona física o un grupo de personas físicas sobre la base de sus datos de salud electrónicos; para ser calificadas de “decisiones” a efectos del presente punto, deben producir efectos jurídicos, económicos o sociales, o afectar de manera igualmente significativa a dichas personas físicas;

b) tomar decisiones en relación con una persona física o un grupo de personas físicas por lo que respecta a ofertas de empleo, ofrecerles condiciones menos favorables en la provisión de bienes o servicios, incluida la exclusión de dichas personas o grupos del beneficio de un contrato de seguro o de crédito, la modificación de sus cotizaciones y primas de seguro o condiciones de préstamo, o tomar cualquier otra decisión respecto de una persona física o un grupo de personas físicas que resulte en una discriminación contra ellos sobre la base de los datos de salud obtenidos;

c) realizar actividades de publicidad o mercadotecnia;

d) desarrollar productos o servicios que puedan perjudicar a las personas, a la salud pública o a la sociedad en general, por ejemplo, drogas ilegales, bebidas alcohólicas, productos del tabaco y nicotina, armamento o productos o servicios diseñados o modificados de manera que creen adicción, contravengan el orden público o pongan en riesgo la salud humana;

e) realizar actividades que entren en conflicto con disposiciones de Derecho nacional en materia de ética”.

Estos apuntes permiten colegir hacia dónde se encamina la tutela de la protección de los datos de salud en un futuro, que ya es una presente real con resabios distópicos.

II. TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE SALUD POR LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA: ¿QUÉ DATOS DE MI SALUD PUEDE TRATAR LEGÍTIMAMENTE EL MÉDICO?

I. Excepciones a la necesidad de prestación del consentimiento.

La regla de la prohibición del tratamiento de los datos de salud sin el consentimiento del interesado, persona física a la que se encuentra referida aquellos, presenta también excepciones muy relevantes en las que, incluso en contra de la voluntad del interesado, cabe la posibilidad de acceder a esa

información, transmitirla o procesarla. Ningún derecho tiene carácter absoluto y su virtualidad protectora debe ceder ante determinados intereses colectivos, dignos de respeto, debiéndose armonizar con los restantes bienes a los que el ordenamiento jurídico presta su tutela.

A tal efecto contempla, en la UE, el art. 9.2 del RGPD que se pueden tratar los datos de salud de la persona física, aunque ésta no haya prestado su consentimiento, entre otros casos, cuando:

“c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento...”

h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3; ...

i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional”.

Ello supone, por ejemplo, que no será preciso pedir autorización para acceder a la historia clínica de quien ha sufrido un accidente o un infarto a fin de realizar la atención médica. Tampoco se precisará tal consentimiento cuando nos incluyan por edad en planes públicos de prevención de determinadas enfermedades en las políticas que se llevan de prevención, por ejemplo, de cáncer de mama para las mujeres mayores de 40 años o del cribado de colón, desarrollado en algunas Comunidades Autónomas en España como es el caso de Navarra. Ni se precisará aquel en el tratamiento de los datos de las enfermedades legalmente previstas como de declaración obligatoria en aras de la vigilancia epidémica -fiebre amarilla, el virus de Nilo, dengue, etc.-, definidas en España por la Orden SSI/445/2015, de 9 de marzo, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, relativos a la lista de enfermedades de declaración obligatoria, modalidades de declaración y enfermedades endémicas de ámbito regional,

y en Perú por la Directiva Sanitaria n.º 406 MINSA/DGE de notificación de enfermedades y eventos sujetos a vigilancia epidemiológica en salud pública.

En todos estos supuestos el tratamiento de los datos tiene como base legitimadora la previsión legal que, en realidad, no hacen más que poner de relieve y concretar el alcance del derecho a la protección de datos cuando colisiona con otros derechos; caso del derecho fundamental de toda persona física a la vida y la integridad física, previsto en España en el art. 15 de la CE, o el derecho colectivo de todos los ciudadanos a la protección de su salud y su garantía de organización y tutela por los poderes públicos, con la dispensa de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios, al que alude el art. 43.1.2 de la CE.

Tal habilitación va ligada a dos elementos centrales que garantizan que el acceso a esos datos de salud y tratamiento in-consentido resulte adecuado y proporcionado en su conflicto con el derecho individual a la intimidad. Estos son, art. 9.3 del RGPD, la condición de “profesional”, de quien ha de desarrollar aquellas labores de atención sanitaria o de salud, y su sujeción “a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos nacionales competentes, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o de las normas establecidas por los organismos nacionales competentes”; previsión que se fija igualmente en el art. 5 de la LOPDGDD que rige en España¹⁴.

Este mismo planteamiento se acoge en la LPDP de Perú. El título II, dedicado al tratamiento de datos personales, dispone en el art. 14 las limitaciones a la prestación del consentimiento, exonerando de tal exigencia para su tratamiento:

“6. Cuando se trate de datos personales relativos a la salud y sea necesario, en circunstancia de riesgo, para la prevención, diagnóstico y tratamiento médico o quirúrgico del titular, siempre que dicho tratamiento sea realizado en establecimientos de salud o por profesionales en ciencias de la salud, observando el secreto profesional; o cuando medien razones de interés público previstas por ley o cuando deban tratarse por razones de salud pública, ambas razones deben ser calificadas como tales por el Ministerio de Salud; o para la realización

14 “1. Los responsables y encargados del tratamiento de datos, así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este, estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679.

2. La obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable.

3. Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores se mantendrán aun cuando hubiese finalizado la relación del obligado con el responsable o encargado del tratamiento”.

de estudios epidemiológicos o análogos, en tanto se apliquen procedimientos de disociación adecuados”.

2. Confidencialidad como base de la relación: deber de secreto profesional.

En el ámbito sanitario la confidencialidad supone una obligación ética exigible y sancionada por los Colegios Profesionales, que se halla plasmada en sus textos deontológicos; en el caso de España, para el sector médico, en el Código de Deontología Médica (CDM). El art. 27.2 del CDM reseña, a este respecto, que el secreto profesional comporta “la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, de lo que haya visto y deducido, incluyendo el contenido de la historia clínica, como consecuencia de su ejercicio profesional, y que tenga relación con la salud y la intimidad del paciente”¹⁵. Estas previsiones son parejas a las que fijan los arts. 89¹⁶ y 90¹⁷ del Código de Deontología Médica del Perú.

Esta obligación de secreto profesional, sin embargo, implica y va mucho más allá. Conformar una obligación jurídica cuyo incumplimiento se encuentra sujeto a la máxima reacción que fija el ordenamiento, como es la sanción penal. Un incumplimiento injustificado de la confidencialidad o deber de secreto por el profesional sanitario da lugar a la comisión del delito de descubrimiento y revelación de secretos, tipificado en el art. 199.2 del Código Penal español¹⁸ y en el art. 165 del Código Penal peruano¹⁹.

Aunque no nos detendremos a analizar el tema de los supuestos en los que ese deber de sigilo puede quedar atemperado, sí que resulta interesante recordar las situaciones en las que la ley limita ése²⁰. En España son los supuestos

15 Código de Deontología Médica. Guía de ética Médica. Organización médica colegial de España (OMC). Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, 2022, p. 35.

16 El médico debe mantener el secreto profesional para proteger el derecho paciente a la confidencialidad de los datos que le ha proporcionado, no debiendo divulgarlos, salvo expresa autorización del paciente.

17 El médico debe guardar reserva o la confidencialidad sobre el acto médico practicado por él o del que hubiere podido tomar conocimiento en su condición de médico consultor, auditor o médico legista. Este deber se extiende a cualquier otra información que le hubiere sido confiada por el paciente o por su familia con motivo de su atención o de su participación en una investigación. La muerte del paciente no exime al médico del cumplimiento de este deber.

18 El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

19 El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

20 En España el art. 31.1 del CDM (2022, p. 38) indica “El secreto profesional es la regla y se debe preservar hasta donde sea posible. El médico podrá revelar el secreto en sus justos límites en los siguientes casos: 1. En las certificaciones de nacimiento y defunción. 2. En los partes de lesiones. 3. Cuando actúa como perito inspector médico forense instructor o similar. 4. Cuando es requerido como testigo. 5. En los casos de maltrato. 6. En las enfermedades de declaración obligatoria. 7. En los casos sospechosos de trata de personas y de tráfico de órganos. 8. Cuando sea llamado por el Colegio a testificar en materia disciplinaria. 9. Cuando con su silencio perjudicará de forma grave al propio paciente o a otras personas o produjera un

de colaboración para la persecución de delitos públicos -paciente que recibió un navajazo o disparo- (art. 9.2.f) RGPD y arts. 262 y 263 LECrim); la obligación de información de enfermedades infectocontagiosas sujetas a declaración obligatoria –Orden SSI/445/2015, de 9 de marzo, en España, y la Directiva Sanitaria n.º 406 MINSA/DGE, en Perú-; y la remisión del parte informativo de nacimiento o aborto y defunción al Registro civil -arts. 44 y 62 LRC -.

¿Hay infracción de ese deber de confidencialidad si el médico que conoce de la patología de un paciente, infectado de sífilis o VIH por una relación extramatrimonial, que puede causar un daño a tercero -su cónyuge-, comunica esa información al tercero? Tanto el Código de Deontología Médica de España -art. 31.1.9- como el del Perú -art. 91- eximen al médico de ese deber de confidencialidad en aras de evitar la producción del daño. Esta primera idea queda matizada por el hecho de que, para que tal actuación resulte justificada, ha de existir un peligro actual e inminente de generación del daño y la revelación de la información debe ser el único medio e idóneo para evitar ese peligro²¹. A este respecto, por lo que se refiere al VIH, se ha señalado que ello resultará pertinente cuando: a) el afectado por el virus se ha negado explícitamente a informar sobre su situación a su compañero sexual y a utilizar métodos eficaces de barrera; b) la persona que se encuentra en situación de riesgo debe carecer de razones para sospechar la existencia de ese peligro; c) se ha evaluado el peligro real de infección, ya que la transmisión del VIH se produce por actuaciones concretas; y d) la persona destinataria de esa información es identificable y susceptible de localización²².

Un caso interesante, en el que se planteó esta cuestión, ligada al ámbito del deber de secreto profesional y comunicación del padecimiento del sida, fue el resuelto por el AAP de Barcelona 1141/2012, de 3 de diciembre de 2012, Rec. 409/2012, (JUR\2013\23888), en el que se decretó el sobreseimiento provisional de la causa penal. Quien la instó se había matriculado en l'Instut d'Educació Secundària La Ferreira, para cursar el ciclo formativo de grado superior de higiene bucodental, poniendo en conocimiento de su tutora que era portador del VIH. El alumno denunció a su tutora imputándole la comisión del delito de revelación de secreto por haber comunicado este dato de salud a los profesores que impartían docencia de teoría y práctica de higiene bucodental. La Audiencia considera que:

“Es cierto, que hay una diferenciación entre las clases prácticas y las clases teóricas, pese a que al final existe un crédito de síntesis, pero las profesoras que

peligro colectivo. 10. Cuando el paciente a quien se refiere la información solicite o autorice la revelación de la misma”.

21 EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: *Protección de datos: intimidad y salud*, Cuadernos de Aranzadi civil, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 32 y ss.

22 DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad “versus” interés público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 122 y ss.

lo hicieron actuaron creyendo que era imprescindible, tanto para realizar una reasignación y reagrupación de las clases del denunciante para el que resto de los alumnos nada supieran, y por qué entendieron que en el crédito de síntesis participaban todo el profesorado... que si bien revelar la identidad y situación del perjudicado al resto de los profesores no se hizo con la sensibilidad mínima requerida, sin embargo los hechos que se denuncian carecen en sí mismos de relevancia penal, por lo que procede confirmar la resolución recurrida, al no ser constitutivos del delito de revelación de secretos –ex art. 199 C -, como tampoco cabe incardinarlos en el art. 511 CP”.

Otra fue la solución que se ofreció por la SAP de Zaragoza de 27 de julio de 2011, n.º 261/2011, Rec. 157/2011, que condenó por revelación de secreto a una profesional técnica de laboratorio que comentó a sus compañeros que había una persona de la Clínica que estaba enferma de sida, dio su nombre, e indicó que no sabía cómo decírselo. Una de las personas a las que aquella le confió tal información, se lo dijo después a otra compañera de trabajo, y ésta le comunicó al interesado lo que la primera había dicho sobre él. A la profesional técnica de laboratorio se le abrió un expediente disciplinario, y se le condenó penalmente con un año de cárcel, argumentándose que:

“es cierto que tal dato fue conocido por la recurrente en el uso de sus obligaciones laborales como técnico de laboratorio, viniendo obligada a la confidencialidad del mismo, confidencialidad que vulneró al propagarlo a terceros extraños al laboratorio, el hecho de que pudieran ser conocidos por los miembros del mismo, no suponen la imposibilidad de punición respecto de la hoy recurrente, pues propago el dato a terceros que no tenían por qué conocerlo”.

El interés del pronunciamiento radica, además, en la valoración de la responsabilidad civil derivada de este delito. En la sentencia se apreció la existencia de un daño moral, que habiéndose cuantificado inicialmente en 2.000 euros se elevó por el Tribunal de Apelación a 6.000 euros, bajo la argumentación de que:

“el daño moral es un concepto que acoge, expansivamente, el ‘precio del dolor’, esto es el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que el delito puede originar, sin necesidad de ser acreditados cuando fluye lógicamente del suceso acogido en el hecho probado. No puede sin embargo soslayarse que ese daño moral se proyecta, dentro del libre arbitrio judicial, en el “quantum” definitivo que supone la evaluación de unos daños indirectamente económicos porque no tienen una repercusión económica inmediata.

La doctrina jurisprudencial (Sentencias de 28 de abril de 1995 , y 2 de marzo de 1994) tiene señalado que el daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido

por la ofensa de la víctima, por lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas.

Así la cuestión, habida cuenta la consideración peyorativa que implica el conocimiento del dato de la enfermedad que padece - portador del virus de V. I. H-, entiende la Sala que es más ajustado el conceder una indemnización de 6.000 euros, mayor que la exigua concedida en la sentencia y que la excesiva solicitada por las acusaciones tanto pública como privada”.

3. Acceso a la historia clínica por los profesionales de la salud.

Llegados a este punto cabe preguntarse por el alcance que tiene esa habilitación legal del profesional sanitario para el conocimiento de los datos de salud del paciente. Dado que, hoy por hoy, el núcleo central de las informaciones sobre la salud de la persona física se condensa en el historial médico con el que se cuenta en los centros sanitarios a los que acudimos, públicos y/o privados, el tema implica la dilucidación de quién puede acceder a la historia clínica y a qué partes de ella. En suma, si padeciendo un problema dermatológico se encuentra legitimado tal especialista para consultar mi historial ginecológico, o si el médico de un centro hospitalario privado puede acceder a la historia clínica que el paciente tenga en un centro sanitario público.

En España la respuesta a estas cuestiones, desde una perspectiva global, parte de lo indicado 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 (LBAP). Los usos de la historia clínica los regula su art. 16, indicando su número 1 que “Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia”. En suma, sólo pueden acceder al historial médico los profesionales sanitarios que se encuentran involucrados directamente en el tratamiento del paciente en un momento concreto. Respecto de este personal no se plantea, a priori, restricciones a toda la información médica siempre que la finalidad sea “el diagnóstico o tratamiento” dentro de las necesidades de prestación del servicio -por ejemplo, dermatólogo que accede a la información sobre ginecología por sospecha de problema hormonal-. Por su parte, el personal de administración y gestión de los centros sanitarios, según señala el art. 16.4 de la LBAP, tiene limitado el acceso “a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones”²³.

23 Cf. ALKORTA IDIAKEZ, I., *El espacio europeo*, cit, 2022, pp. 31 y ss.

La Agencia Española de Protección de Datos, consultada sobre la habilitación del art. 16.1 de la LBAP para el acceso a la historia clínica por el personal de enfermería, en su informe 656/2008 de 7 de enero de 2009²⁴ indicó que:

“la regla debe ser aplicada con cautela en lo que respecta al personal sanitario que presta asistencia al paciente, dado que no puede, sin más, establecerse una aplicación restrictiva de las normas reguladoras del acceso a la historia clínica que pudiera perjudicar la salud del paciente, dada la finalidad que para la propia historia clínica establece la Ley 41/2002.

Por este motivo, en el supuesto que nos ocupa, la delimitación del acceso a los datos por parte del personal de enfermería, que tiene la condición de personal sanitario conforme a lo dispuesto en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Profesiones Sanitarias, también citada por la consultante, quedará limitada en cuanto su extensión a las finalidades descritas en el citado artículo 16.1 de la Ley 41/2002; es decir, dicho acceso siempre será posible y deberá llevarse a cabo con la finalidad de ‘garantizar una asistencia adecuada al paciente’ y en tanto los datos de la historia constituyan un ‘instrumento fundamental para su adecuada asistencia’ en cada caso concreto.

Desafortunadamente no es posible, a la vista de lo dispuesto en el citado artículo 16.1, establecer una regla meramente objetiva que pudiera resultar de aplicación en todos los supuestos, debiendo igualmente huirse de fórmulas que, sin más, delimiten el acceso en atención al concreto tratamiento llevado a cabo en relación con el paciente, dado que no es posible conocer a priori si existe o no relación entre los datos referidos a distintos episodios contenidos en la historia clínica.

De este modo, únicamente sería posible establecer una regla mínima de acceso, en cuya virtud el personal de enfermería que desarrolla su actividad en funciones de hospitalización debería acceder a la totalidad de los datos de la historia clínica que o bien se encuentren directamente vinculados al episodio que ha dado lugar a la hospitalización y que se obtengan durante la misma y a aquéllos otros datos de la historia clínica que hubieran sido considerados relevantes para el tratamiento llevado a cabo en relación con la hospitalización concreta respecto de la que se prestan los servicios asistenciales.

En relación con los restantes datos, habría de estarse a las circunstancias de cada caso concreto, no pudiendo establecerse una regla objetiva basada simplemente en el carácter reservado o no otorgado por el facultativo en relación con el propio episodio o con episodios anteriores, al no poder deducirse a priori

24 <https://www.aepd.es/documento/2008-0656.pdf>

si la misma resulta relevante o no para la adecuada asistencia sanitaria del paciente en el caso específico. En consecuencia, se considera que el personal de enfermería al que se refiere la consulta podrá acceder como mínimo a la información obtenida en relación con la hospitalización concreta y a aquella anterior que se haya considerado relevante para la adecuada asistencia, debiendo en todo caso interpretarse el acceso en los términos que resulten más beneficiosos para lograr la mejor asistencia sanitaria del paciente”.

En suma, el acceso a la historia clínica dependerá de lo que deban atender los distintos especialistas médicos, y funciones que desplieguen los distintos sectores de la asistencia sanitaria.

Tales aspectos se encuentran ligados al estricto protocolo y sistema de acceso restringido que el art. 16.7 de la LBAP ha exigido sea desarrollado por las Comunidades Autónomas²⁵. Ello supone que, en cada acceso a la historia clínica, quedará identificada y registrada la persona que accede, la fecha y la finalidad; guardándose en el sistema para cada intento de acceso, como mínimo, la identificación del profesional, fecha y hora en la parte de la historia clínica a la que se ha accedido, además del tipo de acceso. Igualmente, en el sistema se registrarán los casos de denegación cuando no se satisficieran los criterios establecidos²⁶.

Hasta la fecha, la AEPD no ha reconocido que el paciente tenga un derecho específico a conocer la identidad del profesional o profesionales que han accedido a su historial médico²⁷, aunque sí el derecho de aquel a ese acceso, conforme se dispone en el art. 18 de la LBAP²⁸. Este criterio fue ratificado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2013, n.º 971/2013 (ECLI:ES:AN:2013:971), recordando su doctrina en relación con ese derecho:

“La sentencia de este Tribunal de 9 de febrero de 2006 ha destacado que el derecho del afectado consistente en la posibilidad de exigir al responsable del fichero una prestación de hacer consistente en la mera exhibición de sus datos y, en su caso, su rectificación o cancelación. Se trata de un derecho esencial en

25 “Las Comunidades Autónomas regularán el procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso”.

26 ETREROS HUERTA, J., ALONSO VILLAR C., MARCO CUENCA, G., CABRONERO FERNÁNDEZ, M., ALFARO LATORRE, M.: “El sistema de historia clínica digital del sistema nacional de salud: accesibilidad y protección de la información como elementos clave”, *Derecho y Salud*, núm. 18, 2009, pp. 99 - 111.

27 Informe Jurídico 171/2008 y Resolución 948/201, en atención de que se están solicitando datos de terceros y no los datos propios, por lo que no se puede pedir tal información a través del derecho de acceso, salvo que una ley lo contemple.

28 1. El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos...

3. El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

la materia, que se encuentra recogido en el art. 8.b y c) del Convenio 108 del Consejo de Europa y 12 y 13 de la Directiva 95/46 CE. Es indiscutibles que el derecho de acceso constituye núcleo esencial del derecho regulado en el art. 18.4 de la Constitución - STC 292/2000-".

Y fundamentó la denegación de la petición formulada por el paciente, atendiendo a la ya derogada LOPD de 1999, que reconocía habilitación legal para el tratamiento de datos por parte de las Administraciones dentro del ámbito de sus competencia -art. 6.2-, cuando está autorizada por ley -art.11.2-, y las previsiones del art. 7, respecto a la gestión de los servicios sanitarios por los profesionales sujetos al deber de secreto, por cuanto:

"Considera la Sala, que los datos no han sido cedidos a terceros, o tal cuestión se trataría en su caso de cuestión de cesión ajena a este recurso -en este sentido STS 27-4-2010, rec. 6371/2006 -. Consta por el INSS que ha comprobado la identidad del personal que ha accedido a sus datos, y que confirma que se trataba de personal con justificación y acreditación a nivel orgánico y de funciones, por lo que de esta forma se está garantizando el uso al que se someten los datos personales".

En el fondo de esta cuestión se encuentra la consideración de que ha de haber un equilibrio entre la tutela del derecho a la protección de datos y la gestión de la información sanitaria, que no termine imposibilitando la actividad de prestación asistencial y actuación médica.

No obstante, sobre los aspectos indicados, el REEDS ha incluido varias previsiones que pueden mutar los criterios seguidos hasta la fecha. En su regulación sobre el "Acceso a los datos electrónicos personales para uso primario y transmisión de esos datos", el art. 3 del REEDS, en sede de "Derechos de las personas físicas en relación con el uso primario de sus datos sanitarios electrónicos", ha previsto que:

"9. No obstante lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra d), del Reglamento (UE) 2016/679, las personas físicas tendrán derecho a restringir el acceso de los profesionales sanitarios a la totalidad o parte de sus datos sanitarios electrónicos. Los Estados miembros establecerán las normas y garantías específicas relativas a dichos mecanismos de restricción".

Habrà que ver cómo se dimensiona en la normativa española esta cuestión a fin de que pueda desarrollarse correctamente toda la prestación sanitaria. Precisamente la consciencia sobre las repercusiones negativas que ello pueda implicar motiva que el propio REEDS introduzca una atemperación a ella en la

regulación que efectúa en su art. 5 sobre “el acceso de los profesionales sanitarios a los datos sanitarios electrónicos personales”, indicándose que:

“4. Cuando la persona física haya restringido el acceso a los datos sanitarios electrónicos, no se informará al prestador de asistencia sanitaria ni a los profesionales sanitarios del contenido de los datos sanitarios electrónicos sin la autorización previa de la persona física, incluso cuando el prestador o el profesional en cuestión esté informado de la existencia y la naturaleza de los datos sanitarios electrónicos restringidos. En los casos en que el tratamiento sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física, el prestador de asistencia sanitaria o el profesional sanitario podrán tener acceso a los datos sanitarios electrónicos restringidos. Tras dicho acceso, el prestador de asistencia sanitaria o el profesional sanitario informará al titular de los datos y a la persona física afectada o a sus tutores de que se ha concedido el acceso a los datos sanitarios electrónicos. La legislación de los Estados miembros podrá incluir otras garantías adicionales”.

Además, aparece también previsto expresamente, entre los derechos del paciente, art. 5 del REEDS, que:

“10. Las personas físicas tendrán derecho a obtener información sobre los prestadores de asistencia sanitaria y los profesionales sanitarios que hayan accedido a sus datos sanitarios electrónicos en el contexto de la asistencia sanitaria. La información se facilitará de forma inmediata y gratuita a través de los servicios de acceso a los datos sanitarios electrónicos”.

Fuera de la órbita descrita, un acceso a la historia clínica que no se ajuste a la finalidad de la atención o prestación del servicio sanitario, salvo que tenga por objeto fines de salud pública, prevención, lucha contra enfermedades contagiosas o la investigación científica -art. 9.2.h) y i) RGPD, art. 19.3 LBAP y disp. ad. 16 LOPDGGD-, implicará una “cesión” de datos sólo legítima si media consentimiento del afectado.

El profesional del centro sanitario que acceda a esa información incurrirá en el delito ya reseñado de revelación de secretos del art. 197 del CP. Dado que ésta es la máxima reacción del ordenamiento para el cumplimiento de un deber, hay que destacar que el mero acceso no siempre apareja ese efecto. En tal sentido la STS de 15 de julio de 2020, n.º 392/2020, Rec. 4025/2018 (ECLI: ES:TS:2020:2509) respecto a dos accesos por un médico, cuando era administrador, a la historia clínica electrónica de tercero con la única intención de conocer la existencia de partes de baja por incapacidad temporal laboral, sin conocimiento de otros datos médicos, obteniendo la información de la inexistencia de bajas, que se estimó que objetivamente no era información sensible en el ámbito de la

intimidad más estricta. En cambio, la STS de 23 de septiembre de 2015, Rec. 648/2015 (ECLI: ES:TS:2015:3874), condenó al médico que había accedido hasta en veinticinco ocasiones al historial médico de cinco compañeras. También se estimó tal vulneración, con condena al médico, en la SAP de las Palmas de 12 de marzo de 2021, n.º 76/2021, Rec. 54/2018 (ECLI: ES: APGC:2021:8), por el acceso al historial clínico de su esposa, que era su paciente, en el que introdujo los datos sobre el diagnóstico de personalidad narcisista y trastorno esquizoide de la personalidad, información que utilizó durante el proceso de divorcio en la entrevista que mantuvo con la Psicóloga Forense.

Cabe preguntarse sobre qué pasa en el caso de que un paciente sea derivado a otro centro de salud u hospital distinto al que se custodia la historia clínica y si se precisaría el consentimiento para la cesión de esa información. A este respecto, conforme se deriva del art. 14. 2, d) del RGPD, habrá que diferenciar si la cesión de información se realiza entre centros públicos, caso en el que bastará que se le informe al interesado, o bien se trasmita a un centro privado, supuesto para el que parece se requerirá consentimiento expreso del paciente. Este aspecto se suele satisfacer, en la práctica, dando al paciente los informes para que los entregue personalmente al profesional médico del centro privado que le atiende. Precisamente el REEDS persigue atajar los problemas que plantea el acceso e intercambio de la información clínica cuando los pacientes reciben atención sanitaria en un país distinto del que residen. A este respecto cabe recordar que, al amparo del art. 14 de la Directiva 2011/24 UE, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, se ha creado una red transfronteriza de sanidad electrónica eHealth Network, configurándose una infraestructura digital de intercambio de datos sanitarios -Ehealth Digital Service Infraestructure (eHDSI)- a través de la que se posibilita el intercambio de recetas electrónicas, historiales clínicos electrónicos e historias clínicas abreviadas de los pacientes europeos²⁹.

Las soluciones y experiencia indicadas coinciden sustancialmente con lo que es la práctica vivida en estos temas en Perú, por aplicación de su normativa -art. 14.6 y 9, 19 y 29 de la LOPD y arts. 12, 14, 16 del Reglamento de la Ley N° 29414, norma que establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud-. Prueba de ello son, entre otros, el Informe Jurídico n.º 10-2020-JUS/DGTAIPD, sobre los "Alcances del literal h) del artículo 25 de la Ley Nro. 26842, General de Salud en el marco de la protección de datos personales", y la Opinión Consultiva n.º 07-2019-JUS/DGTAIPD, relativa a las "Limitaciones al consentimiento cuando

29 Para un mayor detalle ALKORTA IDIAKEZ, I., *El espacio europeo*, cit., 2022, pp. 36 y 37; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ARMAZA, E.J., y PERIN, A., "Impact of the Directive 2011/24/UE on the application of patient's rights in cross-border healthcare. A comparative analysis", *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada/Law and the human genomereview: genetics, biotechnology and advanced medicine*, 44, 2016, pp. 53-64.

se dé tratamiento a datos relacionados a la salud, de conformidad al artículo 14, numeral 6, de la LOPD”.

III. ACCESO A LOS DATOS DE SALUD CONTENIDOS EN EL HISTORIAL CLÍNICO POR PARTE DE TERCEROS ¿HASTA QUÉ PUNTO PUEDEN SABER DE MIS ENFERMEDADES O TRATAMIENTOS?

I. Acceso a la historia clínica con fines de investigación, judiciales y de salud pública.

Desde una perspectiva legal, existe legitimación para acceder a los datos recogidos en la historia clínica sin el consentimiento expreso del interesado, art. 9.2 del RGPD, cuando:

“f) el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial...

j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”.

Estas previsiones hay que cohonestarlas con las fijadas en el art. 16.3 de la LBAP que reconoce, la posibilidad de acceso a “la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia”, conforme a la “legislación vigente en materia de protección de datos personales, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso”, fijándose como regla general la anonimización, y mantenimiento separado de los datos de identificación personal del paciente de los de carácter clinicoasistencial, “salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos”.

Esta regla de la anonimización tiene tres excepciones:

I.- Los supuestos de investigación previstos en el apartado 2 de la Disposición adicional decimoséptima de la LOPDPGDD: b) en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública cuando las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencias en vigilancia de la salud pública lleven a cabo estudios científicos; c) reutilización de los datos para investigación de salud y biomédica prestado el consentimiento para un fin concreto; y d) tratamiento de datos de salud seudonimizados con fines de investigación de salud y biomédica.

2.- Los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clinicoasistenciales. En estos casos se precisará la pertinente petición de información por jueces y tribunales en el proceso de que se trate, sea laboral, contencioso-administrativo, penal o civil. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica se limitarán estrictamente a los fines específicos en cada caso.

Cuando no existe un mandamiento judicial o requerimiento del Ministerio fiscal que dé cobertura a la cesión, se ha venido planteado si el requerimiento de la policía judicial puede ser suficiente para facultar el acceso a esa información. Inicialmente, la AEPD, en sus informes 297/2005 y 133/2008, se mostró favorable si se cumplían las exigencias siguientes: a) la acreditación de que los datos a obtener fueran necesarios para la prevención de un peligro real y grave de seguridad pública o represión de infracciones penales, así como los fines de la investigación; b) que la petición cursada fuera concreta y específica, no resultando compatible con ello una solicitud masiva de datos; c) que hubiera una motivación que justificara esos aspectos; d) que, en cumplimiento del artículo 22.4 de la LOPD de 1999, los datos se cancelaran "cuando no (fueran) necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento". En tiempo posterior la AEPD parece haber reconsiderado su postura en su informe 60/2017, aunque los términos en los que se expresa no denotan una idea clara³⁰. En cambio, la Agencia Catalana de Protección de datos -Dictámenes CNS 42/2014, CNS 47/2018 y CNS 15/2021- sí que se ha pronunciado en sentido positivo, considerando que la cesión de datos en tal caso estaría habilitada al abrigo del artículo 282 de la LECRIM y artículo 549.1.a) de la LOPJ. La STS de 16 de diciembre de 2022, n.º 971/2022, Rec. 10245/2022 (ECLI: ES:TS:2022:4754), ha cerrado la cuestión negando tal posibilidad, abundado en el tenor del art. 16 de la LBAP y las previsiones de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales dictada en la trasposición de la Directiva (UE) 2016/680.

3.- La prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, caso en el que "las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública.

30 El dictamen se indica que: "En definitiva, y sin perjuicio de que pueda existir un mandamiento judicial o solicitud del ministerio fiscal en el ejercicio de sus funciones que las fuerzas y cuerpos de seguridad estén ejecutando en su función de policía judicial, no se considera de conformidad con la legislación de protección de datos una solicitud por parte de dichas fuerzas de seguridad relativa a la información médica de la posible víctima que vaya más allá de lo estrictamente necesario y pertinente para determinar la situación del lesionado en relación con el delito público que la ley de enjuiciamiento criminal obliga a denunciar al profesional médico cuando una persona hubiere sido víctima de lesiones, y que se contiene en el Parte Judicial de Lesiones. En estos casos, y salvo que hubiera mandamiento judicial o solicitud del ministerio fiscal, se considera necesario el consentimiento del afectado para la entrega de la información médica a que hace referencia la consulta".

El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos". El supuesto nos recuerda la situación generada por el Covid-19 y la gestión que hubo de realizarse para superar la pandemia.

2. Acceso a la historia clínica por los progenitores.

Desde la perspectiva material, se plantean otras cuestiones que se ligan al hecho de que pueden aparecer en la historia clínica otras informaciones que involucran a terceros; caso, por ejemplo, de los datos personales o de salud de los progenitores de paciente menor de edad o mayor con dependencia. En estos supuestos se suscita la cuestión de si esos terceros podrían acceder al contenido y datos del historial clínico del paciente.

A ese respecto conviene recordar que el art. 9.4 de la LBAP establece, en sede de prestación del consentimiento informado para los actos médicos de los que se nutre el historial médico, que "cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior -paciente con medidas de apoyo o que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención-, no cabe prestar el consentimiento por representación". En España con 16 años se inicia la plenitud de la capacidad jurídica para la autodeterminación de las decisiones sobre salud.

En cuanto a la protección de datos, el art. 7 de la LOPDGD, que ha mantenido sustancialmente el criterio precedente, dentro del marco del art. 8 RGPD,³¹ prevé que:

"1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años.

Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela".

31 1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

La cuestión del acceso a la historia clínica de los menores de edad ha sido objeto de atención por la AEPD en varias ocasiones. En su informe 0222/2014, en el que se hizo eco del anterior de 15 de abril de 2008, se puso de relieve tanto el carácter de este derecho personalísimo como las obligaciones que, conforme al artículo 154 del Código Civil español, competen a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. La solución que se ofrece aúna estos dos aspectos pues, aun cuando el mayor de 14 años puede acceder a su historia clínica, los padres también cuentan con esa facultad en virtud de su responsabilidad parental. A este respecto se indica en el informe que:

“Las obligaciones establecidas en el Código Civil, en tanto el menor no sea emancipado, permanecen durante toda la minoría de edad del afectado. De este modo, estando obligados los titulares de la patria potestad en los términos que se han descrito no sería oponible a este acceso la mera voluntad del menor sometido a patria potestad, con la única excepción de que una norma con rango de Ley hiciese expresamente primar la voluntad del menor sobre la de los titulares que pretenden el acceso.

Por último, en relación con el ejercicio del derecho por el propio menor, debe tenerse en cuenta que el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002 prevé que el menor tendrá conocimiento del acto médico respecto del que sus padres prestan el consentimiento para la realización. Siendo esto así y estableciéndose, como se indicó al comienzo de esta Agencia por el Reglamento una presunción legal de que el menor cuenta con condiciones suficientes de madurez para el ejercicio de sus derechos relacionados con la protección de datos a partir de los catorce años, sería posible diferenciar entre el derecho a prestar el consentimiento y los vinculados al acceso a la historia clínica.

Así, si bien será precisa la prestación del consentimiento por los padres o tutores, sí cabría considerar que el menor de edad podría ejercer el derecho de acceso a partir de los catorce años, si bien este ejercicio no puede entenderse como limitación al derecho de los titulares de la patria potestad del menor no emancipado a acceder a su historia clínica en los términos que acaban de indicarse en el presente informe.

En conclusión, y atendiendo a las cuestiones planteadas, debe señalarse brevemente lo siguiente:

El consentimiento para el tratamiento de los datos de los menores de edad en las historias clínicas queda supeditado a lo dispuesto en el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002.

El menor de edad mayor de catorce años podrá, en general, ejercitar por sí solo el derecho de acceso a la historia clínica.

- Los titulares de la patria potestad podrán también acceder a los datos del menor de edad sujeto a aquélla mientras esa situación persista, para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Código Civil.

- No podrá oponerse a ese acceso la mera oposición del menor salvo que así lo reconociera una norma con rango de Ley”.

En el caso de que esos hijos sean mayores de edad, emancipados o superen los 14 años, parece que la única vía sería, conforme al art. 9.2 del RGPD, la representación voluntaria o la concedida expresamente por intervención judicial. En cuanto a ello, resulta especialmente interesante la SAN de 16 de septiembre de 2021, n.º 3678/2021 (ECLI:ES:AN:2021:3678), en la que se planteaba la denegación a un padre del acceso a la historia clínica de un hijo mayor de edad por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), a pesar de haber aportado aquel un poder notarial general otorgado por su hijo a su progenitor. La Audiencia Nacional confirma el criterio de la SESCAM y deniega la pretensión sobre la base de la argumentación que:

“el poder notarial de 17 de enero de 2012 que D. Damaso (nacido en 1988), otorgó en favor de su padre D. Maximino y que éste aportó ante el SESCAM para que se le concediera el acceso a un informe médico de su hijo, de junio de 2019, no puede servir de cobertura para ello, por cuanto de su lectura y de una interpretación sistemática del mismo, se desprende que se trata de un poder general para practicar cualesquiera actos y negocios de “administración, adquisición, enajenación, gravamen y disposición, sin limitación alguna”, como se indica en la página 6 del mismo, en sentido amplio.

Es decir, se trata de un poder general comúnmente conocido como de administración, pero no en él no se faculta por el poderdante de modo específico a su padre, para que en su representación pueda acceder a sus datos médicos.

Téngase en cuenta que los datos médicos o datos relativos a la salud, entran dentro de una categoría especial de datos personales, ex artículo 9 del Reglamento General de Protección de Datos, para cuyo tratamiento se requiere el “consentimiento explícito” del interesado, según el apartado 2.a) de dicho precepto, salvo que resulte de aplicación alguna de las excepciones que se recogen en los restantes apartados del citado artículo 9.2, que aquí no concurren.

Por tanto, si bien el artículo 12.1 de la LOPDGDD establece que los derechos reconocidos en los artículos 15 a 22 del RGPD podrán ejercitarse directamente o por medio de representante legal o voluntario, cuando se ejercite el derecho de acceso (al que se refiere el artículo 15 del RGPD) a datos de salud por representante, deberá contar éste con el consentimiento explícito del titular de

los datos para ello, consentimiento que no consta de forma específica en el poder notarial aportado, por lo que la denegación del informe solicitado resulta, en suma, ajustada a Derecho”.

Este parecer se ajusta a los dictados de la Resolución de 27/02/2009, sobre uso, acceso, cesión de datos y conservación de la Historia Clínica en el ámbito del SESCOAM, que determina, en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, los requisitos y documentación que se deben aportar para el acceso a la historia clínica. Para el acceso por representación se requiere expresamente que se habrá de “aportar escrito original de la autorización con firma manuscrita del paciente o apoderamiento notarial”. Exigiéndose que “la autorización será específica e inequívoca para el ejercicio de este derecho y para este caso en concreto, sin que resulte válidos los poderes “generales para pleitos”. En todo caso se deberá detallar de forma específica en qué términos se autoriza la representación”. Tales requisitos, si se piensa en el contexto de las personas con discapacidad, con el régimen que se implantó en España por la Ley 8/21 de 2 de junio, en cuanto a las medidas preventivas de apoyo -arts. 256 a 262 del CC-, a buen seguro plantearán problemas de futuro.

IV. INFORMACIÓN SOBRE LA SALUD. LA COMUNICACIÓN POR WHATSAPP DE CIRCUNSTANCIAS DE SALUD ¿UN PROBLEMA JURÍDICO?

I. Información sobre la salud de personas con relieve público.

La comunicación de la información sobre la salud, según sean las circunstancias en las que ésta se plantea y manera en la que se transmite, genera también otras cuestiones.

Un primer tema, apuntado al inicio, es hasta dónde alcanza el derecho a la protección de datos en situaciones en las que el derecho del individuo a su privacidad pugna con otros derechos fundamentales, o hay que articular para la comunicación de la información medidas excepcionales.

Como elementos de reflexión y discusión nos podemos plantear el caso de aquellas informaciones sobre la salud de personas públicas en las que el derecho a la libertad de prensa e información se enfrenta al de la protección de datos. Hay que tener en cuenta que, respecto a la UE, el art. 9.2.e) del RGPD excluye la necesidad de consentimiento si “el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos”. Previsión que, por lo que respecta a España, se conjuga con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El Tribunal Supremo de España esta cuestión se presentó en su sentencia de 17 de septiembre de 2014, n.º 469/2014, Rec. 3371/2012 (ECLI: ES:TS:2014:3524), en relación con la información ofrecida por un periódico relativa a la indisposición de un presidente de Comunidad Autónoma durante un mitin en campaña electoral, que atribuyó a una afección de oído, estrés y tensión alta, patologías que no eran del todo exactas. El aspecto central del pronunciamiento, que fue desestimatorio de la vulneración de la intimidad y protección de datos, se centró en la tensión entre el derecho a la libertad de información y el derecho que aquí nos ocupa. A este respecto se recuerda en la sentencia que:

“1ª) Como declara el Tribunal Constitucional, ‘el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de la privacidad, tratándose de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas’ (STC 159/2009, con cita de la STC 70/2009).

2ª) Sin embargo, también ha declarado el Tribunal Constitucional que ‘aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad -a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE-, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información’ (STC 159/2009).

3ª) En el caso examinado, el derecho a la intimidad del demandante D. Celestin, comprensivo de la información relativa a su salud física y psíquica, se encontraba limitado por el derecho a informar a la opinión pública de un episodio muy concreto que afectó a su salud pero que guardaba una relación directa con su actividad política, es decir limitado por el derecho de los demandados a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.d. de la Constitución), pues la información se publicó en un periódico del Principado de Asturias, el Sr. Celestino era presidente de esta comunidad autónoma, se encontraba en un acto de campaña electoral cuando sufrió un episodio que afectaba a su salud y, en fin, es una evidencia tanto el interés de la sociedad por conocer el estado de salud de sus dirigentes como la constante información que se ha facilitado a los medios cuando los más altos dignatarios, tanto españoles como extranjeros, han visto afectada su salud o se han sometido a intervenciones quirúrgicas.

Concurrían, por tanto, los dos elementos -carácter público de la persona afectada (elemento subjetivo) y relevancia pública de los hechos objeto de información (elemento objetivo)- que la STC 176/2013 considera precisos para proteger las informaciones que afecten a la intimidad personal”.

Frente al alegato de que la información ofrecida no era del todo exacta, por lo que resultaría cuestionable que pudiera ceder el derecho a la protección de datos -art. 18.2 CE- frente a la libertad de información -art. 20.1.d CE-, se indicó lo siguiente:

“5ª) Según la doctrina del Tribunal Constitucional, ‘tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso de la lesión’ (STC 20/1992), aunque también se puntualiza que ‘en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación’ (asimismo STC 20/1992), de lo que se sigue que no siempre la veracidad es presupuesto de la lesión porque entonces esta no podría producirse por la difusión de datos supuestos. De ahí que esta Sala haya declarado, sobre este punto, que ‘la intromisión en la intimidad puede resultar agravada precisamente por la falta de veracidad de la información si esta falta de veracidad contribuye a presentar ... una situación de los demandantes aún más reservada o sustraída a los ojos de los demás que la situación real’ (STS 12-9-2011 en rec. 941/07).

6ª) En el presente caso la falta de exactitud de la información no puede determinar por sí sola, una vez sentada la licitud de informar sobre el episodio de salud del demandante D. Celestino, la existencia de intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad personal, porque la atribución del mareo a la tensión alta y al estrés, además de a la afección de oído, no ahondaba significativamente en ese ámbito de la vida privada constituido por la salud física y psíquica: primero, porque la hipertensión y el estrés no tienen hoy el carácter peyorativo que reiteradamente se afirma en el recurso, al ser notorio que ambas afectan a miles de personas y que el estrés aparece frecuentemente asociado a determinadas profesiones sin que por ello incapacite a las personas que la ejercen y padezcan de estrés; y segundo, porque la hipertensión y el estrés, sobre todo este último, son entendidas por la opinión pública como algo perfectamente explicable ante el ritmo que la actividad política, especialmente en campaña electoral, impone hoy a los dirigentes”.

El otro aspecto relevante de la resolución tiene que ver con la imposibilidad de que este tipo de información pudiera hallarse incurso en el régimen de la protección de datos, lo cual no deja de resultar curioso e interesante toda vez que la información personal sobre el estado de salud es un dato personal de salud, aunque no se extraiga de una historia clínica (art. 4.15 RGPD), afirmándose que:

“confunde la finalidad de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que es ‘garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar’ (art. 1), con su ámbito de aplicación, que son ‘los datos de

carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento' y 'toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado' (art. 2), y en el presente caso los demandados no han hecho uso de datos del demandante que estuvieran registrados en un soporte físico, ni siquiera en los términos del art. 3.b LOPD, que define el fichero como un 'conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso', sino que, en la divulgación de la noticia del episodio padecido por el demandante en una campaña electoral han aludido a dos datos afectantes a su salud que resultaron ser inexactos, sin que hubiesen tratado, cedido o manipulado fichero alguno y, por tanto, hubiese incurrido en alguna de las infracciones previstas en el art. 44 LOPD, con lo que, al no haberse infringido dicha ley orgánica por los demandados, no es aplicable su art. 19, que reconoce el derecho a ser indemnizados únicamente a quienes sufran lesión en sus bienes o derechos 'como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento'".

2. Forma de comunicación de los datos de salud.

Por lo que se refiere a la manera en la que se comunica la información de salud, los centros y profesionales de la salud están profundamente sensibilizados y han implementado medidas efectivas para evitar la cesión inconsentida de datos -llamada por número en las consultas, envío cifrado de documentación con código proporcionado sólo al interesado, etc.-³². La cultura y sensibilidad en este tema no siempre se comparte por el ciudadano que, incluso, puede ver como un engorro algunas de las medidas implantadas en aras del respeto a la protección de datos -por ejemplo, la denegación de información sobre el número de habitación del ingresado en hospital-.

Tratándose de instituciones o empresas cuya actividad central no se encuentra ligada a la actividad curativa y de la salud nos encontramos con la cuestión de que, como responsables de todo el conjunto de datos que se tratan, se tienen que haber previsto "medidas técnicas y organizativas apropiadas" para la protección de datos "desde el diseño y por defecto", art. 25 del RGPD, atendiendo "al estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas".

Un ejemplo en el que falló ese aspecto es el enjuiciado por la SAN de 2 de octubre de 2018, Rec. 900/2016 (ECLI: ES:AN:2018:3661). En el caso objeto de resolución se había remitido a una Guardia Civil por el correo corporativo interno

³² A este respecto resulta interesante la Guía para profesionales del sector sanitario de la AEPD que se comparte en el portal de la Autoridad Nacional de Protección de Datos de Perú, o la elaborada por este organismo para el tratamiento de los datos de salud del Covid.

la resolución de su petición de comisión de servicios, solicitada para atender a sus abuelos enfermos. La contestación se acompañó de toda la documentación que había aportado, incluidos los informes médicos de aquellos. La queja que presentó a sus superiores por tal hecho, ya que no sabía si podía haber accedido a esa información quien no era su superior, no fue atendida, y la petición que cursó a la AEPD para que sancionara a la Institución por tal circunstancia fue desestimada. Sin embargo, la Audiencia Nacional sí consideró que los hechos debían, al menos, ser investigados, indicando que:

“en contra del contenido de la respuesta que se le ofrece por las autoridades de la Guardia Civil ante la queja presentada, los datos que se incorporaron al correo corporativo, sí que contienen datos personales relacionados con la salud mental y física de los abuelos de la recurrente, pues según consta en el expediente se trata de dos hojas para cada uno de los abuelos de la recurrente, en cuya primera página, ciertamente solo aparece una resolución que les reconoce un determinado grado de discapacidad, pero en la segunda página, se recogen datos relativos a la salud mental y física, con diagnósticos médicos y etiología de la enfermedad, que deben reputarse como datos sensibles y sujetos a especial protección.

En otro orden de cosas, si bien es cierto que al tratarse de un correo corporativo, no tienen acceso otras personas que no pertenezcan al Cuerpo de la Guardia Civil, ello no exime a los responsables a adoptar las medidas necesarias para la debida protección de dichos datos ni mucho menos obliga a la denunciante a acreditar cuantas personas accedieron a dicho correo, como argumenta la resolución combatida”.

En respuesta a la cuestión que se ha planteado en el título, si resulta buena idea comunicar información por whatsapp, sobre todo tratándose de datos de salud, parece que aquella se inclina hacia una vertiente negativa, aunque se trate de un chat privado y tengamos el consentimiento del afectado, pues en estos casos se produce una pérdida de control sobre la información.

Cabe destacar que la AEPD ha sancionado en diversas ocasiones el envío por whatsapp de diversa información, caso de la Comunidad de Vecinos que remitió imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia de la comunidad (Expediente N.º: EXP202204461) -2.000 euros-, abogada que envió una sentencia por ese medio con los datos personales para poder promocionarse profesionalmente sin consentimiento del interesado (Expediente n.º EXP202202963) -4.000 euros-, o la difusión de imágenes captadas en la vía pública de un policía municipal que intervino en una agresión -2000 €-. A este respecto, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sentencia de 27 de septiembre de 2023, n.º 693/2023, Rec. 6019/2021, ha declarado que la publicación de fotos íntimas de una mujer sin su consentimiento

en el estado de whatsapp de un sujeto constituye un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.7 del CP.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL POR VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

I. Vías y requisitos para su exigibilidad.

Hasta aquí se han visto los aspectos generales de la protección de los datos de salud, cabe preguntarse por la responsabilidad que puede anudar la vulneración del derecho fundamente a la protección de datos desde perspectiva de la reparación del daño irrogado a la persona titular de éstos. A este respecto hay que tener en cuenta algunas cuestiones derivadas del régimen legalmente establecido para su reclamación.

En el marco europeo, el art. 82 del RGPD ha previsto expresamente en su n.º 1, que “(t)oda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos”. Para ello, en su n.º 6, indica que “las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el artículo 79, apartado 2”.

Ello supone de partida, en el caso de España, la remisión a las reglas del régimen de la responsabilidad civil, si el responsable o encargado del tratamiento se encuentra en la órbita particular y la infracción se produjo inter-privatos en un contexto de relación contractual o extracontractual; o a la disciplina de la responsabilidad patrimonial de la administración, cuando el tratamiento se efectúe por persona o ente público, produciéndose aquella vulneración por un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Por ende, además, conlleva la necesidad de que tengan que concurrir, y se deban acreditar, todos los requisitos que se exigen para que surja y se reconozca uno u otro tipo de responsabilidad.

La necesaria interacción de la acción indemnizatoria del art. 82 del RGPD³³ con los presupuestos requeridos en España para la responsabilidad civil -arts. 1902 y ss. del CC- o la responsabilidad patrimonial de la administración -32 y ss. de Ley

33 RUBÍ PUIG, A.: “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD”, *Revista de Derecho Civil*, 5 (4), 2018, pp. 58 y ss.; “Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del reglamento general de protección de datos y otras acciones en Derecho Español”, *Derecho Privado y Constitución*, 34, 2018, pp. 197-232. BRITO IZQUIERDO, N.: “Recursos, responsabilidad y sanciones (arts. 77-84)” en LÓPEZ CALVO, J. (coord.). *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de protección de datos*, Bosch, 2018, pp. 649 a 652.;

40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público- supone que, para que tenga éxito la pretensión, deban concitarse los siguientes presupuestos:

1º.- El actor, que tiene que ser una persona física y haber sufrido la vulneración de su derecho a la protección de datos (art. 1.1 y 2 RGPD), tendrá que acreditar que el demandado es el responsable o encargado de los datos. Este aspecto probatorio será de mayor o menor facilidad según fuera la relación previa -contractual o no-, el carácter de la intervención del demandado y su interacción con otros responsables. La delimitación del infractor, único o no, determinará también quién y cómo se responde conforme a las reglas del art. 82. 2, 3, 4 y 5 RGPD³⁴ que, en caso de falta de individualización de la responsabilidad, se decanta por su consideración solidaria.

Se ha planteado la legitimación activa para instar la acción “ex” art. 82 del RGPD quien no haya sido objeto del tratamiento y resulte dañado indirectamente; caso, por ejemplo, de revelación indebida de datos médicos sobre enfermedades hereditarias que permiten inferir ciertas características genéticas de los progenitores. No existiendo un tratamiento directo de los datos de éstos, por parte del responsable o encargado del tratamiento, parece que la vía a seguir no será la del RGPD sino la general de la responsabilidad civil extracontractual³⁵.

2º.- Ha de acreditarse que el responsable del tratamiento de los datos personales ha infringido la normativa de protección de datos prevista en el RGPD; esto es, que la vulneración proviene de acto imputable por incumplimiento de las obligaciones definidas legalmente, hallándose ello ligado al daño producido. Como ha puesto de relieve Rubí Puig, dado que las obligaciones fijadas en el RGPD son de varios tipos, pues unas se formulan como un estándar general abierto, mientras que otras son de medios o de resultados, el criterio de imputación que inicialmente se plantea como responsabilidad objetiva para compensar los daños causados tiene, sin embargo, elementos que son propios de la imputación subjetiva. La estimación

TRUJILLO MACHUCA, V., “La reclamación de daños y perjuicios en materia de protección de datos, *Actualidad Civil*, 12, 2020.

34. Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable.

3. El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios.

4. Cuando más de un responsable o encargado del tratamiento, o un responsable y un encargado hayan participado en la misma operación de tratamiento y sean, con arreglo a los apartados 2 y 3, responsables de cualquier daño o perjuicio causado por dicho tratamiento, cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado.

5. Cuando, de conformidad con el apartado 4, un responsable o encargado del tratamiento haya pagado una indemnización total por el perjuicio ocasionado, dicho responsable o encargado tendrá derecho a reclamar a los demás responsables o encargados que hayan participado en esa misma operación de tratamiento la parte de la indemnización

35. RUBÍ PUIG, A.: “Daños por infracciones”, cit., 2018, p. 61.

de la previsibilidad y gravedad de los riesgos implicados en el tratamiento de los datos personales faculta esa identificación de la vulneración normativa, a la que va ligada el principio general de responsabilidad activa (accountability) que compete al responsable. Este tiene que, desde el diseño y por defecto, hacer una previsión de lo que constituyen daños esperados, para adoptar las medidas y soluciones técnicas que los eviten.

3º.- El reclamante tendrá que probar la existencia, el alcance y la cuantificación del daño de carácter patrimonial o no patrimonial. La acreditación de estos aspectos es una de las cuestiones centrales que plantean mayor dificultad en el ámbito de la salud, pues el daño producido, casi por definición, se desenvuelven en marco del “daño moral”. Ello explica el recurso que habitualmente se ha venido efectuando en la praxis del Derecho civil español a la Ley Orgánica 1/1982, por cuanto su art. 9.3 presume la existencia del perjuicio, acreditada la intromisión ilegítima. Reconociendo, además, que “la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

4º.- Por último, debe mediar una relación de causalidad entre la infracción denunciada y el daño sufrido. El ámbito de la protección que dispensa la norma permite la acreditación de este requisito. Hay que tener en cuenta que cabe la producción de daños no derivados de la vulneración de la protección de datos e infracciones de esta normativa que no tengan conexión con los daños efectivamente producidos.

El planteamiento descrito, en cuanto a los elementos que deben concurrir para la reclamación de la responsabilidad por infracción de la normativa de protección de datos, me parece que puede acomodarse sin dificultad al Derecho peruano. Pues, a tenor de lo establecido en el art. 25 de la LOPD, atinente al “derecho a ser indemnizado, se reconoce que “el titular de datos personales que sea afectado a consecuencia del incumplimiento de la presente Ley por el titular o por el encargado de tratamiento de datos personales o por terceros, tiene derecho a obtener la indemnización correspondiente, conforme a ley”. Previsiones que trasladan este tema a la rica problemática de las exigencias que suscita el régimen de responsabilidad civil, singularmente extracontractual, de los arts. 1969 y ss. del Código civil peruano, cuyas cuatro décadas se celebran.

Interesa destacar que, de los elementos que deben concurrir para el ejercicio de la acción civil por infracción de la normativa de protección de datos, expuestos sucintamente, los que ofrecen una mayor complejidad y controversia práctica son la determinación de cuándo la vulneración de las obligaciones del RGPD anudan responsabilidad, cómo se valora la existencia de un daño indemnizable y cuál

sea su cuantificación. Respecto de ellos contamos con varios pronunciados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que están acotando la interpretación que debe darse al art. 82 del RGPD³⁶.

Por lo que se refiere a esa primera la cuestión, la STJUE de 14 de diciembre de 2023, asunto C-340/21, VB y Natsionalna agentsia za prihodite (ECLI:EU:C:2023:986) ha reseñado algunas cosas interesantes. Así, ha entendido que un acceso no autorizado de datos personales por terceros, caso de una brecha de seguridad por ciberataque, no implica por sí que las medidas técnicas y organizativas adoptadas por el responsable del tratamiento no fueran apropiadas con arreglo a los arts. 24 y 32 del RGPD. Además, ha indicado que ese carácter apropiado de las medidas técnicas y organizativas adoptadas por el responsable del tratamiento ha de ser apreciado por los órganos jurisdiccionales nacionales en cada caso concreto, teniendo en cuenta los riesgos vinculados al tratamiento y apreciando si la naturaleza, el contenido y la adopción de esas medidas están adaptados a estos riesgos. También ha afirmado que corre a cargo del responsable del tratamiento la prueba sobre este extremo, no siendo un informe pericial ordenado por el juez sistemáticamente medio de prueba necesario y suficiente. Con todo, quizá por el carácter objetivo de esta responsabilidad, en esta STJUE de 14 de diciembre de 2023, se ha dicho que, aun dándose estas circunstancias, el responsable del tratamiento no puede quedar exonerado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por una persona, con arreglo al artículo 82, apartados 1 y 2, de dicho Reglamento, por el mero hecho de que esos daños y perjuicios resulten de una comunicación no autorizada de datos personales o de un acceso no autorizado a esos datos por parte de “terceros”, a los efectos del artículo 4, punto 10, del mencionado Reglamento, pues ese responsable debe demostrar que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios en cuestión.

En cuanto a la estimación de la existencia de un daño, resulta de todo punto interesante la doctrina asentada por la STJUE de 4 de mayo de 2023, asunto C-300/21, UI y Österreichische Post AG (EU:C:2023:3709), en la que se reconoce que “no puede considerarse que toda infracción de las disposiciones del RGPD dé lugar, por sí sola, a ese derecho a una indemnización a favor del interesado”. Como consecuencia de ello, según se ha detallado por la STJUE de 11 de abril de 2024, C-741/21 (EU:C:2024:288), “la persona que reclama una indemnización por daños y perjuicios inmateriales en virtud de esa disposición debe acreditar no solo la infracción de las normas de dicho Reglamento, sino también que esa infracción le ha causado tales daños y perjuicios relacionados con el tratamiento de datos. Aunque para ello no se precisa que los daños y perjuicios sufridos por

36 MARTÍN FABA, J. M.: “Novedades en materia de indemnización y protección de datos personales”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 49, 2004, pp. 132 y ss. https://doi.org/10.18239/RCDC_2024.49.3474

el interesado hayan alcanzado cierto grado de gravedad [sentencias de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post* (Daños y perjuicios inmateriales relacionados con el tratamiento de datos personales), C-300/21, EU:C:2023:370), apartado 51, y de 11 de abril de 2024, *juris*, C-741/21, EU:C:2024:288), apartado 36]”.

Qué sean esos “daños y perjuicios inmateriales”, cuya definición no aparece explicitada en el artículo 82, apartado I, del RGPD, es una cuestión a la que se ha dado respuesta en la citada STJUE de 4 de mayo de 2023, justificando la necesidad de fijar un concepto autónomo y uniforme de ese concepto en el Derecho de la Unión.

En cuanto aquel, se afirma que debe adoptarse una acepción amplia que garantice un nivel elevado de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales. Por ello, se reconoce que “el temor que experimenta un interesado a un potencial uso indebido de sus datos personales por terceros a raíz de una infracción del citado Reglamento puede constituir, por sí solo, un ‘daño y perjuicio inmaterial’ a los efectos del artículo 82, apartado I [sentencia de 14 de diciembre de 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, EU:C:2023:986, apartados 79 a 86, y de 25 de enero de 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21, EU:C:2024:72, apartado 65]”. Pero, además, se afirma que “la pérdida de control sobre los datos personales, incluso durante un breve período de tiempo, puede causar al interesado ‘daños y perjuicios inmateriales’, en el sentido del artículo 82, apartado I, del RGPD, que den lugar a un derecho a indemnización, siempre que dicho interesado demuestre que ha sufrido efectivamente tales daños y perjuicios, por mínimos que sean”, si bien “la mera alegación de un temor, sin que resulte probada una consecuencia negativa, no puede dar lugar a reparación con arreglo a esa disposición”.

A tenor de todo ello se concluye que “el artículo 82, apartado I, del RGPD debe interpretarse en el sentido de que, para fundamentar un derecho a indemnización, basta el temor padecido por una persona a que, como consecuencia de una infracción de este Reglamento, sus datos personales hayan sido divulgados a terceros, sin que pueda demostrarse que tal ha sido efectivamente el caso, siempre que ese temor, junto con sus consecuencias negativas, resulte debidamente probado”.

En cuanto a la determinación del importe derivado de la responsabilidad, la STJUE de 11 de abril de 2024, C-741/21 (EU:C:2024:288) aclara varias cuestiones:

En primer lugar, dado que el RGPD no contiene ninguna disposición que tenga por objeto establecer las normas relativas a la determinación del importe de la indemnización por daños y perjuicios a la que tiene derecho el interesado, dice que “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer los tipos de acciones que permitan garantizar los derechos que confiere

el citado artículo 82 a los justiciables y, en particular, los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización debida en este contexto, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad [sentencias de 4 de mayo de 2023, C-300/21, EU:C:2023:370, apartado 54, y de 11 de abril de 2024, juris, C-741/21, EU:C:2024:288, apartado 58]”.

En segundo lugar, que “el derecho a indemnización previsto en el artículo 82, apartado 1, del RGPD no cumple una función disuasoria o incluso punitiva. De ello resulta que la gravedad de la infracción de este Reglamento que haya causado los daños y perjuicios materiales o inmateriales en cuestión no puede influir en el importe de la indemnización concedida en virtud de dicha disposición y que ese importe no puede fijarse en una cuantía que exceda de la compensación completa de ese perjuicio [sentencias de 21 de diciembre de 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C-667/21, EU:C:2023:1022, apartado 86, y de 11 de abril de 2024, juris, C-741/21, EU:C:2024:288, apartado 60]”.

En tercer lugar, que la “indemnización pecuniaria debe considerarse ‘total y efectiva’ si permite compensar íntegramente los daños y perjuicios sufridos concretamente como consecuencia de la infracción de dicho Reglamento, sin que sea necesario, a efectos de tal compensación íntegra, imponer el pago de indemnizaciones de carácter punitivo [sentencias de 4 de mayo de 2023, *Österreichische*, C-300/21, EU:C:2023:370, apartados 57 y 58, y de 11 de abril de 2024, juris, C-741/21, EU:C:2024:288, apartado 61]”.

Finalmente, que “habida cuenta de la diferente redacción y finalidad del artículo 82 del RGPD, interpretado a la luz del considerando 146 de este, y del artículo 83 del mismo Reglamento, interpretado a la luz de su considerando 148, no puede entenderse que los criterios de evaluación establecidos específicamente en dicho artículo 83 sean aplicables *mutatis mutandis* en el marco del citado artículo 82”, ni “los criterios para la fijación del importe de las multas administrativas previstos en el artículo 83 de este Reglamento ni, por otra parte, atribuir a ese derecho a indemnización una función disuasoria (sentencia de 11 de abril de 2024, C-741/21, EU:C:2024:288, apartado 62)”.

2. Casuística indemnizatoria.

Adentrándonos en la situación concreta en España, en cuanto a la reclamación indemnizatoria por la infracción de la normativa de protección de datos de salud, hasta la fecha, según se ha apuntado, ésta ha estado ligada a la invocación de la Ley Orgánica 1/1982 y operatividad de su art. 9.3, que presume la existencia de perjuicio y daño moral acreditada la intromisión ilegítima.

A ese respecto cabe citar, entre las más recientes, la STS de 25 de abril de 2023, n.º 617/2023, Rec. 4158/2022 (ECLI: ES:TS:2023:1674). En este caso la indemnización concedida ascendió a 3.000 euros y la vulneración se ligó al atentado contra la intimidad producido por el comunicado emitido por el sindicato demandado en el que se desvelaba la enfermedad del demandante (Covid-19) entre los miembros de los colectivos profesionales de Guardia Urbana y de Bomberos del Ayuntamiento de Barcelona. Se valoró tal intromisión y su carente justificación, toda vez que el demandante había adoptado las prevenciones médicas pertinentes para aislarse y participar en las reuniones por medios telemáticos. No se acogió como justificación, para la divulgación de la situación de enfermedad, la preocupación social por la pandemia provocada por el Covid-19, ni la necesidad de conocer quién portaba el virus para tomar las precauciones necesarias. Tampoco se aceptó que concurrieran circunstancias que permitieran entender que prevalecía la libertad de expresión cuando se relaciona con la libertad sindical.

Más ligada a la infracción del derecho a la protección de datos en el ámbito de la salud se encuentran las reclamaciones instadas contra la Administración Sanitaria Pública. La valoración de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos e indemnización del daño moral se ha reconocido por la STSJ de Extremadura, de 25 de noviembre de 2002, n.º 1932/2002, Rec. 1621/1999, cuando ha quedado acreditado el acceso indebido a la historia clínica de un niño recién nacido con discapacidad sin la autorización de los padres, otorgándose una indemnización 6.010,12 euros; o por la STSJ del Principado de Asturias, de 30 de septiembre de 2008, n.º 1165/2008, Rec. 888/2005, ante la publicación de la enfermedad padecida por un menor y los datos de los progenitores en un artículo de la Revista Anales Españoles de Pediatría para el que no se prestó el consentimiento, cuantificándose el daño moral en 9.000 euros.

No se ha considerado que concurriera tal vulneración por la STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2014, n.º 166/2014, Rec. 99/2012, respecto a la publicación en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de la Resolución administrativa de otorgamiento de la medalla de oro con distintivo rojo, concedida a un agente de policía con motivo de la incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, al valorar que no existía un daño antijurídico que debiera ser resarcido. Se daba la circunstancia de que era un hecho público que el reclamante era un miembro de la "Associació per a la Integració Laboral-Mossos d'Esquadra amb discapacitat (AIL-MED)", asociación que difunde su actividad, entre otras, a través de una página web, ostentando el galardonado un cargo directivo en ella.

3. Información sobre la propia salud a familiares: ¿cabe la responsabilidad civil?

En el caso de la información de salud que se transmite por los profesionales a los familiares más cercanos del paciente, si éste se halla en una situación de

incapacidad física, el sistema individualista de protección absoluto del derecho a la protección de datos cede ante la necesidad de atención. De hecho, en España, el art. 9. 3.a) de la LBAP, en el caso de que el paciente mayor de edad no sea capaz de tomar decisiones cuando su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación, faculta que el consentimiento lo presten “las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. Siendo ello así, difícilmente podrá considerarse que exista una vulneración de la protección de datos por parte del Centro médico que avise sobre tal situación cuando requieran adoptar decisiones médicas.

Esta misma idea cabe extraer del ordenamiento peruano. Aquí el Reglamento de la Ley n° 29414, norma que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, por remisión de las previsiones del art. 18, in fine, que establece que “en caso de menores de edad o de personas cuyas condiciones particulares le impidan ejercer este derecho, el consentimiento a que se refiere el párrafo precedente, será expresado de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del presente Reglamento”, traslada ese deber y representación, art. 4.b, “cuando la persona usuaria sea mayor de edad, capaz pero no pueda expresar su voluntad” a quien ejerza esa “conforme a lo estipulado por el Código Civil respecto al grado de consanguinidad o afinidad”. De esta forma, cónyuge o concubino, padres, hijos mayores de edad o hermanos serán los que reciban la información sobre la salud del paciente y adopten las decisiones que estimen oportunas.

Hasta aquí, en apretada síntesis, el dibujo de algunas de las principales cuestiones a las que tiene que hacer frente el tratamiento de los datos personales de salud.

La ponderación de lo racional y humanamente justo en Derecho, base de toda prudente decisión, implica sentido común y trascender al individuo. En estos pilares se asienta la defensa de todo derecho fundamental. El interés personal no puede llevar a que quede orillado el bien común; máxime en un ámbito como es el de la salud, en el que todos estamos implicados y del que depende el sino de la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I.: *El espacio europeo de datos sanitarios: nuevos enfoques de la protección e intercambio de datos sanitarios*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2022.

BRITO IZQUIERDO, N.: "Recursos, responsabilidad y sanciones (arts. 77-84)" en López Calvo, J. (coord). *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de protección de datos*, Bosch, 2018.

DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad "versus" interés público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DI PIZZO CHIACCHIO A.: *La expansión del derecho al olvido digital*, Atelier, 2018.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: "Olvido oncológico protección de datos de salud y no discriminación", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 22-23, 2023, 24 y ss.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: *Protección de datos: intimidad y salud*, Cuadernos de Aranzadi civil, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

ETREROS HUERTA, J., ALONSO VILLAR C., MARCO CUENCA, G., CABRONERO FERNÁNDEZ, M., ALFARO LATORRE, M.: "El sistema de historia clínica digital del sistema nacional de salud: accesibilidad y protección de la información como elementos clave", *Derecho y Salud*, 18 (I), 2009, pp. 99-111.

GARCÍA GOLDAR, M.: "Disposición adicional única", en CAÑIZARES LASO A. (dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, T. II., 2022.

MARTÍN FABA, J. M.: "Novedades en materia de indemnización y protección de datos personales", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 49, 2004.

NAVAS NAVARRO, S.: *Datos sanitarios electrónicos. El espacio europeo de datos sanitarios*, Reus, 2023.

NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ARMAZA, E.J., Y PERIN, A.: "Impact of the Directive 2011/24/UE on the application of patient's rights in cross-border healthcare. A comparative analysis", *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada/Law and the human genomereview: genetics, biotechnology and advanced medice*, núm. 44, 2016.

RUBÍ PUIG, A.: “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, núm. 5, 2018.

RUBÍ PUIG, A.: “Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del reglamento general de protección de datos y otras acciones en Derecho Español”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 34, 2018 (<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.34.05>)

TORRELLES TORREA, E.: *El derecho al olvido oncológico*, Atelier, 2024.

TRUJILLO MACHUCA, V.: “La reclamación de daños y perjuicios en materia de protección de datos, *Actualidad Civil*, núm. 12, 2020.

DECISIONES DEL PACIENTE CON DISCAPACIDAD RELATIVAS AL PROPIO CUERPO*

DECISIONS OF THE PATIENT WITH A DISABILITY CONCERNING HIS OR HER OWN BODY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 220-257

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Contratación de Servicios de Telemedicina: Actualidad y Desafíos Jurídicos (TED2021-129472B-00/MICINN "Next Generation EU"/PRTR", IP: LUQUIN BERGARECHE, R.; del proyecto "Sostenibilidad, vulnerabilidad y efectividad: nuevo marco para una reformulación del derecho contractual de consumo", IP: RUBIO GIMENO, G., y GRAMUNT FOMBUENA, M.D; y del proyecto PID2023-146813NB-I00. Proyecto PID2022-136964NB-I00 El Derecho ante la Salud Digital, Personalizada y Robótica (SALUDPYR) financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER, UE. IP: GIL MEMBRADO, C.

Miembro investigador del GIR "Persona y consumo. Protección de colectivos vulnerables", de la Universidad de Salamanca cuyo investigador responsable es MARTÍN PÉREZ, J.A., reconocido el 18/10/2018.



Esther
TORRELLES
TORREA

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Las decisiones que se toman relativas al propio cuerpo nos conducen a un conjunto de leyes sanitarias que no se han adaptado a la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad. El presente trabajo pretende hacer un recorrido por algunas de estas leyes para observar cómo se regula el consentimiento informado cuando el paciente es una persona con discapacidad, haciendo especial relevancia a las funciones que deben desempeñar las medidas de apoyo con facultad representativa.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; representación; leyes sanitarias; consentimiento informado; ensayos clínicos; interrupción del embarazo; trasplantes; transexualidad; tatuajes; piercings; reproducción asistida; esterilización; eutanasia.

ABSTRACT: *The decisions that are made regarding one's own body lead us to a set of health laws that have not been adapted to Law 8/2021 on disability reform. This paper aims to note/examine some of these laws in order to observe how informed consent is regulated when the patient has a disability, with special emphasis on how the support measures with representative powers should work.*

KEY WORDS: *Disability; representation; health Laws; clinical trials; abortion; transplants; transsexuality; tattoos; piercings; assisted reproduction; sterilization; euthanasia.*

SUMARIO.- I. LOS DESEOS, VOLUNTAD Y PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VERSUS LA REPRESENTACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO.- I. El derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones en el ámbito personal.- 2. La autonomía de la voluntad y la representación en el ámbito sanitario.- II. SUPUESTOS ESPECIALES EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE EL PROPIO CUERPO.- 1. Ensayos clínicos con medicamentos.- 2. Interrupción voluntaria del embarazo.- 3. Investigación biomédica.- 4. Trasplantes y donaciones.- A) Donante de órganos.- B) Receptos de órganos.-5. Cirugía transexual y rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.- 6. Tatuajes, micropigmentación o piercings.- 7. Reproducción asistida.- 8. Esterilización.- 9. Eutanasia.- III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. LOS DESEOS, VOLUNTAD Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD VERSUS LA REPRESENTACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO.

I. El derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones en el ámbito personal.

La ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, parte de la idea central según la cual las personas con discapacidad tienen derecho a tomar sus propias decisiones, incluso si tienen trascendencia jurídica. El mensaje de la Ley es que hay que potenciar su autonomía, si es necesario, a través del diseño de los apoyos e incorporar los medios para que pueda ejercer esa autonomía en condiciones de seguridad y de máxima eficacia. «Independientes, pero no solos» es un buen lema que resume el sentido del nuevo modelo de apoyo¹. Se incorporan medidas de apoyo con la finalidad simplemente de ayudar o asistir a las personas afectadas por determinadas discapacidades, pues lo importante es que decidan ellas en la medida de sus posibilidades².

1 RIBOT IGUALADA, J.: “Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica”, AA.VV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, (coord. por M. C. GETE-ALONSO CALERA), Marcial Pons, Madrid 2020, p. 66. Interesantes las reflexiones del autor sobre el retraso del ordenamiento jurídico en adaptarse a la Convención (pp. 67-70).

2 En cuanto a las medidas de apoyo de las que puede disponer la persona discapacitada, hay que estar al art. 250 CCE, según el cual existen tres medidas de apoyo típicas: las voluntarias (de presente, o preventivas o de futuro destacando en este último caso los poderes o mandatos preventivos y la autocuratela), las informales (la guarda de hecho) y las formales o judiciales (la curatela y el defensor judicial). Cabe recordar que el apoyo ha de estar supeditado a la voluntad de la persona que lo precisa y que las medidas judiciales son subsidiarias. Así pues, antes de nombrar a un defensor judicial o a un curador, debe indagarse si los apoyos que necesita la persona con discapacidad se los puede proporcionar el guardador de hecho o si hay medidas de apoyo establecidas por la propia persona (poderes o mandatos preventivos o autocuratela). El art. 255.5 CCE advierte que “solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”. Para un estudio de las novedades de la ley, entre otros, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad interpretados por la reciente jurisprudencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, 2022, o en AA.VV.: *La discapacidad:*

En este sentido, se ha apostado, como eje central, por el respeto a los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus decisiones (tanto en el ámbito patrimonial como personal) en detrimento de seguir el criterio del “mejor interés de la persona con discapacidad”.

Y cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad no se seguirá el criterio del “interés superior”, sino que el criterio será el extraído de la mejor interpretación de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, teniendo 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” (art. 249.3 CC)³.

El respeto a la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad supone una manifestación más de la autonomía de voluntad, cuyas coordenadas son la libertad y la responsabilidad. Cualquier ser humano, con capacidad o discapacidad, por ser personas en sentido analógico, es menester que el ordenamiento jurídico vivifique dicha libertad y responsabilidad⁴.

Esta autonomía significa libertad de la persona con discapacidad para gobernar o regir sus propios asuntos. Es la libertad que activa la iniciativa y decisión propia para la puesta en práctica del acto jurídico⁵. Manifestaciones de esta primacía de la voluntad de la persona es la prioridad que se otorga a las medidas de apoyo voluntarias y la necesidad de que, quienes prestan apoyo (voluntario, informal o judicial), respeten la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad⁶.

una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, y coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS, A. BUENO BIOT), 2022, pp. 56-103.

- 3 En la misma línea PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 8 y 9.
Véase también las acertadas reflexiones de ARROYO AMAYUELAS, E.: “El deterioro cognitivo de la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 45, 2019, pp. 132 y ss.
- 4 ALONSO PÉREZ, M.: “La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico”, en AA.VV.: *Tratado del Derecho civil*, Tomo II: Normas civiles y Derecho subjetivo, (dir. por J. RAMS ALBESA), Iustel, Madrid, 2013, p. 286.
- 5 Así se expresa GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Consentimiento y autonomía de la persona menor discapacitada en el derecho a morir”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para la persona con discapacidad*, (dirs. por G. CERDEIRA BRAVO DE MURILLO y M. GARCÍA MAYO), Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 263, al referirse a la autonomía del menor que consideramos que puede aplicarse también a la persona con discapacidad. RIBOT IGUALADA, J.: “Las bases de la reforma”, cit., p. 66. Añade que “la ley debe tratar igual a todas las personas, con o sin discapacidad. Pero al mismo tiempo, para lograr una igualdad real, tiene que reconocer que no todos los seres humanos tienen las mismas necesidades” (p. 67).
- 6 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, Artículo monográfico, *Editorial Jurídica SEPIN*, SP/DOCT/114070 (junio 2021), p. 3 y en “La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 25 (2021), p. 90, puede consultarse la opinión de la autora sobre la posibilidad de rechazar la medida de apoyo.

La persona con discapacidad es un verdadero sujeto de derechos y no un mero objeto de cuidados⁷. Y debe poder ejercer (si es preciso con la ayuda de las medidas de apoyos), los derechos que la legislación reconoce a todos los ciudadanos, evitando, en la medida de lo posible, cualquier sustitución en esa formación⁸. Además, hay determinadas esferas que solo puede llevarlas a cabo la persona interesada y si esta persona sufre una discapacidad que le impide hacerlo, nadie podrá hacerlo por ella. Se trata de actos personalísimos, es decir, aquéllos que incumben a la esfera privada de la persona y que se consideran inherentes a ella: derechos de la personalidad, algunos derechos familiares y las acciones relativas al estado civil⁹. Son derechos inalienables, indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles. Se ejercitan exclusivamente por su titular, sin que opere la representación ya que el mecanismo de la sustitución no es posible. Incluso en algunos derechos en los que la ley admite la intervención del representante legal, la doctrina es reacia a hablar de genuina representación¹⁰. Para el ejercicio de estos derechos se tiene en cuenta la capacidad natural de la persona. Es el caso, entre otros, del matrimonio y del testamento.

En el caso de la persona con discapacidad, la regla general es que los actos personalísimos han de ejercitarse por ella misma; a veces quizás asistida por una medida de apoyo que le ayude a entender el acto y su repercusión. La validez de estos actos dependerá de la aptitud del sujeto para prestar consentimiento, siendo imposible una actuación sustitutiva. La duda, como se verá, es si la medida de apoyo representativa, tras realizar un esfuerzo considerable para determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y teniendo en cuenta su trayectoria vital, puede ejercitar dichos actos personalísimos. Antes de la reforma, en determinadas circunstancias, muy excepcionales, fue posible el ejercicio de derechos personalísimos por quien ejercía la representación de

7 Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2022, de 19 de enero, 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, p. 12. En el mismo sentido SOLÉ RESINA, J.: "La esterilización no consentida de personas con discapacidad", *Actualidad civil*, núm. 5, Sección Persona y Derecho/A fondo, mayo 2019, p. 2.

8 ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES: "La aplicación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) en relación al consentimiento informado de las personas con discapacidad intelectual con capacidad jurídica modificada", *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, septiembre 2016, p. 114.

Son significativos los principios de la Mental Capacity act del Reino unido de 2005: uno de ellos es que nadie se considerará incapaz de tomar una decisión salvo que se hayan dado sin éxito todos los pasos para ayudarle a tomarla [art. 1 (3)] y nadie será tratado como incapaz de decidir por el mero hecho de que haya tomado una decisión imprudente, poco sensata o desacertada. Lo que importa es la aptitud para tomar decisiones, no la decisión concreta adoptada, por lo que se rechaza el enfoque basado en el resultado. Sobre la legislación británica puede consultarse HERRING, J.: *Medical Law and Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 89 ss.

9 ÁLVAREZ LATA, N.: "El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (comentario y alcance de la STC 311/2000, 18 diciembre)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre 2001, pp. 21 ss.

10 DIEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Cívitas, Madrid, 1984, p. 196. El autor, aludiendo al art. 162.I Cc considera que no hay ejercicio por representación de los derechos de la personalidad del hijo, sino que lo que hace el padre es cumplir con su propio ámbito de funciones y potestades.

la persona con discapacidad, pues lo contrario suponía una desprotección del afectado en aquellas situaciones en las que, por su propia discapacidad, no podía ejercitar por sí mismo determinados derechos. En estos casos excepcionales, se observó que el carácter personalísimo impedía de manera absoluta el ejercicio por sustitución de una acción o derecho, quedando imposibilitado su derecho. Y se consideró que esa pasividad en el ejercicio de los derechos podía llevar aparejados perjuicios para la persona con discapacidad¹¹.

En el ámbito sanitario hay muchos supuestos en los que nos encontramos ante actos personalísimos, y es donde pretendemos focalizar nuestra atención.

2. La autonomía de la voluntad y representación en el ámbito sanitario.

La Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad de 13 diciembre 2006 (en adelante CNUDPD), no se olvida del derecho a la salud de las personas con discapacidad y en su art. 25 señala que “Las personas con discapacidad tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud sin discriminación. Los países deben adoptar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas que tengan en cuenta la perspectiva de género, a fin de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a la misma variedad, calidad y nivel de atención sanitaria que esté disponible para todos los demás, y que esté cerca de sus propias comunidades”¹².

A nivel estatal, la Ley 14/1986 de 25 abril General de Sanidad, reconoce los derechos que tienen los ciudadanos con respecto a las administraciones públicas sanitarias, entre ellos, y por lo que a nosotros nos interesa, por una parte, el derecho de respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que el ciudadano pueda ser discriminado por razón de discapacidad, y por otra parte, el derecho a la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso, teniendo en cuenta que “la información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio

11 Fue el caso de la STC 311/2000, de 18 de diciembre (RTC 2000, 311), según la cual se reconoce legitimación al tutor para ejercer una acción de separación matrimonial. El caso es una buena muestra de las barreras de orden jurídico a las que continuamente han de hacer frente las personas con discapacidad. Por ello, consideramos que esta sentencia es paradigmática en la interpretación del ordenamiento jurídico, y precursora, pues quizás podríamos decir que hace una aplicación de forma tácita de lo que después se conocerá legalmente como ajustes razonables. Puede consultarse también la STS 30 mayo 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2920).

12 En este sentido, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en su Observación General n. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, de 25 noviembre 2016, n° 63.a), recomienda a los Estados “La derogación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias que impiden que las mujeres con discapacidad disfruten de todos los derechos consagrados en la Convención; la prohibición de la discriminación basada en el género y la discapacidad y sus formas interseccionales; la tipificación como delito de la violencia sexual contra las niñas y mujeres con discapacidad; la prohibición de todas las formas de esterilización forzada, aborto forzado, y control de la natalidad no consensuado; la prohibición de todas las formas de tratamiento médico forzado relacionado con el género y/o la discapacidad, y la adopción de todas las medidas legislativas adecuadas para proteger a las mujeres con discapacidad contra la discriminación”

de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad” (art. 10.I y 2)¹³. Como nos enseña GETE-ALONSO Y CALERA¹⁴, la salud forma parte de lo que jurídicamente es la espera personal en tanto que se incardina en el derecho a la vida; “es un ámbito personal, la mayor parte de las veces personalísimo, en el que, en inicio, únicamente tiene cabida la propia persona, sea cual sea su edad, condición (con o sin discapacidad) y situación en el momento que se considere”.

Así, respecto a las personas con discapacidad, la regla general que rige en los actos jurídicos que afectan a la salud debe ser la de excluir la representación reconociendo, a su vez, su autonomía y poder de decisión. Cuando la persona pueda entender las consecuencias de la intervención (que habrá que explicársele según su grado de discapacidad), será el interesado quien decida¹⁵.

El Código civil no dedica un apartado especial a las normas sanitarias¹⁶, pero el art. 287.I.º CC hace una remisión a las leyes especiales existentes vinculadas con la salud, que en una primera lectura quedan fuera del régimen codificado¹⁷. Cuando la Ley 8/2021 se tramitaba en el Senado, se introdujo en ese precepto la mención al consentimiento informado y a los internamientos forzados, “al único efecto de excluir estos dos supuestos y en general los sometidos a una normativa propia, del régimen general de autorización judicial previa necesaria para la representación del discapacitado en el ámbito de sus derechos de carácter personal y familiar, limitándose el art. 287 CC a someterlos a su regulación especial”¹⁸.

13 Estos apartados primero y segundo del art. 10 fueron reformados por la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, advirtiendo en su exposición de motivos que “En materia de sanidad, se modifican diversas leyes de modo que se incluye la discapacidad como nueva causa de no discriminación de la persona en su relación con las distintas administraciones públicas sanitarias, y se regula el derecho a la información en formatos adecuados que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, así como la prestación del consentimiento en diversos campos sanitario”.

14 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Consentimiento y autonomía”, cit., p. 266.

15 PARRA LUCÁN, M.A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisiones en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, p. 120.

16 No sucede lo mismo, por ejemplo, en el Código civil de Cataluña, que contiene normas sanitarias en los art. 212-I ss. y en la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica.

17 ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario al art. 287 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil*, (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 5.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 526. Se trata de una norma que sufrió importantes reformas en su tramitación. Pueden consultarse en MUNAR BERNAT, P.: “Comentario al art. 287 CC”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, (dirs. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 434 y 435; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 287 CC”, en 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, Cizur Menor 2021, pp. 787 ss., considera que no hubiera sido necesario hacer referencia ni al internamiento ni al consentimiento informado por tener su propio régimen legal y a los que no se aplica la necesidad de autorización judicial, “hubiera bastado excluir de esta norma los actos a los que resulte aplicable un régimen especial” (p. 797); PALLARÉS NEILA, J.: “El ejercicio de la nueva curatela”, en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio*, (dirs. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 274 ss.

18 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*, núm. 39, 2021, p. 221. Añade

Uno de los casos en el que adquiere especial protagonismo la autonomía de la voluntad en el ámbito sanitario es en el consentimiento informado¹⁹. Este consentimiento es fundamental y repercute en cualquier decisión personal que tome el paciente²⁰. Puede definirse como “la aceptación del paciente al tratamiento propuesto por el médico responsable, tras conocer todos los detalles que atañen a su enfermedad y sus alternativas terapéuticas, decidiendo en el ejercicio de su libertad y autonomía”²¹. Legalmente se define en el art. 3 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): “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”²². Este consentimiento implica el deber de informar al paciente por parte del profesional sanitario²³ y la capacidad de comprender por parte del paciente, que conducirá a una libertad decisoria expresada en la prestación de su consentimiento²⁴. El titular del derecho a la información es el paciente²⁵, aunque también podrán ser informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (art. 5.I LAP).

la autora que el art. 287 CC “se limita a aclarar que la normativa reguladora del consentimiento informado es una legislación especial sujeta a reglas propias, 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”.

- 19 Un estudio sobre la LAP a la luz de la CNUDPD antes de la ley 8/2021, ELIZARI URTANSUN, 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*, núm. 30, enero/diciembre 2016, pp. 337 ss.
- 20 Como afirman RIUS ACEBES, L., ORTIZ FERNÁNDEZ, M., OROZCO BELTRÁN, D., y COMPAÑ ROSIQUE, A.F.: “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”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, febrero 2024, p. 1344, “es una manifestación de la autonomía de la voluntad que permite ejercitar el derecho de autodeterminación en un ámbito tan relevante como el sanitario”. Consúltense también LUQUIN BERGARECHE, R.: “Medicina personalizada y uso secundario de datos de salud para fines de investigación: algunas cuestiones”, *Cuadernos de Derecho privado*, núm. 8, enero-abril 2024, p. 80.
- 21 REYNAL REILLO, E.: *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 97.
- 22 La normativa autonómica también contempla la posibilidad de prestar el consentimiento las personas con discapacidad o sus representantes. Puede consultarse JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: “Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y el papel del guardador legal”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 744, 2014, pp. 1592 y 1593, donde se mencionan dichas leyes.
- 23 El art. 4.I LAP señala lo siguiente: “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporciona verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”.
- 24 Como se puso de manifiesto en la SAP Zaragoza 3 febrero 2016 (ECLI:ES:APZ:2016:148), “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”.
- 25 Existen supuestos en los que el profesional sanitario no está obligado a informar al paciente: en los supuestos en los que exista riesgo inmediato grave para la integridad física y psíquica del paciente (art. 9.2.b LAP) o si ha renunciado a recibir información (art. 9.I LAP).

Y si el paciente sufre una discapacidad, el art. 5.2 LAP (usando una terminología ya obsoleta, pues se refiere a la incapacitación y representante legal), afirma que será informado de modo adecuado a sus facultades de comprensión cumpliendo con el derecho de informar también a su representante legal, y “cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho” (art. 5.3 LAP).

Hay que realizar el máximo esfuerzo para informar a la persona con discapacidad con la ayuda de apoyos, y con la de los ajustes que sean precisos para que el paciente pueda captar el significado de la información. Y sólo cuando la persona con discapacidad, como cualquier otra, no se halle en un estado físico o psíquico adecuado para recibir la información, incluso con la ayuda de apoyos, se procederá a informar a las personas señaladas en las normas. En todo caso, es posible que el paciente haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos en el que ha puesto de manifiesto su voluntad o pautas a seguir, en cuyo caso cabrá respetar y seguir.

Hemos advertido que el consentimiento, según el art. 3 LAP, debe haberse manifestado “en el pleno uso de sus facultades”, y, además, según el art. 9.3 LAP “el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. En este sentido, SANCHO GARGALLO apunta que “el consentimiento debe ser prestado por el paciente siempre y cuando tenga capacidad suficiente. Esta capacidad no es propiamente la capacidad civil, sino la capacidad natural. (...) habrá que atender a si en la realidad el paciente está en condiciones de decidir libremente sobre un aspecto de su personalidad, que puede afectar a algunos de los derechos que le son inherentes (vida, integridad física, libertad, libertad religiosa...), como es someterse a una actuación médica”²⁶. La LO 3/2021, de 24 marzo, de regulación de la eutanasia, para estos casos introduce el concepto de “situación en incapacidad de hecho” y la define como la “situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica” (art. 3.1.h).

En todo caso, el art. 9.7 LAP afirma 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

26 SANCHO GARGALLO, I.: “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, núm. 2, 2024 p. 20. En el mismo sentido REYNAL REILLO, E.: *Consentimiento informado*, cit., p. 98.

su dignidad personal”²⁷. O el art. 13 del Código de Deontología médica. Guía de ética médica de mayo de 2017, manifiesta, con una terminología obsoleta, que “1. Cuando el médico trate a pacientes incapacitados legalmente o que no estén en condiciones de comprender la información, decidir o dar un consentimiento válido, deberá informar a su representante legal o a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho. 2. El médico deberá ser especialmente cuidadoso para que estos pacientes participen en el proceso asistencial en la medida que su capacidad se lo permita”. Se permite, pues, el consentimiento por representación²⁸ que, como regla general, no puede ser sustitutivo como se ha encargado de señalar la Observación General Primera del Comité de los Derechos de las Personas con discapacidad de Naciones Unidas. El titular de la medida de apoyo habrá de actuar de conformidad con lo que fue la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y no con su mejor interés. Y si esa voluntad no está expresada, habrá de construirla según la trayectoria vital de aquella (art. 249 CC)²⁹. De conformidad con la mencionada Observación General, la sustitución de esa voluntad nunca debe producirse. Sin embargo, en la nueva normativa española parecen tener cabida situaciones límite y extremas en las que es imposible determinar los deseos, voluntad y preferencias de la personas apoyada o asistida, aunque siempre tendrá un carácter excepcionalísimo y en los que parece muy difícil no llegar a hablar de un verdadero consentimiento sustitutivo. En estos casos tan excepcionales el mayor beneficio para la salud del paciente podría ser un buen criterio a seguir³⁰.

27 Este apartado séptimo se reformó a través del art. 7 de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, pero hay un error, pues la Ley 26/2011 señala que se reforma el apartado quinto, pero el que modificó fue el apartado séptimo.

28 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 228, considera que el representante legal consentirá en función del ejercicio de un deber de velar por la persona necesitada de apoyo. Añade que, dada la necesidad de agilidad en la toma de decisiones en estos casos, la representación tiene un carácter no técnico “sino de apoyo y sustitución en la expresión de lo que hubiera sido la voluntad del paciente de haber estado en condiciones de prestarla”. Por ello, considera la autora, que no puede aplicarse en estos casos el art. 264 CC, que regula la necesidad del guardador de hecho de obtener la autorización a través de expediente de jurisdicción voluntaria, por el retraso que supondría. Y por eso, el art. 287 CC excluye el consentimiento informado en el ámbito de la salud del deber de recabar autorización judicial para realizar actos de trascendencia personal y familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, remitiendo a su regulación especial.

29 VIVAS TESÓN, I.: “Curatela y asistencia”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, (dir. por P. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, 2021, p. 285, considera que el representante tiene un cargo instrumental, pues es un intérprete de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, sin suplantar su voluntad, aunque tenga funciones representativas. Debe tomar la decisión que la persona tomaría.

30 Ya antes de la Ley 8/2021 PARRA LUCÁN, M.A.: *La voluntad*, cit., p. 121, adelantaba que, en la LAP, tras la reforma de la Ley 26/2011, “se mantiene el consentimiento por representación, que será posible cuando la persona carezca de todo juicio propio para decidir. Y entonces no solo en interés de paciente, también con respeto a su dignidad, lo que incluye el respeto a las opciones manifestadas con anterioridad, a su personalidad”, siendo necesario el consentimiento de la persona con discapacidad si tiene juicio para ello. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 234, a pesar del giro autonomista del nuevo paradigma en materia de capacidad operado con la Ley 8/2021, defiende mantener el art. 9.6 LAP en el que se señala que “En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”.

La actuación del representante se regula en muchas leyes sectoriales de ámbito sanitario, y el propio art. 9.5 LAP alude a algunas leyes sanitarias: “La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”³¹.

Es evidente, que la normativa requiere ordenarse, adaptarse a la ley 8/2021, evitando, a su vez, repeticiones o desconexiones. Veamos, a continuación, algunas leyes referentes a aspectos sanitarios para observar cómo se regula el tema del consentimiento informado.

II. SUPUESTOS ESPECIALES EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE EL PROPIO CUERPO.

Son muchas las leyes especiales relativa a la salud que necesitan ser adaptadas a la nueva regulación y deben tener en cuenta los principios de la CNUDPD, especialmente la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad³². Además, debe realizarse un esfuerzo para modificar la terminología de todas ellas, anclada en la antigua regulación. Vamos a analizar a continuación alguna de estas normas e intentar adaptarla al nuevo paradigma.

I. Ensayos clínicos con medicamentos.

Los art. 4 y 6 del RD 1090/2015 de 4 diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, respecto a la obtención y el contenido del consentimiento informado remiten a los arts. 29 y 31 del Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, así como a los arts. 8 y 9.5 LAP.

31 El precepto añadía la siguiente referencia la interrupción voluntaria del embarazo: “Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”. Pero se derogó a través de la Disposición final duodécima de la LO 1/2023 de 28 de febrero, de 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.

32 Para un estudio más detallado de la legislación sectorial sanitaria puede consultarse, ya con la Ley 8/2021 en vigor, a GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación del consentimiento”, cit., pp. 235 ss.; o interpretando dichas normas a la luz de la CNUDPD en 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 AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, en (coords por M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 98 ss.

Cabe señalar que no solo las leyes sanitarias deben adaptarse, sino que hay más normativa que debe ser revisada. A título de ejemplo, la Ley 13/1011 de 27 de mayo reguladora del juego cuyo art.6.2.a) prohíbe la participación en los juegos regulados en la ley a “Los menores de edad y los incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil”.

En coherencia con los principios de la CNUDPD, el art. 4.2 RD 1090/2015 señala que “Cuando quien haya de otorgar el consentimiento sea una persona discapacitada, la información se le ofrecerá en formatos adecuados, según las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que le resulte accesible y comprensible, y se arbitrarán las medidas de apoyo pertinentes para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”. No solo se informa a la persona con discapacidad, sino que se pretende que sea ella misma la que preste el consentimiento³³, si es necesario con ayuda de las medidas de apoyo.

Sin embargo, al regular la necesidad del consentimiento informado, la norma, aunque intenta respetar la autonomía de la persona con discapacidad, aun se refiere a realizar ensayos clínicos “con personas con la capacidad modificada” (art. 4.3 RD 1090/2015)³⁴, terminología que debería suprimirse a adaptarse al nuevo paradigma.

Siguiendo el art. 31 Reglamento (UE) n.º 536/2014, al que remite el art. 6 RD 1090/2015, si la persona a quien pretende realizarse un ensayo clínico tiene una discapacidad y no ha prestado el consentimiento informado, ni se ha negado a otorgarlo antes de sobrevenir la discapacidad, es preciso obtener el mismo de “su representante legalmente designado”³⁵. Entendemos que este caso debe reconducirse a los supuestos en que la medida de apoyo debe hacer un esfuerzo considerable para interpretar la voluntad de la persona con discapacidad teniendo en cuenta su trayectoria vital.

Portanto, ante el sometimiento a un ensayo clínico, las personas con discapacidad son las que tienen derecho a ser informadas y el consentimiento deben prestarlo ellas mismas, aunque sea con ayuda de apoyos, pues se trata de un derecho privado dentro del ámbito del comportamiento de los particulares y dependen de cada sujeto. Solo podrían prestar el consentimiento sus “representantes legalmente asignados” (léase medidas de apoyo representativas) en el supuesto en que la persona con discapacidad no pueda otorgar el consentimiento, en cuyo caso debería construir su voluntad teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona apoyada.

33 El art. 31.3 Reglamento (UE) n.º 536/2014 relativo a ensayos clínicos con sujetos incapaces, advierte que “El sujeto de ensayo participará, en la medida de lo posible, en el procedimiento de consentimiento informado”.

34 Art. 4.3 RD 1090/2015: “En el caso de menores o personas con la capacidad modificada y para dar su consentimiento, habiendo dado el consentimiento su representante legalmente designado, cuando estos alcancen o recuperen la capacidad de consentir, deberá recabarse su consentimiento para continuar participando en el ensayo clínico”. La terminología usada es comprensible, pues este Real Decreto es anterior a la reforma de la normativa de la discapacidad del 2021.

35 Art. 3 RD 1090/2015: “será necesario que se haya obtenido el consentimiento informado previo del representante legal de la persona participante en un ensayo clínico o el consentimiento de la persona vinculada a ella por razones familiares o de hecho, según proceda. En todo caso, el investigador se asegurará razonablemente de que no existen instrucciones previas de la persona expresadas al respecto antes de presentar una modificación de su capacidad, teniendo estas que ser respetadas”.

El problema surge cuando sea imposible que la persona con discapacidad pueda otorgar el consentimiento, ni siquiera con ayuda de apoyos, ni se disponga de medidas previas, ni se haya podido decidir en función de su trayectoria vital. En este caso tan excepcional, consideramos como regla general que la persona con discapacidad no puede someterse a un ensayo clínico ni ser consentido por su medida de apoyo representativa por los posibles riesgos o abusos que puede acarrear. Aunque admitimos que, dentro de estos casos excepcionales, sí sería posible el consentimiento por parte de la medida de apoyo representativa si el ensayo clínico puede suponer un beneficio para la vida y salud de la persona con discapacidad (por ejemplo, consentir someter a la persona con discapacidad a un ensayo clínico de un tratamiento para un cáncer que padece o a un nuevo avance de la ciencia para su enfermedad)³⁶. En estos casos tan excepcionales debería exigirse un informe favorable del facultativo (o comité ético del centro hospitalario) y una autorización judicial, para garantizar que el ensayo clínico solo es para beneficiar a la persona con discapacidad y evitar su desprotección. De lo contrario podría generarse una discriminación con las personas que, en su misma situación y la misma enfermedad, pero sin sufrir una discapacidad, sí puedan beneficiarse de ensayos clínicos.

La preferencia de la voluntad de la persona con discapacidad la observamos en el art. 4.5 RD 1090/2015, en el que, al regular la revocación del consentimiento, otorga dicha posibilidad a la propia persona sometida al ensayo o “con la asistencia de su representante legalmente designado” (léase medida de apoyo). El precepto se refiere a “asistencia” no a la “representación” de la medida de apoyo. Por tanto, en caso de revocación, que en teoría supone renunciar a un ensayo, solo la persona implicada puede hacerlo.

2. Interrupción voluntaria del embarazo.

Los arts. 23 y 25 CNUDPD aluden al derecho de las personas con discapacidad a decidir sobre la reproducción y planificación familiar y a tener programas de atención en salud sexual y reproductiva en condiciones de igualdad.

36 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 236, sin embargo, en estos casos considera que debe defenderse la codecisión de la persona con discapacidad y su representante legal (es decir, titular de apoyo).

Donde sí parece que se pide la codecisión es en el art. 60 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Se refiere también a los ensayos clínicos, que respecto a las personas con discapacidad afirma que: “En el caso de personas que no puedan emitir libremente su consentimiento, éste deberá ser otorgado por su representante legal previa instrucción y exposición ante el mismo del alcance y riesgos del ensayo. Será necesario, además, la conformidad del representado si sus condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo”.

La Ley 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo se reformó en repetidas ocasiones³⁷, siendo la última la realizada por la LO 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 embarazo³⁸. La Disposición final duodécima de esta última ley reforma el art. 9.5 LAP para eliminar del mismo el párrafo que obligaba a las menores de edad y mujeres con discapacidad a recabar el consentimiento expreso de sus representantes legales para proceder a la interrupción voluntaria de su embarazo. El apartado quinto ya no hace alusión a la interrupción voluntaria del embarazo.

En el nuevo art. 13.1.c) de la LO 2/2010, tras la reforma de 2023, en sede de los requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo se ha añadido una referencia a las mujeres con medidas de apoyo. En concreto se señala que la interrupción del embarazo debe realizarse “con el consentimiento expreso informado y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido 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. /Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b)”³⁹ de la referida ley. En el supuesto de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se atenderá a lo dispuesto en el artículo 9.7 de la misma ley”. Y el apartado 7 in fine del art. 9 LAP afirma que “Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas

37 Para un análisis más detallado de la anterior regulación, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Reus, Madrid, 2019, p. 188 ss.

38 La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo siempre ha generado mucha polémica. Se interpuso un recurso contra varios preceptos de la LO 2/2010 en junio de 2010 y han tenido que transcurrir trece años para que el TC lo resolviera a través de la STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023. El recurso se interpuso por las dudas sobre el ajuste de la ley a los arts. 15 CE (derecho a la vida) y 16 CE (derecho a la libertad ideológica y religiosa), en lo que se refiere a la introducción del sistema de plazos para la interrupción del embarazo; sobre los requisitos y condiciones para llevarlo a cabo; y la inclusión de una cláusula de interpretación favorable a los derechos de la mujer y las reglas para el ejercicio de la objeción de conciencia. También se impugnó la introducción de la perspectiva de género en la formación de los profesionales de la salud y en los programas curriculares de ciencias de la salud. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso advirtiendo que la determinación de la mujer de interrumpir su embarazo encuentra sustento en los artículos 10.1 y 15 del texto constitucional: la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y la garantía del derecho a la integridad física y moral. Y que se conecta también de manera inmediata con la previsión del artículo 1 del mismo cuerpo normativo que establece la libertad como uno de los cuatro valores superiores del ordenamiento. Se reconoce así a la mujer un ámbito de libertad “razonable” para tomar una decisión autónoma y sin coerción alguna respecto de la continuidad o no de la gestación.

39 Art. 9.2.b) LAP: Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento". En ningún momento alude a una medida de apoyo representativa.

Por tanto, tras la Ley 8/2021 y el reconocimiento pleno de derechos de las personas con discapacidad, el consentimiento para interrumpir el embarazo debe prestarlo la persona con discapacidad siempre que haya sido informada y comprenda la situación con la ayuda de apoyos, si es preciso. SOLÉ RESINA defiende la supresión del consentimiento de los representantes legales en estos casos⁴⁰. El problema surge cuando la persona con discapacidad no puede consentir por no entender la repercusión del acto de interrupción del embarazo, ni asumir las consecuencias de este, ni siquiera con ayuda de apoyos, ni existe una trayectoria vital que interpretar y, a su vez, dispone de una medida de apoyo representativa en el ámbito personal. Creemos que, en estos supuestos tan extremos, si el embarazo supone un perjuicio para la persona con discapacidad y su futuro descendiente, debería decidir la medida de apoyo representativa, junto con el facultativo o comité de ética del centro y con autorización judicial, teniendo en cuenta el mayor beneficio para la vida y salud de la persona con discapacidad y del nasciturus (vid art. 9.6 LAP).

3. Investigación biomédica.

La Ley 14/2007, de 3 de julio de investigación biomédica, tiene como objetivo regular las investigaciones relacionadas con la salud humana que implique procedimientos invasivos, la donación y utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, etc. con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas, el tratamiento o almacenamiento de muestras biológicas, etc.

La ley hace referencia a las especialidades de la investigación en supuestos de menores y personas con discapacidad. En concreto dedica el art. 4 al consentimiento informado y parece admitir que la persona con discapacidad pueda consentir al señalar que la información se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades. Añade, en su apartado segundo, que "se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. La prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud. Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación". El propio precepto nos anuncia el carácter excepcional

40 SOLÉ RESINA, J.: "La esterilización", cit., p. 5.

del consentimiento del representante al decirnos que será necesario “siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación”.

La terminología debe adaptarse a la reforma de la Ley 8/2021, pues aún se hace referencia a la incapacitación legal y es preciso poner el acento en la persona con discapacidad en vez del representante.

Se tiene especial cuidado cuando la investigación recae en una persona con discapacidad. El art. 20, con una terminología que debe también adaptarse, protege a la persona con discapacidad y le hace partícipe de la investigación en la medida de sus posibilidades. Afirmar la norma que “la investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones: a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud. b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento. c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información. d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información establecida en el artículo 15. Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley”. Y cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de la persona con discapacidad, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de los requisitos b), c) y d), las siguientes condiciones: “a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable. b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante. c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

La norma se plantea incluso las situaciones de investigación en situaciones clínicas de emergencia⁴¹. Si la persona implicada no puede prestar su consentimiento deben cumplirse los siguientes requisitos: a) Que no sea posible

41 Según el art. 21.3 se consideran investigaciones en situaciones de emergencia, aquéllas en las que la persona no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de los representantes legales del paciente o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquél.

realizar investigaciones de eficacia comparable en personas que no se encuentren en esa situación de emergencia. b) Que en el caso de que no sea previsible que la investigación vaya a producir resultados beneficiosos para la salud del paciente, tenga el propósito de contribuir a mejorar de forma significativa la comprensión de la enfermedad o condición del paciente, con el objetivo de beneficiar a otras personas con la misma enfermedad o condición, siempre que conlleve el mínimo riesgo e incomodidad para aquél. c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal. En todo caso se respetará cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida por el médico responsable de su asistencia, por el investigador o por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro (art. 21).

La intervención del Ministerio Fiscal, médico asistente, investigador y Comité de Ética de la investigación pretenden dar protección al paciente con discapacidad y seguridad a la investigación, pero es un riesgo y más si la norma se plantea los casos en que no sea previsible que la investigación vaya a producir resultados beneficiosos para la salud del paciente, aunque tenga como finalidad mejorar la enfermedad. Creemos que en estos casos de situaciones clínicas de emergencia no es conveniente que se realicen investigaciones con pacientes con discapacidad. Solamente la persona con discapacidad debe decidir y otorgar el consentimiento, aunque sea con ayuda de apoyos.

4. Trasplantes y donaciones.

El tema se regula en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos, el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, sin olvidar los arts. 78 ss. LJV sobre los expedientes para la extracción y trasplante de órganos de un donante vivo y el art. 156 CP⁴².

A) Donante de órgano: Como requisito para la obtención de órganos procedentes de un donante vivo para su ulterior injerto o implantación en otra persona, el art. 4.1.b) de la Ley 30/1979 exige que “el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión”, añadiendo en el apartado c), al referirse al consentimiento, que “no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente”⁴³ [en sentido similar, art. 8.1.d)

42 Hay que tener también presente la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 7 julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante.

43 Este art. 4 fue reformado por la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad

RD 1723/2012⁴⁴]. Se excluye toda posible actuación de una medida de apoyo representativa, pues en esta actuación no se deriva ningún beneficio para la persona con discapacidad⁴⁵. El art. 156 CP considera que, en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, la responsabilidad penal no se exime si el consentimiento se ha emitido por una persona que “carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales”⁴⁶.

La normativa exige que el donante “goce de plenas facultades” (art. 4.1.b) Ley 30/1979) o en sentido negativo se advierte que “carezca absolutamente de aptitud para prestarlo” (art. 156 CP)⁴⁷. El adverbio “absolutamente” está graduando la discapacidad. Creemos que, si la persona con discapacidad es capaz de entender la relevancia del acto y consiente la donación de forma libre, puede ser donante. En este sentido, el art. 4.1.e) Ley 30/1979, apartado incorporado por ley 26/2011, advierte que “Si el donante fuese una persona con discapacidad que cumpla los requisitos previstos en los apartados anteriores, la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que le resulten accesibles y comprensibles a su tipo de discapacidad”, por lo que admite la posibilidad de que una persona con discapacidad con las características señaladas pueda consentir⁴⁸. Sin embargo, nunca podrá prestar el consentimiento la medida de apoyo representativa, por estar ante un acto personalísimo. Con dicha prohibición, se intenta evitar posibles abusos⁴⁹.

44 El art. 33.1.a).4.º, del RD 1723/2012 considera como infracción grave “La obtención de órganos de donante vivo en ausencia de cumplimiento de cualquiera de los requisitos previos establecidos en el presente real decreto, en particular los relativos a la mayoría de edad, facultades mentales, estado de salud y consentimiento”.

45 PARRA LUCÁN, M.A.: *La voluntad*, cit., p. 125.

46 Art. 156 CP: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

47 JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “Actuaciones sanitarias”, cit., p. 1601, considera que “salvo la existencia de contraindicaciones médicas, no parece que debiera haber obstáculo para que los incapacitados puedan servir como donantes *post mortem*”.

48 NÚÑEZ MUÑOZ, M. C.: “La incidencia de la adaptación a la Convención de las personas con discapacidad en los supuestos de donación de órganos y de médula: los donantes menores de edad”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 8, 2011, p. 353.

49 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 239, considera que “ni el curador ni ningún otro guardador puede otorgar el consentimiento en sustitución del sujeto necesitado de apoyos”. Defiende que el consentimiento es válido si lo presta una persona con necesidad de apoyo no representativo en el ejercicio de su capacidad, “si supera el control establecido en el expediente regulado en los arts. 78 a 80 LJV, que exige que a la solicitud de donación se acompañe el certificado médico sobre la salud mental y física del donante y otras garantías de respeto a la voluntad del donante, como el interrogatorio judicial personal, y la audiencia de los profesionales intervinientes en el proceso”. Además, puede implicar un beneficio para el donante si se trata de una donación cruzada o en cadena (p. 240).

En cuanto a la donación de células y tejidos humanos, tiene una regulación especial, similar a la descrita anteriormente, en el art. 7.I.IV del RD Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procedimiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, y se aprueba las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos⁵⁰, según la cual no podrán obtenerse células y tejidos de “personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal”. Como advertíamos con otras leyes, además de la necesidad de adaptar la terminología, consideramos que, si la persona con discapacidad puede otorgar el consentimiento por comprender el proceso, aunque sea con la ayuda de apoyos, es la que deberá prestarlo.

Respecto a la donación de sangre o sus componentes, una de las donaciones más habituales, se regula en el RD 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión, cuyo art. 6.2 afirma que la información a los candidatos a donantes se efectuará “en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad” (en sentido similar art. 9)⁵¹. No se regula en la norma la necesidad de que se trate de donantes con plena capacidad, por lo que nada impide que las personas con discapacidad sean donantes, siempre que se les informe y comprendan la información. Pero el Anexo I-B (Información mínima que el centro de transfusión ha de recabar de los donantes en cada donación) exige contestar un cuestionario y una entrevista personal. El donante debe firmar el cuestionario señalando que ha leído y entendido el material proporcionado y que ha dado su consentimiento con pleno conocimiento de causa, para proseguir con el proceso de donación. Y en el anexo I-A se informa al donante de la importancia del consentimiento informado. Por tanto, es la persona con discapacidad la que debe prestar el consentimiento informado, aunque sea con la ayuda de apoyos, pero no podrá actuar por él una medida de apoyo representativa.

B) Receptor de órganos: Respecto a la posibilidad de ser receptor de órganos el art. 6.I.c) Ley 30/1979 afirma la necesidad de que “el receptor exprese por escrito u otro medio adecuado a su discapacidad, su consentimiento para la realización

50 Supone la trasposición de la Directiva 2004/23/CE, de 31 de marzo de 2004 del mismo título.

51 Estas alusiones a las personas con discapacidad se incorporaron a través del RD 1276/2011, de 16 de septiembre.

del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, si estuviera incapacitado o en caso de menores de edad. En el caso de que el receptor sea una persona con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones. Tratándose de personas con discapacidad con necesidades de apoyo para la toma de decisiones, se estará a la libre determinación de la persona una vez haya dispuesto de los apoyos y asistencias adecuados a sus concretas circunstancias⁵². Se exige que sea el propio interesado receptor del órgano quien preste el consentimiento, si es preciso con las medidas de apoyos necesarias para la toma de decisión, es decir, con el consejo y ayuda de una persona de su confianza o entorno⁵³. Si la persona con discapacidad no puede consentir, la medida de apoyo deberá interpretar su voluntad teniendo en cuenta su trayectoria vital (art. 249 CC). Y si no fuera posible decidir en función de su trayectoria vital por impedirlo su enfermedad, debería poder decidir su representante junto con el facultativo en función del “mayor beneficio para la vida y salud del paciente” previsto en el art. 9.6 LAP⁵⁴. Además, el art. 6.I del Convenio de Oviedo sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina de 20 de octubre de 1999 relativo a los derechos humanos y la biomedicina, señala que “sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo”⁵⁵.

5. Cirugía transexual y rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas⁵⁶.

El art. 155 CP regula el delito de lesiones advirtiendo que, si ha mediado consentimiento informado válida, libre, espontáneo y expresamente emitido por el ofendido, se impone una pena inferior en uno o dos grados, sin embargo, no

52 Reformados por la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

53 PARRA LUCÁN, M.A.: *La voluntad*, cit., p. 126.

54 JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “Actuaciones sanitarias”, cit., p. 1601, antes de la Ley 8/2021 afirmaba que “el papel del representante legal no será el de sustituir en todos los casos al incapacitado, sino que se este tiene suficiente capacidad natural será preciso el consentimiento de ambos, no existiendo realmente una representación sino una expresión del deber de velar por el tutelado”. Ya en vigor la Ley 8/2021, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 240, considera que el consentimiento deberá prestarse por la medida de apoyo representativa junto con la voluntad de la persona con discapacidad.

55 El art. 20 del Convenio de Oviedo, tras prohibir la extracción de órganos de las personas con discapacidad, añade en su segundo apartado, que “de modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes: i) Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento. ii) Si el receptor es hermano o hermana del donante. iii) Si la donación es para preservar la vida del receptor. iv) Si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente. v) si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma”.

56 Sobre el tema hay que tener presente la normativa autonómica. Puede consultarse REYNAL REILLO, E.: *Consentimiento informado*, cit., pp. 171 y 172.

se considera válido el consentimiento otorgado por un menor o persona con discapacidad necesitado de especial protección. A continuación, el art. 156 CP, afirma que “el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de (...) cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”. Por tanto, por lo que a la discapacidad se refiere, en el caso de cirugía transexual se exige el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido, no siendo válido el prestado por personas que carezcan “absolutamente de aptitud para prestarlo” ni el prestado por su medida de apoyo representativa. A raíz de ello, las personas con discapacidad capaces de prestar el consentimiento por entender y comprender la intervención y ser ese su deseo, pueden consentir la intervención.

Consecuencia de la reasignación sexual, es la posible rectificación de la mención registral del sexo (cabe señalar que este asunto es una decisión personal ajena al ámbito sanitario).

Hasta el 2023, para solicitar la rectificación se exigía tener “nacionalidad española, mayor de edad⁵⁷ y con capacidad suficiente para ello” (art. 1 Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas). Los requisitos para acordar la rectificación se regulaban en el art. 4 de la ley 3/2007: era preciso que se hubiera diagnosticado disforia de género, y que la persona hubiera sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado⁵⁸, aunque no era “necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual”⁵⁹. Por tanto, la reasignación sexual era opcional, y a partir de la ley 8/2021 tenemos que entender que una persona con discapacidad podía someterse a la misma siempre que estuviera informada, comprendiera la intervención, consecuencias y prestara su consentimiento de forma libre y clara, aunque fuera con ayuda de la medida de apoyo.

57 La STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99), declaró la inconstitucionalidad de parte de este apartado, pero solo en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”.

58 Los tratamientos médicos de dos años para acomodar las características físicas a la identidad deseada no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

59 La Ley excluía de su ámbito de aplicación a las personas menores de edad, aunque tuvieran “suficiente madurez” y se encontraran en una “situación estable de transexualidad”, estuvieran o no emancipados. Esta omisión legal dio origen a la declaración de inconstitucional de su artículo 1.1, por STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99). El TS se pronunció en el mismo sentido en la STS 17 diciembre 2019 (ECLI:ES:TS: 2019:4217) aplicando la doctrina del TC. La Ley 4/2023 ha sido objeto del recurso de inconstitucionalidad, número 2428-2023, promovido por el Grupo Parlamentario Vox, contra varios de sus artículos.

Esta normativa ha sido reformada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁶⁰. En su art. 43.3, al regular la legitimación para solicitar la rectificación registral, señala que “Las personas con discapacidad podrán solicitar, con las medidas de apoyo que en su caso precisen, la rectificación registral de la mención de sexo”. Y durante el procedimiento de autodeterminación que se regula en el art. 44.11, señala que a las personas con discapacidad se les “garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales, que resulten precisas para que reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno de modo libre”⁶¹. Por tanto, las personas con discapacidad podrán solicitar la rectificación registral, con las medidas de apoyo, si fueran necesarias, tras recibir la adecuada información al respecto que les permita expresar su voluntad y consentimiento para la rectificación. La nueva ley en ningún caso se refiere a las medidas de apoyo representativas como legitimadas a promover el procedimiento, lo cual es coherente con el carácter personalísimo del proceso. En estos casos no cabe, por tanto, la actuación de la medida de apoyo con facultades representativas⁶².

60 A la ley 4/2023 se aplica subsidiariamente la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

Actualmente los requisitos para la rectificación registral, según el art. 4 de la Ley 3/2007 exigen acreditar: “a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado”. Para más información recomiendo el exhaustivo trabajo de HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: “El principio de autodeterminación de género. Apuntes prácticos sobre el procedimiento de rectificación de la mención registral relativa al sexo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20 bis, junio 2024, pp. 524 ss

61 En fecha de 20 de abril de 2022 el Pleno de El Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó por unanimidad el informe al anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Por mayoría, se ha acordado proponer que se eleve a los 18 años el límite de edad para que una persona pueda solicitar por sí misma la rectificación de la mención registral relativa al sexo. El art. 37.1 Anteproyecto establecía la edad de 16 años. (Puede consultarse <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-por-unanimidad-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI>).

62 Sin embargo, HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: “El principio de autodeterminación”, cit, pp. 540 y 541 considera que “Cuando la persona no pueda tramitar dicho cambio por sí misma, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 287 del Código civil, cuando establece que el curador que ejerce funciones de representación necesitará autorización judicial para los casos que determine la resolución judicial y, en todo caso, para: “Para realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma... [...]”. No cabe duda de que se trata de una decisión vital que toma la persona con enorme trascendencia personal, por lo que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la norma, correspondiendo al curador con facultades de representación colaborar para el adecuado ejercicio del derecho a la autodeterminación del género en igualdad de condiciones que el resto de las personas”.

6. Tatuajes, micropigmentación o piercings.

La normativa autonómica es abundante en la materia (la mayoría promulgada a inicios del presente siglo). Es preciso revisar la terminología de todas estas normas pues muchas se refieren a los “incapacitados” o “sentencias de incapacitación”. En casi la totalidad de las normas se reconoce la posibilidad de que las personas con discapacidad se sometan a estas prácticas:

– En unos casos debe consentir la persona con discapacidad y mediar el consentimiento por escrito del “tutor” o “representante legal” (art. 12 Decreto 5/2004, de 27 enero de Castilla la Mancha; art. 18 Decreto 285/2005, de 11 octubre del País Vasco). O se exige tener suficiente juicio y condiciones adecuadas de madurez y mediar el consentimiento informado del representante legal (art. 9.2 Decreto 181/2004, 30 noviembre de Extremadura). Otras autonomías se expresan en el mismo sentido diciendo que debe consentir la persona con discapacidad y, “además”, el representante del mismo (art. 4.2.II Decreto 17/2003, de 14 marzo de Murcia; art. 17 Decreto 43/2003 de 2 de mayo de las Islas Baleares).

-En otras comunidades debe prestarse el consentimiento por la propia persona con discapacidad “o” por su representante legal, “atendiendo a la extensión y los límites que determine la sentencia de incapacitación” (art. 12.3 Decreto 35/2005, 10 de marzo de Madrid).

En una redacción más adaptada a la nueva regulación, el Decreto 25/2023 de 24 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de los requisitos higiénico sanitarios de las actividades de tatuaje, micropigmentación, perforación y otras técnicas similares de decoración corporal del Principado de Asturias, tras señalar en el art. 14.1.a) que el establecimiento debe disponer de una cartel en el que se indique la exigencia de tener capacidad suficiente para prestar el consentimiento relativo al servicio contratado, añade en el art. 15.3 que “De acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, el consentimiento de las personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica deberá prestarse por ellas mismas o, en su caso, por la representación o con la asistencia de las personas que determinen dichas medidas”.

-Hay normas autonómicas que simplemente remiten a lo que se indique en la sentencia de incapacitación, sin precisar qué sucede si no existe dicha sentencia. En este sentido, en Cantabria, el art. 12.4 Decreto 72/2006, de 15 de junio de Cantabria⁶³ considera que debe estarse a lo que determine la sentencia de

63 Art. 12.4: En el caso de los incapacitados, la presentación por escrito del consentimiento informado para someterse a las prácticas previstas en el apartado a) del artículo 1 de este Decreto, quedará condicionada al alcance y límites de la sentencia que declara la incapacitación, reconociéndose el principio de respeto a la dignidad del incapacitado, como límite a la práctica de las citadas intervenciones

incapacitación garantizándose, en todo caso, el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad. En el mismo sentido el art. 6.3 Decreto 90/2008 de Cataluña, de 22 abril⁶⁴.

– En otras CCAA, solo puede consentir el representante legal de la persona con discapacidad (Anexo II del Decreto Foral 132/2002, de 17 junio⁶⁵; art. 7 Decreto 13/2004, de 15 enero, de Galicia⁶⁶; art. 10.3 Decreto 18/2004, de 5 de marzo de La Rioja⁶⁷; art. 22.2 Decreto 71/2017 de 20 junio, de Andalucía⁶⁸.

–También encontramos normas que no aluden siquiera a la persona con discapacidad, sino solo a los menores por lo que parece que las excluya: art. 4.2 Decreto 154/2004, de 9 noviembre de Canarias.

En algunas normas se obliga a garantizar, en todo caso, el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad como límite a la práctica de estas intervenciones (art. 12.4 Decreto 72/2006, de 15 de junio de Cantabria; art. 12 Decreto 90/2008, 22 abril Cataluña).

Es evidente que toda esta normativa debe reformarse a la luz de la Ley 8/2021 y permitir que la persona con discapacidad tome sus propias decisiones en estas actuaciones, si es necesario con la ayuda de una medida de apoyo, que en ningún caso puede sustituirla o representarla.

7. Reproducción asistida.

64 Art. 6.3 Decreto 90/2008: En el caso de personas incapacitadas, la presentación por escrito del consentimiento informado para someterse a las prácticas de tatuaje, micropigmentación y piercing ha de quedar condicionada al alcance y los límites de la sentencia que declare la incapacitación, y debe garantizarse, en todo caso, el respeto a la dignidad de la persona incapacitada como límite a la práctica de estas intervenciones.

65 En el anexo II sobre el modelo de ficha de registro de cliente de los establecimientos de tatuaje y piercing se señala que En caso de que el cliente sea menor o incapaz su representante legal, autoriza la aplicación.

66 Art. 7 Decreto 13/2004: “Para la realización de tatuajes, micropigmentaciones y piercing a los menores de edad e incapacitados es obligatorio informar debidamente a su representante legal que deberá dar su consentimiento por escrito. En todo caso, se atenderá al cumplimiento de las disposiciones establecidas para la protección del menor o incapacitado”.

67 Art. 10.3 Decreto 18/2004: “Los menores de 16 años y los incapacitados prestarán su consentimiento a través de su representante legal, padres o tutores. / Con relación a los mayores de 16 años que sean menores de edad, los padres o tutores deberán ser informados previamente y así constar de forma expresa”.

68 Art. 22.2 Decreto 71/2017: “El consentimiento informado de las personas incapacitadas deberá prestarse por sus representantes legales atendiendo a la extensión y los límites que determine cada sentencia de incapacitación”. En el apartado 3 se añade que “La persona aplicadora deberá negarse a realizar la técnica si faltase el consentimiento informado o si considera que la persona usuaria no está en condiciones físicas o psíquicas adecuadas para prestarlo”.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las técnicas de reproducción asistida se integran en el respeto a la vida privada y familiar regulado en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁹.

El art. 6.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, respecto a los usuarios de las técnicas manifiesta que “Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”, por lo que a primera vista parece excluir la validez del consentimiento de las personas con discapacidad o por representación⁷⁰.

Sin embargo, la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad reformó esta ley exigiendo criterios de formatos adecuados al informar al paciente con discapacidad. En este sentido, ahora en el mismo precepto referente a las usuarias de las técnicas se señala que: “La información y el consentimiento deberán efectuarse 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” [nuevo apartado cuarto del art. 6; lo mismo en los arts. 5.4, 11.7 y 15.1.a) Ley 14/2006⁷¹]. Además, la DA 5.ª Ley 14/2006 afirma que “las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades”. Por tanto, las personas con discapacidad pueden consentir someterse a técnicas de reproducción asistida⁷².

Cabe recordar el art. 3.1 Ley 14/2006 según el cual “Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables

69 Para un estudio más detallado, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *El derecho a la vida familiar*, cit., p. 199 y nota 360.

70 JIMÉNEZ MUÑOZ F.J.: “Actuaciones sanitarias”, cit., p. 1594, considera que “la capacidad de obrar exigible no tiene por qué ser absoluta, sino la precisa específicamente para esta finalidad, por lo que las discapacidades que no afecten a la maternidad o a la capacidad para el ejercicio de la patria potestad no necesariamente impedirá a la mujer ser usuaria de estas técnicas”. Para un estudio más profundo del tema puede consultarse 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*, núm. 10182, 2022.

71 Todos ellos también reformado por la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

72 En contra GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 241. Considera la autora que se excluye la validez del consentimiento por representación, “pero en este caso, entendemos que también la validez del prestado por la mujer provista de apoyo no representativo o de mera asistencia para el ejercicio de su capacidad que incluyan la toma de decisiones en el ámbito sanitario”, aportando interesantes argumentos a su posición. Sin embargo, advierte que debe ser matizada tal afirmación con lo que en cada caso disponga la resolución el acuerdo por el que se establezca la medida de apoyo.

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 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". El requisito para que puedan prohibirse las técnicas si suponen un riesgo para la salud física y psíquica de la mujer y descendencia es que deben ser graves.

Respecto a los donantes de gametos y preembriones, el art. 5.6 Ley 14/2006 usa una terminología que debería reformarse, pues manifiesta que "Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia". En cierto modo, la norma está limitando el derecho de las personas con discapacidad a ser donantes, pues es posible que haya bastantes casos en que su discapacidad sea hereditaria⁷³. Pero no debemos olvidar que, según la ley 14/2006, las técnicas de reproducción asistida no solo pretenden remediar la infertilidad, sino que también pueden usarse en circunstancias delicadas como "en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético" (art. 12) y con fines terapéuticos para terceros (art. 13). En estos casos también debe ser la persona con discapacidad la que debe ser informada y consentir el uso de las técnicas, con la ayuda de las medidas de apoyo, si fuera preciso, pero sin que pueda ser sustituida su voluntad por parte de su representante, si lo hubiera.

Consideramos que las personas con discapacidad pueden someterse a técnicas de reproducción y ser donantes de gametos y preembriones con las exigencias de la ley, siendo necesario que se las informe⁷⁴, con medidas de apoyo si es preciso, y consintiendo ellas mismas al respecto. Si la persona con discapacidad fuera incapaz de entender lo que implica el sometimiento a dichas técnicas y sus repercusiones o ser donante de gametos o preembriones, aunque dispusiera de medidas de apoyo

73 Hay que ser prudente con estas afirmaciones. Como se pone de manifiesto en II Plan integral de acción de mujeres con discapacidad (2013-2016), CERMI, Madrid, diciembre 2013, p. 99: en "el caso de las mujeres con discapacidad, la reproducción además, es un tema considerado tabú ya que en el imaginario colectivo –y especialmente desde la perspectiva médica– una mujer con discapacidad sigue siendo considerada un cuerpo que debe ser controlado y su reproducción vigilada, ya que existe el riesgo de que las disfuncionalidad que supuestamente representa la presencia de una discapacidad se transmita como herencia. Este pensamiento permea las prácticas eugenésicas en esta disciplina. La primera crítica al respecto se centraría así en sacar del centro del análisis a la propia discapacidad entendida como patología, de tal forma que cualquier problema de salud no sea relacionado necesariamente con ella".

74 Como advierte REYNAL REILLO, E.: *Consentimiento informado*, cit., pp. 162 y 163, el derecho de información incluye informar sobre las técnicas, sus riesgos y posibilidades de éxito, también se informará de los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de las técnicas y también, económicos.

con facultades representativas, no podría someterse a dichas técnicas por tratarse de un acto personalísimo⁷⁵.

8. Esterilización.

Ya se ha advertido con anterioridad que según la CNUDPD las personas con discapacidades deben tener acceso, en condición de igualdad con los demás, a todas las formas de atención de la salud sexual y reproductiva (artículo 25) como parte del derecho general a casarse, formar una familia y conservar su fertilidad (artículo 23).

Se entiende por esterilización aquel proceso dirigido a impedir la procreación y cuyo efecto es el resultado de no poder tener descendencia biológica. Se trata, pues, del derecho a decidir no tener hijos, lo cual significa que es algo que una persona debe meditar y decidir por sí misma sin que nadie pueda mediar en tal determinación, y mucho menos alguien puede decidir sobre el derecho que tiene otra persona de crear una vida humana. Por lo tanto, toda intervención tendente a la esterilización ha de ser consentida por quien se va a someter a ella, al encontrarnos claramente ante un derecho personalísimo del cual nadie, sino es uno mismo, puede disponer.

Según el art. 156 CP, reformado por la LO 2/2020 de 16 diciembre, de modificación del Código penal para la erradicación de la esterilización forzada y no consentida de las personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, no puede consentir la esterilización la persona que “carezca *absolutamente* de aptitud” para prestar el consentimiento y tampoco se admite el consentimiento prestado por representante⁷⁶. Como señala SOLÉ RESINA “la esterilización es un acto personalísimo del ejercicio de derechos fundamentales que no admite representación, por lo que nadie más que la propia persona afectada ha de poder consentir su esterilización”⁷⁷.

Sería oportuno regular expresamente la prohibición de la esterilización forzosa de las personas con discapacidad, al chocar frontalmente con el art. 23 CNUDPD⁷⁸. Y sería necesario garantizarles los apoyos necesarios para que puedan someterse

75 En el mismo sentido, JIMÉNEZ MUÑOZ F.J.: “Actuaciones sanitarias”, cit., p. 1594, “en este ámbito nos apartaríamos de la regla general de prestación del consentimiento por representación, quedando excluido el consentimiento del representante legal”.

76 Con la anterior regulación del art. 428 CP se planteó su inconstitucionalidad, por la STC 215/1994, de 14 julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto). No prosperó, aunque se formularon cuatro votos particulares.

77 SOLÉ RESINA, J.: “La esterilización”, cit., p. 8. La autora realiza un buen estudio de la regulación anterior del CP así como de la necesidad de revisar el tratamiento del consentimiento informado de las personas con discapacidad.

78 La esterilización involuntaria puede tener como efecto ocultar los efectos del abuso sexual y no es una forma de proteger a las personas con discapacidad del abuso o actos sexuales no consentidos (PARRA LUCÁN, M.A.: *La voluntad*, cit., p. 124).

voluntariamente a esta clase de procedimientos en condiciones de igualdad con el resto de personas.

En todo caso, la norma solo excluye el caso de personas que “carecen absolutamente de aptitud” para prestar el consentimiento, es decir, los supuestos de personas que no pueden entender lo que implica la esterilización, ni siquiera con la ayuda de apoyos (ya hemos visto que se trata de un adverbio que se repite en diversas leyes sanitarias). En estos casos estas personas no pueden someterse a una esterilización.

Sin embargo, el problema de excluir la actuación de la medida de apoyo con facultades representativas es que pueden generarse embarazos indeseados de las personas con discapacidad. Quizás como medida preventiva, en casos muy excepcionales como el caso en que la persona con discapacidad sufra una conducta sexual compulsiva y que sea incapaz de asumir las consecuencias, sería conveniente que la medida de apoyo con facultades representativas, junto con el facultativo y con autorización judicial, pudieran consentir que la persona con discapacidad se someta a un tratamiento médico específico para ello, distinto a la esterilización (con ello se podrían evitar también algunas enfermedades de transmisión sexual). De este modo no se privaría a la persona con discapacidad de un método anticonceptivo y del derecho a la libertad sexual. Pero repito, debe tratarse de casos muy muy excepcionales y perjudiciales para la persona con discapacidad sin llegar a la esterilización⁷⁹.

9. Eutanasia.

La LO 3/2021 24 marzo, de regulación de la eutanasia regula un derecho que aparentemente corresponde a toda persona: el de morir ante la inexistencia de un deber constitucional de imponer la vida, aunque no tiene la categoría de derecho fundamental. Además, es un derecho no del todo independiente puesto que se vincula a una normativa sanitaria ya existente⁸⁰. El art. 4.2 LO 3/2021, afirma que “La decisión de solicitar la prestación de ayuda para morir ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada

79 GUILARTE MARTIN-CALERO, C.: *El derecho a la vida familiar*, cit., pp. 184 a 187 antes de la Ley 8/2021 proponía de lege ferenda que la persona con discapacidad y capacidad natural in concreto pueda consentir la esterilización con autorización del juez que reforzara la actuación válida y eficaz de la persona con discapacidad. Si no existiera tal capacidad natural la esterilización debe ser la última ratio y propone acudir a la autorización legal supletoria con salvaguardias, con dictamen de dos especialistas, informes sociales, intervención del ministerio fiscal, audiencia del entorno familiar y examen de la persona implicada. PANTALEÓN DÍAZ, M.: “Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?”, *Diario La Ley*, núm. 9773, 19 enero 2021, p. 7 se muestra acorde con la reforma del Derecho alemán &1905 en el que se exige para la autorización judicial de la esterilización que se cumplan los siguientes requisitos: una discapacidad permanente, riesgo de que se produzca un embarazo, pronóstico de que dicho embarazo suponga un peligro para la vida y que el embarazo no pueda evitarse por otras vías. Considera que la prohibición del 156 CP está excluyendo del uso de este método anticonceptivo a las personas con discapacidad que no pueden consentir.

80 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Consentimiento y autonomía”, cit., pp. 269 y 270.

en el conocimiento sobre su proceso médico, después de haber sido informada adecuadamente por el equipo sanitario responsable. En la historia clínica deberá quedar constancia de que la información ha sido recibida y comprendida por el paciente”⁸¹.

Por su parte, el art. 5 LO 3/2021, establece que para poder recibir la prestación de ayuda para morir es necesario ser mayor de edad y ser “capaz y consciente” en el momento de la solicitud (art. 5.1.a). Como nos advierte GETE-ALONSO Y CALERA⁸², la exigencia de capacidad, sin consideración a la ley 8/2021, parece “como si una persona mayor de edad pudiera estar incapacitada”, lo que tras la ley 8/2021 ya no es posible. Añade la autora que el requisito de la “consciencia” significa que “tenga un conocimiento reflexivo de la realidad en la que está y del alcance de sus actos. Una noción de capacidad que, bien puede decirse, mezcla conceptos jurídicos con los de la medicina”.

Pero si el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, si ha suscrito con anterioridad un “documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos” y si, además, sufre una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante certificada por el médico, se le podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento (art. 5.2). DOMÍNGUEZ LUELMO afirma que “Dentro de este supuesto están las personas que se encuentran en una ‘situación de incapacidad de hecho’, que es definida en el art. 3.h) como aquella en la que ‘el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica’. La parte final de esta definición ha tenido en cuenta la tramitación paralela en sede parlamentaria del Proyecto 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”⁸³.

81 Se añade en el art. 4.3 LO 3/2021 que “En los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las personas solicitantes de la prestación de ayuda para morir reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas”.

82 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Consentimiento y autonomía”, cit., p. 271. La autora se lamenta de la falta de coordinación entre la ley 3/2021 y la ley 8/2021, señalando que la solicitud de la prestación de ayuda para morir solo se regula con relación a las personas mayores de edad “y muy torpemente en relación con las personas con discapacidad” (p. 273).

83 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir”, en C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo 2021, p. 125. Interesante las reflexiones del autor a la terminología usada por el legislador, especialmente a la “incapacidad de hecho” (p. 126).

En cuanto a las personas con discapacidad, se hace mención especial en el art. 4.3.II LO 3/2021 al afirma que “se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico”.

Por tanto, la persona con discapacidad, si es capaz de entender por ella misma y es consciente de la situación podría solicitar la eutanasia, incluso con ayuda de apoyos. Así pues, respecto a las personas mayores de edad no ha de haber diferencia por razón de capacidad, por lo que si la persona con discapacidad, con los apoyos precisos, entendiera las consecuencias del acto que solicita no debe estar excluida de recibir esta prestación⁸⁴.

Sin embargo, si la persona con discapacidad no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad (si existe una incapacidad de hecho), no podrá solicitarse la ayuda a morir ni podrá suplirse el consentimiento a través de su medida de apoyo, aunque tenga funciones representativas⁸⁵, excepto, como se ha dicho, que la persona con discapacidad hubiera suscrito un documento de instrucciones previas o equivalente al respecto, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir según lo dispuesto en dicho documento⁸⁶. Y si nombró representante en dicho documento, éste será el interlocutor, es decir, no es un representante en sentido estricto, sino que es quien transmite su voluntad⁸⁷.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

84 En el mismo sentido, GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Consentimiento y autonomía”, cit., p. 272 y añade que en el caso de que la persona con discapacidad mayor de edad “tenga designada una medida de apoyo cuyo ámbito de actuación incida en la esfera personal, se habrá de estudiar su contenido para comprobar si, para tomar la decisión que lleve a la emisión del consentimiento (la solicitud) es necesario que cuente con el apoyo” (p. 274).

Sin embargo, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 245, afirmar: “creo que la norma está excluyendo la posibilidad de que las personas necesitadas de apoyo para la determinación de su voluntad en el ejercicio de su capacidad puedan solicitar la prestación de ayuda a morir”. Compartimos la opinión de la autora respecto a que no cabe la posibilidad de solicitar la eutanasia si la persona con discapacidad carece de entendimiento y voluntad suficiente y la medida de apoyo intenta *determinar su voluntad*. Si así fuera, estaríamos ante una influencia indebida. A la medida de apoyo solo le compete acompañar, ayudar a desvelar dudas, asistir, pero nunca determinar su voluntad. La voluntad de la persona con discapacidad ya debe estar formada a raíz de sus deseos, voluntades y preferencias.

85 En el mismo sentido GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Consentimiento y autonomía”, cit., p. 271, aunque “si la incapacidad fuera temporal se ha de esperar a que desaparezca la situación que la provoca”.

86 Ahora bien, como nos advierte DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Voluntades anticipadas”, cit., p. 121, “Cuando la persona está en una situación de incapacidad de hecho y ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, solicitado la prestación de ayuda para morir, parece necesario extremar el rigor en cuanto a la constancia de una voluntad libre, emitida por una persona con capacidad suficiente”. Y en la p. 149 reflexiona sobre la necesidad de que la voluntad declarada en un documento de voluntades previas fuera preciso renovarla, pues los avances de la medicina quizás hubieran influido en el paciente. Es por ello que considera que “se podría plantear prescindir de la misma [*la voluntad del paciente en el documento de instrucciones previas*] cuando en el momento en que se plasmó no se tuvieron en cuenta los avances científicos para determinados tratamientos. De ahí que, ante la trascendencia de la decisión que se adopte, la LAP imponga que quede constancia razonada de estas circunstancias en la historia clínica”.

87 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Consentimiento y autonomía”, cit., p. 272.

Los derechos reflejados en las anteriores leyes sanitarias y otros derechos, como el cambio de apellidos, la posibilidad de adoptar, cambiar de residencia, etc., nos han conducido al espinoso tema de los derechos personalísimos⁸⁸. En la CNUDPD hay una proclamación del reconocimiento de la titularidad y de la posibilidad del ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad.

Ante derechos personalísimos, el único legitimado para decidir es la persona afectada, en nuestro caso la persona con discapacidad, que a veces deberá contar con una medida de apoyo para que le ayude a comprender y entender la situación ante la que se enfrenta y los efectos de su decisión. Pero nada más. Es un apoyo “restaurador” de la voluntad, su función no debe ser intuir. Cuando los derechos son personalísimos, las medidas de apoyo, nunca serán medidas sustitutivas o representativas, pues no es esta su función. La medida de apoyo, tienen un fin asistencial con el propósito de que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos siendo conscientes de cada situación en concreto y sus repercusiones. Su actuación va desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de la declaración de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad (Preámbulo III, Ley 8/2021). Como afirma SOLÉ RESINA⁸⁹ “no hay espacio, para el consentimiento por representación bajo el paraguas de la Convención (...). Y ello se cohonesto con la imposibilidad del ejercicio de los derechos personalísimos por los representantes legales”⁹⁰.

Solo puede decidir la persona con discapacidad y lo importante es que pueda construir una voluntad propia suficiente para el acto de que se trate⁹¹. Con ello

88 ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario al art. 287 CC”, cit., p. 526, se plantea la duda de si se excluyen del art. 287.1.º CC los actos personalísimos (y no se podrían realizar) o si entran en el régimen del precepto.

El art. 147 del Código civil portugués, reformado por la Ley 49/2018 de 14 de agosto de 2018, Cria o regime jurídico do maior acompanhando, eliminando os institutos da interdição o da inhabilitação, anuncia que el ejercicio de los derechos personales y la ejecución de los negocios de la vida cotidiana son libre por parte de la persona acompañada, excepto que la ley o una sentencia dispongan lo contrario y enumera en el apartado segundo estos derechos personales: - “São pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar”.

89 SOLÉ RESINA, J.: “La esterilización”, cit., p. 6.

90 Vid. también GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario art. 287 CC”, cit., p. 797. Sin embargo, ANDREU MARTÍNEZ, M.B.: “Discapacidad”, cit., p. 126, defiende que en estos supuestos de “especial trascendencia” (reproducción asistida, extracción y trasplante de órganos, etc.), “no debe, sin embargo, eliminarse completamente la actuación ‘sustitutiva’ de un tercero, adaptándose para ello las salvaguardas adicionales que fueran precisas”.

91 PARRA LUCÁN, M.A.: *La voluntad*, cit., p. 131 afirma que la Ley 26/2011 introdujo puntualmente la prestación del consentimiento por el propio interesado con los apoyos necesarios para ser receptor de órganos o para prestar consentimiento informado. En los demás casos los apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad intelectual no se han llegado a detallar. Falta en nuestro ordenamiento la proclamación general de un principio que establezca que para los actos de carácter personal debe estarse a la capacidad natural de la persona con discapacidad. Y tampoco contamos con una norma que determine qué actos no podrán otorgarse nunca con representación por ser personalísimos, de modo que siendo

se consagra el criterio de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad como único estándar de intervención y actuación. Debe ser un consentimiento libremente formado y claro, sin que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida⁹² (art. 250.7 CC).

Llegados a este punto no debemos olvidar dos aspectos.

El primero es que en ciertas ocasiones en que la persona con discapacidad no pueda expresar de ningún modo su consentimiento, ni se conocen sus deseos, voluntades o preferencias, ni sea posible construir su trayectoria vital, a veces, en estos casos tan excepcionales, sería conveniente buscar otro estándar de actuación como la intervención de la medida de apoyo representativa junto con el facultativo y la autorización judicial. Su intervención sólo sería legítima en los casos muy excepcionales en los que la no actuación de estos generara un perjuicio para la persona con discapacidad. Pensemos, en el sometimiento de la persona con discapacidad a un ensayo clínico que pueda ser beneficioso para su enfermedad; en estos casos las medidas de apoyo representativas junto con los facultativos deberían decidir en función del criterio o estándar del “mejor beneficio para la vida y salud de la persona con discapacidad”⁹³. De lo contrario, supondría una discriminación y un perjuicio para ellas.

El segundo aspecto que no podemos olvidar es que la LAP en su art. 9.2 manifiesta que los médicos pueden llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente *sin necesidad de contar con su consentimiento* en dos casos: a) cuando existe un riesgo para la salud pública y b) “cuando existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible

necesaria una decisión y careciendo de suficiente juicio el interesado, sea precisa una intervención judicial (p. 133).

- 92 AMUNATEGUI 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. 42, respecto a la influencia indebida afirma que “engloba una serie de situaciones varias que no llegan exactamente a la gravedad de los vicios del consentimiento que se mencionan en el Código situándose entre una especie de dolo o de intimidación, pero sin su intensidad, teniendo en cuenta que la vulnerabilidad del sujeto lo hace proclive a sufrir este tipo de influencias”. Para un estudio de la influencia indebida, VAQUER ALOY, A.: “Libertad de disponer y testador vulnerable”, en AA.VV. *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, (coords. por M. CUENA CASAS, L. A. ANGUITA VILLANUEVA, y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1802 ss.
El problema es detectar la influencia indebida. Pensemos que el consentimiento lo presta la persona con discapacidad al médico, quizás con la presencia de una medida de apoyo. Por tanto, tres personas, de las cuales el médico, si observa alguna maniobra o posible influencia indebida, debería comunicarlo al juez y no proceder a la intervención.
- 93 PEREÑA VICENTE, M.: “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardas*, (dir. por PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2018, p. 139, es defensora de consagrar el interés superior de la persona con discapacidad como estándar de actuación junto con la voluntad de la persona con discapacidad. Ello con una doble función: como estándar o criterio secundario de actuación en aquellos supuestos en los que es imposible conocer la voluntad o sean voluntades contradictorias o cambiantes, y como criterio moderador o límite de la voluntad claramente manifestada, cuando esta genera un grave perjuicio para la persona, aunque lo difícil será establecer dónde está el límite en estos casos.

conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él". Debe de interpretarse de un modo muy riguroso esta última regla, para que no sea un camino para esquivar los deseos, preferencias y voluntad de las personas. Se trata de casos límite y solo para los supuestos en que la persona carezca absolutamente de toda capacidad de conocer lo que comporta la intervención y sus consecuencias⁹⁴.

En la línea de lo expuesto, en Francia y Bélgica se reformaron por ley 2007-308 de 5 de marzo de 2007⁹⁵ y por ley de 17 de marzo de 2013⁹⁶, respectivamente, su normativa para adaptarla de la CNUDPD. En estos ordenamientos el juez debe pronunciarse acerca de la capacidad de las personas para actuar en ámbitos personales (residencia, cambio de apellidos, consentir un trasplante, etc.). Establecen normas en las que se enumeran actos que, por ser estrictamente personales, solo pueden ser decididos por el propio interesado, nunca por representantes o asistentes (el art. 497/2 CC belga enumera 26 actos que no pueden realizar el asistente o representante de la administración, como la esterilización, cambio de sexo, solicitud eutanasia, interrupción del embarazo, etc.)⁹⁷.

Fuera de estos actos rigurosamente personales, la ley francesa establece que la persona con discapacidad debe adoptar las demás decisiones relativas a la persona en la medida en que su estado lo permita (capacidad natural). Solo en defecto de la capacidad natural se acude a la representación o asistencia y a veces con previa autorización del juez o consejo de familia de acuerdo con las normas reguladoras de las instituciones de guarda.

94 PARRA LUCÁN, M.A.: *La voluntad*, cit., pp. 127 y 128.

95 La ley francesa se completó con la Ordonnance n. 2015-1288 de 15 de octubre de 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille y ya existe una Comisión interministerial para una posterior reforma, vid. PEREÑA VICENTE: "La protección", cit., p. 133.

96 Loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine.

97 Como advierte PARRA LUCÁN, M.A.: *La voluntad*, cit., p. 106, "Fuera de estos actos rigurosamente personales, la ley francesa establece que la persona protegida debe adoptar las demás decisiones relativas a la persona en la medida en que su estado lo permita. Se trata de una llamada a la capacidad natural. Solo en defecto de esta, o cuando esta no es plena, se acude a la representación o a la asistencia del interesado por la persona encargada de su protección y previa autorización del juez o del consejo de familia". Sin embargo, la ley francesa genera también problemas, como se puso en evidencia en la Sentencia del Tribunal de casación francés de 8 de octubre de 2008, comentada por PEREÑA VICENTE, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica: Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 100, 4, 2016, p. 27.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.: "La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico", en AA.VV.: *Tratado del Derecho civil*. Tomo II: Normas civiles y Derecho subjetivo, (dir. por J. RAMS ALBESA), Iustel, Madrid, 2013.

ÁLVAREZ LATA, N.: "El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (comentario y alcance de la STC 311/2000, 18 diciembre)" *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre 2001.

ÁLVAREZ LATA, N.: "Comentario al art. 27 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil*, (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 5.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

AMUNATEGUI 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.

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 AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, (coords por M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "El deterioro cognitivo de la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 45, 2019.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES: "La aplicación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) en relación al consentimiento informado de las personas con discapacidad intelectual con capacidad jurídica modificada", *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, septiembre 2016.

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*, núm. 10182, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad interpretados por la reciente jurisprudencia", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad interpretados por la reciente jurisprudencia", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por

J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, y coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS, A. BUENO BIOT), 2022.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Cívitas, Madrid, 1984.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir", en AA.VV.: *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, (ed. C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo 2021.

ELIZARI URTANSUN, 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*, núm. 30, enero/diciembre 2016.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", Artículo monográfico, *Editorial Jurídica SEPIN*, SP/DOCT/114070, junio 2021.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 25, 2021.

GETE-ALONSO CALERA, M. C.: "Consentimiento y autonomía de la persona menor discapacitada en el derecho a morir", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para la persona con discapacidad*, (dirs. por G. CERDEIRA BRAVO DE MURILLO Y M. GARCÍA MAYO), Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

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*, núm. 39, 2021.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Reus, Madrid, 2019.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Comentario al art. 287 CC", en 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, Cizur Menor 2021.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: "El principio de autodeterminación de género. Apuntes prácticos sobre el procedimiento de rectificación de la mención registral relativa al sexo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20 bis, junio 2024.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: "Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y el papel del guardador legal", *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm.. 744, 2014.

LUQUIN BERGARECHE, R.: "Medicina personalizada y uso secundario de datos de salud para fines de investigación: algunas cuestiones", *Cuadernos de Derecho privado*, 8, enero-abril 2024.

MUNAR BERNAT, P.: "Comentario al art. 287 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, (dirs por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

NÚÑEZ MUÑOZ, M. C.: "La incidencia de la adaptación a la Convención de las personas con discapacidad en los supuestos de donación de órganos y de médula: los donantes menores de edad", *Revista de Derecho UNED*, núm. 8, 2011.

PALLARÉS NEILA, J.: "El ejercicio de la nueva curatela", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio*, (dir por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PARRA LUCÁN, M.A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisiones en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

HERRING, J.: *Medical Law and Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

PANTALEÓN DÍAZ, M.: "Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?", *Diario La Ley*, núm. 9773, 19 enero 2021.

PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018.

PEREÑA VICENTE, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica: Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 100, 4, 2016.

PEREÑA VICENTE, M.: "La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad", en AA.VV.:

La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardas, (dir. por M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2018.

REYNAL REILLO, E.: *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

RIBOT IGUALADA, J.: "Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica", en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, (coord. por M.C. GETE-ALONSO CALERA), Marcial Pons, Madrid 2020.

RIUS ACEBES, L, ORTÍZ FERNÁNDEZ, M., OROZCO BELTRÁN, D., y COMPAÑ ROSIQUE, A.F.: "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", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, febrero 2024.

SANCHO GARGALLO, I.: "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *InDret*, núm. 2, 2004.

SOLÉ RESINA, J.: "La esterilización no consentida de personas con discapacidad", *Actualidad civil*, núm. 5, Sección Persona y Derecho/A fondo, mayo 2019.

VAQUER ALOY, A.: "Libertad de disponer y testador vulnerable", en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, (coords. por M. CUENA CASAS, L.A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013.

VIVAS TESÓN, I.: "Curatela y asistencia", en A.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, (dir. por P. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, 2021.



ESTADO ACTUAL DE LA EMANCIPACIÓN

CURRENT STATUS OF EMANCIPATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 258-303

Pablo
MURUAGA
HERRERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de julio de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: La emancipación es una institución jurídica a la que cada vez se acude menos en el ordenamiento jurídico español. La realidad deja patente que sus utilidades se han ido reduciendo de manera simultánea a la rebaja de la mayoría de edad y al aumento del ejercicio de los derechos por parte de los menores de edad no emancipados. Así, nos encontramos con la singularidad de que en el régimen de la edad continuamos teniendo un estadio intermedio entre la menor edad y la mayor edad, pero que cada vez es menos usado. No obstante, de manera puntual, aparecen ciertos casos en los que la emancipación se ve envuelta de una nueva funcionalidad, haciendo que nos planteemos si es solo la excepción que confirma la regla de su —próxima— desaparición o un nuevo camino que puede implicar su revitalización. Con todo, el nuevo modelo de capacidad instaurado a partir de la Ley 8/2021 hace necesario que revisemos cuál es el estado actual de la emancipación y cuáles son los actos que, efectivamente, los menores emancipados pueden y no pueden llevar a cabo ante una legislación poco clara y envuelta de ambigüedades y de grises.

PALABRAS CLAVE: Emancipación; menor emancipado; capacidad, aceptación de la herencia.

ABSTRACT: *Emancipation is a legal institution that is less and less used in the Spanish legal system. Reality makes it clear that its usefulness has been reduced simultaneously with the lowering of the age of majority and the increase in the exercise of rights by non-emancipated minors. Thus, we find ourselves with the singularity that in the age regime we continue to have an intermediate stage between the age of majority and the age of minority, but that is increasingly less useful. Nevertheless, occasionally, certain cases appear in which emancipation is enveloped in a new functionality, making us ask ourselves whether it is only the exception that confirms the rule of its —near— disappearance or a new path that may imply its revitalization. Overall, the new model of capacity established by Law 8/2021 makes it necessary to rethink the current state of emancipation and the acts that emancipated minors can and cannot carry out in the face of legislation that is unclear and shrouded in ambiguities and grey areas.*

KEY WORDS: Emancipation; emancipated minor; capacity; acceptance of the inheritance.

SUMARIO.- I. EL JOVEN QUIERE SER MAYOR —Y VICEVERSA—: REFLEXIONES SOBRE LA EDAD Y SU ADELANTO.- II. EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA EMANCIPACIÓN.- I. Concepto y regulación.- 2. Su significado.- A) Su razón de ser histórica.- B) Búsqueda de un significado en la actualidad.- III. ACTOS QUE PUEDE REALIZAR EL MENOR EMANCIPADO.- I. Cuestiones sobre su capacidad de obrar: una regla general y una serie de limitaciones.- 2. Un catálogo de actos.- 3. Sobre la posibilidad de aceptación de la herencia.-

I. EL JOVEN QUIERE SER MAYOR —Y VICEVERSA—: REFLEXIONES SOBRE LA EDAD Y SU ADELANTO.

La relación del hombre con la edad es paradójica o, al menos, lo parece. El joven quiere ser mayor —o, dicho sin rebozo, viejo— y este, a su vez, quiere ser joven. Se han hecho juramentos eternos, como si se fuera el mismísimo Dorian, para mantenerse alejado de la senectud, pues, siguiendo los pasos de Ponce de León, hemos buscado inagotablemente la forma de retornar al mancebo que, frente al inexorable paso del tiempo, nada pudo hacer. A la par, los infantes, anhelosos y ansiosos por sentirse mayores, han buscado y buscan, más bien, por ensalmo, la forma de adelantar los rituales de paso¹ y poder realizar todo aquello que les es prohibido, cautivados por el encanto de lo proscrito y bajo la soflama de la madurez. Toda sociedad y cultura a lo largo de la historia ha tenido ese momento en el que la persona transmuta de joven a adulta y a la niñez solo se podrá volver cuando la saudade nos invada: desde el judío Bar y Bat Mitzvah al Rumspringa amish, pasando por las danzas del Sol de algunos pueblos nativoamericanos, los quinceañeros de otras tantas culturas o, por qué no, los extintos quintos españoles, cuya significación ha sido asumida hoy por el decimoctavo cumpleaños.

La vida del ser humano gira en torno a la edad, entendiendo por ella “el periodo de tiempo de existencia de una persona, que va desde su nacimiento hasta el momento de su vida que se considere”². Ahora bien, la importancia que socialmente se atribuye a esta, así como a la integración en ellas de cada persona, aparentemente choca con la poca atención que el Derecho privado positivado ha prestado a esta cuestión. Si bien esto es una simple apariencia, puesto que el Código Civil español está repleto de referencias a la edad como requisito o como condición para determinados actos, contratos o instituciones, o a partir de las cuales

1 Sobre esta cuestión es fundamental la obra de GENNER, A. VAN: *Los ritos de paso*, Alianza, Madrid, 2013, *passim*. En ella, este autor desarrolló por primera vez desde el punto de vista antropológico y etnográfico esta serie de pasos o rituales que determinan el avance del ser humano por las distintas etapas, fases o edades de la vida, pues “[l]a vida individual, cualquiera que sea el tipo de sociedad, consiste en pasar sucesivamente de una edad a otra y de una ocupación a otra. Allí donde tanto las edades como las ocupaciones están separadas, este paso va acompañado de actos especiales” (p. 15).

2 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 15.ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 250.

se otorgan al hombre particulares derechos, deberes y obligaciones de los que antes no era titular³. Además, se centra en su Título X de su Libro I en la mayoría de edad y en la emancipación, puesto que la preocupación del legislador fue “identificar quién ostenta plenamente (o casi plenamente) la condición de sujeto del derecho”⁴. Es decir, se ocupa de la juridificación del ritual de paso.

En todas las sociedades con estos ritos se ha representado la adquisición por parte del infante de la plena madurez, equiparándose a todos los efectos con sus mayores. La edad para el Código Civil implica eso mismo: un determinado momento en el que el ser humano de corta edad puede llevar a cabo —de manera legal— todo lo que realizan los de más edad, presumiéndose —o asumiéndose— que a los dieciocho años —en el caso de España⁵— la persona es adulta con todas sus consecuencias, tal y como se desprende de los arts. 240, 246, 1902 y 1903 CC. En nuestro ordenamiento jurídico, entre las diferentes opciones, se tomó como regla general que el rito de paso consistiera en el alcance de una determinada edad, atribuyéndosele a la persona, salvo excepciones, plena capacidad de obrar —o, de acuerdo con la terminología actual, tras 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, el pleno ejercicio de su capacidad jurídica—⁶, aunque con anterioridad a los menores se les vaya

3 Entre otros, los arts. 14, 19, 20, 21, 23, 43, 46, 52, 60, 75, 81, 82, 90, 92, 109, 112, 121, 142, 156, 157, 159, 160, 161, 164, 165, 166, 172, 172.ter, 173, 175, 176.bis, 177, 178, 180, 199, 223, 231, 235, 254, 255, 271, 275, 443, 516, 663, 681, 688, 689, 701, 756, 775, 879, 893, 903, 970, 1059, 1060, 1163, 1263, 1267, 1299, 1301, 1302, 1304, 1314, 1329, 1338, 1548, 1716, 1764, 1765, 1798, 1824 o 1903 CC.

4 VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 244.

5 Sobre esta cuestión y sobre su establecimiento en el ordenamiento jurídico español, vid. VILLANUEVA TURNES, A.: “La mayoría de edad. Art. 12 de la Constitución Española de 1978”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 65, núm. 2, 2017, pp. 321-348; RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, pp. 129-154.

6 Respecto de este cambio de denominación, se ha de tener en cuenta que, en primer lugar, la dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar fue una creación doctrinal para aclarar la realidad jurídica y capacitiva de las personas en aquellos momentos en que el ordenamiento jurídico establecía ciertas limitaciones al ejercicio de las relaciones jurídicas en las que fueran parte —v.gr. menores no emancipados—. En segundo lugar, la antigua denominación no buscaba la discriminación de las personas a las que el ordenamiento jurídico impusiera alguna limitación en el ejercicio de su capacidad, sino todo lo contrario: su protección. En tercer lugar, es cierto que bajo las anteriores categorías jurídicas podían surgir situaciones que no se adaptaran a la realidad y que, efectivamente, supusieran una discriminación por presentar capacidades distintas. No obstante, el sistema de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar era más amplio que esos supuestos —v.gr. menores no emancipados o menores emancipados—. Por tales razones, en mi opinión, la nueva denominación que se propone parte de una concepción errónea, aunque con un propósito loable, de la realidad jurídica del conjunto de aquellos que presentaban una capacidad de obrar limitada. Al final, aunque pretendamos modificar la denominación que tradicionalmente se ha venido usando en España —capacidad jurídica y capacidad de obrar—, la realidad jurídica, en este nuevo marco, exige igualmente identificar y diferenciar la capacidad jurídica de su concreto ejercicio. Así, en estas páginas, se va a seguir manteniendo la antigua denominación de capacidad jurídica y capacidad de obrar por entender que refleja mejor la realidad, siendo consciente, no obstante, de que las menciones que se hagan a la capacidad de obrar se realizan a lo que actualmente sería el ejercicio de la capacidad jurídica, de ahí que en alguna ocasión se haga referencia a la doble denominación —moderna y tradicional— para que nadie pueda ser llevado a confusión. Es más, en este estudio, al tratar la realidad jurídica de los menores emancipados, la anterior denominación no deja ningún lugar a dudas y es más clarificadora: el menor emancipado tiene capacidad jurídica y casi plena capacidad de obrar, es decir, tiene casi el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. En este sentido, son varias las críticas que se han hecho a esta modificación terminológica. Por todos, vid. VERDA Y BEAMONTE, J.R. DE:

atribuyendo gradualmente una cierta capacidad, tal y como se deriva, por ejemplo, del art. 1263 CC. Es decir, se optó por la objetivación con la edad como criterio, sin que la plena capacidad de obrar —o el pleno ejercicio de la capacidad jurídica— dependiera del auténtico grado de madurez de la persona⁷, aunque paulatinamente se ha ido dando una mayor importancia a esta cuestión, creando una suerte de amalgama de ambos criterios y, en cierto modo, sumiendo a la realidad jurídica en un estado de inseguridad, pues parece que, salvo que se sea mayor de edad, todo contrato que se realice con menores de edad, emancipados o no, deberá ser, para comprobar su validez, posteriormente revisado conforme no solo a su edad, sino, también, conforme a su capacidad.

Al final, se trata de una cuestión de política legislativa. Para determinar la capacidad de las personas y sus consecuencias y efectos, existen tres sistemas distintos según el elemento en que se basen: la edad, la madurez o el estado civil. Cada uno de ellos presenta ventajas y desventajas. Si la obtención de la plena capacidad depende de la madurez, se es más respetuoso con el desarrollo de la personalidad y se pueden evitar situaciones injustas atendiendo al grado exacto de madurez y actuando consecuentemente con ella, aunque, al mismo tiempo, se crea una inseguridad jurídica en el tráfico al desconocer *ex ante* cuál es la capacidad concreta de dicho sujeto y sin tener la certeza de que el acto que se realiza podrá ser atacado por falta de capacidad. En el sentido contrario, si se opta por la objetivación a través de la edad, se aportará seguridad jurídica, pero quedará relegado a un segundo plano el desarrollo personal de la persona en cuestión. Finalmente, si se opta por utilizar los estados civiles como determinativos, estaremos acercándonos al sistema basado en la edad, aunque teniéndose en cuenta, a su vez, elementos de madurez —como, probablemente, sucede en la emancipación otorgada por el juez—. Decantarse por un sistema u otro —o una mezcla de ellos— será una cuestión de política legislativa, de qué camino prefiera seguirse en el ordenamiento jurídico español.

“Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, 2022, p. 25; RUBIO GARRIDO, T.: “La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?”, *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 323-337; BADENAS BOLDÓ, J.: “Cuestiones relativas a la aplicación de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo, en el ámbito familiar”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis, 2022, p. 1790; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C.: “La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (coord. por M. GARCÍA MAYO), Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 96; o CARRASCO PERERA, Á.: “Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978, 2021, electrónica.

7 Sobre esta cuestión GETE-ALONSO CALERA señala que, aunque “[e]n puridad, la realización eficaz de actos jurídicos por la persona debería ir siempre ligada a la capacidad natural [...] el tráfico jurídico exige, para su agilidad y seguridad, que se determinen criterios fijos, más o menos flexibles, que puedan servir para asegurar, frente a la sociedad, la eficacia jurídica de los actos realizados por una persona”: GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “La edad”, en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 157. Ya señalaba LASARTE ÁLVAREZ que “[l]legar a la mayoría de edad significa, de forma automática (por el mero transcurso del tiempo [...]), adquirir la plena capacidad de obrar, o posibilidad de ejercitar por sí misma los derechos u/y obligaciones atinentes a la persona”: LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores”, en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por M.P. PONS DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI GUILLOT y F. YÁÑEZ VIVERO), Exlibris, Madrid, 2009, p. 7.

Ahora bien, entre la menor edad y la mayor edad, dejando a un lado los periodos biológicos en los que se divide la condición humana⁸, encontramos un estado liminal, haciendo nuestra con modificaciones la terminología acuñada por VAN GENNEP⁹. Nos referimos a la emancipación, al adelanto del rito de paso de los dieciocho años a los dieciséis: el joven que quiere ser mayor de edad, aunque el ordenamiento jurídico no lo permita *stricto sensu*. De esta suerte, nos encontramos con el menor emancipado, quien ni es menor de edad, ni es mayor de edad. Está “entre lo uno y lo otro”, pues ni se equipara ni se identifica con ninguno de ellos, ya que su capacidad de obrar se aleja del régimen de ambos, aunque, al mismo tiempo, pretenda aproximarse al correspondiente al del mayor de edad. Su estatuto jurídico está repleto de ambigüedades o inconcreciones y la carencia de uno completo provoca su invisibilidad para el resto de la sociedad¹⁰, lo cual implica que nos cuestionemos incluso cuál es la utilidad de la emancipación en pleno siglo XXI, pues, como se verá, se trata de una institución a la que las sucesivas reformas legislativas y los pronunciamientos jurisprudenciales la han ido deslavazando, provocándole paulatinamente una pérdida de su fuerza, vigor y significado y contribuyendo, como certeramente señaló SALVADOR CODERCH, a su “muerte dulce”¹¹, sin que parezca que haya aguijón alguno que estimule su utilización.

- 8 No se puede obviar que la realidad jurídica parte en esta materia de la realidad biológica del ser humano y se combina con la cultural de la sociedad en la que se desarrolla. Precisamente, LEVI-STRAUSS estudió en toda su obra la constante relación entre las diversas realidades y desarrolló su teoría del isomorfismo cultural o sociológico, afirmando que “las leyes del pensamiento —primitivo o civilizado— son las mismas que las que se expresan en la realidad física y en la realidad social, que no es más que uno de sus aspectos”, a las que claramente podríamos añadir, sin ninguna duda, la realidad jurídica: LEVI-STRAUSS, C.: *Las estructuras elementales del parentesco*, Paidós, Barcelona, 1969, p. 528.
- 9 GENNEP, A. VAN: *Los ritos*, cit., pp. 25, 79 y ss. La cuestión de la liminalidad fue tratada posteriormente con mayor detalle por TURNER, quien, al estudiar la cultura Ndembu, no duda en adentrarse en estos estados liminales que, según el autor, se encuentran “entre lo uno y lo otro”, donde se ha dejado ya un primer estado, pero todavía no se ha llegado al definitivo: TURNER, V.: *La selva de los símbolos*, 5.ª ed., Siglo XXI, México D.F., 2013, pp. 102-123.
- 10 Según TURNER, la ambigüedad, la carencia y la invisibilidad son las características de los estados liminales: TURNER, V.: *La selva*, cit., pp. 102 y ss. No obstante, de los tres estados mencionados, nuestro Código Civil únicamente se refiere de manera clara a la mayoría de edad y a la emancipación, mientras que la minoridad carece de una regulación completa.
- 11 Afirmaba SALVADOR CODERCH que “la emancipación ya no tiene prácticamente lugar aunque en el Código quepa en principio a partir de los 16 años [...]”. De hecho la propia evolución de la jurisprudencia contribuye sensatamente a la muerte dulce de esta institución”: *apud* LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, vol. II, 6.ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 135; VALPUESTA FERNÁNDEZ, por su parte, al definir el concepto de “emancipación” no dudaba en afirmar que con él “se hace referencia en la actualidad a la situación, francamente marginal e insólita”: VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “La edad”, en AA.VV.: *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona* (coord. por F. BLASCO GASCÓ), 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 229. No tengo ninguna duda de que si IHERING continuase vivo y escribiese de nuevo esa excelente —y divertidísima— obra que fue *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, incluiría en el pasaje dedicado al “cielo de los conceptos jurídicos” la emancipación: IHERING, R. VON: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 215 y ss. Todo ello contrasta con el hecho de que “[d]e todas las situaciones vinculadas con la edad, la emancipación es la que recibe un tratamiento más completo y sistemático en el Código Civil, a pesar de su escasa incidencia práctica” y a pesar de que “[l]a emancipación es hoy una institución anacrónica”: VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de*, cit., pp. 256 y 257. O, como señala GÓMEZ VALENZUELA, “es una figura residual y a veces relegada al baúl de los recuerdos por su escasa operatividad”: GÓMEZ VALENZUELA, M.Á.: “La desheredación del menor de edad”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2021, núm. 32, p. 414. Igualmente, LASARTE ÁLVAREZ afirmaba que “la operatividad y necesidad de la emancipación es sin duda claramente marginal y se dará con escasa frecuencia, en comparación con épocas anteriores (en las que, también, ha desempeñado un papel de escasa relevancia práctica)”: LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La capacidad”, cit., p. 12.

Sin embargo, a pesar de esta crónica anunciada, a la de veces, aparecen resoluciones judiciales y administrativas o noticias¹² que vuelven a traer el foco sobre esta institución, encontrándole, desde un punto de vista utilitarista y pragmático, funciones, aptitudes o capacidades que hacen que ese final se postergue en el tiempo. Quizá esto es lo que ha sucedido con la emancipación en nuestro ordenamiento jurídico: se le daba por muerta cuando aún tenía —o tiene— algo de vida, aunque sea alejada de su razón de ser originaria.

Por todo ello, a continuación, y aprovechando la reciente resolución de 5 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —en lo sucesivo, DGSJFP—, en la que vuelve a la palestra la figura de la emancipación, nos plantearemos en las siguientes páginas tres cuestiones principales. En primer lugar, el significado y sentido de la emancipación en el ordenamiento jurídico español y esas vías que parecen aportar una utilidad a esta institución. En segundo lugar, una revisión del estatuto jurídico del menor emancipado tras las últimas reformas legislativas que han podido afectarle. Y, finalmente, nos centraremos en el tema principal de la citada resolución: la posibilidad de que un menor emancipado pueda aceptar una herencia dejada a su favor. Ahora bien, se ha de advertir que no nos centraremos en esta ocasión en el análisis de las vicisitudes de los actos que el menor emancipado no pueda realizar por sí mismo, ni en su ineficacia.

II. EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA EMANCIPACIÓN.

I. Concepto y regulación.

En el ámbito del Derecho Civil se utiliza el término emancipación con distintos significados, como es, entre otros, la independencia total del sujeto o la situación jurídica que se encuentra entre la mayoría y la minoría de edad¹³. A este respecto, el Código Civil no la define y se limita a establecer en el art. 239 CC que “[l]a emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad. 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 3.º Por concesión judicial”¹⁴, a las que habría que añadir

12 Así, por ejemplo, podemos encontrar en la prensa noticias en las que se cuenta, por ejemplo, cómo el artista fallero David Sánchez Llongo se emancipó legalmente a los dieciséis años para poder firmar los contratos con las agrupaciones falleras sin tener que depender de la presencia constante de sus padres y de sus consentimientos y firmas: DOMÍNGUEZ FELIU, M.: “De niño emancipado a artista de Especial”, *Levante. El mercantil valenciano*, 14 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.levante-emv.com> [Ú.C.: 10 de mayo de 2024].

13 FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M.C. y RIVERA FERNÁNDEZ, M.: “La capacidad de obrar (I): Edad”, en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Privado. Derecho de la persona*, t. I, vol. 2 (dir. por M. RIVERA FERNÁNDEZ y M. ESPEJO LERDO DE TEJADA), Tecnos, Madrid, 2016, p. 71. Ahora bien, no faltan tampoco ejemplos de la utilización del término “emancipación” con un significado distinto, como en el caso de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana o el ya derogado Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

14 Artículo y sistemática criticados reiteradamente. Vid. v.gr. LETE DEL RÍO, J.M. y OGAYAR AYLLÓN, T.: “Art. 314”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IV (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico. En la propuesta de Código Civil realizada por la Asociación de Profesores de

la denominada emancipación de hecho, regulada en el art. 243 CC, presentando todas estas causas el elemento común de que producen “la independencia jurídica del menor [... pues] por ella se sale de la patria potestad o de la tutela y el menor pasa a un nuevo estado jurídico, al de mayor de edad o al de menor emancipado”¹⁵.

De los diversos significados que puede tener, el que aquí nos interesa es aquel que entiende que la emancipación es la situación jurídica de la persona que se encuentra entre la plena capacidad o mayoría de edad y la minoría de edad, por la que se extingue la autoridad a la que estaba sujeto el menor, otorgándosele una mayor autonomía¹⁶, aunque se diferencia del mayor de edad por la existencia de una serie de limitaciones para ciertos actos, tal y como se verá. Partiendo de este concepto, lo que debe llamar nuestra atención del particular régimen del menor emancipado son las consecuencias jurídicas de tal estado, hasta dónde llega su capacidad de obrar, es decir, qué actos y contratos podrá o no realizar por sí solo y en cuáles otros necesitará de la asistencia de sus progenitores o de su defensor judicial.

Es el art. 247 CC¹⁷ el que, a la postre, contiene la regulación de mayor importancia en lo que respecta a las consecuencias jurídicas del estado del menor emancipado¹⁸, pues dispone que “[l]a emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad, no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor

Derecho Civil —en adelante, APDC— se señalaba que la emancipación solo tendría lugar “[p]or concesión de los que ejercen la patria potestad” y “[p]or concesión judicial”, clarificándose de este modo el significado jurídico del concepto de “emancipación”: APDC: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 282.

15 CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España. Parte general*. t. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 210.

16 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “La edad”, cit., p. 169. En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ señaló que la emancipación “equivale a independizar o independizarse, pese a no haber llegado aún a la mayoría de edad, de la patria potestad o tutela a la que en principio está sujeto el menor de edad”: LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La capacidad”, cit., p. 11. Aunque a lo largo de estas páginas nos referimos al menor emancipado y a la emancipación, el estatuto jurídico del emancipado será idéntico al del menor que haya obtenido el beneficio de la mayor edad. En nuestra regulación no se permite que el tutor conceda la emancipación del menor que esté a su cargo. Sin embargo, sí que se regula el beneficio de la mayor edad para los menores tutelados que lo solicitaren conforme al art. 245 CC. Y, si bien la terminología es distinta, las consecuencias jurídicas de este “beneficio” y de la emancipación son idénticas ex art. 247 CC. Por tal razón, por una cuestión de practicidad del lenguaje, nos referiremos de manera general al menor emancipado, aunque, en puridad, se englobe a ambas figuras de menores.

17 No obstante, el régimen jurídico de la emancipación se contiene de manera concreta en los arts. 241 a 248 CC. Por otro lado, no se puede obviar que en España se regula también la emancipación en los arts. 211-7 a 211-13 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; en la Ley 48 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; y en los arts. 30 a 33 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, con las particularidades existentes en este último ordenamiento jurídico respecto de los menores mayores de catorce años ex arts. 23 y ss. de esta norma y con la posibilidad de conceder la emancipación a partir de los catorce años, conforme a sus arts. 30 y ss.

18 Además, se ha de tener en cuenta respecto de las consecuencias jurídicas de la emancipación lo dispuesto en el art. 248 CC respecto del menor de edad casado.

judicial. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad". Y sobre este precepto pivotan la gran mayoría de los problemas que han ido surgiendo en torno al menor emancipado en el ordenamiento jurídico español, pues el Código Civil en no pocas ocasiones "se refiere sin más a los menores o alude a la plena capacidad"¹⁹, cuando el menor emancipado, como hemos dicho, ni es un menor de edad, ni tiene plena capacidad, con lo que surgen dudas de si se aplicaría tal precepto al menor emancipado, al tiempo que surgen dudas en torno a los actos que no se recogen de manera directa y clara en el citado art. 247 CC.

En todo caso, con anterioridad a desarrollar estas cuestiones en el siguiente epígrafe, es necesario que nos planteemos cuál es el sentido y significado de esta institución en la actualidad. Para ello, como se señaló, traeremos a colación la citada RDGSJFP de 5 de diciembre de 2023, la cual constituye una *rara avis*, pues cada vez son menos los supuestos que llegan a los tribunales o a los órganos administrativos que la estudien.

2. Su significado.

A) Su razón de ser histórica²⁰.

Se puede afirmar, sin lugar a duda, que hasta 1978 la emancipación podía llegar a tener una enorme utilidad en nuestro ordenamiento jurídico. Precisamente, hasta ese momento, en España, la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiún años —veintitrés con anterioridad—²¹, pero, al mismo tiempo, la realidad social y jurídica mostraba cómo había menores de edad que realizaban actividades propias —o presumiblemente propias— de los que legalmente eran mayores de edad. Esta asunción de roles impropios para menores de edad se debía a diversas circunstancias legislativas. Así, PÉREZ DE CASTRO²² señaló que la utilidad y vigencia de esta institución hasta la reforma del Código Civil de 1978 se debían, en primer lugar, a la elevada mayoría de edad existente en España; en segundo lugar, a que, de acuerdo con la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación

19 VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de, cit.*, p. 257.

20 Aunque se titule de este modo, nos referimos a las razones que justificaron su existencia en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor del Código Civil. La institución de la emancipación se remonta a Roma y ha estado presente en la gran mayoría de normas posteriores, con diferentes significados, propósitos y alcances. Sobre esta cuestión, *vid.* GARCÍA VÁZQUEZ, M.C.: "De la 'emancipatio' a la emancipación", en AA.VV.: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 3 (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), BOE, Madrid, 2021, pp. 335-348.

21 El antiguo art. 320 CC —hoy art. 240 CC— disponía en su redacción originaria que "[l]a mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos". Este artículo fue modificado por la Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre la fijación de la mayoría de edad civil que rebajó la mayoría de edad a los veintiún años y, posteriormente, por el Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad que la rebajó finalmente a los dieciocho años.

22 PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 13.

y Financiamiento de la Reforma Educativa, la educación obligatoria y gratuita terminaba a los dieciséis años²³; en tercer lugar, a que, de acuerdo con el Decreto, de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, la edad mínima para trabajar, sin necesidad de consentimiento de ningún mayor de edad, era los dieciochos años²⁴; en cuarto lugar, a que el Código Penal de 1944 —y en sus sucesivas reformas— se establecía que se era penalmente responsable a partir de los dieciséis años; y, finalmente, a que el antiguo art. 83 CC²⁵ establecía que los varones podían contraer matrimonio a partir de los catorce años y las mujeres a partir de los doce años —aunque este casamiento implicaba la emancipación ex antiguo art. 314 CC—. Todas estas circunstancias provocaban que, de facto, hubiera menores de edad que llevaban “una vida completamente de adultos”: con trabajos, penalmente responsables, con posibilidad de casarse...

Era en ese conjunto de circunstancias donde la emancipación encontraba su mayor utilidad. Si el resto del ordenamiento jurídico permitía que los menores de edad pudieran actuar como adultos, qué menos que dotarles de una capacidad de obrar lo más parecida posible a la de los que habían alcanzado la mayoría de edad, sobre todo cuando esta última era tan elevada como lo fue durante décadas en España. Es decir, respondía “a la necesidad de solucionar de forma razonable las aspiraciones de autonomía de los menores con cierta madurez y, casi siempre, con cierta independencia económica y/o profesional”²⁶.

Aun así, cuando se modificó la mayoría de edad en España y se redujo a la actual de los dieciocho años, cupo la posibilidad de que se eliminara del ordenamiento jurídico español la emancipación²⁷. Pero se optó por mantenerla. Para justificar

23 Con anterioridad a esta norma, ya en la Ley, de 9 de septiembre de 1857, de Instrucción Pública —Ley Moyano— se estableció la obligatoriedad y gratuidad restringida de la educación de los seis a los nueve años, ampliándose hasta los doce años con la Ley, de 17 de julio de 1945, sobre Educación Primaria, y hasta los catorce con la Ley 169/1965, de 21 de diciembre, sobre reforma de la Enseñanza Primaria. Sobre esta cuestión, vid. EGIDO GÁLVEZ, I.: “La evolución de la enseñanza primaria en España: organización de la etapa y programa de estudio”, *Tendencias pedagógicas*, 1994, núm. 1, p. 78.

24 Aunque en su art. 11.b) se disponía que “[p]odrían concretar la prestación de sus servicios: [...] b) Los que hubieran contraído matrimonio y los mayores de catorce años y menores de dieciocho, solteros, que con conocimiento de sus padres o abuelos, vivan independientemente de ellos”.

25 Hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

26 GARCÍA PRESAS, I.: “La emancipación de hecho desde el art. 319 CC”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2011, núm. 15, p. 181. Ahora bien, que presentara una amplia utilidad no significa que el régimen jurídico de la emancipación fuera claro. Todo lo contrario. Desde la promulgación del Código Civil, se plantearon constantes dilemas y dudas acerca del régimen jurídico del menor emancipado, no solo por la poca atención que se le presta, sino porque, además, a lo largo del Código se utilizan conceptos que no dejan del todo claro si el menor emancipado estará incluido en ellos, como puede ser el empleo del término “menor” sin especificar o la utilización de la expresión “libre disposición” o “plena capacidad”. Todo esto, sin duda, contribuyó siempre a que fuera una institución con unos contornos no excesivamente claros al no conocer con seguridad desde un principio cuál es el régimen jurídico completo del menor emancipado.

27 Así, por ejemplo, en Argentina, tras la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, solamente cabe la emancipación por matrimonio; modalidad que justamente en España ha desaparecido tras

esta decisión se acudió de manera generalizada a la estadística y a los datos. Así, en la España de los años ochenta nos encontrábamos con que más de un millón de personas de entre 16 y 19 años se encontraban ocupadas laboralmente. Un elevado número de menores de edad, además, había contraído matrimonio, había dejado de estudiar o cumplía condenas penales²⁸. Todo ello llevó a concluir a una parte de la doctrina que la realidad social recomendaba que continuase la vigencia de la emancipación para dar cobertura y protección a todos aquellos menores que actuaban como si fueran mayores de edad, ya fuera porque trabajaban, ya fuera porque estaban casados...²⁹

Ahora bien, la España de los años ochenta poco tiene que ver con la del 2024. Si se acude a las cifras actuales, la realidad es más bien distinta. Se estima que la cifra de trabajadores de entre 16 y 19 años se encuentra en torno a las ciento sesenta mil personas, de las cuales un 5% representaría la franja de los menores de edad³⁰, es decir, únicamente ocho mil menores de edad trabajan en España en la actualidad. Es más. Hasta el año 2015, la emancipación tenía lugar por el matrimonio, cosa que actualmente ya no sucede, sino que para contraerlo es necesario estar previamente emancipado, teniendo en cuenta, además, que la edad media del primer matrimonio en España está por encima de los 37 años³¹. ¿Justifican estas cifras que la emancipación siga vigente en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Da respuesta a una necesidad general o está dando respuesta a un particularismo en vías de extinción? ¿Hay necesidad actual de continuar con una figura que adelante el rito de paso de los menores de edad?³²

la modificación del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Sobre la nueva capacidad matrimonial de los menores de edad, entre otros, vid. SEVILLA BUJALANCE, J.L.: "La capacidad matrimonial del menor de edad, ¿una reforma necesaria?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 766, 2018, pp. 799-817. Pero, como indica PÉREZ DE CASTRO, esta opción de eliminar la emancipación de los códigos se produjo también en otros ordenamientos jurídicos como el alemán o como el portugués: PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., pp. 20 y ss.

- 28 Se pueden ver todos estos datos con mayor detalle en la obra de PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., pp. 13-20.
- 29 Ahora bien, PÉREZ DE CASTRO señalaba que la conclusión que defendía —la vigencia de la emancipación— se debía fundamentalmente a la realidad social de esa España, a las cifras existentes, por lo que dejaba la puerta abierta a que su respuesta fuera distinta si los datos fueran otros: PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., p. 20.
- 30 En este sentido se pueden ver, por ejemplo, los datos recogidos en la encuesta de población activa del cuarto trimestre de 2023 en la que se señalan las personas ocupadas en la franja de edad 16-19 años. Disponibles en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595 [Ú.C.: 14 de junio de 2024] y el informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil de la Organización Internacional del Trabajo, titulado "Allanar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes". Disponible en: https://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_372648/lang-es/index.htm [Ú.C.: 14 de junio de 2024]. Aunque estas informaciones no sean de un mismo año, sí que nos permiten hacernos una idea de cuál es la realidad laboral de los menores de edad. A ello podríamos añadir el dato de que se estima que en España en la actualidad la edad media en la que los hijos se independizan de los padres se encuentra en torno a los 30 años. Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/ddn-20230904-1> [Ú.C.: 14 de junio de 2024].
- 31 Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1426> [Ú.C.: 10 de junio de 2024].
- 32 A ello habría que añadir el hecho de que se trata de una institución bastante desconocida que, además, no se da automáticamente, sino que se requiere una actuación positiva de los que ejerzan la patria potestad o del propio menor. Es decir, si su utilidad puede ser reducida en la actualidad, su régimen tampoco ayuda a que su utilización se extienda.

Las cifras y datos pueden servir para apoyar lo uno y lo otro, como diría COASE³³, pues, mientras haya casos que teóricamente encajen en la razón de ser de la emancipación, podrá haber argumentos que justifiquen la vigencia de esta institución. A pesar de ello, la realidad social ha cambiado desde que se aprobó el Código Civil o desde que se decidió mantener la emancipación incluso con la rebaja de la mayoría de edad a los 18 años. Actualmente, la salida del hogar familiar, por razones de la más diversa índole, se ha postergado en el tiempo, pues lo habitual es que incluso los mayores de edad, ocupados laboralmente, no se “emancipen”, en el sentido coloquial de la palabra, tan rápidamente como lo hacían décadas atrás. La emancipación, en efecto, considero que ha perdido su razón de ser y, si atendemos a ella, a la que tradicionalmente se le ha atribuido, esta institución parece carecer de vigencia y utilidad, conservándose como vía de escape para aquellos pocos casos, prácticamente exclusivos de la teoría, en los que un menor de edad trabaje, pretenda hacer vida independiente, quiera contraer matrimonio...³⁴

Por otro lado, de acuerdo con los arts. 1902 y 1903 CC, concordados con los citados relativos a la capacidad del menor emancipado, este deberá responder de los daños que cause, sin que sus progenitores deban responder de ellos, pues el art. 1903 CC³⁵ limita su responsabilidad a los casos en los que el menor se encuentre “bajo su guarda”, cosa que no sucede en la emancipación³⁶. Además, en sede penal, el art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores dispone que “[c]uando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden”. Este precepto ha sido calificado de “contradictorio”, puesto que se refiere genéricamente y sin distinción a los menores de edad y establece la responsabilidad solidaria de un grupo de sujetos que presentan como elemento común la guarda de los menores, pero el menor emancipado no está bajo la guarda de ninguna persona. Así, la doctrina mayoritaria

33 Afirmaba COASE que “si se tortura a los datos el tiempo suficiente, confesarán lo que sea”. Vid. COASE, R.H.: *How Should Economists Choose?*, American Institute for Public Policy Research, Washington D.C., 1982, p. 16.

34 DE LA IGLESIA MONJE entiende que se ha producido un cambio de una emancipación de los menores a una “emancipación de jóvenes”, pues sostiene que “de la emancipación regulada en el Código Civil, que pretendía adelantar el beneficio de la mayoría de edad en determinados supuestos, en la actualidad, debido a factores económicos, culturales y sociales, la Administración es la que pretende la emancipación de los jóvenes, que ya gozan y superan la mayoría de edad para guiarles y facilitarles su emancipación”: IGLESIA MONJE, I. DE LA: “Cuestiones actuales sobre la emancipación. Análisis de la evolución jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 2011, p. 1614.

35 En un sentido similar respecto de los tutores, pues el apartado tercero del art. 1903 CC limita su responsabilidad a los daños causados por “los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”.

36 Entre otros: GÓMEZ CALLE, E.: “Art. 1903”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IV (coord. por F.J. ORDUÑA MORENO et al.), 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, electrónico; PEÑA LÓPEZ, F.: “Art. 1903”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IX (coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13003-13019.

ha señalado que, en el caso de los menores emancipados, sus padres o tutores no serán responsables solidarios por los daños causados en un ilícito penal³⁷.

Por tanto, la emancipación conlleva que el menor asuma la responsabilidad de todos sus actos³⁸, debiendo responder con su patrimonio de los daños y perjuicios que pueda causar. No obstante, a la vista de los datos que se han apuntado anteriormente, ¿cuántos menores tendrán la capacidad económica para hacer frente a los daños de los que sean responsables? Es cierto que cuando se llega a los dieciocho años también se produce ese efecto, mas eso es otro dilema que no abordamos en esta ocasión. La emancipación puede producir como efecto la existencia de personas con capacidad de obrar —casi plena—, pero sin capacidad económica para responsabilizarse de sus actos. Si encontrar un menor que haga vida independiente, trabaje, esté casado... ya es de por sí complicado, mayor dificultad presenta la posibilidad de que el menor, además, tenga capacidad económica suficiente como para responder de sus actos. Como regla general, ¿los menores pueden enfrentarse a ello? Lo dudo mucho.

Sin embargo, hay otro hecho de gran importancia que hace palidecer la vigencia de la emancipación. En la actualidad, cada vez se reconocen mayores capacidades a los menores de edad no emancipados. Ya no se entiende que sean personas que no puedan realizar acto alguno³⁹, sino que cada vez pueden realizar una mayor cantidad de estos⁴⁰. Por un lado, encontramos gran cantidad de actos que pueden ser realizados válidamente a partir de una cierta edad, como es el caso del otorgamiento de testamento abierto o cerrado a partir de los catorce años, o sin indicación, como es el caso de la adquisición de la posesión o para la aceptación de una donación. Y, por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico en no pocas ocasiones dota de capacidad de obrar a los menores de edad atendiendo a su

37 Vid. v.gr. NÚÑEZ ZORRILLA, M.C.: "La responsabilidad civil del menor derivada del ilícito penal: análisis del art. 61.3º de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 4, 2006, pp. 1781-1782; VAQUER ALOY, A.: "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los menores. Una propuesta de interpretación", *La Ley*, 2001, núm. 1, pp. 1633-1634. En una posición minoritaria, DURANY PICH ha defendido que, dada la ambigüedad y la no exclusión de los menores emancipados, "responderán siempre [los padres] con el menor, se encuentren en el ejercicio de la patria potestad o la tengan privada o suspendida. Incluso lo harán en los casos de emancipación del hijo". DURANY PICH, S.: "Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2000, electrónica, p. 4.

38 Vid. v.gr. ÁLVAREZ MORENO, M.T.: "Art. 323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. II (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2621 y 2622: "[q]uien está capacitado para contratar, lo está para responder con su patrimonio del cumplimiento de las obligaciones. El emancipado tiene, por lo tanto, plena responsabilidad patrimonial (art. 1911 CC), tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual".

39 Ya lo defendía en su día: CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil*, cit., pp. 173 y ss.

40 En su día, ya indicaron Díez-Picazo y Ponce de León y Gullón Ballesteros que los menores de edad tenían capacidad tanto para modificar su estado civil, como para realizar determinadas acciones relacionadas con sus derechos personalísimos y para realizar determinados actos jurídicos: Díez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 218. Incluso Jordano Fraga señaló que el art. 162 CC venía a recoger que al menor se le reconocía capacidad de obrar de acuerdo con sus capacidades naturales: Jordano Fraga, F.: "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado*, núm. 68, 1984, p. 892.

nivel de madurez, ya que, como lógicamente se puede imaginar, no presenta las mismas capacidades un menor de 17 años que uno de 3 años.

Más allá de lo inadecuado, en mi opinión, de la concurrencia de dos líneas distintas que determinen los límites de la capacidad de obrar —una objetiva basada en edades; otra subjetiva basada en la madurez de las personas—, se ha impuesto de manera general, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, la prevalencia de la madurez de los menores, salvo excepciones, para determinar la validez de los actos que realicen⁴¹. La regla general se contiene en el art. 162 CC y refleja que los padres que ostenten la patria potestad no tendrán la representación legal de sus hijos en tres supuestos distintos: i. “[l]os actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”; ii. cuando exista conflicto de intereses; y iii. “[l]os relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres”, artículo que se ha ido interpretando de una manera amplia, validando la gran mayoría de actos de acuerdo con la madurez del menor, aunque la referencia a esta solo se recoja en la primera de sus excepciones. Este precepto, además, debe completarse, en sede contractual, con el art. 1263 CC⁴², el cual resulta esencial al señalar que los menores no emancipados tendrán capacidad de celebrar los contratos “relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”. Pero no es el único artículo, a pesar de su esencialidad debido a los efectos patrimoniales que interesan al Código Civil, que presta atención en realidad al nivel de madurez del menor en diversos ámbitos: arts. 92, 154, 156, 161, 172, 173, 178, 219, 223 CC; o las constantes referencias en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴³.

Los menores no emancipados cada vez pueden realizar más actos jurídicos sin necesidad de ningún tipo de asistencia de sus padres. Por tanto, cada vez es menor la utilidad que se puede encontrar en esta institución, pues las diferencias respecto de la capacidad de obrar entre un menor emancipado y un no emancipado se han

41 Por ejemplo, en la STS 10 junio 1991 (RJ 1991, 4434) o en la resolución de 14 de mayo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En el ámbito personal, se puede destacar, también, la STC 18 julio 2019 (RTC 2019, 99), en la que se declaró inconstitucional un fragmento de la derogada Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas por prohibir la solicitud de la rectificación registral a los menores con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad. Incluso, en un caso relacionado con una persona con discapacidad, en la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901), el Tribunal Supremo señaló que la curatela —y sus medidas de apoyo— exigía adaptarse a las concretas condiciones de la persona discapacitada, pues no todas son iguales. Conclusión que podría ser extrapolable a los menores. A este respecto, vid. NIETO ALONSO, A.: “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, *Revista de Derecho Privado*, 2016, núm. 3, pp. 4 y 5.

42 Señala CARRASCO PERERA que, en la actualidad, unido este precepto al art. 162 CC, nos encontramos ante “una regla general de capacidad contractual *ad hoc*, en virtud de la cual el menor es capaz para celebrar contratos que sean proporcionados a sus condiciones de madurez. La capacidad de obrar del menor es la capacidad concreta de cada menor y de cada edad, no la abstracta capacidad impuesta por la regla de la minoría”: CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2021, electrónico.

43 Sobre estas cuestiones, con mayor detalle, vid. VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de*, cit., pp. 257-268.

ido reduciendo enormemente, sobre todo, cuando la validez de gran cantidad de actos de los menores de edad no emancipados no dependerá tanto de la edad que realmente tengan, sino de su efectivo nivel de madurez.

B) *Búsqueda de un significado en la actualidad.*

Ahora bien, a la vista de que se trata de una institución vigente y de que las perspectivas legislativas no indican que vaya a desaparecer —aunque, quizá, fuera lo recomendable—, ¿podemos encontrarle una utilidad y una razón de ser, aunque esté alejada de sus orígenes? Efectivamente. Existen pequeños resquicios en los que la emancipación, desde una perspectiva utilitarista, puede ser práctica y provechosa.

Esto es lo que, a mi parecer, debió ocurrir en el caso que dio origen a la RDGSJFP de 5 de diciembre de 2023. Los hechos son relativamente sencillos: una menor de edad, en concreto, de 17 años, era heredera de dos herencias, correspondientes a su abuelo y abuela. De la primera, lo era por derecho de transmisión, mientras que de la segunda, lo era por sustitución vulgar. Lo cierto es que la menor había sido emancipada por concesión de su padre en escritura pública en la que se hacía constar expresamente que podía “por sí sola tomar dinero a préstamo y gravar y enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de cualquier valor”. El mismo día en que fue emancipada, es decir, el día en que se autorizó la escritura pública que contenía la emancipación, se autorizó por el mismo notario otra en la que se contenía la aceptación y adjudicación de las dos herencias, siendo aceptadas por la menor de edad pura y simplemente.

Es unánime la doctrina⁴⁴ que señala que para que un menor de edad acepte una herencia es necesaria la asistencia de sus representantes legales, es decir, de los titulares —o titular— de la patria potestad, ex art. 992 CC, puesto que no tiene la total disposición de sus bienes⁴⁵. Además, para repudiar la herencia en estos casos es necesaria autorización judicial, conforme al art. 166 CC, salvo que, como indica el precepto en su apartado tercero, se den una serie concreta de circunstancias. Pero lo que puede complicar la aceptación de la herencia —o,

44 Entre otros: GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Art. 992”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. III (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 4588; VIVAS TESÓN, I: “Aceptación y repudiación de la herencia tras la ley de jurisdicción voluntaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2016, núm. 758, p. 3145; GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “Art. 992”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. XIV (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico; MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. VII, Reus, Madrid, 1924, pp. 365 y ss. En el mismo sentido, por ejemplo, es reiterada la cita por su claridad de la SAP Madrid 29 enero 1993 (AC 1993, 47), en la que el tribunal señalaba que “[l]os menores de edad cuentan con la aptitud precisa para ser herederos, pero carecen de la capacidad de obrar suficiente y del poder de disposición, que señala el art. 992 del Código Civil, para adquirir por sí la cualidad de heredero y, por tanto, la herencia mediante la aceptación, que deberá efectuar su legal representante, esto es, el padre o padres que ejerzan la patria potestad en el caso de menores sujetos a ella”.

45 Sin perjuicio, no obstante, de que el régimen del tutor, conforme a los arts. 224 y 287, sea distinto y, en tales casos, sí que se exija la autorización judicial para aceptar una herencia pura y simplemente.

más bien, añadirle trámites— es el hecho de que pueda haber un conflicto de intereses entre los representantes legales y los herederos menores de edad. En este supuesto, tal y como se desprende de la actual redacción de los arts. 163 y 235 CC, será necesario el nombramiento de un defensor que represente al menor “en juicio y fuera de él”, siguiéndose para ello el procedimiento establecido en los arts. 27 a 32 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Las mismas exigencias se darían respecto de la partición y adjudicación de los bienes que compongan las herencias dejadas, conforme a los ya mencionados arts. 163 y 235 CC, generales a este respecto, y al art. 1060 CC, relativo a la partición con menores de edad.

En este caso, la emancipación de la menor facilitó todo el proceso de aceptación y adjudicación de las dos herencias. Desconocemos cuál era la complejidad del caudal hereditario o si existían intereses opuestos que obligasen al nombramiento de un defensor de la menor y, aunque la elucubración no debiera ser una herramienta idónea, al analizar los hechos de la resolución citada se puede llegar a inferir que la opción por emancipar a la menor previamente a la aceptación de la herencia — ambas escrituras autorizadas el mismo día y con números de protocolo próximos, 589 la de la emancipación y 592 la de la aceptación— responde a la necesidad de simplificar el proceso hereditario. Otra cuestión, como veremos posteriormente, es si un menor emancipado puede o no aceptar pura y simplemente una herencia.

Estamos ante un supuesto en el que, de manera bastante clara —en mi opinión—, no parece que se pretendiera con la emancipación que la menor de edad saliese del hogar familiar, que hiciera una vida independiente, sino que se utilizó esta institución con otro objetivo alejado de su razón de ser originaria⁴⁶. Es decir, se pretendió dar de facto una nueva vida a la emancipación en una sociedad que ya no acude a ella por desconocimiento o por escasa utilidad.

Cuestión distinta y que dejamos apuntada es la de si este tipo de supuestos podrían ser considerados como fraude de ley⁴⁷, pues se acude a una institución para unos fines totalmente distintos de los previstos originalmente para ella. ¿La

46 Precisamente, el último párrafo del art. 166 CC fue añadido en el año 1981 para evitar que se produjeran emancipaciones de los hijos con el objetivo de poder disponer de sus bienes con mayor facilidad, pues “de antiguo ha sido algo frecuente en la práctica [...] el que los padres, para enajenar bienes de los hijos, emancipasen a estos, si la emancipación era posible, y luego diesen consentimiento para la venta”: CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: “Art. 166”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. III (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico. En idéntico sentido, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentarios a los arts. 154 a 161 CC y 164 a 168”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1122.

47 A modo de ejemplo, en la STS 19 mayo 1995 (RJ 1995, 4082), el Tribunal Supremo determinó —en un caso complejo y en el que también se dio una situación de abuso de derecho— que la emancipación concedida por el único progenitor vivo se había realizado con fraude de ley, pues, mediante la misma, lo que se había pretendido era saltarse la protección de las legítimas de los descendientes — arts. 807 y 808 CC— y hacer que la menor emancipada, sin necesidad de acudir a un defensor judicial, repudiara la parte de la herencia dejada a su favor.

aceptación de una herencia sin impedimentos procesales justifica la utilización de la emancipación? Es cierto que en los arts. 241 y ss. CC no se establece como condición que el menor sea económicamente independiente o que haga una vida separada de sus progenitores⁴⁸, pues no se exige justificación alguna y los únicos requisitos establecidos en el Código Civil son la edad del menor, que este la consienta y que se haga constar en escritura pública o por comparecencia ante el encargado del registro civil. Pero ¿hasta qué punto puede acudir a la emancipación con fines pragmáticos y procesalistas? Si la regulación de la aceptación y partición de la herencia ejerce, respecto de los menores, una función protectora de sus intereses, aunque ello pueda dilatar el tiempo para llevar a cabo tales fases del proceso sucesorio, ¿el hecho de acudir a la emancipación del menor puede implicar un fraude de ley cuando en la realidad no se produce “verdaderamente”? ¿Esta emancipación podría ser contraria al interés superior del menor?⁴⁹ Como se dijo, desconocemos cuáles fueron las razones que motivaron acudir a la emancipación de la menor, pero la realidad es que se simplificó el proceso notablemente. Y, al final, desgajada la emancipación de su significado originario, parece que todo termina reduciéndose a la casuística.

Si seguimos estas ideas y buscamos posibles nuevas utilidades para la emancipación, ¿podría utilizarse esta como medida protectora para aquellos progenitores que, por ejemplo, a pesar de haber dado una buena educación a sus hijos y de haberles prestado atención, prevean que estos podrán terminar provocando daños y perjuicios a un tercero? Con ella, no serían responsables de tales daños y respondería únicamente el menor emancipado causante de aquellos. ¿O esto sí que sería un claro caso de fraude de ley? Si en la actual regulación, como se ha señalado, no hay ningún requisito relacionado con la independencia económica o habitacional del menor emancipado, teniendo en cuenta, además, que para conceder la emancipación se requiere el consentimiento del menor, ¿deben importar, desde una perspectiva jurídica, los motivos que llevaron a los progenitores a promover la emancipación, cuando esta es consentida? Es decir: ¿podemos utilizar esta institución para que los padres dejen de responder de las actuaciones de sus hijos?⁵⁰ Si el menor es considerado maduro, ¿daría igual cuál fue la razón que llevó a sus padres a proponer su emancipación?

48 En el AAP Granada 19 noviembre 2020 (JUR 2021, I15972) se señala de manera clara que “la falta de recursos del menor y falta de perspectiva de obtener un trabajo no se consideran legalmente condicionantes para la emancipación”.

49 No se puede obviar que la Ley 1/1996 estableció la primacía del interés superior del menor por encima de “cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

50 En el ámbito penal, en la circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores se recoge que “[h]abría de considerarse a la emancipación en fraude de Ley (art. 6.4 CC) cuando se hubiera llevado a cabo, no con la finalidad de dotar de mayor capacidad de obrar a un menor al que por las circunstancias concurrentes puede presumirsele capacidad para regir su persona y bienes como un adulto y que dispone de medios para llevar a cabo una vida independiente (ámbito natural de la emancipación), sino precisamente como una vía de los padres para liberarse de su obligación de velar por el menor, en supuestos en los que el mismo ni tiene madurez ni medios para vivir independientemente”. En la SAP Guipúzcoa, 26 abril 2016 (JUR 2016, I40297) se planteó

Con estos comentarios no pretendemos posicionarnos de manera clara, sino dejar apuntado que la búsqueda de nuevas funciones o significados para la emancipación puede entroncar de manera directa con su razón de ser originaria, con principios fundamentales como es el interés superior del menor o con normas imperativas y protectoras.

Otro supuesto en el que puede resultar útil acudir a la emancipación de un menor —o, más bien, cómodo para los progenitores— se da cuando este ejerce alguna profesión y necesita firmar o bien contratos de trabajo, o bien contratos de arrendamiento de servicios o de obras. Hay que recordar que el art. 7 del Estatuto de los Trabajadores, según opinión de la doctrina mayoritaria⁵¹, establece que los menores emancipados podrán por sí solos, sin necesidad de asistencia de sus progenitores, ser contratados. En un sentido similar, en principio, un menor no podrá ser parte de un contrato de arrendamiento de obras o servicios. Así, en aquellos supuestos en los que el hijo menor ejerza efectivamente alguna actividad, aunque este supuesto no se dé en exceso en nuestra sociedad, la emancipación facilitaría su contratación, ya que no sería necesario contar con la asistencia constante de los padres o tutores para firmar los contratos⁵² o, para algo tan esencial a la hora de recibir ingresos, como es el hecho de poder ser titular de una cuenta bancaria a tu nombre y —en principio— sin limitaciones operativas, como sí que ocurre en el caso de los menores no emancipados.

Con todo ello, entiendo que, alejado de su significado originario, podemos terminar encontrando supuestos en los que, a pesar de las dudas que puedan surgir, permiten insuflar vida a una figura cada vez más olvidada. Ahora bien, más allá de lo indicado, la principal ventaja de la emancipación radica en que disipa las dudas sobre la madurez de los menores. Basta con constatar que está emancipado un menor para que el ejercicio de su capacidad se pueda llevar a cabo sin ningún tipo de duda, pues su carácter formal acentúa la seguridad jurídica —aunque esto mismo se obtendría si se toma como referencia la edad, como ocurre en Aragón a partir de los 14 años—.

un supuesto en el que se analizaba el posible fraude de ley al conceder la emancipación de un menor que posteriormente comete un delito. En el caso particular, se entendió que por falta de pruebas no se podía determinar que la emancipación se concediera con el objetivo de liberar a los progenitores de una posible futura responsabilidad civil.

51 Vid. v.gr. MONREAL BRINGSVAERD, E.: “El ingreso del trabajador en la empresa”, en AA.VV.: *Derecho del Trabajo* (dir. por J.M. GOERLICH PESET), 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 214; o MOLERO MANGLANO, C.: “Sujetos del contrato de trabajo”, en AA.VV.: *Manual de Derecho del Trabajo* (dir. por C. MOLERO MANGLANO), 15.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 161.

52 Vid. nota 12.

III. ACTOS QUE PUEDE REALIZAR EL MENOR EMANCIPADO.

I. Cuestiones sobre su capacidad de obrar: una regla general y una serie de limitaciones.

El ya citado art. 247 CC contiene el régimen esencial de la capacidad de obrar del menor emancipado, la cual, como se ha señalado, se acerca a la del mayor de edad, aunque sin poder equipararse plenamente, pues su estado está “entre lo uno y lo otro”, construyéndose en torno a una regla general y una serie de limitaciones⁵³.

La regla general, por tanto, es que el menor emancipado tiene la misma capacidad de obrar que un mayor de edad en lo que respecta a su persona y bienes y son las limitaciones las que pueden complicar su régimen jurídico, sus posibilidades de actuar en la realidad jurídica.

La primera limitación es la derivada de su equiparación parcial a los mayores de edad, pues el art. 246 CC dispone que “[e]l mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”, por lo que aquellos actos que el mayor de edad no pueda realizar tampoco podrán ser realizados por el menor emancipado. Ahora bien, sobre estas no nos detendremos en exceso, pues no son particulares de este estado, sino generales de todos los mayores de edad y que, en principio, no complican la realidad jurídica del menor emancipado.

En cambio, sí que pueden complicarla las que establece el art. 247 CC porque no es tan claro como debería serlo, pues se construye en torno a tres acciones, en apariencia sencillas: tomar dinero a préstamo y gravar y enajenar determinados bienes. Ahora bien, esa tríada es más amplia de lo que puede parecer a simple vista o, al menos, podría serlo. Porque ¿qué significan? ¿Debemos incluir, por ejemplo, la apertura de una cuenta corriente de crédito porque, al final, hace una función equivalente a la de tomar dinero a préstamo?

La cuestión, en esta ocasión, como en tantas otras, es cómo deben ser interpretados estos términos, interrogante que no reviste especial facilidad. El art. 2 de la Ley 1/1996 dispone en su apartado primero que “[l]as limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en

53 Así se ha mantenido desde los primeros comentaristas del Código Civil. Vid. v.gr. MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. II, Reus, Madrid, 1924, p. 719. O, entre la doctrina reciente: LETE DEL RÍO, J.M. y OGAYAR AYLLÓN, T.: “Art. 323”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IV (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico —téngase en cuenta que hasta la reforma de la Ley 8/2021 era el art. 323 el que contenía la regulación de la capacidad de obrar del menor emancipado— o VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de*, cit., p. 272.

todo caso, siempre en el interés superior del menor”⁵⁴. El art. 247 CC debería, por tanto, interpretarse restrictivamente porque en él se contienen limitaciones de la capacidad de obrar. Esta posición ya fue defendida, sin ambages, a principios del siglo XX, en particular, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien no dudó en defender que los términos del antiguo art. 317 CC —actual art. 247 CC— debían ser interpretados restrictivamente, puesto que era “evidente la imposibilidad de extender tales prohibiciones a supuestos distintos de los legales”⁵⁵.

A pesar de esta posición y de esta regla general tantas veces repetida, desde un primer momento, parte de la doctrina no dudó en oponerse a ella, argumentando que, en este caso particular, aunque fuera una norma limitativa de la capacidad, no era “odiosa”, sino protectora del menor emancipado. De esta suerte, se sostuvo que debía aplicarse igualmente a todos aquellos supuestos que, aunque no cupiesen de manera literal en los términos empleados, tuviesen el mismo efecto patrimonial⁵⁶. Es decir, según esta posición mayoritaria, las limitaciones de la capacidad deben interpretarse restrictivamente, excepto cuando su finalidad sea proteger a la persona en particular a la que se aplica, pues no se trata tanto de limitar su capacidad, sino de protegerla.

Y, con matices, esta es la postura que parece haberse impuesto de manera general⁵⁷. Así, por “tomar dinero a préstamo” debe entenderse no solo ser prestatario, sino, también, aquellos actos que presenten la misma finalidad, como podría ser la apertura de una cuenta corriente de crédito, aunque no ser prestamista, es decir, “la limitación deberá hacerse extensiva a cualquier otro negocio jurídico, cuya finalidad económica coincida con la del préstamo dinerario”⁵⁸. El hecho de gravar incluye cualquier derecho que limite el dominio⁵⁹,

54 Con un contenido similar se establece en el art. 7 del Código del Derecho Foral de Aragón y en el art. 211-3 del Código Civil Catalán. Aunque aquí se positiviza, lo cierto es que se trata de un principio asumido en nuestro ordenamiento jurídico sin dubitaciones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, *vid. v.gr.* RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 300 y ss.

55 RDGRN de 31 de enero de 1935 [Gaceta de Madrid, núm. 70, 11 de marzo de 1935, pp. 2052-2054].

56 Entre otros muchos: MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. II, cit., pp. 719 y ss., quien defendía que, por ejemplo, al utilizarse el término “venta” —en ese momento el artículo no hablaba de enajenación— debían incluirse todos aquellos supuestos que, efectivamente, implicasen el mismo efecto que la venta; o CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil*, cit., pp. 224-229. Más recientemente, se pueden ver los comentarios sobre esta problemática de la interpretación restrictiva o no en: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “*In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda*”: ‘viejos’ principios para interpretar ‘nuevas’ reglas sobre capacidad y prohibiciones”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 74, núm. 3, 2021, pp. 746 y ss.

57 *Id.*, con carácter general, sobre la cuestión: LETE DEL RIO, J.M. y OGAYAR AYLÓN, T.: “Art. 323”, cit.

58 PUIG FERRIOL, L.: “Art. 323”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. I (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), BOE, Madrid, 1993, p. 885. No entramos a analizar, no obstante, la problemática que suscita el art. 1824 CC respecto del menor de edad, el cual dispone que “[l]a fianza no puede existir sin una obligación válida. Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad. Exceptúase de la disposición del párrafo anterior el caso de préstamo hecho al hijo de familia”. Sobre este precepto, *vid.* PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., pp. 178-183.

59 En palabras de PUIG FERRIOL: “los que tienen por objeto crear cualquier derecho real inmobiliario de goce, de garantía o de adquisición”: PUIG FERRIOL, L.: “Art. 323”, cit.

es decir, desde la hipoteca a los censos o servidumbres⁶⁰ que se pudieran establecer sobre el bien inmueble en cuestión o la prenda admitida en determinados bienes muebles, siempre que estos sean de extraordinario valor; pues el Código Civil lo señala así⁶¹. Y, finalmente, con el concepto de enajenar⁶² deben incluirse todos los actos que impliquen la disposición del bien⁶³, no solo la compraventa⁶⁴, salvándose la discusión que históricamente planteó el empleo del término “vender” y no “enajenar” en anteriores versiones del precepto⁶⁵. Así, parece, por tanto, que a la hora de determinar las limitaciones de la capacidad de obrar del menor emancipado habrá que estar no solo al listado recogido en el art. 247 CC, sino a si con los actos que realice compromete su patrimonio y ese compromiso es equiparable al establecido en el precepto citado⁶⁶. Por otro lado, el gravamen y la enajenación solo presentan limitaciones cuando tienen por objeto “bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario

60 Lo cual me plantea la duda de si el consentimiento para constituir una servidumbre para la instalación de fibra óptica debería ser prestado por el menor con la asistencia de sus padres. Aunque, en su día, GARCÍA GOYENA ya señaló que bajo el término “gravar” se incluía la constitución de servidumbres, puesto que “no podrá, pues, el tutor remitir, sin los requisitos de estos artículos, una servidumbre correspondiente a la persona ó fincas del menor”: GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, p. 232.

61 Cuestión que no se suele estudiar y que, en mi opinión, presenta una cierta importancia es la relación del menor emancipado con los impuestos. A modo de ejemplo, el art. 5.1 *ab initio* del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que “[l]os bienes y derechos transmitidos quedarán afectos, cualquiera que sea su poseedor, a la responsabilidad del pago de los impuestos que graven tales transmisiones”. Además, el art. 44 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria dispone que “[t]endrán capacidad de obrar en el orden tributario, además de las personas que la tengan conforme a derecho, los menores de edad y los incapacitados en las relaciones tributarias derivadas de las actividades cuyo ejercicio les esté permitido por el ordenamiento jurídico sin asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela, curatela o defensa judicial”. Por tanto, un menor emancipado, si adquiere un bien inmueble —tiene capacidad para ello— deberá satisfacer el impuesto de transmisiones patrimoniales, pues está obligado a ello. ¿Este gravamen debe entenderse distinto a la constitución de una hipoteca por no ser voluntario, sino impuesto por la normativa? El art. 247 CC, haciendo gala de su laconismo, se limita a afirmar que el menor emancipado no puede gravar bienes inmuebles; ¿acaso esta afección no es un gravamen? Al menos, se trata de una cuestión que nuevamente hace latentes las posibles contradicciones de la regulación de la emancipación en España.

62 Ahora bien, como es lógico, el menor emancipado no tendrá ningún tipo de limitación al respecto en el caso de que esa enajenación se produzca por un acto *mortis causa*, pues, desde los catorce años, todo menor de edad tiene capacidad para ordenar su sucesión, con independencia de los bienes que tenga. Ya lo indicaba así hace más de cincuenta años: CUEVAS CASTAÑO, J.J.: “La capacidad de los emancipados en general”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 235-2, 1973, p. 122. Más recientemente: ÁLVAREZ MORENO, M.T.: “Art. 323”, cit. pp. 2631 y ss.

63 PUIG FERRIOL interpreta este término ampliamente, incluyendo en él “todo acto de enajenación, en el sentido de transmitir o hacer de otro determinado bien, ya sea a título oneroso o gratuito y lo mismo si se trata de un acto creador de relaciones jurídicas o de extinción de las mismas (p. ej. Dación en pago)”: PUIG FERRIOL, L.: “Art. 323”, cit., p. 885.

64 Lo cual puede implicar que ciertos arrendamientos tampoco puedan ser autorizados por el menor emancipado, como se verá posteriormente, aunque, sin duda, se trata de una cuestión debatida.

65 Al respecto, *vid.* MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. II, cit., pp. 720 y 721. En el proyecto de Código Civil de 1851 de GARCÍA GOYENA, aunque no en sede de la capacidad de los menores emancipados, sino en el art. 229 CC 1851, en relación con la posibilidad de que el tutor realizara ciertos negocios con bienes inmuebles del menor en determinadas circunstancias, se utilizó ya el término “enajenar” en lugar de “vender”, indicando el citado autor en sus comentarios que “la sola palabra *enajenar* significa en derecho constituir, trasladar ó remitir un derecho real”: GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos, cit.*, p. 232.

66 De este modo lo afirma la RDGSJFP 5 de diciembre de 2023: “[l]a cuestión es si [...] compromete o no el patrimonio del menor emancipado, y, en su caso, si ese compromiso entra dentro de las limitaciones impuestas por la ley para su aceptación”.

valor". A grandes rasgos, aunque volvamos a ello en el siguiente apartado, la doctrina ha señalado que los bienes inmuebles serán únicamente aquellos que lo sean por naturaleza, pues la finalidad del precepto es proteger aquel conjunto de bienes que presenta una mayor importancia patrimonial; los establecimientos mercantiles o industriales serían aquellos conjuntos de elementos que integran una unidad patrimonial y que permiten desarrollar una actividad industrial o profesional, recayendo la limitación tanto sobre el conjunto como sobre los elementos que sean esenciales; y los objetos de extraordinarios valor serán bienes muebles que tengan un valor elevado, con la problemática de si debe ser subjetivo u objetivo⁶⁷.

He de apuntar, aunque ello ya sea sabido, que el hecho de que para que determinados actos se requiera la asistencia de los progenitores no implica, realmente, que el menor emancipado no tenga capacidad de obrar: la intención del acto proviene de él, sin su impulso no se podrán realizar. Con estas limitaciones, más o menos acertadas, lo que se busca es la protección del menor y de su patrimonio, dada su inexperiencia jurídico-económica, pues, como se puede observar, todas ellas se encuentran en el ámbito patrimonial, no en el personal⁶⁸. Se pretende, en definitiva, dotarle durante el tiempo que dure la emancipación de una situación de protección reforzada respecto de sus bienes de mayor valor, objetivados en los señalados.

Ahora bien, como se ha señalado, hay una falta de claridad, por lo que resulta de interés conocer el catálogo de actos que el menor emancipado puede y no puede realizar, con el objetivo último de simplificar su realidad jurídica.

67 Para mayor concreción, *vid.* ÁLVAREZ MORENO, M.T.: "Art. 323", *cit.* pp. 2629 y ss.

68 En la esfera personal, el menor emancipado tiene una total capacidad, sin que, en principio, haya limitaciones que le diferencien respecto de los mayores de edad, sin perjuicio de la existencia de alguna restricción no relacionada con su condición de menor emancipado, sino con la edad objetiva que tenga (*v.gr.* la edad requerida para adoptar). Así lo señala, por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, al indicar que "el menor emancipado tiene plena capacidad a efectos personales y familiares", puesto que "las limitaciones del art. 323 tienen carácter patrimonial": MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C.: "Art. 323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. I (coord. por F.J. ORDUÑA MORENO *et al.*), 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, electrónico. No obstante, no dejan de haber casos dudosos en la esfera personal como es la posibilidad de ser tutor. Sobre la capacidad personal del menor emancipado, se puede ver con más detalle el estudio pormenorizado en torno a los derechos personalísimos, a la nacionalidad y vecindad civil y a las relaciones familiares realizado por: ÁLVAREZ MORENO, M.T.: "Art. 323", *cit.*, pp. 2615-2621. Con todo, resulta curioso que el devenir legislativo de la emancipación haya determinado que las limitaciones mayoritariamente se den en el ámbito patrimonial y no en el personal, a pesar de que en su origen eran mayores las limitaciones en el ámbito personal. *Vid.* GÓMEZ LAPLAZA, C. y PÉREZ DE CASTRO, N.: "Arts. 314 a 324", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. II (coord. por J. RAMS ALBESA), Bosch, Barcelona, 2000, p. 2140. Esta doble realidad, patrimonial y personal, con diferentes regímenes jurídicos, puede determinar que nos encontremos ante situaciones peculiares. Así lo advierte CHAPARRO MATAMOROS al analizar el contrato de prestación de servicios de juego en relación con los menores de edad, afirmando certeramente que, si se entiende que el menor emancipado no puede llevar a cabo tal contrato, nos hallaremos ante un menor emancipado que puede "cambiar registralmente de sexo a partir de los 12 años o abortar sin el consentimiento de sus representantes legales a partir de los 16 años; pero, sin embargo, no podría celebrar, hallándose emancipado, el contrato de prestación de servicios de juego". *Vid.* CHAPARRO MATAMOROS, P.: *El contrato de prestación de servicios de juego*, Reus, Barcelona, 2024, pp. 134 y 135.

2. Un catálogo de actos.

La citada RDGSJFP de 5 de diciembre de 2023 presenta como virtud, entre otras, el esfuerzo de haber plasmado un catálogo de actos que el menor emancipado puede y no puede realizar por sí mismo, actualizándolo a la situación regulatoria presente de la materia.

En la resolución, el centro directivo asume la regla ya señalada de que las normas limitativas de la capacidad deben ser interpretadas restrictivamente, ateniéndose al listado de actos del art. 247 CC, pero que, en ocasiones, habrá algunos no previstos que tampoco podrán ser realizados por el menor emancipado siempre que puedan comprometer su patrimonio y el acto realice una función similar a la de los previstos en el precepto señalado⁶⁹. Además, indica que la entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha supuesto un aumento de la autonomía de los menores de edad, emancipados o no⁷⁰, afirmando en la resolución que “puede realizar por sí solo todos los actos que no supongan un perjuicio a su patrimonio” y que su espíritu “debe llevar a una interpretación favorable a que el menor emancipado pueda realizar por sí solo cualesquiera actos no expresamente prohibidos”. En este mismo sentido, hay que tener en cuenta que, por un lado, el art. 1263 CC en su nueva redacción amplía notablemente la capacidad de los menores no emancipados, lo cual implica, de facto, un reconocimiento o respaldo también hacia la capacidad contractual de los emancipados; y, por otro lado, el art. 1329 CC que permite otorgar al menor no emancipado capitulaciones matrimoniales, con un complemento de capacidad según el régimen que se quiera pactar, que, dada su redacción, parece que permite al menor emancipado otorgarlas por sí solo con independencia del régimen económico matrimonial que se quiera pactar. En resumen, la nueva ley concibió como regla general una mayor capacidad de los menores emancipados.

De esta suerte y más allá de lo que se acaba de señalar, podemos clasificar, siguiendo el ejemplo de la resolución que se trae a colación, los actos que los menores emancipados pueden realizar por sí solos y aquellos otros respecto de

69 Así, se hace eco de la posición doctrinal mayoritaria. Aunque no faltan autores que entienden que, en todo caso, las limitaciones de la capacidad de obrar deberán ser interpretadas restrictivamente y que, por lo tanto, no podrán ser aplicadas a supuestos no previstos en ella. De modo directo se pronuncia ÁLVAREZ MORENO, quien señala que “en tanto que limitaciones, deben interpretarse restrictivamente, y no ‘extenderlas’ a otros negocios, pese a que persigan la misma finalidad”: ÁLVAREZ MORENO, M.T.: “Art. 323”, cit., p. 2627.

70 Se desprende, por ejemplo, de la redacción dada al art. 249 CC, en cuyo primer párrafo ahora se dispone que “[l]as 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. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”. Aunque el precepto se refiera no a la capacidad general de los menores emancipados es un reflejo del espíritu de la ley.

los que necesitarán un complemento de capacidad, partiendo, en todo caso, del hecho de que la regla general es su capacidad de obrar del menor emancipado.

Dentro del primer grupo, la citada resolución indica, en primer lugar, que el menor emancipado podrá por sí solo “ser titular de bienes, adquirirlos y poseerlos”, ex art. 443 CC y conforme a la propia condición de persona. En segundo lugar, responderá de los daños y perjuicios que pueda causar, conforme a los arts. 1902 y 1903 CC, ya comentados anteriormente. En tercer lugar, “podrá otorgar poder preventivo y escritura pública de autotutela”, atendiendo a la actual redacción de los arts. 255 y 271 CC⁷¹. En cuarto lugar, el art. 1716 CC permite que sea mandatario, aunque “el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores”⁷². En quinto lugar, puede ser administrador de una sociedad de capital, conforme al art. 213 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁷³. En sexto lugar, aunque se trate en el siguiente subapartado, el centro directivo ha entendido que el menor emancipado puede aceptar una herencia y participar en su partición. En séptimo lugar, podrá solicitar y constituir por sí solo medidas de apoyo a su capacidad, es decir, “podrá otorgar poder preventivo y escritura pública de autotutela”. Y, finalmente, de manera lógica, podrá hacer todos aquellos actos que exijan una edad inferior a los dieciséis años, como sería testar o consentir la adopción.

Aparte de los actos indicados, aunque la resolución no se pronuncie sobre ello y por ahondar en la construcción de este catálogo de actos permitidos, se ha entendido que el menor emancipado podrá ser apoderado y realizar “todos los actos lícitos que [...] el poderdante] pueda encomendarle”, aunque se trate de actos que, si afectasen a su propia esfera patrimonial, no pudiera realizar⁷⁴.

71 Art. 255.I, II y III CC: “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. 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. Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias”.

Art. 271.I CC: “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”.

72 Así, se ha entendido que el menor emancipado tiene capacidad de obrar para ser mandatario —como si fuera mayor de edad—, pero que a la hora de responder frente al mandante es como si fuera un menor de edad, constituyendo, por tanto, una excepción o límite legal a la capacidad general de los menores emancipados y “siendo de aplicación aquí los arts. 1304, 1160 y 1163 CC”: LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. II, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, pp. 215 y 216.

73 No obstante, VICENT CHULIÀ entiende que el menor emancipado no podrá ser administrador de una sociedad porque no tiene plena capacidad de obrar: VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, 24.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1163 y 1164.

74 STS 28 septiembre 1968 (RJ 1968, 3961).

Además, a pesar de alguna voz discordante⁷⁵, se admite que pueda constituir una sociedad⁷⁶, aunque es más dudosa su capacidad para aportar bienes a esa sociedad, entre los que entienden que podría hacerlo, con independencia del tipo de bien⁷⁷, y los que defienden que por sí solo únicamente podrá aportar bienes que no estén incluidos en la limitación del art. 247 CC. Hoy en día ha prevalecido la postura de que la aportación es equiparable a la enajenación, por lo que un menor emancipado no podrá aportar, por ejemplo, un bien inmueble porque ese acto implicaría desprenderse de él⁷⁸. También tiene capacidad para ser desheredado, siempre que reúnan las condiciones de madurez necesarias para ser responsables de los actos que justifiquen la desheredación, como podría ser la negativa de dar alimentos en caso de que, verbigracia, los progenitores los necesitaran y el menor emancipado pudiera darlos, tal y como se deriva de la, también, reciente RDGSJFP de 15 de enero de 2024⁷⁹ que, aunque se refiere a los menores a partir de catorce años, su conclusión es aplicable a los menores emancipados. Finalmente, tienen capacidad para prestar su consentimiento en materia de honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, de acuerdo con el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁸⁰.

En cambio, de acuerdo con la resolución, no podrá el menor emancipado por sí solo⁸¹, en primer lugar, tomar dinero a préstamo, lo cual implica, a su vez, que sí que podrá ser prestamista. Bajo esta expresión debe entenderse incluido “todo

75 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, 15.ª ed., Reus, Madrid, 1993, p. 612. Afirma: “tampoco sin ella [sin la asistencia de sus padres] podrán constituir sociedades civiles, aunque solo aporten bienes muebles, pues los socios civiles responden de las obligaciones sociales con todos sus bienes presentes y futuros, y, por consiguiente, podrían resultar afectados en estas sociedades los bienes inmuebles del menor”. Entonces, ¿puede obligarse en alguna ocasión el menor emancipado?

76 Ya desde la antigua RDGRN de 27 de julio de 1917.

77 En la citada RDGRN de 27 de julio de 1917 el centro directivo señaló que “no cabe confundir la aportación de inmuebles a un fondo común con la transferencia de propiedad provocada directamente por el contrato de compraventa”.

78 Vid. v.gr. PAZ-ARES RODRIGUEZ, C.: “La sociedad en general. Elementos del contrato de sociedad”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. I (coord. por R. URÍA GONZÁLEZ y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ), reimp., Civitas, Madrid, 2001, p. 464.

79 En la resolución se estudiaba la posible desheredación de dos menores de edad y la posibilidad de negar la inscripción en el registro de la propiedad de una herencia sin la intervención de estos dos menores de edad y si el registrador podía valorar la capacidad de estos dos menores sin que previamente se hubiera estudiado la desheredación y su capacidad en la vía judicial. Vid. GÓMEZ VALENZUELA, M.Á.: “La desheredación”, cit., pp. 414 y 415 y 434 y 435.

80 El art. 3 dispone que “[e]l consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten”. Por lo tanto, si el menor no emancipado puede prestarlo de acuerdo con su madurez, con mayor motivo podrá prestarlo el menor emancipado.

81 En esta ocasión, no nos centramos en el régimen del consentimiento que han de prestar los progenitores o, en su caso, el defensor judicial. No obstante, podemos señalar que de la resolución citada se desprende que no será válido un consentimiento genérico e indeterminado, sino que deberá ser, en todo caso, individualizado, admitiéndose que sea anterior a la realización del acto si se refiere a un acto concreto. Ahora bien, el régimen de este consentimiento no es del todo claro, pues se regula de manera escueta lo que conlleva a que gran cantidad de situaciones no estén previstas (v.gr. un progenitor quiere consentir, pero no el otro) y no se contempla, entre otras cuestiones, la posibilidad de acudir a la autoridad judicial. Vid. PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., pp.142-161.

acto que tenga la misma finalidad que el préstamo; la apertura de una cuenta corriente de crédito, la emisión o aceptación de una letra de cambio para obtener un préstamo, etc.; y no hay duda de que comprende a los negocios indirectos y en fraude de la prohibición”⁸². Ahora bien, parte de la doctrina se ha cuestionado si la realidad social en la que vivimos puede determinar que ciertas conductas que podrían entrar dentro del concepto de préstamo han de estar permitidas, como sería el caso de la compra a plazos⁸³, la utilización de tarjetas de crédito o el anticipo del sueldo⁸⁴. Si atendemos a la literalidad de los términos del precepto, parece dudosa la admisión de todos estos supuestos. En cambio, la realidad social, económica y jurídica parece que debería imponer la aceptación de estos supuestos, dado que, aunque persiguen “criterios económicos semejantes [...] difieren respecto de su posible configuración jurídica”⁸⁵. En segundo lugar, tampoco podrá gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y objetos de extraordinario valor. Así, dentro de esta limitación no se podrá constituir una hipoteca sobre un bien inmueble⁸⁶ o, en definitiva, cualquier derecho real que implique la imposición de un gravamen o limite el dominio⁸⁷ respecto de las clases de bienes que se señalan en el precepto. Así, se ha señalado que dentro del concepto de “gravar” deberían entenderse comprendidos todos aquellos actos que “suponen el establecimiento de límites (constitución de gravámenes, derechos reales) que conllevan, o pueden hacerlo, una disminución de su valor”⁸⁸. Además, en tercer lugar, necesitará un complemento de capacidad para enajenar esos mismos bienes, entendiendo por ello todos aquellos actos “que impliquen una disposición definitiva de los bienes que comporta el que estos salgan del patrimonio”⁸⁹ “o su potencial o eventual salida”⁹⁰. Ahora bien, esta interpretación

82 CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil*, cit., p. 225. En contra de esta posición amplia: PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., p. 189.

83 Supuesto que plantea, además, el problema de que el art. 1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo dispone que “[p]or el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación”.

84 ÁLVAREZ MORENO, M.T.: “Art. 323”, cit., pp. 2628 y 2629. En el mismo sentido, GÓMEZ LAPLAZA y PÉREZ DE CASTRO han señalado que la redacción actual no se corresponde con la realidad por lo que había sido mejor utilizar una fórmula distinta que permitiera “una mejor adaptación del precepto a las cambiantes circunstancias del mercado”: GÓMEZ LAPLAZA, C. y PÉREZ DE CASTRO, N.: “Arts. 314”, cit., p. 2143.

85 PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., p. 183 (pero, en general, pp. 175 y ss. donde no solo interpreta el precepto, sino que critica la redacción que se le dio, al no contemplarse situaciones que, en todo caso, deberían autorizar al menor emancipado a tomar dinero a préstamo).

86 Aunque sí que podrá cancelar hipotecas de acuerdo con el art. 178.3 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. PAU PEDRÓN entiende que el menor emancipado no podrá cancelar por renuncia una hipoteca, dada la poca precisión de dicho apartado frente al anterior del mismo artículo y la posible colisión con el art. 247 CC: PAU PEDRÓN, A.: “La capacidad en los negocios sobre inmuebles”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996, núm. 634, p. 804.

87 LETE DEL RÍO, J.M. y OGAYAR AYLLÓN, T.: “Art. 323”, cit.

88 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “La edad”, cit., p. 174.

89 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “La edad”, cit., p. 174.

90 RIVERO-SÁNCHEZ COVISA, F.J. y JIMÉNEZ SANTOVEÑA, J.M.: “La persona. El estado civil y el registro civil (III)”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, t. I, vol. 2 (dir. por. V.M. GARRIDO DE PALMA), 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 685.

conlleva que se entiendan comprendidos⁹¹ no solo la venta, sino, también, la permuta, la donación⁹², la constitución de una comunidad de inmuebles⁹³ o, incluso, el arrendamiento, pues, respecto de este último, la DGSJFP viene sosteniendo que el arrendamiento sería equiparable a un acto dispositivo cuando se otorgue por un periodo de tiempo superior a seis años o, mediante prórrogas, se pudieran llegar a superar ese mismo número de años⁹⁴.

Asunto de no menor interés, aunque ya se haya dejado apuntado anteriormente, es qué se debe entender por “bienes inmuebles”, “establecimientos mercantiles o industriales” y “objetos de extraordinario valor”. A grandes rasgos, se ha afirmado que los bienes inmuebles serían únicamente los contemplados en el art. 334 CC⁹⁵, mientras que los establecimientos mercantiles o industriales serían un “conjunto de elementos que integran una unidad patrimonial caracterizada por el fin industrial o mercantil perseguido, con vida propia y aún independiente de

91 Cuestión que puede plantear dudas es la siguiente: el menor emancipado casado tiene capacidad, igualmente, para separarse, divorciarse o pedir la nulidad del matrimonio. Pero ¿tiene capacidad para, según el régimen económico matrimonial que tuviera, acordar su disolución, aunque ello implicara que, quizá, un bien inmueble pasase a formar parte del patrimonio exclusivo de su excónyuge?

92 Además, respecto de la donación, el centro directivo señala que el menor emancipado no podrá aceptar “donaciones onerosas de inmuebles en las que el gravamen impuesto sea más oneroso que la liberalidad recibida”. Criterio dudoso, en todo caso, porque si se admite la capacidad total del menor emancipado para adquirir cualquier clase de bien que no tenga prohibido adquirir por disposición legal (vid. PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., p. 237), con independencia de que pague un precio justo o no por él, ¿qué justifica que no pueda aceptar una donación onerosa en esas circunstancias? El art. 626 CC dispone que “[l]as personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes”, pero el menor emancipado sí que puede contratar —de manera general, aunque con ciertas limitaciones—.

93 PAU PEDRÓN, A.: “La capacidad”, cit., pp. 760 y 761. En cambio, sí que podría realizar por sí solo la disolución de dicha comunidad, tal y como se entendió en la RDGRN de 21 de diciembre de 1929.

94 La RDGSJFP de 9 de enero de 2020 al tratar un supuesto de arrendamiento de un bien perteneciente a varios propietarios afirmó que, siguiendo pronunciamientos anteriores, los arrendamientos eran considerados actos de disposición basándose “en el criterio del plazo de duración de seis años”. En el mismo sentido, ya se pronunció, por ejemplo, en su RDGRN de 26 de enero de 2015. En cambio, autores como PAU PEDRÓN han negado que esta limitación se aplique a los menores emancipados, al considerar que, aunque el plazo fuera superior a seis meses, no se está ante un acto de disposición, sino de administración: PAU PEDRÓN, A.: “La capacidad”, cit., pp. 744 y 745. Más profundamente sobre esta discusión, vid. RIVERO-SÁNCHEZ COVISA, F.J. y JIMÉNEZ SANTOFEÑA, J.M.: “La persona”, cit., pp. 685-688. Aunque MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ sostiene que, dado el régimen actual de los arrendamientos rústicos y urbanos, salvo que fueran de larga duración, no quedarían incluidos en la limitación, en principio, puesto que el régimen de prórrogas forzosas de las leyes que los regulan no llegaría a hacer exceder el plazo de seis años señalado: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C.: “Art. 323”, cit. En esta línea, tampoco podrá, por tanto, conceder una opción de compra: SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La opción de compra*, Dykinson, Madrid, 2003, electrónico.

95 Aunque PUIG FERRIOL ha entendido que se refiere únicamente a los bienes inmuebles por naturaleza, es decir, conforme al art. 334 CC, “1. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo. 2. Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble. 3. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. [...] 8.º Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas. [...] y 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”: PUIG FERRIOL, L.: “Art. 323”, cit., p. 885.

sus distintos elementos componentes”⁹⁶ y los objetos⁹⁷ de extraordinario valor serían “bienes muebles” que tengan importancia económica, ya sea objetiva, ya sea subjetivamente⁹⁸.

Se trata de un listado que se ha quedado desactualizado —o nació desactualizado—. Así, por ejemplo, no se hace referencia a las acciones o participaciones sociales. ¿Podríamos entender que son “objetos”? El Tribunal Supremo, de manera general, ha considerado que las acciones y participaciones sociales son bienes muebles⁹⁹. Pero reitero la pregunta: ¿son, acaso, objetos? En mi opinión, me resulta complicado aceptar esta consideración, sobre todo cuando el art. 166 CC sí que se refiere en su respectivo listado de bienes de manera concreta a los “valores mobiliarios”¹⁰⁰. Más aún, aunque admitiésemos que son objetos, ¿tienen un extraordinario valor? ¿Una única acción lo tendría? ¿O cuántas harían falta para considerar que son un objeto de extraordinario valor? Como consecuencia de ello, otra cuestión que tampoco resuelve directamente es la venta de acciones o participaciones sociales de sociedades que sean, a su vez, titulares de bienes inmuebles. ¿Para llevar a cabo esa venta se necesitaría contar con la asistencia de sus padres? ¿Dependerá nuestra respuesta de cuántos activos tenga la sociedad? Si solo fueran inmuebles, ¿se entendería que se venden inmuebles y no acciones o participaciones? El Tribunal Supremo, en su STS 21 diciembre 2009¹⁰¹, en un caso de compraventa de empresas, articulada mediante la compra de las acciones de una sociedad, la cual era titular, a su vez, de un establecimiento hostelero —el cual tenía amianto—, entendió que el comprador lo que había adquirido eran las acciones y no el propio hotel, con las consecuencias que ello tuvo en la posibilidad de reclamar los vicios o defectos existentes en uno de los bienes de los que era titular la sociedad adquirida. Por lo tanto, si la cuestión se planteara en relación con un menor emancipado, ¿se debería seguir la línea marcada por el alto tribunal? ¿Puede defenderse que la venta de las acciones de una sociedad cuyo único activo sea un inmueble no es una venta de un bien inmueble? ¿O, en este caso, la finalidad

96 RDGRN de 23 de octubre de 1959. Aunque PUIG FERRIOL sostiene que no solo se requerirá el complemento de capacidad para la enajenación o gravamen del establecimiento mercantil o industrial, sino, también para “aquellos elementos integrantes del mismo que por su entidad o importancia impliquen dejar el establecimiento mercantil como un resto de elementos organizados sin vida propia”: PUIG FERRIOL, L.: “Arts. 314-324”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1251 y 1252.

97 El empleo del término “objeto” ha sido criticado. Vid. v.gr.: PUIG FERRIOL, L.: “Arts. 314-324”, cit., p. 1252.

98 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “La edad”, cit., p. 183. Aunque otros autores, como PUIG FERRIOL, han sostenido que únicamente se podrá valorar desde una perspectiva objetiva: PUIG FERRIOL, L.: “Art. 323”, cit., p. 886.

99 STS 28 septiembre 2012 (RJ 2012, 10406).

100 PUIG FERRIOL, en cambio, sostiene que “[l]a palabra ‘objeto’, en el contexto del artículo, hay que referirla a los bienes muebles corporales o incorporeales de un cierto valor, que reportan determinadas ventajas o provechos a su propietario”: PUIG FERRIOL, L.: “Art. 323”, cit., p. 886. En el mismo sentido, ÁLVAREZ MORENO, M.T.: “Art. 323”, cit., p. 2630.

101 STS 21 diciembre 2009 (RJ 2010, 299). En contra de ello, LETE DEL RÍO y OGAYAR AYLLÓN, quienes indicaron que “[a] este efecto procede señalar que el legislador de 1981 ha olvidado los valores mobiliarios, pues no creo que en la palabra ‘objetos’ quepa considerar incluidas las acciones de una sociedad anónima, bonos del Estado, etc.”, posición que comparto como señalo en el texto: LETE DEL RÍO, J.M. y OGAYAR AYLLÓN, T.: “Art. 323”, cit.

protectora de la norma debería implicar que dentro del concepto de enajenación de un inmueble se incluyera, también, la venta de acciones o participaciones de la sociedad titular de este? ¿O solo entenderemos que es equivalente cuando se transmita el control efectivo sobre la sociedad?¹⁰²

Tampoco se recogen en el artículo los derechos. ¿Puede transmitir un menor emancipado por sí solo un derecho de extraordinario valor? Por ejemplo, el art. 44 del 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 establece que los menores de vida independiente tendrán “plena capacidad para ceder derechos de explotación”¹⁰³, sin importar el valor de estos derechos, el cual puede ser *más que* extraordinario. Pero, en cambio, las leyes sobre patentes, diseños industriales, marcas o secretos empresariales no recogen una norma similar. ¿El menor emancipado podrá enajenarlos o gravarlos? ¿Alguno es un objeto? Los bienes inmateriales, aunque sea por la aplicación del art. 335 CC, se entiende que son bienes muebles¹⁰⁴ y, en sede registral, el art. 45 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento admite que sobre ellos se puede constituir una hipoteca mobiliaria. Por lo tanto, ¿el art. 247 CC se aplicaría a ellos? Si realizamos un notable esfuerzo, podríamos llegar a entender que dentro de la expresión “objetos de extraordinario valor” se encuentran los bienes inmateriales porque, a la postre, no son bienes inmuebles. Mas considero que si asumiéramos que están incluidos, se llevaría a cabo una interpretación no solo extensiva del precepto —a pesar de que es limitativo de la capacidad—, sino intrincada y enrevesada, pues llegaríamos al punto de entender que, por ejemplo, un secreto empresarial es un “objeto” o que un *bit-coin* también lo es. Si continuamos esta misma línea de supuestos que no parecen incluidos, podríamos plantearnos si un menor emancipado pudiera vender, donar o ceder su derecho a la herencia o su porción hereditaria, todavía no partida ni adjudicada. ¿Ese derecho tiene la consideración de “objeto de extraordinario valor”? Si entre los bienes que conforman la herencia hubiera bienes inmuebles o joyas, pero no se supiera a qué lote se van a asignar, ¿podría el menor vender su derecho? ¿O ante la simple

102 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA señala que si el término enajenar ha de ser interpretado como “cualquier tipo de transmisión, actual o latente”, se incluirán en él “no solo compraventas, sino también permutas, daciones en pago, donaciones, transacciones, cesión de acciones sobre inmuebles...”: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “*In dubio*”, p. 747.

103 Aunque el artículo se refiera a los menores de vida independiente, se entiende aplicable, con más motivo, a los menores emancipados, pues “si otorga plena capacidad para ceder derechos de explotación sin limitación alguna a los menores emancipados tácitamente, con más razón (y menos problemas) se podrá entender que igual capacidad tienen los emancipados formalmente”: FERRANDO NICOLAU, E.: “Art. 44”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (dir. por F. PALAU RAMÍREZ y G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 776.

104 Vid. v.gr. GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “Los bienes inmateriales en el anteproyecto de Ley de Código de Comercio”, en AA.VV.: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje a Rafael Illescas Ortiz* (dir. por M.J. MORILLAS JARILLO, M.P. PERALES VISCASILLAS y L.J. PORFIRIO CARPIO), Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 135.

posibilidad de incluir uno de tales bienes en la posterior partición y adjudicación se le debería requerir la asistencia de sus padres?

En cuarto lugar, no podrá otorgar poderes que permitieran realizar actos que por sí solo no tiene permitidos¹⁰⁵. En quinto lugar, la resolución señala que tampoco tiene capacidad para otorgar fianza, aunque esta cuestión es controvertida. Desde la STS 27 junio 1941¹⁰⁶ se viene sosteniendo que el menor emancipado no podría porque, mediante la fianza, podría comprometer directa o indirectamente sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles... No obstante, una parte de la doctrina ha defendido que la sentencia del Tribunal Supremo realmente no limitaba la capacidad del menor emancipado para afianzar sus bienes, sino que lo prohibido era la utilización de la fianza para tomar dinero a préstamo de manera fraudulenta¹⁰⁷. Si la justificación de esta limitación reside en que puede comprometer directa o indirectamente los bienes mencionados, ¿esa misma fundamentación no debería servir para prohibirle realizar cualquier acto porque su responsabilidad universal podría comprometer igualmente, por ejemplo, sus bienes inmuebles? En sexto lugar, se indica que tampoco “puede repudiar atribuciones gratuitas”, lo cual me parece totalmente discutible, pues mediante dicho acto no se pone en riesgo el patrimonio del menor, sino que, en todo caso, se refiere a un patrimonio que todavía no es suyo y, aunque en el derecho foral sí que se recoja esta limitación¹⁰⁸, en el común, no. A lo sumo, y quizá esto es lo que falta en ese apartado de la resolución, es que no tenga capacidad para repudiar una atribución gratuita de alguno de los bienes que se señalan en el art. 247 CC¹⁰⁹, asumiendo que la renuncia produce unos efectos similares a la enajenación, aunque ello sea una cuestión ampliamente discutida¹¹⁰. Aunque, al mismo tiempo, surgiría la cuestión de por qué en la resolución se afirma que el menor emancipado no

105 STS 28 septiembre 1968 (RJ 1968, 3961): “solamente estará autorizado para ejercitar, por medio de apoderado, aquellos actos que podría realizar *per se* [...] pues] si ello no era posible hacerlo válidamente *per se*, tampoco podría encomendar su realización a un apoderado porque *nemo dat quod non habet*”. En mayor profundidad sobre esta cuestión, *vid.* PAU PEDRÓN, A.: “La capacidad”, *cit.*, pp. 738-740.

106 STS 29 junio 1941 (RJ 1941, 760).

107 En este sentido, entre otros: SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Art. 1823”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, electrónico; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, t. II, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 263.

108 Vgr. art. 33 Código del Derecho Foral de Aragón.

109 En cierto modo, esta sería la interpretación más acorde con la finalidad del precepto, puesto que sería incoherente que el menor emancipado no pueda vender un bien de extraordinario valor, pero sí abandonarlo.

110 Sin entrar en detalles, se pueden ver, sobre la naturaleza de la renuncia, entre otros: GARCÍA PÉREZ, C.L.: “Acreeedores y beneficiarios ante la repudiación de la herencia. Aspectos controvertidos que derivan del art. 1001 del CC”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 74, núm. 3, 2021, pp. 890 y 891; MORO SERRANO, A.: “La renuncia de los derechos en relación con los menores”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 567, 1985, *passim* pp. 381-394. Por ejemplo, MANRESA NAVARRO afirma “[a]demás, la renuncia, ¿no es, en cierto modo, una verdadera enajenación? ”: MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. VII, *cit.*, pp. 374 y ss. PÉREZ DE CASTRO señala que la inclusión de la renuncia dependerá de si el concepto de “enajenar” se toma en un sentido estricto o en un sentido amplio, ya que en este segundo supuesto sí que se incluiría la renuncia al comprenderse en él, también, el abandono de las cosas y derechos: PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, *cit.*, p. 236. Ahora bien, en relación con esta cuestión, ¿podría darse la usucapión de un bien mueble de extraordinario valor del menor emancipado, en caso de que concurren todos los requisitos señalados en el Código Civil?

puede repudiar atribuciones gratuitas y sí que puede, en cambio, renunciar a una herencia. En séptimo lugar, respecto de los negocios complejos, se sostiene que se requerirá igualmente el complemento de capacidad respecto de los actos que el menor emancipado no pueda realizar por sí mismo, aunque formasen parte de un todo mayor¹¹¹.

La resolución, no obstante, no menciona otros supuestos que pueden plantear igualmente problemas en la práctica, como podría ser la posibilidad de ser albacea¹¹², de ser tutor¹¹³, de ser empresario o comerciante¹¹⁴, de ser parte en un contrato

- 111 En cambio, PAU PEDRÓN ha sostenido que sí que sería aplicable esta doctrina a los menores emancipados que, por ejemplo, adquieren un bien inmueble y lo hipotecan a continuación, basándose para ello en la RDGRN de 13 de mayo de 1968: PAU PEDRÓN, A.: “La capacidad”, cit., pp. 798 y 799. En el mismo sentido: RIVERO-SÁNCHEZ COVISA, F.J. y JIMÉNEZ SANTOVEÑA, J.M.: “La persona”, cit., pp. 688 y 689. Aunque no sea un negocio complejo, PÉREZ DE CASTRO ha entendido que un menor emancipado podría adquirir una finca que ya estuviera hipotecada, incluso en caso de que asumiera la obligación personal del vendedor en la relación hipotecaria ya que entiende que en este caso no se está realizando ni los mismos actos contemplados en el actual art. 247 CC, ni el gravamen preexistente presenta unos mismos efectos y consecuencias para el menor emancipado: PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., pp. 219-222. No obstante, no puedo compartir la posición de la autora. Es cierto que la prohibición del precepto se refiere a gravar bienes inmuebles, pero al comprarlo ya gravado, en realidad, se está produciendo el mismo efecto. Es más. Si admitimos la validez de la compra de bienes inmuebles gravados por parte del menor emancipado, ¿qué impide que esto se convierta en la tónica habitual para esta clase de menores —el vendedor, antes de venderlo, grava el bien con una hipoteca y el menor emancipado lo adquiere ya gravado—? Un claro caso de fraude de ley.
- 112 En contra: RUBIO GARRIDO, T.: “Art. 893”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. V (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6521; ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Art. 893”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XII (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico. A favor: CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil*, cit., p. 223.
- 113 En la actualidad el art. 211 CC dispone que “[p]odrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concorra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes”, distanciándose de lo que establecía el antiguo art. 241 CC, hasta la reforma de la Ley 8/2021. Bajo la anterior legislación la mayoría de la doctrina consideró que el menor emancipado no podía ser tutor al no tener “plena capacidad”, señalándose que, “por muchas vueltas que se le quiere dar a esta cuestión, es inobjetable que el adjetivo “pleno”, con el que se califica al ejercicio de los derechos civiles, significa “completo”, y es muy claro que tanto el emancipado como el habilitado de edad (beneficio de la mayor edad) tienen una serie de limitaciones para actuar”: LETE DEL RÍO, J.M.: “Art. 241”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. I (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), BOE, Madrid, 1993, p. 737. En el mismo sentido, vid. v.gr. LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: “Art. 241”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. I (coord. por F.J. ORDUÑA MORENO et al.), 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, electrónico. Cuestión distinta es si, tras la actual reforma, al emplear la expresión “aptitud suficientes” podrá entenderse que el menor emancipado puede ser tutor. En este sentido, a la vista de que las limitaciones, en general, deben ser interpretadas restrictivamente, a la vista de que es una decisión que será tomada en última instancia por la autoridad judicial, a la vista de que el menor emancipado, en principio, tiene una capacidad total, entiendo que sí que podrá ser tutor. Además, como ya señalé en su día, PÉREZ DE CASTRO, quien entendió que sí que podía ser tutor, el papel que juegan los jueces y tribunales en el ejercicio de la tutela es de tal influencia que nada debería impedir que los menores emancipados pudieran ser tutores, pues las limitaciones patrimoniales del Código Civil para los menores emancipados sobre sus propios bienes son similares que las establecidas para los tutores sobre los bienes de los tutelados: PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., pp. 127 y ss.
- 114 A este respecto, vid. los comentarios de: ILLESCAS ORTIZ, R.: “La Ley 8/2021 y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 (II): sobre la capacidad para el ejercicio del comercio”, en AA.VV.: *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano* (coord. por J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 2267 y 2268.

de *leasing*¹¹⁵, de someter a arbitraje cuestiones litigiosas¹¹⁶ o de ser árbitro¹¹⁷, de acudir a la transacción¹¹⁸, de ser testigo en los testamentos¹¹⁹ o de otorgar título constitutivo de propiedad horizontal¹²⁰. Además, la resolución resuelve de manera rápida, posicionándose a favor de la capacidad del menor emancipado, su posible participación en los actos de partición, al afirmar que “no pueden equipararse, a los efectos de entender limitada la capacidad del menor emancipado, los actos de partición”¹²¹. No obstante, al final, en gran cantidad de supuestos se trata de

- 115 Hay que tener en cuenta que la naturaleza del contrato de *leasing* no es del todo clara, habiendo sido ampliamente discutida. En la STS 10 febrero 2005 (RJ 2005, 1405), el alto tribunal señaló que “el préstamo tiende a la financiación del prestatario, [mientras que] en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto”. Además, en la STS 17 marzo 1998 (RJ 1998, 1351) se indicó que “no puede ser calificado de préstamo, pues tiene causa distinta, está reconocido legalmente, y se recurre a él por razones de financiación y también por razones fiscales”. Ahora bien, es más que claro que a través de este contrato, complejo y que bebe de las características y naturaleza de los contratos de arrendamientos y préstamos, se obtiene, en cierto modo, también, una finalidad similar a la del préstamo. ¿Puede, por tanto, un menor emancipado ser parte de un *leasing*? En mi opinión, si aceptamos que dentro del concepto de préstamo se incluyen todos los contratos y negocios que cumplen una misma función, entiendo que el *leasing* podría caber en la prohibición. Sobre la naturaleza jurídica del *leasing*, vid. COSTAS RODAL, L.: “*Leasing*”, en AA.VV.: *Tratado de contratos*, t. III (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3324-3326; o CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La naturaleza del ‘leasing’ o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, núm. 1, 1982, pp. 41-120.
- 116 La opinión mayoritaria considera que el menor emancipado sí que podrá someter a arbitraje cuestiones litigiosas con carácter general, pero que necesitará de la asistencia de sus padres si como consecuencia del arbitraje pudiera verse privado de alguno de los bienes sobre los que recae la prohibición del art. 247 CC. Vid. v.gr. ÁLVAREZ MORENO, M.T.: “Art. 323”, cit., p. 2624.
- 117 El art. 13 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje dispone que “[p]ueden árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión”. Así, por ejemplo, se niega la capacidad para ser árbitro del menor emancipado porque “su capacidad se halla limitada”: CREMADES SANZ-PASTOR, J.A.: *El arbitraje de derecho privado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 136. En el mismo sentido: GONZÁLEZ MALABIA, S.: “Art. 13”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por S. BARONA VILAR), 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 721; o GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Art. 13”, en AA.VV.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. V. GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Madrid, 2004, p. 245. Aunque, por una cuestión de coherencia, quizá, si negamos su capacidad para ser árbitro, también debería negarse su capacidad para aceptar o repudiar la herencia por no tener una capacidad plena.
- 118 De un modo similar al arbitraje, de manera general se admite que podrá someter la cuestión a transacción, salvo que recaiga sobre alguno de los bienes del art. 247 CC: RODRÍGUEZ MORATA, F.: “Art. 1810”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IX (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12419.
- 119 Se trata de una cuestión discutida. El art. 681 CC dispone que “[n]o podrán ser testigos en los testamentos: Primero. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el art. 701”; y este segundo artículo dispone que “[e]n caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años”. Al mismo tiempo, el art. 181 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 dispone que “[p]ara ser testigo instrumental en los documentos inter vivos se requiere ser español, hombre o mujer, mayor de edad o emancipado o habilitado legalmente y no estar comprendido en los casos de incapacidad que establece el artículo siguiente”. Conjunto de artículos que plantean dudas sobre la idoneidad de los menores emancipados para ser testigos. Sobre las dos posiciones mayoritarias en el derecho español, vid. RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones común*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 300-303.
- 120 A favor por no considerarlo un acto de enajenación, sino de riguroso dominio: PAU PEDRÓN, A.: “La capacidad”, cit., p. 762. En contra por considerarlo un acto dispositivo o de enajenación: DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales*, t. VI, Civitas, Cizur Menor, 2012, electrónico.
- 121 Se trata de uno de los supuestos más controvertidos. Hay que tener en cuenta que en la partición puede haber simplemente actos de administración, pero, según las circunstancias, puede haberlos, también, que vayan más allá de lo particional. La posición del menor emancipado no es sencilla. Entre otros, vid. RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones común*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2865 y 2866, 3070 y 3071; RIVERO-SÁNCHEZ COVISA, F.J. y JIMÉNEZ SANTOVENA, J.M.: “La persona”, cit., pp. 695-698; o ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 1, 2017, pp. 5-78. Aunque, como se ve

realizar un ejercicio interpretativo de la norma en cuestión y de su finalidad, lo que, nuevamente, cimienta una enorme inseguridad jurídica en cualquier relación en la que participe un menor emancipado.

3. Sobre la posibilidad de aceptación de la herencia.

El último de los actos que analiza la RDGSJFP de 5 de diciembre de 2023 es la posibilidad de que un menor emancipado acepte una herencia. Sobre esta cuestión, el centro directivo señala que los menores emancipados pueden aceptar una herencia dejada a su favor sin necesidad de ningún tipo de asistencia o complemento. Para fundamentar su posición esgrime que, de acuerdo tanto con la Ley Orgánica 1/1996 como con la Ley 8/2021, las limitaciones de capacidad deben interpretarse restrictivamente, entendiéndose que el menor emancipado puede llevar a cabo cuanto no le esté prohibido expresamente —aunque, al mismo tiempo, esta regla no la tiene en cuenta a la hora de afirmar que no podrá, por ejemplo, otorgar fianza un menor emancipado—; por tanto, “lo que no quede comprendido en los mismos [en las limitaciones establecidas expresamente], el principio de capacidad será el de la mayoría de edad”¹²².

Estamos, sin duda, ante otro de los supuestos más dudosos en lo que respecta a la capacidad de los menores emancipados. El art. 992 CC dispone que “[p]ueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes”. La cuestión, por tanto, es determinar si un menor emancipado dispone de ella. Al mismo tiempo, sobrevuela otra cuestión, como es si el art. 247 CC contiene todas las limitaciones a la capacidad del menor emancipado o si pueden derivarse de otros preceptos.

El centro directivo opta por acoger la tesis del notario recurrente. Así, se defiende no solo una interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad, sino que asume un pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo en el que se señaló que las únicas limitaciones de la capacidad de obrar del menor emancipado son “las taxativamente señaladas en el art. 317 CC [hoy, art. 247 CC]”¹²³. Por esa misma regla, ¿puede el menor emancipado otorgar testamento ológrafo?¹²⁴ Si asumimos que las únicas limitaciones son las contenidas en el art. 247 CC, la respuesta debería ser clara y, aunque el art. 688 se refiera a los “mayores

en la resolución citada, cada vez está más presente la tesis que sostiene que el menor emancipado tiene esta capacidad.

122 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985, p. 114.

123 STS 4 julio 1957 (1395/1957).

124 Vid. v.gr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones común*, t. I, cit., p. 477; TORRES GARCÍA, T.F.: “Art. 688”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IX (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

de edad”, deberíamos entender incluidos también a los menores emancipados¹²⁵. Pero ¿puede, por ejemplo, un menor emancipado comprar bebidas alcohólicas? El art. 14 de la Ley 5/2018, de 3 de mayo, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en la infancia y la adolescencia dispone que “[q]ueda prohibida cualquier forma de suministro, gratuita o no, de bebidas alcohólicas a los menores de edad”. ¿Al no ser una limitación contenida en el art. 247 CC y al referirse a los menores de edad —en lugar de haber utilizado la objetivación a través de la edad— debe interpretarse que esta limitación no se aplica tampoco a los menores emancipados porque no son estrictamente menores de edad y el art. 247 CC no lo prevé?¹²⁶

125 En el mismo sentido, el art. 11 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, dispone que “[p]or el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, 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”. ¿Puede el menor emancipado otorgar este documento al haber una equiparación casi plena entre los menores emancipados y los mayores de edad y al no preverse esta limitación en el art. 247 CC? Esta norma contrasta a su vez con, por ejemplo, el art. 11 de la Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida de la Generalitat Valenciana que dispone que “[t]oda persona mayor de edad o menor emancipada, capaz y libre puede formalizar su documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas, en las condiciones establecidas en la normativa de aplicación”. En un sentido similar, también se establece, por ejemplo, entre otros, en los arts. 11 de la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir de las Islas Baleares y de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. Sobre estas cuestiones, más en detalle, vid. MECO TEBAR, F.: “El derecho de la infancia y la adolescencia a una muerte digna”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020, pp. 554-593; o ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Revista Boliviana de derecho*, núm. 20, 2015, pp. 264-291. Lo mismo podría plantearse respecto de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Su art. 5 dispone que “[p]ara poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos: a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud”. ¿La referencia a la “mayoría de edad y ser capaz y consciente” ha de entenderse extendida a los menores de edad emancipados dada la equiparación existente? O respecto del art. 4 de Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, el cual dispone que “[l]a obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: a) Que el donante sea mayor de edad”. Con todo, parte de la doctrina ha señalado que las referencias a los mayores de edad y la posible inclusión en tal denominación a los menores emancipados dependerá “de la finalidad de la norma en cada caso y los intereses existentes en juego” (ÁLVAREZ MORENO, M.T.: “Art. 323”, cit., p. 2619), lo cual, en mi opinión, a pesar de ser la postura más coherente con nuestro sistema de protección de los menores, no deja de sumir a la situación de los emancipados en una constante inseguridad jurídica.

126 En un sentido similar, el art. 6.2.a) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego dispone que “2. Desde un punto de vista subjetivo, se prohíbe la participación en los juegos objeto de esta Ley a: a) Los menores de edad y los incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil”. ¿Debe entenderse que los menores emancipados no están comprendidos en la prohibición? Lo dudo mucho, pues, aunque no se trate de una prohibición recogida en el art. 247 CC, la finalidad protectora y tuitiva de la norma parece establecer un marco común para ambos tipos de menores de edad, buscando la protección no solo del patrimonio, sino, también, de su persona, derivado de los efectos perjudiciales que el juego puede causar en las personas. Ahora bien, cabría plantearse si es lógico que un menor emancipado no pueda adquirir un décimo de la lotería de Navidad, cuando sí que puede adquirir bienes de más valor, como son los inmuebles. La doctrina, sobre esta cuestión, se encuentra dividida entre los que consideran que los menores emancipados podrán jugar y apostar salvo cuando el contrato tenga por objeto uno de los señalados en el art. 247 CC o sea una cantidad de dinero considerable, ya que el Código Civil no establece una prohibición directa respecto del juego y las disposiciones restrictivas de la capacidad deben interpretarse restrictivamente, por lo que la mención genérica de los “menores de edad” no debe ser comprensiva de todos ellos; y los que entienden que la finalidad tuitiva de la Ley del juego implica que dentro de la prohibición subjetiva se encuentren todos los menores, con independencia de si son o no son emancipados. Vid. PEÑA LÓPEZ, F. y PÉREZ CONESA, C.: “Juego y apuesta. Peñas y participaciones de lotería”, en AA.VV.: *Tratado de contratos*, t. III (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 4686 y 4687; ALGARRA PRATS, E. y BARCELO DOMENECH, J.: “Internet y contrato de juego. El juego on line y la regulación del contrato de juego y apuesta en el Derecho español”, *Actualidad*

La cuestión no es ni sencilla ni pacífica. Por un lado, se ha defendido que los menores emancipados no podrían ni aceptar la herencia en ninguna de sus modalidades, ni repudiarla, pues no tienen la libre disposición de sus bienes¹²⁷. Por otro lado, se ha afirmado que los menores emancipados podrían aceptar por sí solos a beneficio de inventario, ya que mediante esta no se pondría en riesgo su patrimonio anterior; razón que subyace a la existencia de las normas limitativas de la capacidad de estos menores, pero para aceptar pura y simplemente o para renunciar a la herencia necesitarían la asistencia de sus padres¹²⁸, aunque también ha habido autores que han entendido que podrían por sí solos aceptar a beneficio de inventario y repudiar la herencia, pues no se comprometería en ninguno de los casos el patrimonio y, en el caso de la renuncia, ni tan siquiera es todavía su patrimonio¹²⁹. Finalmente, tampoco faltan autores que se han posicionado a favor de que los menores emancipados puedan tanto aceptar la herencia, en cualquiera de sus modalidades, como renunciar a ella porque “ostenta[n] la libre administración de sus bienes y dichos actos no implican disposición ni gravamen”¹³⁰.

Jurídica Iberoamericana, 2015, núm. 2, p. 345; ALGARRA PRATS, E.: *El contrato de juego y apuesta*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 106-108; LÓPEZ MAZA, S.: *El contrato de juego y apuesta en el ámbito civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 115 y 116, 166 y 167. CHAPARRO MATAMOROS, siguiendo las últimas tendencias legislativas, jurisprudenciales y doctrinales en materia de capacidad, concluye que el menor emancipado sí que puede jugar de manera válida en nuestro ordenamiento jurídico. De esta suerte, señala el autor que, en su opinión, posición que comparto, sí que podrá jugar, puesto que, en primer lugar, el artículo 274.I CC no prohíbe expresamente que un menor emancipado pueda jugar; en segundo lugar, que tampoco se puede predicar que la participación en el juego, abstracta y aisladamente, sea considerada como un acto de trascendencia económica vedado a los menores emancipados; en tercer lugar, que el estatus jurídico de los menores emancipados es diferente del de los menores de edad y que, por lo tanto, si “no podemos meter a todos los menores ‘en el mismo saco’, a fortiori tampoco podemos incluir a los emancipados en el saco de los genéricamente menores”; y, en cuarto lugar, que la prohibición respecto del juego de los menores emancipados supondría diseñar un “estatus del menor absolutamente contradictorio”, si atendemos a los otros muchos actos que sí que puede realizar, como ya indiqué anteriormente. Vid. CHAPARRO MATAMOROS, P.: *El contrato*, cit., pp. 131-135.

- 127 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, t. V, 5.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico; MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. II, Reus, Madrid, 1924, p. 724.
- 128 VIVAS ANTÓN, I.: “Aceptación y”, cit., p. 3148; o ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2013, p. 100. No faltan autores que entienden que la posibilidad de aceptar pura y simplemente o de renunciar dependerá de los bienes que previamente tenga el menor emancipado. Así, POUS DE LA FLOR señalaba que “se requiere el consentimiento de los progenitores [...]”, al menos cuando se tengan bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos extraordinariamente valiosos, que quedarían expuestos a la responsabilidad ilimitada por deudas del causante y por legados”: POUS DE LA FLOR, M.P.: “La capacidad de los menores para aceptar o repudiar la herencia”, en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por M.P. POUS DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI GUILLOT y F. YAÑEZ VIVERO), Exlibris, Madrid, 2009, p. 35. En el mismo sentido: LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 80.
- 129 RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones común*, t. II, cit., pp. 2634 y 2635; O'CALLAGHAN MUÑOZ, por su parte, entiende que podrá aceptar a beneficio de inventario, en todo caso, y que podrá renunciar siempre que en la herencia no hubiera ninguno de los bienes recogidos en el art. 247 CC: O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Art. 992”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, vol. I (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), BOE, Madrid, 1993, p. 2358.
- 130 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “La edad”, cit., p. 175; GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “Art. 992”, cit.; PAU PEDRÓN, A.: “La capacidad”, cit., p. 777. Por su parte, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, aunque no lo expresen de manera totalmente indubitada, parece que se inclinan por esta posición al señalar que “a esa presunta limitación [...] no se dedica ninguna atención para completarla como la del menor o incapacitado, lo que puede ser índice de que el legislador no lo considera necesario por no existir tal limitación. Además, las excepciones a la falta de capacidad han de interpretarse de modo restrictivo”: DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. II, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 229.

Con todo, el camino que han marcado las últimas reformas legislativas y del que se hace eco la resolución traída a colación parece indicar que a los menores — emancipados o no — cada vez se les debe reconocer una mayor capacidad y que lo que no tienen prohibido expresamente les debe estar permitido. En este sentido, es cierto que el menor emancipado no tiene prohibido expresamente aceptar una herencia, en cualquiera de sus modalidades, o renunciar a ella. Pero ¿tiene la libre disposición de sus bienes? El art. 992 CC no afirma —cierto es— que se requiera la libre disposición de “todos” sus bienes. ¿Eso implica que se pueda aceptar una libre disposición general, aunque no sea total o plena?¹³¹ Si asumimos que las limitaciones a la capacidad deben interpretarse restrictivamente, parece que es la opción más coherente con nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto.

La resolución no se adentra en esta cuestión, sino que se centra en la posibilidad de encajar la aceptación de una herencia en los conceptos de “gravar” o “enajenar”. Salvo la renuncia que podría llegar a entenderse que es un acto con unos efectos similares a la enajenación, aunque los bienes de la herencia no hayan formado parte de su patrimonio¹³², es claro que una aceptación no es una enajenación. En cambio, ¿podría entenderse que es un gravamen? No lo creo, puesto que, si bien es cierto que la aceptación pura y simple puede comprometer el patrimonio preexistente, incluidos, por ejemplo, bienes inmuebles, no se trata de un gravamen sobre tales bienes, sino una simple posibilidad derivada del principio de responsabilidad universal. Si entendiéramos que la aceptación pura y simple no debe ser admitida por tal razón, tampoco deberíamos concebir que un menor emancipado pudiera obligarse de cualquier modo, pues siempre podría terminar respondiendo con todos sus bienes. ¿Podríamos considerar el derecho a aceptar la herencia y renunciar a ella como un “objeto de extraordinario valor”?¹³³ Lo dudo mucho, pues la expresión, aunque errónea, no parece en ningún caso que pueda extenderse a derechos, aunque estos sean sumamente valiosos.

Por otro lado, gran parte de la doctrina, como se ha señalado, admite la capacidad del menor emancipado para alguna de las actuaciones, pero la niega para las otras, a pesar de que el precepto no hace diferencia, sino que se limita a indicar que se requiere “la libre disposición de sus bienes”. ¿No es contradictorio admitir que para unos casos sí que se requerirá tal libertad, mientras que para otros, no, a pesar de que el art. 992 CC no hace distinción alguna? Ante la vaguedad

131 En este sentido, en la STS 15 diciembre 1943 (222/1943), al interpretar la expresión “libre disposición” del art. 4 del Código de Comercio, afirmó que el “requisito de la libre disposición de los bienes ha de ser tomado, no en un sentido rígido, que haría ilusorios los beneficios concedidos a través de las dos condiciones anteriores del propio artículo a los mayores de veintiún años, sino en un sentido de relativa amplitud”.

132 Vid. lo señalado en el anterior apartado al tratar la posibilidad de repudiar atribuciones gratuitas.

133 Así se señalaba en la edición revisada de SANCHO REBULLIDA de la obra: LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, p. 84. No obstante, en ediciones posteriores de la obra esta referencia desaparece.

del precepto, o se admite la capacidad para cualquiera de las posibles acciones, aceptar en cualquiera de sus modalidades y renunciar, o se niega para todas ellas.

Además, no se suele mencionar la posibilidad de aceptar la herencia tácitamente, lo cual da como resultado otro supuesto dudoso. El art. 247.III CC reconoce que “[e]l menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio o fuera de él”, lo que supone, aunque sea criticable, una divergencia entre su capacidad en el plano sustantivo y procesal¹³⁴, que tendrá una capacidad procesal plena¹³⁵. Por tanto, un menor emancipado podrá interponer una demanda de petición de herencia, la cual implica, a su vez, la aceptación tácita de la herencia, como se puede derivar del art. 999.III CC, en principio, pura y simplemente, aunque posteriormente se pueda pedir que sea a beneficio de inventario. Pero, si no se lleva a cabo esa petición, si defendemos que el menor emancipado no puede aceptar la herencia pura y simplemente de manera expresa porque no tiene la libre disposición de sus bienes, nos encontramos con que el ordenamiento jurídico le permite, en cambio, a través de una vía procesal, aceptar la herencia —tácitamente— sin necesidad de la asistencia de sus padres.

La cuestión, como señalaba, no es pacífica, tal y como lo demuestra la resolución del centro directivo aquí tratada y que tiene su origen, precisamente, en el choque que la doctrina española —personalizada en este caso en las posturas de la registradora de la propiedad y del notario— siempre ha mantenido respecto de la aceptación y renuncia de la herencia por parte del menor emancipado. La respuesta definitiva, a pesar del pronunciamiento de la DGSJFP, no creo que haya llegado todavía y no sé si algún día llegará.

Esta falta de claridad contribuye aún más a olvidar la emancipación como figura jurídica a la que se puede acudir. El hecho de no contar con un régimen claro hace dificultoso que sea una institución que pueda tener vida, pues la actuación del menor emancipado no se caracteriza en la actualidad precisamente por la seguridad jurídica, sino que la nebulosidad lo invade todo y ni el propio menor emancipado ni el resto de los operadores jurídicos, económicos y sociales conocen con certeza lo que el primero puede y no puede hacer por sí mismo. Por mucho que se pretenda defender que la emancipación puede tener cierta utilidad en determinadas situaciones —y,

134 PUIG FERRIOL, L.: “Arts. 314-324”, cit., p. 1253.

135 Algún autor ha señalado que los menores emancipados no tendrán capacidad procesal cuando se traten de cuestiones relativas a las limitaciones del art. 247 CC (PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor*, cit., p. 141), puesto que si no se interpretara de ese modo se podría llevar a cabo, vía procedimiento judicial, uno de los actos que no tiene permitido realizar por sí mismo, por ejemplo, a través de una sentencia condenatoria de entrega de un bien inmueble. No obstante, aunque se reconozca que es una contradicción, entiendo que ni el Código Civil, ni las leyes procesales, en ningún momento establecen ninguna limitación a su capacidad procesal y si las normas —de ningún tipo— la establecen no se puede realizar una interpretación tan amplia que, dejando a un lado la cuestión de derecho sustantivo, se extienda al derecho procesal. Sería aconsejable que esta materia se unificara, pero, mientras no lo haga el poder legislativo, no queda otra solución que la convivencia con las contradicciones de nuestro ordenamiento jurídico, aunque ello no sea lo deseable.

con sinceridad, así lo considero y supongo que fue lo que sucedió en el caso que aquí se ha traído a colación—, esta se desvanece al no saber claramente cuál es el régimen jurídico del menor emancipado. Si se opta por mantenerla en nuestro ordenamiento jurídico, debería ser dotada de claridad, pero mientras esto no cambie, la emancipación poco a poco irá desapareciendo, hasta ser un simple recuerdo de épocas pasadas —aunque ya lo está siendo, salvo excepciones—, conservado por una inercia inmovilista del Código Civil —o, más bien, del legislador— y se cumplirá aquella lapidaria sentencia de SALVADOR CODERCH, a la que solo habría que añadir la pregunta de qué legislador comenzó a escribir la crónica de su muerte anunciada: el primero por no dotar de un régimen claro al menor emancipado o los sucesivos por ir desustanciándolo.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2013.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Art. 893", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XII (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.^a ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 15.^a ed., Bosch, Barcelona, 2002.

ALGARRA PRATS, E.: *El contrato de juego y apuesta*, Dykinson, Madrid, 2012.

ALGARRA PRATS, E. y BARCELÓ DOMENECH, J.: "Internet y contrato de juego. El juego on line y la regulación del contrato de juego y apuesta en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 327-360.

ÁLVAREZ MORENO, M.T.: "Art. 323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. II (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2613-2638.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 264-291.

APDC: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

BADENAS BOLDÓ, J.: "Cuestiones relativas a la aplicación de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo, en el ámbito familiar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis, 2022, pp. 1780-1797.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentarios a los arts. 154 a 161 CC y 164 a 168", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La naturaleza del 'leasing' o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, núm. 1, 1982, pp. 41-120.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2021, electrónico.

CARRASCO PERERA, Á.: "Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2021, núm. 978, electrónica.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda: 'viejos' principios para interpretar 'nuevas' reglas sobre capacidad y prohibiciones", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 74, núm. 3, 2021, pp. 729-770.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, 15.ª ed., Reus, Madrid, 1993.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: "Art. 166", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. III (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España. Parte general. Derecho de la persona*, t. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *El contrato de prestación de servicios de juego*, Reus, Madrid, 2024.

COASE, R.H.: *How Should Economists Choose?*, American Institute for Public Policy Research, Washington D.C., 1982.

COSTAS RODAL, L.: "Leasing", en AA.VV.: *Tratado de contratos*, t. III (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3318-3373.

CREMADES SANZ-PASTOR, J.A.: *El arbitraje de derecho privado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CUEVAS CASTAÑO, J.J.: "La capacidad de los emancipados en general", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 235-2, 1973, pp. 111-160.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales*, t. VI, Civitas, Cizur Menor, 2012, electrónico.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, t. II, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, t. II, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

DURANY PICH, S.: "Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2000, electrónica, pp. 1-11.

EGIDO GÁLVEZ, I.: "La evolución de la enseñanza primaria en España: organización de la etapa y programa de estudio", *Tendencias pedagógicas*, núm. 1, 1994, pp. 75-86.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 1, 2017, pp. 5-78.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M.C. y RIVERA FERNÁNDEZ, M.: "La capacidad de obrar (I): Edad", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Privado. Derecho de la persona*, t. I, vol. 2 (dir. por M. RIVERA FERNÁNDEZ y M. ESPEJO LERDO DE TEJADA), Tecnos, Madrid, 2016, pp. 61-80.

FERRANDO NICOLAU, E.: "Art. 44", en AA.VV.: *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (dir. por F. PALAU RAMÍREZ y G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 773-778.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA PÉREZ, C.L.: "Acreedores y beneficiarios ante la repudiación de la herencia. Aspectos controvertidos que derivan del art. 1001 CC", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 74, núm. 3, 2021, pp. 865-920.

GARCÍA PRESAS, I.: "La emancipación de hecho desde el art. 319 CC", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 15, 2011, pp. 179-196.

GARCÍA VÁZQUEZ, M.C.: "De la 'emancipatio' a la emancipación", en AA.VV.: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 3 (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), BOE, Madrid, 2021, pp. 335-348.

GENNÉP, A. VAN: *Los ritos de paso*, Alianza, Madrid, 2013.

GETE-ALONSO CALERA, M.C.: "Art. 992", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. III (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4587-4590.

GETE-ALONSO CALERA, M.C.: "La edad", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 155-179.

GETE-ALONSO CALERA, M.C.: *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "Art. 992", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. XIV (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

GÓMEZ CALLE, E.: "Art. 1903", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IV (coord. por F.J. ORDUÑA MORENO et al.), 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, electrónico.

GÓMEZ LAPLAZA, C. y PÉREZ DE CASTRO, N.: "Arts. 314 a 324", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. II (coord. por J. RAMS ALBESA), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 2089-2105.

GÓMEZ VALENZUELA, M.Á.: "La desheredación del menor de edad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, pp. 384-465.

GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: "Los bienes inmateriales en el anteproyecto de Ley de Código de Comercio", en AA.VV.: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje a Rafael Illescas Ortiz* (dir. por M.J. MORILLAS JARILLO, M.P. PERALES VISCASILLAS y L.J. PORFIRIO CARPIO), Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 115-135.

GONZÁLEZ MALABIA, S.: "Art. 13", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por S. BARONA VILAR), 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2011, pp. 718-749.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Art. 13", en AA.VV.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. V. GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Madrid, 2004, pp. 241-249.

IGLESIA MONJE, I. DE LA: "Cuestiones actuales sobre la emancipación. Análisis de la evolución jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 2011, pp. 1611-1626.

IHERING, R. VON: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1987. Disponible en: <https://archive.org/details/bromas-veras-ciencia-juridica/page/12/mode/2up?view=theater>.

ILLESCAS ORTIZ, R.: "La Ley 8/2021 y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 (II): sobre la capacidad para el ejercicio del comercio", en AA.VV.: *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano* (coord. por J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 2259-2271.

JORDANO FRAGA, F.: "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado*, núm. 68, 1984, pp. 881-904.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, vol. II, 6.ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. II, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2009.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1994.

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

LETE DEL RÍO, J.M.: "Art. 241", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. I (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), BOE, Madrid, 1993, pp. 736-738.

LETE DEL RÍO, J.M. y OGAYAR AYLLÓN, T.: "Art. 314", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IV (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.^a ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

LETE DEL RÍO, J.M. y OGAYAR AYLLÓN, T.: "Art. 323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IV (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.^a ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

LÉVI-STRAUSS, C.: *Las estructuras elementales del parentesco*, Paidós, Barcelona, 1969.

LÓPEZ MAZA, S.: *El contrato de juego y apuesta en el ámbito civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: "Art. 241", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. I (coord. por F.J. ORDUÑA MORENO et al.), 2.^a ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, electrónico.

MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. II y VII, Reus, Madrid, 1924.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (coord. por M. GARCÍA MAYO), Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 85-112.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Art. 323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. I (coord. por F.J. Orduña Moreno et al.), 2.^a ed., Civitas, Cizur Menor, 2016, electrónico.

MECO TEBAR, F.: "El derecho de la infancia y la adolescencia a una muerte digna", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020, pp. 554-593.

MOLERO MANGLANO, C.: "Sujetos del contrato de trabajo", en AA.VV.: *Manual de Derecho del Trabajo* (dir. por C. MOLERO MANGLANO), 15.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 153-198.

MONREAL BRINGSVAERD, E.: "El ingreso del trabajador en la empresa", en AA.VV.: *Derecho del Trabajo* (dir. por J.M. GOERLICH PESET), 11.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 213-246.

MORO SERRANO, A.: "La renuncia de los derechos en relación con los menores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 567, 1985, pp. 381-394.

NIETO ALONSO, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2016, pp. 1-47.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.C.: "La responsabilidad civil del menor derivada del ilícito penal: análisis del art. 61.3º de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 4, 2006, pp. 1767-1859.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, t. V, 5.^a ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Art. 992", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, vol. I (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), BOE, Madrid, 1993, pp. 2356-2358.

PAU PEDRÓN, A.: "La capacidad en los negocios sobre inmuebles", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 634, 1996, pp. 723-822.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "La sociedad en general. Elementos del contrato de sociedad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. I (coord. por R. URÍA GONZÁLEZ y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ), reimp., Civitas, Madrid, 2001, pp. 463-489.

PEÑA LÓPEZ, F.: "Art. 1903", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IX (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13003-13019.

PEÑA LÓPEZ, F. y PÉREZ CONESA, C.: "Juego y apuesta. Peñas y participaciones de lotería", en AA.VV.: *Tratado de contratos*, t. III (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 4665-4705.

PÉREZ DE CASTRO, N.: *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988.

POUS DE LA FLOR, M.P.: "La capacidad de los menores para aceptar o repudiar la herencia", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*

(coord. por M.P. POUS DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI GUILLOT y F. YÁÑEZ VIVERO), Exlibris, Madrid, 2009, pp. 31-41.

PUIG FERRIOL, L.: "Art. 323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. I (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), BOE, Madrid, 1993, pp. 883-886.

PUIG FERRIOL, L.: "Arts. 314-324", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1222-1261.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: "¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, pp. 129-154.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones común*, t. I y II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.

RIVERO-SÁNCHEZ COVISA, F.J. y JIMÉNEZ SANTOVEÑA, J.M.: "La persona. El estado civil y el registro civil (III)", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, t. I, vol. 2 (dir. por V.M. GARRIDO DE PALMA), 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 237-768.

RODRÍGUEZ MORATA, F.: "Art. 1810", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IX (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12418-12420.

RUBIO GARRIDO, T.: "La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?", *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 323-337.

RUBIO GARRIDO, T.: "Art. 893", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. V (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6520-6529.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: "Art. 1823", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, electrónico.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La opción de compra*, Dykinson, Madrid, 2003, electrónico.

SEVILLA BUJALANCE, J.L.: "La capacidad matrimonial del menor de edad, ¿una reforma necesaria?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 766, 2018, pp. 799-817.

TORRES GARCÍA, T.F.: "Art. 688", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. IX (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), 2.^a ed., Edersa, Madrid, 2004, electrónico.

TURNER, V.: *La selva de los símbolos*, 5.^a ed., Siglo XXI, México D.F., 2013.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: "La edad", en AA.VV.: *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona* (coord. por F. BLASCO GASCÓ), 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 213-235.

VAQUER ALOY, A.: "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los menores. Una propuesta de interpretación", *La Ley*, 2001, núm. 1, pp. 1632-1638.

VERDA Y BEAMONTE, J.R. DE: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", *Revista Jurídica del Notariado*, 2022, núm. 115, pp. 11-115.

VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, 24.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

VILLANUEVA TURNES, A.: "La mayoría de edad. Art. 12 de la Constitución Española de 1978", *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 2017, vol. 65, núm. 2, pp. 321-348.

VIVAS TESÓN, I.: "Aceptación y repudiación de la herencia tras la ley de jurisdicción voluntaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, 2016, pp. 3143-3174.

ESTUDIO DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA
PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN
MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

*STUDY OF INDIRECT REPRESENTATION IN THE PROPOSAL
TO MODERNIZE THE CIVIL CODE ON OBLIGATIONS AND
CONTRACTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 304-337

Rocío DIÉGUEZ
OLIVA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 20243
ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: El presente trabajo analiza la regulación de la representación indirecta en la reciente Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, su régimen aplicable y sus relaciones con el actual art. 1717 CC y las propuestas de unificación/armonización del derecho privado europeo.

PALABRAS CLAVE: Representación indirecta; Propuesta de Modernización del Código Civil.

ABSTRACT: *This work analyzes the regulation of indirect representation in the recent Proposal for the Modernization of the Civil Code on obligations and contracts, its applicable regime and its relationships with the current art. 1717 CC and the proposals for unification/harmonization of European private law.*

KEY WORDS: *Representation; Proposal for the Modernization of the Civil Code.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.- II. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO ESPAÑOL.- I. La representación indirecta en derecho español. La interpretación de art. 1717 CC por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.- 2. Representación indirecta y Registro de la Propiedad.- III. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN/UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y EN EL DERECHO COMPARADO.

I. INTRODUCCIÓN. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (a partir de ahora PMCC), publicada por el Ministerio de Justicia en julio de 2023 ha incorporado la regulación de la representación en el derecho privado en el capítulo VI (arts. 1274 a 1288), siguiendo la regulación ya contenida en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2009 (PMMC-2009). Como señala la Exposición de Motivos, las tres fuentes principales que han tenido los autores de la propuesta en la elaboración han sido nuestra tradición jurídica, “recogiendo, adaptando o aclarando las respuestas que la jurisprudencia y doctrina españolas han venido dando”, los numerosos textos internacionales publicados en las últimas décadas en materia de armonización y unificación del derecho privado europeo, y los códigos civiles más cercanos a nuestra tradición jurídica y que ya han sido objeto de modernización. Y las mismas van a ser los referentes con los que vamos a confrontar la actual propuesta de regulación de la representación indirecta.

El art. 1274 PMCC, sin definir la representación, porque la finalidad de los textos legales no es hacer definiciones, establece cual es el ámbito de la representación (“todos los actos jurídicos que una persona pueda hacer por sí misma,...salvo los que tengan carácter personalísimo), así como el régimen jurídico de la misma, indicando que “la relación interna entre representante y representado” se regirán por las normas del mencionado capítulo VI, “por aquellas que le sean aplicables según su naturaleza y, subsidiariamente, por las establecidas en este Código para el contrato de mandato”. Por lo que a la representación indirecta se refiere, se encuentra regulada en el art. 1288 conforme al cual cuando el representante actúe por cuenta del representado, pero no en nombre de éste, “los efectos jurídicos del acto realizado solo se producen entre el representante y el tercero”. Frente a esta regla general, los apdos 2 y 3 del art. 1288 recogen las excepciones a

• Rocío Diéguez Oliva

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Málaga. Correo electrónico: mddieguez@uma.es

la misma, reconociendo acción directa al representado frente al tercero para el ejercicio los derechos adquiridos por el representante, para el caso en que el representante resultare insolvente o incurriere o fuere manifiesto que incurrirá en un incumplimiento esencial frente al representado. En tal caso, el tercero puede oponer al representado las excepciones que tuviese contra el representante. Igual acción se le concede al tercero para los supuestos de insolvencia e incumplimiento esencial frente al tercero. En uno y otro caso el representante habrá de identificar al representado. El pago hecho al representante no libera de sus obligaciones ni al tercero ni al representado, a partir del momento en que se produzca la recepción de la comunicación.

En una primera aproximación al estudio del art. 1288 PMCC en comparación con el art. 1717 CC, la consecuencia jurídica parece idéntica: la incomunicabilidad de efectos entre el representado y el tercero. Así, el art. 1288 I PMCC expresamente señala que “cuando el representante actúa por cuenta del representado, pero no en nombre de este, los efectos jurídicos del acto realizado solo se producen entre el representante y el tercero, salvo lo previsto en los apartados siguientes”. Por su parte el art. 1717 CC con una dicción similar, sin embargo, no dice exactamente lo mismo, porque cuando el mandatario contrata en nombre propio el mandante no tiene acción contra las personas que han contratado con el mandante ni éstas contra el mandatario, sino que el mandatario es el obligado “como si” el asunto fuera personal suyo. Sólo se exceptúa esa incomunicabilidad en los casos en que se trate de “cosas propias del mandante”. Ambas cuestiones, los efectos en el representante “como si” el asunto fuera suyo y las diversas interpretaciones de la excepción cosas del mandante, en un principio no coinciden con las excepciones del art. 1288 PMCC ni con la regla de la incomunicabilidad de efectos, conforme a la actual jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y la doctrina administrativa de la Dirección general de Seguridad Jurídica y Fe Pública. La duda que planteamos versaría sobre si la propuesta de regulación del art. 1288 PMCC, como paradigma de la representación indirecta, limita las excepciones a la regla de la incomunicabilidad de efectos a las contenidas en el propio precepto, o si por el contrario y dada la remisión que el art. 1274 PMCC a aquellas normas

I Sobre los antecedentes históricos y legislativos de la excepción, *vid.* GRAMUNT FROMBUENA, M.D.: “La excepción cosas propias del mandante”, *Revista de Derecho privado*, julio-agosto 1989, pp. 629 y ss. En dicho trabajo el estudio de la excepción se realiza atendiendo al ámbito de actuación del mandatario, si estamos ante un mandato otorgado en términos generales o un mandato especial. El antecedente legislativo inmediato se encuentra en el art. 1408 del Proyecto de Código Civil de 1936. cuando el mandatario general para los negocios y contratos celebrada alguno sin expresar en nombre de quien lo hace, se entenderá ser en el suyo propio; pero si el mandato fuera especial, los contratos relativos al objeto del mandato se tendrán siempre celebrados en nombre del mandante». El contenido del citado artículo es necesario entenderlo en una lectura conjunta e integrada con relación a su número precedente, el art. 1.407, por cuanto en el mismo, al distinguirse el mandato general del especial (de manera análoga a nuestro actual art. 1.713 CC). De la lectura conjunta de ambos preceptos cabe deducir a juicio de GRAMUNT que en los supuestos de actuación del mandatario propio nomine, el mandante va a quedar obligado como si el negocio hubiera sido realizado en su propio nombre cuando el objeto de la contratación esté comprendido dentro del poder especial que el mandatario ha recibido para poder contratar.

que sean aplicables conforme a su naturaleza y, subsidiariamente, al régimen legal del contrato de mandato, sen concreto al art. 1717 CC, mantendría aplicable igualmente la excepción cosas propias del mandante y su interpretación. Y la cuestión no es baladí porque más allá de los efectos obligacionales entre representante y representado, el art. 1288 PMCC guarda silencio sobre una de las cuestiones más complejas y problemáticas en materia de representación indirecta, cual es la adquisición y transmisión de la propiedad a través de intermediario o representante en nombre propio. Para entender el sentido y alcance del art. 1288 PMCC vamos a analizar la figura de la representación indirecta, tal y como señala el legislador en la Exposición de Motivos de la PMCC con las fuentes anteriormente señaladas.

II. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

I. La representación indirecta en derecho español. La interpretación del art. 1717 CC por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Gramaticalmente el término representación hace referencia tanto al acto, esto es, a la sustitución de un sujeto por otro en el tráfico jurídico y económico; como al efecto, al resultado final que provoca la imputación de la titularidad de todos cuantos efectos se deriven en una persona distinta a la que ha prestado su gestión. Para algunos, la primera perspectiva hace referencia a la necesidad de que la actuación del representante sea por cuenta ajena; la segunda, a que el representante actúe con poder². Ciertamente no podemos obviar que todo supuesto típico de gestión por cuenta ajena, de colaboración, lleva consigo inexorablemente la sustitución de un sujeto por otro en una determinada actividad jurídica, y por tanto la injerencia en la esfera jurídica de aquel. Sería ilógico encomendar a otro el cumplimiento de un determinado encargo y negar posteriormente los efectos jurídicos o exigirle responsabilidad por haber influido en su patrimonio³. La intromisión en un patrimonio ajeno es inherente a cualquier forma de representación, y la alteración del mismo es el efecto propio que pretende alcanzar la gestión llevada a cabo. Las limitaciones del art. 1259 CC como régimen aplicable a la representación, produce una reconducción tanto doctrinal como jurisprudencial a la regulación contenida en los arts. 1709 y ss CC del contrato de mandato y en los arts. 244 del C de c, así como art. 1665 CC⁴. Dicha remisión a la figura del contrato de mandato y de la comisión mercantil tiene lugar por vía analógica, al constituir ambos negocios típicos , tal y como lo califica LÓPEZ Y LÓPEZ “el reflejo del

2 HERNÁNDEZ MORENO, A.: “Mandato poder y representación: una nueva lectura del art. 1716 CC”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 79, p. 102.

3 STS I diciembre 1994 (RJ 1944,1272).

4 DÍEGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 29-30.

ideal de sistema", del Derecho justo y adecuado, como prototipo de relación de gestión o colaboración en el tráfico jurídico, puesto que "...de lege data y a falta en nuestro sistema de Derecho positivo de una norma específica y autónoma, debe aplicársele [a la representación] el esquema legal del mandato...", sin que, por supuesto, represente el único supuesto de gestión regulado en nuestro Código Civil⁵.

Tradicionalmente se ha condicionado la eficacia directa de la representación a la concurrencia de dos presupuestos: la existencia de poder o autorización por el principal y la actuación del representante con "contemplatio domini", siendo elevada la actuación en nombre ajeno por la doctrina a la categoría de presupuesto indispensable de la actuación representativa⁶: sólo cuando el representante investido de poder suficiente actúe frente a los terceros con "contemplatio domini" se producirían directamente los efectos entre el representado y el tercero⁷. En este sentido afirma la doctrina que no basta el actuar por cuenta ajena para que se produzca el llamado efecto-representación, esto es, la heteroeficacia de lo actuado por el intermediario en el patrimonio del representado, sino que, muy por el contrario, es también necesario hacerlo en nombre de aquel por quien se actúa. Sobre el alcance y contenido de dicha actuación representativa o con "contemplatio domini", la doctrina se ha pronunciado en muy diversos sentidos: desde una actuación necesariamente abierta, esto es, en nombre del representado, admitiéndose incluso la posible "contemplatio ex reo ex facti circumstantiis", hasta llegar a exigir "...que el representante exhiba su poder ante la persona con quien contrata y se presente como tal apoderado...". En esta línea de razonamiento se sitúa HERNÁNDEZ MORENO quien afirma que, entendida la representación como un efecto, requiere para que el mismo se produzca en la actuación de una persona distinta de quien autoriza o apodera sea necesariamente jurídico concurra un supuesto fáctico de carácter contingente, "...que viene a consistir a la efectiva actuación en nombre ajeno. Esto, llamado comúnmente "contemplatio domini" obliga.... a exteriorizar clara e inequívocamente que se actúa, que se contrata o se negocia en nombre de otro, para otra persona"⁸. Es más, cuando en el mismo se considerara incluida cualquier forma de mandato, incluida por tanto

5 LÓPEZ Y LÓPEZ., A.: "La gestión típica derivada del contrato de mandato", *Poder Judicial*, Madrid, 1995, pp. 67 y ss.

6 HERNÁNDEZ MORENO, A.: "Mandato", cit. p. 102. Sobre los efectos indirectos y la necesidad de posterior transmisión al representado, vid. NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 615 y ss.; GASPÁR ALFARO, J.: *La representación indirecta*, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1962., pp. 334-335.

7 Sobre una revisión doctrinal del requisito de la "contemplatio domini", nos remitimos a LEÓN ALONSO, J.R.: *El mandato*, Editorial Universidad de Sevilla, 2020, pp. 190-198. En tal sentido, MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo XI, Madrid, 1911, p. 423, con relación a la actuación del mandatario.

8 HERNÁNDEZ MORENO, A.: "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del art. 1.716 del Código Civil", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, p. 102.

la actuación del mandatario en nombre propio, a juicio de GORDILLO, los efectos serán indirectos⁹.

Sin embargo, para otro sector doctrinal, el requisito de la “contemplatio domini” no se traduce necesariamente en la actuación en nombre ajeno. Como señala RIVERO, el concepto de representación no está ligado indisolublemente con el “nomen” sino con el carácter ajeno del negocio, de los intereses gestionados o de los fondos con los que se lleva a cabo dicha contratación¹⁰. Dentro de la figura de la representación indirecta o de la interposición en la gestión en nombre propio son diversos los grupos de casos en los que la actuación del gestor o intermediario se realiza en nombre propio sin que por ello deje de calificarse como gestión o representación. Y la no revelación tanto de la existencia de un principal como la identidad del mismo puede responder a diversas circunstancias. Puede ocurrir que haya una voluntad expresa de permanecer oculto el principal (STS de 7 de mayo de 2007)¹¹, y que el intermediario nunca revele la identidad de su principal. Puede suceder que el intermediario actúe en nombre propio pero revelando la existencia de un principal - STS de 14 de octubre de 1989¹², o que la identidad del “dominus” quede revelada por la titularidad de los bienes sobre los que recaen las relaciones jurídicas del representante y el tercero (STS 20 marzo 1998¹³ y STS 17 marzo 2008¹⁴). Igualmente puede suceder que al tercero le resulte irrelevante quien sea el destinatario final de los efectos, como sucede en muchas ocasiones en la contratación en masa o en la contratación en establecimientos abiertos al público. O en las subastas conforme al art. 60 Ley del Comercio Minorista, en cuanto a la actuación de la entidad subastadora como representante del propietario¹⁵.

9 GORDILLO CAÑAS, A.: La representación aparente, Sevilla, 1978, pp. 34 y ss.

10 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La representación indirecta, en *Elementos de Derecho Civil. Parte general. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Dykinson, Madrid 2005, p. 313.

11 STS 7 mayo 2007 (Roj: STS 3240,2007 - ECLI:ES:TS:2007:3240).

12 STS 14 octubre 1989 (Roj: STS 5391,1989 - ECLI:ES:TS:1989:5391).

13 STS 20 marzo 1998 (RJ 1998,1710).

14 STS 17 marzo 2008 (Roj: STS 3966,2008 - ECLI:ES:TS:2008:3966)

15 Sobre la delimitación entre representación indirecta y la figura del contrato en favor de persona que se designará DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Reflexiones sobre el momento de la perfección y la invalidez del contrato celebrado en favor de persona que se designará”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2008, Núm. 68, pp. 507-544. Como señala el autor, la explicación del contrato por persona que designará en clave de representación conduciría a suspender los efectos del contrato durante la fase de pendencia de la designación, al ser un contrato que tanto en la doctrina como la jurisprudencia admiten que es un contrato de complejo y perfecto desde su celebración, y de eficacia inmediata, STS 3 diciembre 1999, Roj: STS 7743,1999 - ECLI:ES:TS:1999:774318 (pp. 522-523). Al respecto, CECCHINI ROSELL, X.: “Contrato por persona a designar, Comentario de la STS de 21 de noviembre de 1997”, *RDPatr.*, núm. 1, 1998, p. 291; DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Contrato por persona a designar”, *Anuario de Derecho Civil*, 1952, V, pp. 1369 y ss.; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1983, p. 289; LUNA SERRANO, A.: *El contrato para persona por designar y la cláusula de reserva de nombrar*, Madrid, 2011; MUÑOZ ESPADA, E.: “Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar”, *RCDI*, 1999, núm. 654, pp. 2004-2006; NAVARRO MICHEL, M.: *El contrato por persona a designar. Nuevas perspectivas*, Madrid, 2004.

Frente a la tesis tradicional que excluía los efectos directos cuando la actuación era en nombre propio, como ha señalado el Tribunal Supremo, una observación más detenida de la realidad ha permitido destacar las consecuencias injustas a que conduce en ocasiones este planteamiento. Y desde esa perspectiva, se admite la eficacia tanto real como obligacional de la actuación en nombre propio en aquellos supuestos en los que quede acreditado tanto el carácter ajeno del negocio, y por ende, la existencia del encargo, atendiendo preferentemente a la intención real de las partes –recuérdese que la relación que causaliza la representación no tiene que ser exclusivamente de mandato–, y que se sintetiza en la atribución al gestor de facultades suficientes para la realización de un acto determinado en interés del “dominus”. Y junto con la existencia del encargo o poder, la presencia de los fondos ajenos para la realización del encargo. Se pone así en evidencia el carácter ajeno que para el gestor tiene el asunto gestionado y, por tanto, la naturaleza carácter representativa de su actuación, que no se desvirtúa por el hecho de que se realice en su propio nombre, porque tendrá por causa el encargo, de manera que sin este último el negocio representativo nunca habría tenido lugar. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado: SSTS 1 mayo 1900, 10 julio 1946, 17 diciembre 1959, 22 noviembre 1965, 2 noviembre 1970, 16 mayo 1983, 1 marzo 1988, 14 octubre 1989, 23 octubre 1990, 30 septiembre 1992, 25 febrero 1994, 13 abril 1994, 18 diciembre 2000, 7 mayo 2007, 18 diciembre 2007, 18 febrero 2011; 30 octubre 2013, entre otras, excluyéndose en caso de no quedar suficientemente probada dicha representación (STS 13 junio 1987) ¹⁶.

Por lo que a la excepción propiamente dicha se refiere, a su contenido y alcance, tanto la doctrina como la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo han justificado de maneras muy diversas las distintas interpretaciones de la misma. Así, ante la consideración de la excepción como cosas de propiedad del mandante¹⁷, se ha pronunciado el Tribunal Supremo no sólo en supuestos de adquisición o transmisión de la propiedad a través de un intermediario, sino de contratos de obras o arrendamientos de servicios sobre bienes de propiedad del representado. La titularidad del bien es la que revela la existencia de una representación y la

16 STS 16 mayo 1983 (Roj: STS 1322,1983 - ECLI:ES:TS:1983:1322); STS 1 marzo 1988 (Roj: STS 16800,1988- ECLI:ES:TS:1988:16800); STS 14 octubre 1989 (Roj: STS 5391,1989-ECLI:ES:TS:1989:5391); STS 23 octubre 1990 (Roj: STS 10857,1990-ECLI:ES:TS:1990:10857); STS 30 septiembre 1992 (Roj: STS 7356,1992- ECLI:ES:TS:1992:7356); STS 25 febrero 1994 (Roj: STS 1238,1994- ECLI:ES:TS:1994:1238); STS 13 abril 1994 (Roj: STS 2422,1994- ECLI:ES:TS:1994:2422); STS 18 diciembre 2000 (Roj: STS9347,2000- ECLI:ES:TS:2000:9347); STS 7 mayo 2007 (Roj: STS3240,2007- ECLI:ES:TS:2007:3240); STS 18 diciembre 125 febrero 199413 abril 2007(Roj: STS 7947,2007 - ECLI:ES:TS:2007:7947); STS 18 febrero 2011 (Roj: STS540,2011- ECLI:ES:TS:2011:540); STS 30 octubre 2013 (Roj: STS5282,2013- ECLI:ES:TS:2013:5282); STS 13 junio 1987 (Roj: STS 4129, 1987 - ECLI:ES:TS:1987:4129).

17 COLÁS ESCADÓN, A.: “art. 1.717 CC” en *Comentarios al Código* (dir. R BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Madrid, 2001, p. 1946; HERNÁNDEZ GIL, F.: “Art. 1.717”, en *Comentario al Código Civil* (coord. por SIERRA GIL DE LA CUESTA), Barcelona, 2000, p. 932.

determina la legitimación activa o pasiva cuando la celebración del contrato tuvo lugar en nombre propio, pero por cuenta ajena, una vez que se revela la representación¹⁸. En la STS 28 noviembre 1973¹⁹, se planteó en el procedimiento si el demandante estaba o no legitimado, así como la calificación de los negocios jurídicos existentes entre las partes. Como señala el propio Tribunal Supremo, la titularidad de los terrenos sobre los que se ejecuta un proceso de edificación y venta a terceros de viviendas revelan la existencia de una representación y es determinante permite aplicar al representado los efectos del contrato en el que no intervino. Señala el TS que el art. 1257 CC contiene el principio general de relatividad de los efectos de los contratos, pero ese principio general admite múltiples excepciones, como “son las contenidas en los arts. 480, 1164, 1597, 1917, y la establecida en el inciso segundo del párr. 2º de dicho art. 1717, en el que, de manera terminante se conceptúa “el caso en que se trate de cosas propias del mandante”, excepción justificada porque, de lo contrario, quedarían completamente burlados los derechos del tercero”.

En la STS 1 diciembre 1982²⁰ y ante la ocultación de los verdaderos titulares de una empresa y la contratación frente a terceros a través de un intermediario que actuó en nombre propio, interpreta la excepción en el sentido del carácter manifiestamente ajeno del bien o del interés con lo que actúa el representante, considerando que el conocimiento por el tercero de esa circunstancia se califica “como una contemplatio domine tácita, generándose un poder de apariencia ex facti circumstantiis sive ex re -SS. 8 junio 1966²¹ y 28 noviembre 1973²²”.

En similar sentido se pronunció el TS en la sentencia 30 septiembre 1992²³. En el supuesto, el intermediario, D. G., actuando en nombre propio pero por cuenta de su esposa, propietaria del terreno, contrata con una empresa la instalación de un sistema de riego con aporte de material. Ante el incumplimiento del pago del precio por parte del intermediario, la empresa instaladora demanda a D. G. Ante la imposibilidad de proceder al embargo de la finca donde se realizó la instalación, la empresa promovió demanda contra la propietaria del suelo. Desestimada la demanda en primera instancia por estimación de la excepción de cosa juzgada, se interpuso recurso de apelación que revocó dicha sentencia, estimando íntegramente la reclamación de la empresa instaladora. Como señala la STS en su FD Tercero, el marido actuó “no para sí, sino por encargo y en beneficio de su mujer lo que le confiere una cualidad de mandatario, aunque sin

18 STS 22 abril 1998 (Roj: STS 2555, 1998 - ECLI:ES:TS:1998:2555) y STS 18 febrero 2011 (Roj: STS 540, 2011 - ECLI:ES:TS:2011:540).

19 STS 28 noviembre 1973 (RJ 1973,4340).

20 STS 1 diciembre 1982 (RJ 2982,7454).

21 STS 8 junio 1966 (RJ 1966,3023)

22 STS 8 noviembre 1973 (RJ 1973,4340)

23 STS 30 septiembre 1992 (Roj: STS7356,1992- ECLI:ES:TS:1992:7356).

representación, que ha de vincular al mandante a quien beneficia la ejecución del mandato, máxime cuando tal mandante no ha objetado absolutamente nada en contra ni del mandato en sí ni de la propia ejecución del arrendamiento de obra contratado por su marido en aras del mandato recibido, lo que está previsto tanto en el art. 1717.2.º párrafo, último inciso, como en el art. 1727.2.º párrafo, ambos del Código Civil”.

Nuevamente sobre la legitimación procesal y la ajeneidad del negocio se pronunció la STS 21 marzo 1995²⁴. En el supuesto, una entidad vendió en documento privado a los Sr. F y V, un terreno y en el mismo se establecía una cláusula de reserva de dominio en favor de la vendedora. En el mismo documento se otorgaba poder a los compradores para que llevaran a cabo una serie de actividades relacionadas con la promoción inmobiliaria que se iba a llevar a cabo sobre la citada finca. Los compradores contrataron los servicios de la parte actora para que realizara ciertos trabajos sobre la finca, actuando los mandatarios en su propio nombre, “...como promotores de la obra...y como verdaderos dueños...”, aún cuando la parte vendedora, seguía apareciendo como titular registral de la citada finca. Sobre esta circunstancia se pronuncia el Tribunal Supremo declarando que “...al margen de cuáles fueran las relaciones internas entre los codemandados, y cuya fuerza vinculante afecta a las partes, más no a terceros, lo cierto es que la apariencia jurídica dada y sostenida se apoya en un elemento tan sólido como la propiedad “secundum tabulam” y mal puede soslayarse, con eficacia frente a terceros, las presunciones de pertenencia a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo de posesión del inmueble que establece el art. 38 L.H.” (FD TERCERO). Así pues, aun cuando las obras sobre la citada parcela la contrataron los sres. F. y V., en nombre propio, lo hacían por cuenta ajena, razón por la cual el representado, además de vendedora, como representada de los citados sres. F. y V., debe responder frente a los terceros que contrataron con sus intermediarios, aun cuando ella no fue parte del contrato suscrito con los terceros demandantes.

En sentido similar, la STS 3 enero 2006²⁵. Se discutía en la primera instancia sobre la existencia o no de un supuesto de representación indirecta de D. D. con relación a la empresa familiar dedicada a la actividad portuaria. Ante la defensa de la entidad demanda que entendía que no podía ser parte del procedimiento porque D. D. actuó en el contrato en nombre propio, entiende el TS, confirmando el pronunciamiento del juzgado de primera instancia, que la excepción cosas propias del mandante ha de entender como asuntos o negocios, “más allá de una acepción ceñida a la expresión “cosas” como bienes tangibles. Se genera lo que la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han señalado como “contemplatio domini” tácita,

24 STS 21 marzo 1995 (Roj: STS1664,1995 - ECLI:ES:TS:1995:1664). Este supuesto es anterior a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación y a las exigencias legales al promotor como propietario del terreno o titular de derecho real sobre el mismo que le permita la edificación (art. 9.2 letra a LOE).

25 STS 3 enero 2006 (Roj: STS 52,2006 - ECLI:ES:TS:2006:52).

generándose un poder “ex facti circumstantiis sive ex re” (STS 1 diciembre 1982; 8 junio 1966, y 26 noviembre 1973)”. Sobre la prueba de la existencia de una *contemplatio in re*, el TS en la sentencia 22 abril 2005²⁶, considera que la actuación por el mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante, “el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una “*contemplatio in re*” que hace desaparecer la “*denegatio actionis*” (típica del mandato puro –no representativo–) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir, se produce, en tal perspectiva, los mismos efectos de la representación directa (mandato representativo)”.

En la STS 7 mayo 2007²⁷, la arrendataria de un inmueble, recibe la oferta de la parte arrendadora, una entidad pública, para la adquisición del inmueble. Dado que carecía de capacidad económica para la adquisición, según los hechos probados en el pleito, D. J. proporcionó fondos a su madre para el ejercicio de dicha opción de compra sobre el inmueble. Tanto la madre como el hijo y su nuera, otorgaron una escritura pública de compraventa de la nuda propiedad de la vivienda por un precio que nunca se hizo efectivo. Fallecida la madre, los hermanos de J., lo demandaron a él y su esposa considerando que la escritura de constitución del usufructo era nula de pleno derecho por falta de causa. No queda acreditado durante el procedimiento que la cantidad de dinero entregada por el hijo a la madre para la adquisición del inmueble lo fuera ni *donandi* ni *credendi* causa. Por el contrario, sí se reveló la existencia de un acuerdo entre la madre y el hijo para la adquisición de éste de la vivienda a través de su madre, como arrendataria. En el FD Segundo, el TS, con cita de la STS 30 abril de 1992, destaca la proximidad de la representación indirecta y la *fiducia cum amico*, cuya licitud ha sido reconocida por jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias. La delimitación entre ellas radica principalmente en la presencia del interés de la persona que permanece oculta en el negocio que lleva a cabo el representante o intermediario con los terceros. El TS admite la adquisición directa del mandante o fiduciante, si bien frente a terceros entiende que el mandante adquiere una propiedad sustancial “mientras que el mandatario adquiere frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores de la relación existente, una propiedad formal. Puesto que como señala el tribunal Supremo “el mandante ya adquirido”.

En supuestos de compras a través del intermediario o gestor en nombre propio la jurisprudencia del Tribunal Supremo a veces utiliza expresiones como “titularidad provisional en tránsito hacia el patrimonio del representado (STS 18

26 En el procedimiento, varios compradores de pisos demandaron tanto a la promotora A, S.A., como a la entidad G17, con quien había celebrado los compradores los diversos contratos de compraventa, solicitando la nulidad de una de las cláusulas de sus contratos de compraventa y la petición de condena de los demandados a la restitución de las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la ineficacia de dicha cláusula así como al pago de los intereses legales correspondientes a cada una de ellas desde las fechas de sus cobros indebidos, STS 7 mayo 2005 (Roj: STS 2494,2005 - ECLI:ES:TS:2005:2494).

27 STS 7 mayo 2007 (Roj: STS 3240,2007 - ECLI:ES:TS:2007:3240).

enero 2000²⁸). Se afirma en este planteamiento que la propiedad pertenece al “dominus” desde la consumación del contrato, que el gestor no es más que un poseedor en nombre ajeno (art. 439 y 463 CC) por lo que no puede llegar a adquirir el dominio por vía de usucapión ordinaria por falta de justo título (art. 447, 1941 y 1952 CC-STs 18 enero 2000) y que el “dominus” puede ejercitar la acción reivindicatoria frente a tercero²⁹, opción que confirma el art. 239 Texto Refundido de la Ley Concursal³⁰.

La eficacia directa de lo actuado por el intermediario en nombre propio pero por cuenta ajena igualmente se manifiesta en el reconocimiento de acciones internas entre representante y representado, como en la STS 1 diciembre 1982, supuesto en el que se estima la acción de repetición o reembolso del intermediario en nombre propio frente a los verdaderos dueños del negocio, los cuales permanecieron ocultos para eludir “las responsabilidades que pudieran dimanar del funcionamiento de la Empresa de albañilería hicieron figurar como titular de la misma a un impecune” [...] valiéndose de testafierro, con una posición ficticia o simulada, para crear una mera apariencia que resulta destruida una vez descubierta la realidad que se hallaba oculta. , el párr. 2.º del art. 1717 excepciona el caso de que se trate de cosas propias del mandante, situación en la que se produce una contemplatio domine tácita, generándose un poder de apariencia ex facti circunstantiis sive ex re -SS. 8 junio 1966 y 28 noviembre 1973-, siempre que sea manifiestamente ajeno el bien o interés a que se contrae el negocio”. Así en la STS 13 abril 1994³¹ en el supuesto de un contrato de préstamo solicitado por un hermano por cuenta de otro que tenía dificultades para la concesión del préstamo, el TS entiende el TS que la relación “habida entre los hermanos que no puede calificarse, como pretende el recurrente e hizo el Juzgador de primera instancia, de simple préstamo, sino, se reitera, como de mandato, con las consecuencias indemnizatorias establecidas en los arts. 1728 y 1729 del Código Civil”.³²

Sin embargo, coincidimos con RIVERO Cuando acertadamente señala que la excepción “cosas propias del mandante” no puede interpretarse como todos los

28 STS 18 enero 2000 (Roj: STS 131,2000 - ECLI:ES:TS:2000:131).

29 En similar sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Mandatario que adquiere en nombre propio”, en *Estudios Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, Tomo I, 1976, pp. 760-784. El autor afirma que la propiedad de lo adquirido pertenece al dominus desde la celebración del contrato, de modo que el intermediario es sólo poseedor en nombre ajeno (arts. 439 y 463 CC), por lo que no puede llegar a adquirir el dominio por vía de la usucapión ordinaria.

30 Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención “serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos”. La denegación de la entrega del bien por la administración concursal puede ser impugnada por el propietario por los trámites del incidente concursal.

31 STS 18 enero 2000 (Roj: STS 131,2000 - ECLI:ES:TS:2000:131); STS 13 abril 1994 (Roj: STS 2422,1994 - ECLI:ES:TS:1994:2422).

32 En similar sentido STS 25 febrero 1994 (Roj: STS 1238,1994 - ECLI:ES:TS:1994:1238).

asuntos, porque la excepción anularía la regla general del propio art. 1717 CC³³, y porque además la representación indirecta no puede convertirse en una vía para lesionar los derechos de terceros de buena fe que han contratado con el intermediario, cuando para ellos relevante la persona del intermediario (*cfr.* art. 1725 CC-*vid.* STS 4 julio 2000, que determinó la responsabilidad del representante aun cuando los bienes eran ajenos, aceite de girasol, en quien confió el tercero³⁴), o cuando sea una vía de fraude o lesión de intereses de acreedores. Que se admitan efectos directos en supuestos de representación indirecta como excepción a la regla general tampoco puede convertirse en una vía o instrumento para fines contrarios al ordenamiento y de la seguridad del tráfico jurídico o que responda a fines ilícitos. Es habitual que en algunas sentencias y resoluciones de la DGSJFP se haga referencia a la fiducia cum amico y a la representación indirecta y a la aplicación a aquella del régimen jurídico de los art. 1717 CC como si de la misma figura o institución se tratara, extremo con el que no coincidimos. Es común en la doctrina no sólo española³⁵ sino también extranjera, fundamentalmente alemana³⁶, intentar delimitar las figuras de la representación indirecta y la fiducia cum amico, sin que ciertamente pueda llegar a establecerse claramente una línea divisoria entre ambas. Sin embargo, desde el punto de vista teórico existen diferencias entre ambas figuras, diferencias en cuanto al interés que guía al intermediario, de una parte; y de otra, en cuanto a la relación que se establece entre dicho intermediario y el bien en cuestión. Mientras que en la fiducia es necesario que concurren las finalidades propias de la misma (garantía, crédito,...), y que además, que el fiduciario conserve/haya conservado la titularidad adquirida durante algún tiempo en su poder, en la representación, la finalidad que persigue el intermediario no es otra que la propia gestión de un negocio ajeno, de modo que una vez que el representante ha actuado, conforme a las instrucciones que haya recibido del “dominus”, está obligado a dar cuenta de las resultas de su gestión al principal (art. 1720 CC)³⁷. Igualmente, en el ámbito mercantil se puede apreciar dicho fenómeno en tanto que siendo tan habitual en el mismo las operaciones entre personas interpuestas, es frecuente que se establezca cierto paralelismo entre ambas figuras, tal y como hace GARRIGUES³⁸. Para el citado autor ambos, tanto el negocio fiduciario como la representación indirecta pueden ser calificados como supuestos de interposición real. La realidad es que son muy numerosos los supuestos en los que se produce una yuxtaposición de ambas instituciones. Dicha

33 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La representación, cit. p. 313.

34 Roj: STS 5480,2000 - ECLI:ES:TS:2000:5480).

35 DIEZ-PICAZO, L.: *La Representación*, cit., pp. 279-280.

36 SIEBERT, W: *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, Marburg, 1933, pp. 233-253; COING, H.: *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäft*, München, 1973, pp. 102-104; LIEBICH, MATHEWS: *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft. Ein Handbuch*, Berlin, 1983, pp. 37-38; GRUDMAN, S.: *Der Treuhandvertrag*, München, 1997, 415-417.

37 Incluso el Tribunal Supremo en ocasiones acuña el término mandato fiduciario, STS 23 julio 2007 (Roj: STS 5399,2007 - ECLI:ES:TS:2007:5399).

38 GARRIGUES DIAZ-CAÑABETE, J.: *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1981, p. 65

yuxtaposición conlleva que en muchos supuestos, en la adquisición del bien se pueda hablar de representación indirecta, y fiducia en los momentos posteriores, cuando el bien adquirido es conservado por el adquirente, quedando afectado, tal y como ya hemos señalado a una finalidad específica fiduciaria, bien garantía, bien gestión. En ese sentido se ha pronunciado MUÑOZ DE DIOS quien muy acertadamente incide sobre la necesaria distinción entre la fiducia cum amico y la que él denomina fiducia cum cómplice, para hacer referencia a aquellos supuestos en los que bien hay un problema de ilicitud de la causa o bien un problema de fraude de ley con el recurso por las partes a la figura de la fiducia cum amico³⁹. Es innegable que puede concurrir una finalidad defraudadora, ilícita o contraria a la moral y al orden público (art. 1255 CC), y que conforme al orden público económico el interés más digno de tutela a pesar de las relaciones internas entre representante y representado sea el de los terceros de buena fe. En los casos en que concurra dicha finalidad ilícita por parte del representante indirecto o del representado, persiguiendo eludir responsabilidades o con fines defraudatorios, el tercero o terceros afectados podrán ejercitar las correspondientes acciones (cfr. acciones en materia de impugnación de capitulaciones matrimoniales, liquidación de sociedades de gananciales, etc.). Puede ser que la finalidad sea ocultar al tercero la verdadera identidad del "dominus", porque para el tercero no le resulte indiferente quien resulte ser el destinatario de los efectos del negocio, sino por el contrario resulte esencial quien sea el destinatario del negocio o se sepa que, revelada la representación, no hubiera contratado el tercero con el principal, supuestos en los que cabría la acción de anulabilidad por error o dolo conforme a las reglas generales de la ineficacia de los negocios jurídicos⁴⁰.

Admitida la eficacia directa en el patrimonio del representado, cuando concurra la excepción cosas propias del mandante, es necesario que el representante o intermediario realice todo aquello que sea necesario para que ya no materialmente sino formalmente, sean reconocibles los efectos en el patrimonio del representado. Ese deber de diligencia del representado tiene su fundamento en los deberes de colaboración que necesariamente debe haber entre representante y representado, en tanto que no quedan obligados sólo conforme al contenido del poder sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes

39 MUÑOZ DE DIOS, L.: "Fiducia cum cómplice y reconocimiento de dominio", *El Notario del siglo XXI*, núm. 112, noviembre-diciembre de 2023.

40 Recordemos los casos *Nasch v. Dix y Said v. Butt* de la jurisprudencia anglosajona. En el primero de ellos, un comité de una comunidad católica romana quería comprar una capilla a los demandados para convertirla en un lugar de culto. Sin embargo, los propietarios se negaron a la venta porque no aprobaban el destino que a la misma se le iba a dar. Un intermediario adquirió la capilla y exigió al comité que si quería la capilla tenían que pagar 100 libras más de lo que él había pagado a los vendedores. Los demandados vendieron la capilla pero repudiaron el contrato cuando descubrieron que el comprador tenía la intención de revenderse al comité católico. El juez North estimó la demanda y declaró que los vendedores-demandados estaban obligados frente al comprador-demandante, el cual no podía ser calificado como un agente, sino que era un comprador cuya voluntad interna no era otra que la reventa. En similar sentido, el caso *Said v. Butt*. Vid. DIEGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia*, cit., pp. 98-99.

a la buena fe, al uso y a la ley. En sede de contrato de mandato, el art. 1720 CC establece que todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato (en similar sentido, art. 263 de C de C, con relación a la comisión mercantil). La rendición de cuenta es una obligación del mandatario frente a sus mandante o mandantes una vez que se haya extinguido en el contrato, que se deriva no sólo del contrato de mandato, sino que está presente en todas las relaciones de gestión o administración de negocios ajenos, de modo que la expresión "rendición de cuentas", va más allá del aspecto contable de la gestión y alcanza a todas aquellas gestiones y negocios recaigan sobre la esfera del mandante. En tal sentido la doctrina entiende que la obligación de la titulación del bien a nombre del principal en casos de adquisición de la propiedad a través de representante en nombre propio tiene su fundamento en el mencionado art. 1720 CC⁴¹. Sin embargo, varios son los problemas que se han planteado a nivel doctrinal y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública con relación a la representación indirecta y la concordancia registral: la admisión de efectos directos a la representación indirecta desde la perspectiva registral, sus presupuestos, sus relaciones con el principio de tracto sucesivo así como el título idóneo para la inscripción del dominio a favor del representado, en aras a la deseada concordancia de la realidad extraregistral y el Registro de la Propiedad.

2. La representación indirecta y el Registro de la Propiedad.

Establece el art. 20 LH que para inscribir o anotar el título por el que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue "o en cuyo nombre sean otorgados aquellos actos referidos", siendo denegada la inscripción cuando consten inscrito a favor de persona distinta a la otorgante. Excepciona la propia ley esta regla en el párrafo cuarto del art. 20 LH conforme al cual "no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes". Tradicionalmente la doctrina entendía que el denominado tracto sucesivo abreviado se refería únicamente a la representación directa al ser la única a la que se le reconocen efectos sustantivos y materiales directos en la persona del representado. Esta doctrina fue cuestionada por DÍEZ-PICAZO entendiendo que la representación voluntaria o abierta se encuentra regulada en el párrafo primero, y que cuando el párrafo cuarto habla de mandatarios y representantes deben

41 GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit. pp. 777-778. En igual sentido LETE ACHIRICA J.: "La representación en el Derecho de los contratos. Propuestas de reforma del Derecho español desde la perspectiva de los textos de soft law europeos e internacionales", *Indret*, núm. 4, 2023, pp. 432-433.

incluirse igualmente aquéllos que actúen en nombre propio por ser esta además una forma de disposición “de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes”⁴². Y en este sentido se ha pronunciado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en numerosas resoluciones admitiendo la eficacia directa de la representación indirecta. Cabe destacar las resoluciones 13 junio⁴³ y 20 julio 2018⁴⁴, que recogen de manera clara la doctrina administrativa del centro y la evolución que ha tenido la misma, con base en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y cuyos fundamentos han sido reiterados en resoluciones posteriores⁴⁵. Y en tal sentido afirma “que la denominada representación indirecta o mediata es una auténtica forma de representación que, aunque de manera no exactamente coincidente con la representación directa, permite atribuir efectos directos a la actuación del representante, con lo que se define correctamente la posición de cada una de las partes”⁴⁶. A pesar de la admisión de la eficacia directa de la representación indirecta y la adquisición en el representado, ni cualquier forma de gestión es admitida ni cualquier título puede dar lugar a la inscripción a favor del representado, sino que se va a exigir un título idóneo, que quede acreditada la existencia de la legitimación del intermediario para la adquisición, el carácter ajeno de los fondos a efectos de entender que queda revelado el carácter representativo de la actuación en nombre propio por cuenta ajena⁴⁷.

Por lo que al título inscribible se refiere, para el acceso al Registro de la Propiedad la Ley Hipotecaria formula en su art. 2 los títulos inscribibles, reseñando entre ellos los títulos no sólo traslativos del dominio, sino también los denominados “títulos declarativos del dominio”, siendo necesario en que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial (art. 3 LH). Como establece el art. 33 RH con respecto a las escrituras públicas, esta puede ser un documento público o varios documentos públicos (pensemos en una escritura complementaria), en “que se funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción [...]”. La escritura pública de reconocimiento de dominio es el título habitualmente utilizado para la acreditación por parte del representado y representante indirecto de la adquisición por cuenta del representado⁴⁸. No se entiende que estemos ante un título carente de causa,

42 DIEZ-PICAZO, L: *La representación*, cit., pp. 275-276.

43 R 13 junio 2018 (resolución núm. 8722, 2018).

44 R 20 julio 2018 (RJ 2018,3180).

45 R 19 febrero 2020 (resolución núm. 7081,2020) y R 19 octubre 2022 (resolución núm. 18780,2022).

46 Vid. RDGSJFP 13 junio 2018 (RJ 2018,3159).

47 Vid. RDGRN 15 abril 1999, (RJ 1999, 2216), en la que se pretendió la inscripción de una escritura de reconocimiento de dominio otorgada unilateralmente por un pretendido representante, pues el poder por el que el mismo actuaba es de fecha posterior a la adquisición y no le facultaba para hacer reconocimientos de actos anteriores.

48 Sobre la escritura de reconocimiento de dominio, vid PAU PEDRÓN, A.: “La inscripción de títulos de reconocimiento”, en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Murcia, 2004, pp.

sino que en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada, haciendo coincidir la titularidad formal con la real (cfr. art. 40 LH)⁴⁹. Pero aun cuando se admita la escritura de reconocimiento de dominio como título idóneo, ha resultado problemático en la DGSJFP la determinación de quienes han de intervenir, si únicamente representante y representado o igualmente todos aquellos que intervinieron en el negocio o título traslativo, conforme al art. 1257 CC, así como la constancia del precio y la ajeneidad de los fondos empleados en la adquisición.

Así en la RDGRN de 2 de septiembre de 2004 con acierto confirmó la calificación del registrador cuando lo que se presentó fue únicamente la escritura de poder o mandato. Los hechos fueron los siguientes: mediante escritura de segregación, compraventa e hipoteca otorgada el día 14 de febrero de 2002, D. L en nombre de CMM, vendió a D. A y Dña. J una determinada parcela, interviniendo los compradores en la operación en su propio nombre. Con anterioridad, en concreto el día 12 de febrero, mediante escritura pública calificada de mandato la entidad mercantil XX encargó a D. A la adquisición de la mencionada parcela, para lo cual entregó una serie de efectos mercantiles que no coincidían totalmente con los posteriormente se entregaron el día de la compraventa. Inscrita la titularidad de la finca a favor de D.A y su cónyuge, se presentó en el Registro de la Propiedad la mencionada escritura de mandato, a fin de que se rectificara la inscripción a favor de la entidad mercantil XX. El registrador calificó negativamente la inscripción señalando que el título presentado no era título suficiente para practicar la adquisición del dominio a favor de la entidad solicitante, en tanto que la misma carece de trascendencia jurídico real y sólo obligacional, propia del contrato de mandato. La DGRN equipara en esta resolución los mecanismos de la representación indirecta, en este caso, mandato indirecto, a los del negocio fiduciario. Se confirmó la calificación impugnada señalando al respecto que lo que se pretendía en virtud de la inscripción del mandato indirecto era la transferencia de la titularidad formal inscrita a favor del adquirente además, hipotecante, al mandante para dar cumplimiento al mecanismo fiduciario. Para que pudiera tener lugar dicha rectificación a favor del mandante hubiera sido necesario un “título traslativo del dominio, o la rectificación del Registro con el consentimiento de todos los interesados o por la oportuna resolución judicial⁵⁰ (FD Primero)”.

3701-3718; GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, Madrid, 2001, pp. 51-58, y en concreto, nota 5 pág. 54.

49 A la escritura de reconocimiento en general se refiere el art. 1269 de la Propuesta de Modernización, señalando que las mismas “nada prueba contra el documento en que estos hubiesen sido consignados cuando, por exceso u omisión, se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del documento originario”.

50 RDGRN 6 de julio 2009 (RJ 2006.6411)

En igual sentido se inadmite la escritura de rectificación como título idóneo para la inscripción a favor del representado. Así en la RDGRN 6 de julio 2009 por escritura pública de compraventa de fecha 10 de febrero de 1976, la entidad mercantil YYY vendió a D. E. ciertas fincas. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, se procedió a la inscripción del dominio a favor del comprador. Bastante tiempo después, en concreto el día 22 de julio de 2004, mediante escritura pública D. José, Dña. Rosa, Dña. Carmen, D. Jaume. y D. Joan, actuando en su propio nombre y además este último en representación de la entidad mercantil YY otorgaron escritura pública de rectificación de la otorgada en el año 1976 en la que como herederos de D. Esteban reconocen que en la escritura que se rectificaba D. E. intervino en nombre propio pero por cuenta ajena, en concreto de D. Jaume y D. Joan en virtud de la relación fiduciaria existente entre ambos. En la misma se indica que en la “en la compraventa anterior el comprador incurrió en error al afirmar que actuaba en nombre propio, cuando en realidad actuaba con mandatario verbal”, incorporándose además a los escritos presentados en el Registro de la Propiedad una carta en la que quien intervino como comprador manifestaba que la compra la había realizado como fiduciario y con fondos de la exclusiva propiedad de los interesados.

No es suficiente acreditar el poder del representante sino que es necesario que ambos, representante y representado otorguen una escritura de reconocimiento de dominio, como estableció la entonces DGRN en la resolución de 6 julio 2006⁵¹. En el supuesto otorgaron escritura pública de reconocimiento de dominio Dña. MCR, viuda de don CPF, y doña MP, doña. P, doña S., y Doña ME., hijas y herederas de don CPF. En la escritura reconocieron que la mitad indivisa de la finca pertenece desde que se formalizó la escritura a su hija doña ME, en virtud de un pacto existente entre ambas en virtud del cual adquiría para aquella y con fondos de aquella. Denegada la inscripción y recurrida la calificación del registrador, la entonces denominada DGRN analizó la doctrina clásica acerca de la representación indirecta del art. 1717 CC para concluir afirmando que la denominada representación indirecta o mediata es una forma auténtica de representación directa, que permite atribuir efectos directos a la actuación del representante.(FD Cuarto). Pero admitida la adquisición inmediata de la propiedad en el “dominus” es necesario que se revele hacia el exterior dicha titularidad, es decir, que quede revelada la representación y el carácter ajeno del negocio llevado a cabo por el representante. En este sentido entendió la DRGN que el negocio representativo, en este caso la compraventa, tiene su causa en el encargo previo, de modo que, sin la existencia de aquel, carece de causa el negocio celebrado por el intermediario en nombre propio. Entiende la DGRN que la escritura de dominio es el título idóneo, y al no ser una rectificación o modificación de un

⁵¹ R 6 julio 2006, resolución núm. 15126,2006.

título previo, no requiere de la comparecencia de todos los que intervinieron en aquella, sino únicamente la del representante y el representado, teniendo que estar suficientemente justificada la existencia de una relación representativa, sin perjuicio de la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que confiaron en la apariencia de titularidad del representante y de los riesgos que por tanto debe asumir el representante al autorizar la actuación por su cuenta pero no en nombre propio.

En la resolución de 6 julio 2009⁵², reiteradamente citada en resoluciones posteriores, la DGRN acoge los mismos criterios anteriormente analizados, si bien el problema no radicó en el título jurídico, en este caso, una escritura pública de reconocimiento de dominio, sino que la calificación negativa del registrador se fundamentó en la falta de acreditación de los medios de pago, al estar ya vigente la reforma del art. 24 de la Ley Notarial con relación a la prevención de fraude fiscal y blanqueo de capitales. Los hechos son muy similares a los anteriormente analizados: mediante escritura pública de compraventa de 17 de agosto de 1977, adquirió D. J.H.D. una finca que fue inscrita con carácter ganancial. Con posterioridad, con fecha 10 de febrero de 1986 mediante documento privado suscrito por la parte compradora y de D. E.R.C. y Dña. A.C.A., los primeros reconocieron la mitad indivisa de la finca había sido adquirido actuando por cuenta de los segundos, habiéndose pagado en dicha proporción tanto el precio de la compra venta como los gastos hasta el momento verificados. Posteriormente, mediante escritura pública de reconocimiento de dominio la viuda y los herederos de D.J.H.D. reconocieron el dominio de una mitad indivisa de la finca registral X a favor de D. E.R.C y Dña. A.C.A. Presentada la escritura pública de reconocimiento para su inscripción en el Registro Público, se suspendió la misma al no quedar acreditado el medio de pago en la escritura pública conforme al art. 10 LH. El recurso se interpuso conforme al art. 325 LH, habiendo tenido lugar la inscripción de la escritura después de haber sido objeto de subsanación, posterior a la calificación impugnada. Puesto que la existencia de fondos ajenos con los que actúa el intermediario se entiende como uno de los elementos para revelar la representación y el carácter ajeno del negocio, el problema surge con relación a la necesidad de la identificación de los medios de pago empleados con relación al precio de la compraventa.

Conforme al texto del art. 24 de la Ley del Notariado tras la reforma del año 2007⁵³, desarrollado por el art. 177 Reglamento Notarial y por la Instrucción de la

52 R 6 julio 2009 (RJ 2009,5716).

53 Conforme a redacción dada por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero: "en las escrituras públicas relativas a actos o contratos por lo que se declaren, constituyen, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se identificarán, cuando la contraprestación, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el art. 24 de la Ley del Notariado, de acuerdo con las siguientes reglas: Se expresarán por los comparecientes los importes satisfechos en metálico, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones. El notario incorporará testimonio de los cheques y demás

Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 noviembre de 2006, es necesario que en la correspondiente escritura quede constancia del medio de pago utilizado. Los notarios deben identificar en las escrituras el precio haciendo constar si se recibió o no con anterioridad o al momento del otorgamiento si como como el medio o medios de pago empleados y el importe empleado en cada de ellas. Como señala la Resolución en el fundamento quinto se distingue entre acreditación y manifestación de la identificación de los medios de pago. En el primer supuesto, se exige del Notario que testimonie los "los cheques, instrumentos de giro o documentos justificativos de los medios de pago empleados, que se le exhiban por los otorgantes". En el segundo caso –imposibilidad por parte de los otorgantes de acompañar, en todo o en parte del precio, los documentos acreditativos del medio de pago empleado–, el Notario "deberá no sólo preguntar las causas por las que no se aportan los documentos justificativos de pago, sino también las fechas y los medios de pago empleados, haciendo constar en la escritura, bajo la responsabilidad en los términos que procedan de los otorgantes, sus manifestaciones al respecto". Por último, si el otorgante se niega a identificar el medio de pago, en todo o en parte, el Notario deberá hacer constar tal circunstancia en la escritura pública. Además, le advertirá, haciéndolo constar también en la escritura, que suministrará a la Administración Tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley del Notariado y a través del Consejo General del Notariado, la información relativa a dicha escritura. En el caso, la escritura de reconocimiento se proyectaba sobre otra anterior, del año 1977, que fue la que causó la inscripción registral de la compraventa. Aun cuando dicha escritura es muy anterior en el tiempo a la vigencia de la actual redacción del art. 24 LN, las partes están obligadas a la acreditación del medio pago y a falta del mismo, se suple por la declaración de que el precio y los gastos e impuestos se abonaron por las personas favorecidas por el dominio, declaración que tiene carácter de confesión "con los efectos probatorios típicos que se derivan de su inclusión en un documento público y la presunción general del art. 1277 CC, que reserva a los tribunales de Justicia en última instancia el control de la licitud causal (RDGRN 28 febrero y 3 abril 2003) y la salvaguarda de los asientos registrales (art. 1.3. LH)".

II. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS PROYETOS DE ARMONIZACIÓN Y/O UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y EN EL DERECHO COMPARADO.

Es innegable que la representación voluntaria ocupa un papel relevante, en tanto que institución ineludible en cualquier sistema desarrollado que dependa de la división del trabajo para la producción y distribución de bienes y servicios

instrumentos de giro que se entreguen en el momento del otorgamiento de la escritura [...]. En caso de pago por transferencia o domiciliación, los comparecientes deberán manifestar los datos correspondientes a los códigos de las cuentas de cargo y abono [...]"

y desde esa perspectiva se ha intentado regular la representación en diversos textos y proyectos⁵⁴. Sin embargo, siendo una figura inherente al tráfico jurídico, nos encontramos ante una materia en la que diversos factores han influido en la dificultad de su uniformización en el ámbito europeo. De una parte, el carácter sectorial que hasta el momento ha presentado el Derecho contractual emanado de las instituciones europeas, centrado generalmente en normas relativas a la protección de los consumidores; y de otra, la naturaleza sumamente abstracta que tiene el término representación y el diverso contenido en las legislaciones de los estados miembros⁵⁵.

Ciertamente la idea de unificar la regulación de la figura de la representación en las transacciones internacionales de compra y venta de mercaderías nació en el seno de UNIDROIT, que en el año 1935 decidió embarcarse en la elaboración de unos estudios preliminares con la finalidad de elaborar una serie de normas y principios sobre la idea de la representación o “agency”. Como fruto de dichos trabajos y estudios previos, en el año 1961 vieron la luz dos proyectos de ley uniforme relativos a la representación o “agency”, y a la figura del contrato de comisión mercantil, en concreto Draft Convention providing a Uniform Law on Agency in Private Law Relations of International Character⁵⁶, y Draft Convention Providing a Uniform Law on Contract of Comisión on the International Sale or Purchase of Goods⁵⁷, en la cual la actividad del comisionista era calificada como una actividad que se desempeñaba “professionally” (art. 5). Ante las críticas y objeciones que ambos proyectos sufrieron por parte, principalmente, de los países del Common Law, se decidió una reelaboración de los mismos, persiguiendo como objetivos fundamentales, entre otros, la unificación de ambos proyectos en uno sólo, así como lograr una única regulación que envolviera relación interna y externa. Este nuevo proyecto del año 1974, Draft Convention Providing an Uniform Law on Agency of an International Character in the Sale and Purchase of Goods⁵⁸ viene a consagrar reglas que, en gran medida, se corresponden con las diversas

54 Si bien también en América Latina y Centroamérica durante décadas se ha trabajado en proyectos de armonización en materia de obligaciones y contratos, no hemos encontrado referencias a la armonización en materia de representación. Tanto en los denominados Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (vid. FERNÁNDEZ GREGORACCI, B: “Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 4, 2017)), en cuya base se encuentra el trabajo de un grupo de profesores de países Latinoamericanos (Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay y Venezuela), así como en el Proyecto de Código Marco de Obligaciones para América Latina en fruto del trabajo del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL) del que igualmente forman parte profesores de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Perú y Venezuela, y que se centra actualmente en la armonización del derecho latinoamericano en el ámbito del derecho de las obligaciones, no se regula la figura de la representación.

55 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Representación”, en AA.VV.: *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 555-556.

56 UNIDROIT, Study XIX, Doc. 43 (1961) disponible en: <http://www.unidroit.org/studies/international-sales-law/1366-study-xix-agency-in-the-international-sale-of-goods>.

57 UNIDROIT, Study XXIV, Doc. 78 (1961).

58 UNIDROIT, Study XIX, Doc. 55 (1974).

regulaciones nacionales relativas a la figura del contrato de comisión⁵⁹. El citado proyecto de 1974 conciliaba las tradicionales diferencias existentes entre Civil y Common Law en lo relativo a las relaciones externas del agente con los terceros. Todo este proceso se culminó con la elaboración del Convenio de Ginebra sobre la representación en la venta internacional de mercaderías, firmado en Ginebra el 17 de febrero de 1983, *Convention on Agency in the International Sales of Goods (CAISG)*⁶⁰. Si bien la mencionada CAISG no ha entrado en vigor por falta de ratificaciones (sólo ha sido ratificada por Italia, Francia, Méjico, Marruecos, Suiza, Países Bajos, Sudáfrica y la Santa Sede, siendo necesarias diez para su entrada en vigor-art. 33), es innegable su toma en consideración como texto de referencia en nuestro trabajo, en tanto que siempre se ha considerado por parte de la doctrina, venía a consagrar el llamado sistema o modelo anglosajón de la representación o “agency”, al declarar el article I (4) que “it applies irrespective of whether the agent acts on his own name or in that of the principal”, superandose la secular separación existente entre la actuación del agente en nombre propio o en nombre ajeno, propia de los llamados derechos continentales.

Posteriormente se han sucedido diversos proyectos e intentos entre los que destacamos los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (a partir de ahora PICC-2004)⁶¹; los Principios Europeos del Derecho de los Contratos (*Principles of European Contract Law*, a partir de ahora PECL)⁶²; y finalmente, la Propuesta de Marco Común de Referencia (a partir de ahora DCFR)⁶³. En todos ellos se ha puesto de manifiesto la tensión entre dos modelos o sistemas de regulación de la representación: el denominado modelo anglosajón, sobre la figura de la “agency”; frente a los modelos codificados continentales de la denominada representación y sus semejanzas con respecto al contrato de mandato. En la comparación de la denominada tradición continental y la del Common Law, siempre se ha incidido de modo reiterado por la doctrina europea en la tajante separación e incluso oposición entre los dos sistemas o modelos, el continental y el anglosajón. Y no es una cuestión meramente terminológica, sino que responde a principios y fundamentos de diversa índole que alcanzan a la propia naturaleza de la institución.

Por lo que a los ordenamientos jurídicos continentales se refiere es similar el tratamiento de la representación indirecta. El Código Civil francés, tras la

59 BONEL, M.J.: “The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods”, *The American Journal of Comparative Law*, 1984, vol. XXXII, pp. 720-725.

60 <https://www.unidroit.org/ol-agency/ol-agency-en..>

61 https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf?utm_source=rss&utm_medium=rss.

62 <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>.

63 https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

reforma del año 2016 y siguiendo la regulación del contrato de mandato⁶⁴, regula la representación en los arts. 1153 a 1161, haciendo referencia a la actuación por cuenta ajena pero en nombre propio en el párrafos segundo del art. 1154, señalando al respecto “lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant”. La actuación en nombre ajeno es presupuesto de la actuación del mandatario estableciendo el art. 1984 : “Le mandat u procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom”.

El derecho privado alemán configura la figura de la representación jurídica dentro de la teoría general de los negocios jurídicos como la posibilidad de actuar en el tráfico por cuenta de otro y en nombre ajeno. Sin embargo, no toda actuación de un sujeto en nombre de otro supone, sin más, efectos a favor y en contra del representado. Es igualmente necesario para que la actuación del “Vertreter” o representante sea eficaz a favor y en contra del “Vertretener” o representado que, junto al poder de representación, la actuación del representante sea en nombre del representado. Esta es la única representación que el BGB reconoce como tal, y es denominada por la doctrina como representación abierta o inmediata (“offene Vertretung”). Así se deduce de la dicción literal del § 164.I “...eine Willenserklärung die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt...”⁶⁵. Cuando la actuación es en nombre propio, la doctrina la califica como “der indirekte Vertreter”, y como tal, el intermediario es parte del negocio concluido con el tercero⁶⁶. En este sentido entiende la doctrina alemana de manera unánime que, en ambos supuestos, mandato y comisión de venta, el intermediario, aún cuando sea parte del negocio que celebra con el tercero no adquiere la propiedad del objeto entregado, esto es, no tiene lugar una doble transmisión del representado al representante, y de éste al tercero, sino que, en virtud del § 185 I BGB, la transmisión al tercero es directa en virtud de la previa autorización del dueño de la misma (“Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt”). En efecto, a la figura del negocio de autorización o “Ermächtigungsgeschäft” se refiere la doctrina como base legal para admitir en derecho alemán una disposición de un no titular sobre un bien ajeno con el consentimiento del propietario de la misma, consentimiento o autorización

64 SAVUX, E.: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, p. 728.

65 En la misma línea el OR suizo señala en su art. 32 “Wenn jemand der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet”. El ABGB austriaco caracteriza el negocio de apoderamiento como un supuesto necesariamente de actuación en nombre ajeno. Así el § 1002 señala “Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des andern zur Besorgung übernimmt, heisst der Bevollmächtigungsvertrag”.

66 DIÉGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia*, cit., pp. 175-193 y 225-234.

referido, en virtud del propio tenor del § 185 I BGB, al poder de disposición sobre la misma⁶⁷.

Por lo que al supuesto de la adquisición de la propiedad, entiende la doctrina que sólo tendrá lugar la adquisición directa de la propiedad por parte del representado, en los siguientes supuestos: cuando tenga lugar conforme a las reglas generales contenidas en el BGB, esto es mediante la conclusión entre el representante y representado de la “Einigung” y la “Übergabe”, ex § 929 BGB, siendo posible que se celebre una “Einigung” anticipada; mediante la cesión por parte del intermediario al representado de la pretensión de entrega del bien que en virtud del contrato de compraventa tiene el intermediario frente a su vendedor (§ 931 BGB); cuando el vendedor, con el consentimiento del comisionista, entregue las mercancías directamente al comitente, (§ 362 II HGB); mediante la conclusión de un “antizipiertes Besitzkonstitut” o constituto posesorio anticipado, de manera que, en el momento en que tiene lugar la aprehensión del bien por el intermediario, la adquisición de la propiedad no se produce a su favor, sino a favor de su representado; con la autoentrada del intermediario en la conclusión del “Besitzkonstitut”, esto es, mediante “Insichtgeschäft” o negocio consigo mismo (§181 BGB), de modo que el intermediario celebre consigo mismo la “Übergabe” a favor de su representado, siendo a la vez transmitente y adquirente; y, finalmente, cuando estemos antes la figura del negocio para quien corresponda o “Handeln für den, den es angeht”, equivalente a nuestros contratos o negocios para persona a designar, entre los que se sitúan “Bärgeschäften oder Geschäften des täglichen Lebens”, compras al contado o negocios de la vida cotidiana, y los “Massengeschäfte”, o supuestos de contratación en masa.

En el Código Civil italiano también se exige que el intermediario actúe “in nome e nell’interesse del rappresentato” (art. 1388). Al respecto, la reforma de 1942 supuso, en este punto, un importante cambio con respecto a la regulación del Código de 1865, en el cual si bien se había eliminado la referencia a la representación como dato esencial en el contrato de mandato, no llegaba a configurar el poder como acto independiente al mandato. En el actual texto, se recogieron los planteamientos del BGB, y se reguló el poder (art. 1.387 y ss) con independencia del contrato de mandato (art. 1.700 y ss). Sin embargo, la actuación en nombre propio pero por cuenta ajena no se regula en sede de representación, sino en sede de contrato de mandato. Mientras que en caso de actuación del representante “...in nome e nell’interesse del rappresentato...”, produce “...direttamente effetto nei confronti del rappresentato” (art. 1388), la actuación en nombre propio es

67 Sobre la autorización desde la perspectiva del derecho español y sus relaciones con la representación indirecta, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado” *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fascículo II, pp.354-405, y en especial, p. 369. Como acertadamente señala la autorización no está bien definida en nuestro sistema jurídico como categoría autónoma ni existe una teoría general de la misma, aun cuando el recurso al mismo resulta útil por su proximidad con el poder y la legitimación en otras figuras como la cesión de bienes en pago, autocontratación, etc. (p. 369).

calificada no como supuesto representativo sino como un supuesto de mandato “...senza rappresentanza..”, de modo que el mandatario “...assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi...” (art. 1.705). Aunque pueda parecer que se regulan representación y mandato como dos figuras jurídicas independientes, la solución no es clara en tanto que al mandato conferido para actuar en nombre del mandante “...si applicano anche le norme del capo VI del titolo II di questo libro (1387 e seguenti)”, esto es, las normas relativas a la representación (art. 1.704).

En el estudio del derecho anglosajón son necesarias las referencias no sólo a la representación indirecta sino también a la figura de la “agency”, dadas las diferencias existentes entre ambas. Mientras que la “agency” se caracteriza como una relación para algunos de carácter fiduciario, en virtud de la cual un sujeto, el principal, expresa o implícitamente consiente que otro sujeto, “agent”, actúe por su cuenta, de modo que el poder que le ha sido conferido le permita vincularlo contractualmente frente a terceros, en la representación indirecta no existe esa previa autorización o legitimación, tal y como acertadamente analiza FERNÁNDEZ GREGORACCI⁶⁸. En la “agency”, la función del agente es sustituir al principal en sus negociaciones con terceros, y vincularlo contractualmente con los terceros. Mientras que el poder debe ser entendido como un concepto legal, la “agency” es considerada como una situación de hecho. Se rige por las normas del Common Law y por el concepto de “equity”, siendo en ciertas ocasiones la relación existente entre el principal y el agente una relación contractual. La doctrina inglesa no distingue como en nuestro derecho o en otros sistemas de nuestro entorno jurídico, entre actuación en nombre propio o en nombre ajeno, sino que el punto de inflexión lo constituye que el tercero tenga o hubiera podido tener conocimiento de que el sujeto con el cual negocia actúa o no como agente de otro, y que por tanto se le reconozca acción para poder dirigirse contra el principal. Así se distingue entre que el agente tenga poder y se sepa que es un agente porque el principal es nombrado, o sin serlo, el tercero conozca su existencia, o porque conforme a las circunstancias del caso concreto o como consecuencia necesaria de las relaciones comerciales existentes entre el principal y el agente, el tercero sepa que existe un principal, de aquellos supuestos en los que teniendo el agente poder conferido por su principal, el tercero no tenga ni pueda tener conocimiento de su existencia, y el agente cuando negocia no revela al tercero que actúa como agente de otro. En el primero de los supuestos la doctrina habla de la doctrina de “disclosed agency” o “disclosed principal”; y en la segunda, directamente relacionada con nuestro objeto de estudio, la llamada doctrina de “undisclosed agency” o “undisclosed principal”, o principal no revelado o descubierto. Ambas clases de “agency” requieren, en principio, que el agente cuando contrata o negocia con los terceros, su poder esté vigente y los actos y

68 FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: *La representación indirecta*, Madrid, 2006, pp. 223-225.

negocios en los que intervienen están dentro del ámbito del mismo. En la “agency”, al no distinguirse entre actuación abierta u oculta, se atribuyen los mismos efectos a un supuesto u otro, de modo que el principal es parte de la relación o negocio que el agente ha celebrado con un tercero. Efectivamente el sistema del Common Law en los supuestos en los que el tercero desconoce la existencia de un principal que, por tanto, permanece oculto, se permite al principal ejercitar frente al tercero los derechos y acciones derivados del contrato que el tercero ha celebrado con su intermediario, así como el supuesto inverso. La esencia de la “agency” estriba en la propia existencia de “authority”, con independencia de que se manifieste al tercero, “disclosed agency”, o no se manifieste “undisclosed agency”⁶⁹.

En cierta medida ambos modelos, el anglosajón y el continental, están presentes en los textos o propuestas armonizadoras en el ámbito europeo. Tanto CAISG como PICC se aproximan más la tradición del Common Law de modo que terminológicamente nos encontramos ante un “agent” que actúa por cuenta de un principal: “the authority of a person -the agent- to affect the legal relations of another person-the principal- by or with respect to a contract with a third party, whether the agent acts in its own name or in that of the principal”(art. 2.2.1 PICC y en similar sentido art. 1 CAISG). Desde la perspectiva de los efectos, en CAISG-art. 1.4 “it applies irrespective of whether the agent act acts in his own name or in that of principal”⁷⁰. Existe una gran uniformidad en el tratamiento de los presupuestos del efecto directo de la actuación del intermediario. En los textos mencionados la cuestión principal no estriba en como actuó el intermediario sino en los terceros y por ende, en la seguridad del tráfico jurídico. En tal sentido se pronuncian los arts. 12 y 14 CAISG, la cual parte en su art. 1 (4) de la aplicación del contenido de la misma “of whether the agent acts in his own name or in that of the principal”. Sin embargo, tal efecto directo se excluye tanto cuando el tercero ni supo ni pudo saber o tener conocimiento de que su contratante actuaba como agente, como en los supuestos en los que el agente se ha obligado personalmente el sólo frente al tercero (art. 13). Ni el tercero ni el principal quedan liberados si tiene lugar el cumplimiento frente al agente. Es necesario que el agente, tanto en caso de incumplimiento del tercero o suyo propio, revele la identidad bien al tercero de la persona por quien actúa, bien al principal la identidad del tercero con quien ha contratado (art. 13. 4 y 5). Como excepciones a la acción directa del principal frente al tercero, dos supuestos: en primer lugar, cuando conforme a las circunstancias concurrentes en el caso, el tercero no hubiera contratado con el agente de haber conocido la identidad del principal (art. 13. 6). Y, en segundo

69 FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: “Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y los PECL”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2008.

70 KLEINHEISTERKAMP, J.: “Authority of agents”, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, p. 330.

lugar, cuando el agente y el tercero hayan excluido que se produzcan los efectos contenidos en el citado núm. 2º del art. 13.

En los PICC (art. 2.2.3 y 2.2.4), el presupuesto para calificar un supuesto como representación oculta o indirecta no es el nomen, esto es, al modo en que el representante actúe frente al tercero, sino en el conocimiento que el tercero tenga o haya debido tener de que el representante esté actuando como tal. En tal supuesto “cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero”. Relación que por el contrario se genera solamente entre el representante y el tercero cuando el representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido “que el representante estaba actuando como tal”.

Por su parte, los PECL, se clasifica la representación en función del modo en que el representante actúa frente al tercero: si en nombre ajeno (art. 3:102 apdo. 1), o si no lo hace en nombre del principal “o cuando el tercero no conoce, ni tiene razón para conocer que el intermediario actúa como representante”, supuesto de representación indirecta (art. 3:102 apdo. 2), al que dedica la sección 3ª. Son dos los supuestos que bajo el epígrafe “Indirect Representation” se contemplan: aquel en el que el intermediario oculta que actúa por cuenta del principal, cuyo ejemplo más típico es la figura del contrato de comisión, propia de los sistemas continentales. Y, en segundo lugar, cuando el agente actúa en su propio nombre sin revelar que lo hace por cuenta de su principal. De este modo intentan los PECL abarcar todas las formas o manifestaciones negociales subsumibles en la representación indirecta, tanto las propias del derecho continental, como la figura anglosajona del “undisclosed principal”. La regla general de la actuación de un intermediario “not acting in the name of a principal contenida en el art. 3:301” (1) PECL es la propia de los llamados sistemas o modelos continentales, esto es, la vinculación del intermediario y el tercero entre sí. Si bien conforme a los derechos continentales es pacífica la cuestión en lo relativo a la directa vinculación del principal y el tercero (“...the agent and the third party are bound.”), por el contrario, existen diferencias en cuanto a la relación existente entre el principal y el tercero⁷¹. En principio se establece una total incomunicabilidad de efectos directos entre el principal y el tercero. Sin embargo, y aunque ciertamente hay una separación entre el principal y los terceros con los que el intermediario ha actuado, los propios PECL vienen a atenuar dicha regla, al igual que sucede en los sistemas o modelos que hemos llamado o denominado continentales, estableciendo ciertas excepciones a la misma. Los PECL dan al intermediario y al agente, respectivamente, la posibilidad

71 LANDO, O.: *Principles of European Contract Law*. The Hague/Boston/London: Kluwer, 1999, p. 200-201.

de accionar el uno contra el otro, concurriendo las circunstancias de los arts. 3:302-3:303 PECL. En este sentido, el texto original de los PECL, en la versión inglesa señala como el principal "may exercise..", art. 3:302 (b); y, en el mismo sentido, con respecto al agente (art. 3:303 (b): "The third party may exercise..").

La ruptura de la regla de comunicabilidad entre el principal y el tercero es tratada como un supuesto excepcional frente al principio general contenido en el art. 3:301 (1) PECL in fine: la vinculación del intermediario y el tercero. Dos son los presupuestos contemplados en los PECL para que puedan surgir esas relaciones directas entre el principal y el tercero: de una parte, la insolvencia del agente, tanto frente al principal como frente al tercero; y, en segundo lugar, el incumplimiento o previsible incumplimiento del agente, bien frente a uno o frente a otro, tal y como rezan los arts. 3:302 y 3:303 PECL ("...it commits a fundamental non-performance towards..., or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non-performance..."). Los arts. 3:302 a) y 3:303 a) PECL, en los supuestos en los que el intermediario o agente devenga insolvente, es necesario que, a requerimiento del principal, el agente le comunique la identidad así como la dirección del tercero. En cualquier caso, el texto del artículo especifica que el principal "...podrá ejercitar contra el tercero los derechos adquiridos por el intermediario por cuenta del principal". Al ser una facultad que se le otorga al principal, en tanto que la misma no sea ejercitada, el intermediario sigue obligado frente al tercero y frente a su principal, en función de la relación externa e interna existente respectivamente con cada uno de ellos. El tercero puede excepcionar al principal cualquier circunstancia derivada de la relación contractual que le unía con el intermediario, esto es, todas aquellas excepciones inherentes al contrato: prescripción, compensación, nulidad, anulabilidad,⁷². Sin embargo, por lo que al supuesto del art. 3:303 se refiere, se establece no sólo que el principal podrá oponer al tercero los mismos medios de defensa que el intermediario tenía frente a los terceros, sino incluso aquellas excepciones que el propio principal tiene frente a su intermediario.

En el Marco Común de Referencia se redujo considerablemente con respecto a los textos anteriores la regulación de la figura de la representación indirecta. En su art.II-6:106, en principio, la regla contenida en la total comunicabilidad de efectos entre el principal y el tercero en los supuestos en los que éste desconozca la intención del intermediario de actuar por cuenta ajena. Sólo se verá afectada la posición jurídica del principal cuando ese efecto esté expresamente previsto en una norma jurídica, sin remitir el mencionado precepto a norma concreta alguna. Dicha remisión debemos entenderla hecha al art. IV.D.-3:403 DCFR, en sede de

72 HARTKAMP, A: "Indirect Representation According to the Principles of European Contract Law, the Unidroit Agency Convention and the Dutch Civil Code.", *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, pp. 48-52.

contrato de mandato; y art. III.-5:401 DCFR, con relación a la sustitución de las partes. Así, en sede de contrato de mandato, cuando la actuación del mandatario ha sido en nombre propio, no existe vínculo contractual alguno entre el mandante y el tercero. Únicamente existe para el mandatario la obligación de comunicar al tercero el nombre y la dirección del mandante si deviniera insolvente. En similar sentido, en el Libro III, art. 5:401 establece que si el agente deviene insolvente, el principal puede, mediante notificación al tercero y al agente, asumir los derechos del agente derivados del contrato en relación con el tercero. En tal supuesto, el tercero puede invocar frente al principal cualquier excepción que el tercero podría haber invocado frente al agente, y cuenta con todas las demás protecciones de las cuales dispondría si los derechos hubieran sido voluntariamente cedidos por el agente al principal, en similar sentido a la regla antes referida contenida en el art. 3:302 letra b) PECL.

La actual propuesta del art. 1288 PMCC recoge las soluciones de los PECL y del DCFR, exceptuando de la regla de incomunicabilidad de efectos los supuestos de insolvencia del intermediario y de incumplimiento esencial frente al representado, casuística que en gran medida coincide con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el reconocimiento de acción directa frente al principal en caso de incumplimiento del representante. Sin embargo, guardan silencio tanto CAIG, PICC como los PECL sobre los efectos jurídico-reales de la misma, la adquisición y transmisión de la propiedad a través de intermediario cuando actúa en nombre propio. En el DCFR no están regulados los efectos jurídicos reales en sede de representación, sino en el Libro VIII, relativo a la adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes. El art. VIII.-2:302, bajo el epígrafe representación indirecta, se regula el supuesto en el que el mandatario actúa en nombre propio. En el caso de que un representante que actúe conforme a un mandato para representación indirecta adquiera bienes de un tercero por cuenta del principal, el principal adquiere directamente la propiedad de los bienes. Y en el supuesto contrario, esto es, cuando la representación sea para enajenar un bien por cuenta del principal, el tercero adquiere directamente la propiedad de los bienes. Como presupuesto de la adquisición directa por el principal se exige que el representante tenga legitimación para transmitir o para recibir los bienes por cuenta del principal; en segundo lugar, que exista un título para transmitir en virtud de un contrato u otro acto jurídico, una orden judicial o una disposición legal entre el representante y el tercero; y, finalmente, que haya existido un acuerdo respecto al momento en el que la propiedad ha de transferirse, o entrega o un equivalente de la entrega entre el tercero y el representante (art. VIII.-2:101 (I) letra e). Con esta regulación, se evitan los problemas derivados de la doble transmisión a través del intermediario tanto de orden fiscal, como en supuestos de insolvencia del tercero y la protección tanto del principal como del tercero en tal supuesto para poder separar los bienes de la masa en caso de concurso del intermediario.

IV. CONCLUSIONES.

El art. 1288 PMCC concilia los principios que informan la representación indirecta tanto en los códigos civiles más cercanos a nuestra tradición jurídica, que parten de la incomunicabilidad de efectos de la representación indirecta, con las soluciones propuestas tanto en los PECL como en el DCFR en materia de excepciones, en aras a la protección de los terceros y del tráfico jurídico. Sin embargo, a diferencia del DCFR no se ha regulado la adquisición ni transmisión de la propiedad a través de un representante en nombre propio. La laguna del art. 1288 PMCC al no contener una norma similar al art. VIII.-2.203 DCFR, entendemos que, tal y como señala el art. 1274.3 PMCC, requiere de la aplicación supletoria de aquellas normas del código civil que correspondan conforme a la naturaleza, que entendemos que las relativas a la adquisición de la posesión por representante (art. 439 CC), al ejercicio de la posesión (art. 463 CC), y a los arts. 447, 1941 y 1952 CC a efectos de la usucapión. Entendemos que, junto con estos preceptos, seguirían siendo aplicables a la representación indirecta la regulación del contrato de mandato, y en particular el art. 1717 CC, la interpretación y aplicación tanto jurisprudencial como administrativa que ha realizado la DGSJF, que hemos analizado. Excluir dicha remisión, sería excluir la adquisición directa de la propiedad bien por el representado o por el tercero, cuando nos encontremos antes los supuestos admitidos como excepciones con los requisitos y controles anteriormente analizados, con los problemas que tal exclusión conllevaría desde la perspectiva jurídico-real, concursal, registral y fiscal.

BIBLIOGRAFÍA

CECCHINI ROSELL, X.: "Contrato por persona a designar, Comentario de la STS de 21 de noviembre de 1997", *RDPatr.*, núm. 1, 1998, pp. 289-294.

DE CASTRO Y BRAVO, F., "Contrato por persona a designar", *Anuario de Derecho Civil*, 1952, V, pp. 1369-1381.

COING, H.: *Die Treunhand kraft privaten Rechtsgeschäft*, München, 1973.

COLÁS ESCADÓN, A: "art. 1.717 CC" en *Comentarios al Código Civil*, director BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: Madrid, 2001, p. 1946.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Reflexiones sobre el momento de la perfección y la invalidez del contrato celebrado en favor de persona que se designará", *Revista Jurídica del Notariado*, 2008, Núm. 68, pp. 507-544.

DIÉGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: "Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)2, *Anuario de Derecho Civil*, 2017.

FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: "Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y los PECL", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2008.

FERNÁNDEZ GREGORACCI, B.: *La representación indirecta*, Madrid, 2006, pp. 223-225.

GARCÍA GARCÍA, J.M^a.: *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, Madrid, 2001.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Cívitas, Madrid, 1981.

GASPAR ALFARO, J.: *La representación indirecta*, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1962., pp. 334-335.

GORDILLO CAÑAS, A.: La representación aparente, Sevilla, 1978.

GRAMUNT FROMBUENA, M.D.: "La excepción cosas propias del mandante", *Revista de Derecho privado*, julio-agosto 1989, pp. 629-643.

GRUDMAN, S.: *Der Treuhandvertrag*, München, 1997.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", *estudios Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, Tomo I , 1976, pp. 760-784

HERNÁNDEZ GIL, F.: "art. 1.717" en *Comentario al Código Civil* (coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA), Barcelona, 2000.

HERNÁNDEZ MORENO, A.: "Mandato poder y representación: una nueva lectura del art. 1716 CC", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 79, pp. 376-445.

KLEINHEISTERKAMP, J.: "Authority of agents", *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009.

LEÓN ALONSO, J.R.: *El mandato*, Editorial Universidad de Sevilla, 2020.

LETE ACHIRICA J.: "La representación en el Derecho de los contratos. Propuestas de reforma del Derecho español desde la perspectiva de los textos de soft law europeos e internacionales", *Indret*, núm. 4, 2023, pp. 432-433.

LIEBICH/MATHEWS: *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft. Ein Handbuch*, Berlin, 1983.

LÓPEZ Y LÓPEZ., A.: "La gestión típica derivada del contrato de mandato", en *Poder Judicial*, Madrid, 1995, pp. 67-85.

LUNA SERRANO, A.: *El contrato para persona por designar y la cláusula de reserva de nombrar*, Madrid, 2011.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo XI, Madrid, 1911.

MUÑOZ ESPADA, E.: "Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar", *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1971-2010.

MUÑOZ DE DIOS, L.: "Fiducia cum cómplice y reconocimiento de dominio", *El Notario del siglo XXI*, núm. 112, noviembre-diciembre de 2023.

NAVARRO MICHEL, M.: *El contrato por persona a designar. Nuevas perspectivas*, Madrid, 2004.

NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 609-632.

PAU PEDRÓN, A.: "La inscripción de títulos de reconocimiento", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Murcia, 2004, pp. 3701-3718.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La representación indirecta, *Elementos de Derecho Civil. Parte general. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Dykinson, Madrid 2005, p. 313.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado" *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fascículo II, pp.354-405.

SAVUX, E.: "El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, p. 728.

SIEBERT, W.: *Das rechtsgeschäftliche Treunhandverhältnis*, Marburg, 1933.



LA CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: RÉGIMEN DE INVALIDEZ*

CONTRACTUAL CAPACITY OF PERSONS WITH DISABILITIES: THE INVALIDITY REGIME

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 338-367

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) "Persona, familia y patrimonio", del que es IP el Dr. Galicia Aizpurua.

Jon ATXUTEGI
GUTIÉRREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Tras 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, se ha instaurado en el ordenamiento un nuevo paradigma en lo tocante a la capacidad de contratar de las personas con discapacidad. En la actualidad, la voluntad de las personas con discapacidad se sitúa en el centro y se presume siempre su plena capacidad. En efecto, pueden precisar medidas de apoyo, pero dicha asistencia no elimina ni sustituye su capacidad. Ante esta realidad, el régimen de eficacia e ineficacia de los contratos celebrados por una persona con discapacidad también coloca en el centro sus intereses como contratante, de modo que se reestructura el elenco de causas para instar la anulación de aquellos contratos y, por ende, el correspondiente a los sujetos legitimados para ello.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; capacidad de contratación; nulidad; anulabilidad.

ABSTRACT: *Following the entry into force of Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, a new paradigm has been established in the legal system regarding the capacity to contract of persons with disabilities. Currently, the will of persons with disabilities is at the center and their full capacity is always presumed. Indeed, they may require support measures, but such assistance does not eliminate or replace their capacity. Given this reality, the regime of effectiveness and ineffectiveness of contracts entered into by a person with a disability also places their interests as a contractor at the center, so that the list of causes for requesting the annulment of those contracts is restructured and, therefore, that corresponding to the subjects entitled to do so.*

KEY WORDS: *Disability; contractual capacity; absolute nullity; relative nullity.*

SUMARIO.- I. NOTAS PRELIMINARES: EL ITER LEGISLATIVO HASTA LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 8/2021.- II. LA NUEVA CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN.- III. LA EFICACIA E INEFICACIA DEL CONTRATO CUANDO CONTRATAN PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Planteamiento.- 2. La eficacia del contrato como regla general: la capacidad de contratación presunta.- 3. La ineficacia del contrato suscrito por una persona con discapacidad a la que no se le han asignado las medidas necesarias de apoyo: destrucción de la presunción general de capacidad.- 4. La singular causa de ineficacia derivada de la discapacidad con medidas de apoyo asignadas: el régimen específico previsto en los artículos 1301 y 1302 del Código Civil.- IV. CONSIDERACIONES FINALES: UN REAJUSTE DEL RÉGIMEN VIGENTE EN CLAVE INCLUSIVA.

I. NOTAS PRELIMINARES: EL ITER LEGISLATIVO HASTA LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 8/2021.

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, se inspira en el cambio de paradigma que opera, a escala internacional, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006; y que, tras la firma, entre otros, de la propia Unión Europea y de 21 de sus Estados Miembros, entra en vigor en España el 8 de mayo de 2008¹. No puede ocultarse, sin embargo, que la transición hasta la promulgación de la Ley 8/2021 —para la adecuación de la normativa estatal a lo establecido por la Convención— no ha sido ni breve, ni sencilla².

1 BOLÁS ALFONSO, J.: “Fundamentos de la reforma del Código civil sobre personas con discapacidad”, en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad, comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), vol. I, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 44 y ss., recuerda que “en efecto, la aprobación por la Asamblea General de las naciones unidas de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad el 13 de diciembre de 2006 —Resolución A/RES/31/106— implica la apertura de un camino de cambios para promover, proteger y garantizar el pleno disfrute, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad”.

2 Durante el largo periodo de tiempo que transcurre entre la ratificación de la Convención en 2008 hasta la aprobación de la Ley 8/2021, han sido los tribunales quienes han ido fijando las pautas para interpretar la normativa vigente en materia de discapacidad de acuerdo con las previsiones del texto internacional. En palabras de ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, p. 540, “hay que tener en cuenta el giro radical que han supuesto los principios de la convención respecto a la discapacidad para así entender el enorme esfuerzo de nuestros tribunales para reinterpretar nuestro ordenamiento jurídico hasta la publicación de la Ley 8/2021”.

Destaca, en este punto, la STS 4767/2014, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4767), FD segundo, que confirma que “la incapacitación judicial, debe(n) ser interpretado(s) bajo la consideración de que la persona con discapacidad sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección, en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona, tal y como ha hecho la sentencia recurrida, mediante la curatela, reinterpretada a la luz de Convención desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere

El artículo 12 de la Convención compele a los países firmantes a reconocer “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, y, en consecuencia, a adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Velando, en todo caso, por que en el ejercicio de la capacidad jurídica se “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” y por que “no haya conflicto de intereses ni influencia indebida”, al objeto de que las eventuales medidas de apoyo resulten “proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”. De acuerdo con lo dispuesto en la Observación general N° 1 de 2014, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la capacidad jurídica a la que hace referencia el artículo 12 de la Convención “es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)”. De una lectura conjunta del precepto y de la Observación se concluye que en el concepto de capacidad jurídica que acuña la Convención convergen, al menos en un plano teórico o explicativo, las dos dimensiones —estática y dinámica— de la capacidad: la titularidad y el ejercicio. Y que ambas deben ser reconocidas también a las personas con discapacidad, en plena igualdad con las demás; sin perjuicio de que para el ejercicio de dicha capacidad requieran, en su caso, de alguna medida de apoyo o asistencia adaptada a sus circunstancias³.

A este respecto, la STS 282/2009, de 29 de abril⁴, en la interpretación de las normas legales sobre la discapacidad y la tutela a la luz de la Constitución y de la Convención de Nueva York, ya advertía (FD cuarto) que “la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección”; y, en consecuencia, disponía que para el correcto funcionamiento de los “sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad,

un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención”.

- 3 Subraya GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español”, 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), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, p. 29, “que la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar no se admite por el Comité de los Derechos de las personas con discapacidad que, en la citada OG n° 1, presenta como indisociables la capacidad jurídica y su ejercicio... Es decir, se admite la distinción teórica –titularidad (capacidad legal) y ejercicio (legitimación para actuar)- pero no se permite tal disociación si justifica, en la práctica, la limitación o privación del ejercicio con el consiguiente mantenimiento de la titularidad desnuda”. Más contundente y crítico respecto a la posición del Comité se muestra DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, *Tribuna del Instituto de Derecho Iberoamericano*, 30 de septiembre de 2021, al considerar que tales observaciones “parecen un tanto desmesuradas” en vista de que en ciertas ocasiones la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar debe ser mantenida. También, sobre la Observación General, FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad: tramitación legislativa y notas esenciales”, en AA.VV.: *La salud y los derechos de la persona* (dir. por P. DE BARRÓN ARNICHES), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 35 y ss.
- 4 STS 282/2009, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2362).

entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia". Así, al amparo de esta interpretación, la discapacidad no imprime merma alguna a la titularidad de los derechos, aunque sí puede llegar a afectar a su ejercicio. Concluía y optaba la resolución por evitar "una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado".

Aun así, como ya se ha advertido, la adaptación de todo un ordenamiento a esta nueva forma de acompañar la discapacidad no es superflua; más aún, partiendo de un sistema, aparentemente opuesto, en el que se aboga por reconocer la capacidad jurídica "desnuda", pero "limitando" y "restringiendo" la aptitud de las personas con discapacidad a la hora de ejercitar sus derechos y obligaciones. Llegando, incluso, a "sustituir" su voluntad, mediante el tan extendido y automatizado sistema de tutelas. Quizás por este motivo los primeros intentos de afrontar las urgentes modificaciones legislativas caen en saco roto, como ocurre con la encomienda de la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre 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 finalidad⁵. La propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que, en su Disposición Adicional Séptima, insta al Gobierno a remitir en el plazo de un año a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico, tampoco alcanza el desenlace programado, aunque, al menos, en esta ocasión, los trabajos de adaptación sí llegan a iniciarse⁶.

5 PÉREZ BUENO, L. C.: "Los orígenes de la reforma civil en materia de capacidad jurídica de personas con discapacidad: crónica sumaria de un pasado cercano", en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad, comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), vol. I, Fundación Notariado, Madrid, 2022, p. 138, recalca que esta primera encomienda adolece de una falta de asunción de la radicalidad del cambio que comportaba el artículo 12 de la Convención, aunque valora, que merced a él se introdujo en la agenda legislativa esta tarea de adaptación pendiente.

6 Ciertamente, en este periodo de diez años transcurrido desde la encomienda de la Ley 26/2011, las labores de adaptación normativa han sido constantes; y aunque la Ley 8/2021 es el cenit de todo este periodo de transformación, no deben desmerecerse otra serie de modificaciones legislativas como las siguientes: 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; Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 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; Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos

Tras la solicitud realizada por el Ministerio de Justicia a la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación, entrega esta el 20 de marzo de 2018 una propuesta de reforma del Código Civil, de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Registro Civil⁷. No debe obviarse que, paralelamente a la presentación de dicha propuesta, tiene lugar una labor de adaptación en el ámbito de las normas legales procesales por parte de la Sección Quinta, de Derecho Procesal, de la Comisión General de Codificación. También resulta capital la participación social, pues en el periodo de alegaciones a la propuesta presentan aportaciones más de 25 personas físicas y jurídicas⁸.

En suma, el 21 de septiembre de 2018 se presenta, por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, el Anteproyecto de Ley que, tras una larga fase de consultas, audiencias e informes⁹, conforma, dos años más tarde, el 3 de julio de 2020, el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros¹⁰. Este Proyecto remitido a las Cortes Generales, aunque goza de los apoyos necesarios para su aprobación al iniciarse su tramitación, aún continúa generando dudas y preocupaciones, pues su encaje con las discapacidades psíquicas y las intelectuales implica dejar de lado la anterior perspectiva proteccionista. Así, en las comparecencias de expertos de la Comisión de Justicia se cuestiona, por parte de cierta vertiente política, que “elevar a la categoría de absoluta la voluntad de un discapacitado psíquico, de un discapacitado intelectual es una barbaridad, porque precisamente su voluntad está viciada por su propia discapacidad (...)”. Al carecer de plena capacidad intelectual, no deben tener plena capacidad jurídica de obrar. Y esto no es ir contra la dignidad de la persona; todo lo contrario, es proteger la dignidad de las personas que carecen de esa plena capacidad intelectual”¹¹.

digitales; 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.

- 7 Cabe destacar que esta propuesta no es la única que se pone sobre la mesa, pues el Real Patronato sobre Discapacidad, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Derechos sociales y Agenda 2030, también formuló una ‘Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad’, propuesta previa que la Sección Primera tiene presente en su formulación.
- 8 Recuerda, a este respecto, PÉREZ BUENO, L. C.: “Los orígenes de”, cit., p. 140, que “en el ínterin de la entrega de estas propuestas por parte del Ministerio de Justicia se efectuó consulta pública previa de las que ordena el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, entre los días 9 y 27 de abril de 2018”, recabando las 25 alegaciones en dicho breve periodo.
- 9 Entre otros, cabe mencionar los siguientes: Informes de las Secretarías Generales Técnicas del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad y del Ministerio de Política Territorial y Función Pública; Informe del Consejo Nacional de la Discapacidad; del Consejo General del Poder Judicial; del Consejo Fiscal; del Consejo general de la Abogacía Española; del Consejo General de procuradores de España y del Consejo Económico y Social. Para mayor detalle, véase PÉREZ BUENO, L. C.: “Los orígenes de”, cit., p. 141.
- 10 Ahondando sobre el Proyecto, CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2020, s/p.
- 11 Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Justicia, Legislatura XIV, número 185, 20 de octubre de 2020, p. 30.

Sin embargo, estas observaciones se rechazan de plano por implicar una ruptura con la filosofía que persigue la Convención. La contestación de GARCÍA RUBIO en dicha Comisión es clara: “El concepto de mejor interés lo excluye el comité de las Naciones Unidas, no lo excluimos en la Comisión de Codificación, lo excluyen las Naciones Unidas. El concepto de la prioridad de los deseos y preferencias y la prohibición de la sustitución no lo hemos inventado nosotros, está en la Convención, está en el proceso de formación de la Convención y está en la observación general número 1 (...). Si no nos gusta y el modelo que nos gusta es el antiguo, y es la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y es el negarle la capacidad de obrar a las personas que no puedan entender ni querer, entonces denunciemos la Convención, porque esto la Convención lo prohíbe, el artículo 12 lo prohíbe”¹².

Así, manteniendo la esencia del Anteproyecto, tras la debida tramitación parlamentaria¹³ se aprueba, el 2 de junio de 2021, la Ley llamada a adaptar la normativa del ordenamiento estatal a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁴. Una Ley cuya redacción se prolonga por más de diez años y que, en la actualidad, se encuentra en constante estudio por parte de la doctrina. Lo cierto es que la presunción general de capacidad es un buen paraguas para el cambio de paradigma propuesto. Es coherente con la Convención de Nueva York que le sirve de inspiración y sustento. Pero, sin llegar a los extremos que se plantean en el debate, el paraguas debe de poder dar respuesta a todo tipo de discapacidades: no es lo mismo asistir a una persona con una discapacidad intelectual reconocida y con apoyo familiar o a una persona

12 Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Justicia, Legislatura XIV, número 185, 20 de octubre de 2020, p. 32.

13 Resume esta tramitación MORO ALMARAZ, M. J.: “La tramitación legislativa de la ley 8/2021”, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 31, 2021. La cronología de los hitos más significativos en este proceso parlamentario es la siguiente: “Tras su entrada en el Congreso, el Proyecto de ley fue calificado el 14 de julio de 2020. La mesa de la Comisión de justicia acordó celebrar comparecencias de expertos y representantes de las entidades de la discapacidad y las 13 comparecencias tuvieron lugar los días 20 y 26 de octubre de 2020. Se cierra el plazo de presentación de enmiendas el 2 de diciembre de 2020 y se publican las enmiendas al articulado en el Congreso el 18 de diciembre de 2020. Se constituyó la ponencia el 10 de diciembre de 2020. Los trabajos de ponencia se desarrollaron hasta el 15 de marzo de 2021 y el 16 de marzo se aprueba el dictamen de la ponencia en Comisión de Justicia con el voto favorable de todos los grupos políticos salvo VOX que se abstuvo.

El 24 de marzo entra en el Senado el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso que había actuado con competencia legislativa plena. Se abre plazo de enmiendas que se publicarían en el Boletín del Senado el 16 de abril de 2021. Los trabajos de la ponencia se debaten en la Comisión de políticas integrales de la discapacidad el 16 de abril. El debate y votación en Pleno tiene lugar el día 12 de mayo. Al haberse modificado el texto aprobado en el Congreso, se debaten las enmiendas incorporadas al mismo en el Pleno del Congreso de 20 de mayo de 2021 en el que se aprueba definitivamente. Se publica en el BOE de 3 de junio como Ley 8/2021, de 2 de junio”.

En el mismo sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: “La Ley 8/2021”, cit., p. 42.

14 Sobre el alcance de la reforma, el artículo primero modifica la Ley del Notariado con ocho apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria, y consta de nueve apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000 con veintinueve apartados; el artículo quinto, en sus cinco apartados, modifica la Ley 41/2003; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011 y se distribuye en diez apartados; y, finalmente, el artículo séptimo, en sus diecinueve apartados, reforma la Ley 15/2015. Para mayor concreción, BOLÁS ALFONSO, J.: “Fundamentos de la”, cit., pp. 47 y ss.

con una discapacidad psíquica que ni siquiera es consciente de la misma y que se caracteriza por su complejidad e inestabilidad. En este sentido, la Ley 8/2021 ha sido ideada e impulsada para ofrecer un acompañamiento a discapacidades *normalizadas o integradas* en la sociedad actual. Sin embargo, ¿qué ocurre con el resto de discapacidades, las menos integradas y normalizadas? ¿Cabe la posibilidad de adaptar para éstas el régimen legal que la Ley 8/2021 ha previsto para aquellas otras? ¿Cómo podemos reinterpretar el conjunto actual de disposiciones legales relativas a la ineficacia contractual para dar respuesta integradora, bajo el mismo paraguas, a situaciones graves y muy comunes que han quedado al margen?

II. LA NUEVA CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN.

La reforma introducida con la Ley 8/2021 ahonda en la dignidad de las personas con discapacidad y en su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Así, el reconocimiento en igualdad de condiciones de la capacidad jurídica, en su doble vertiente —titularidad y ejercicio—, es el eje sobre el que se vertebra el nuevo sistema de la autonomía de la voluntad. Puede incluso afirmarse que, debido a la nueva redacción del artículo 1263 del Código Civil, tampoco existe, formalmente al menos, una distinción fáctica en el ejercicio de la capacidad de contratación respecto a las personas con discapacidad¹⁵. La doctrina, sin embargo, muestra su recelo a este respecto.

A diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar es la aptitud jurídica para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones; es decir, la capacidad para llevar a cabo actos y negocios jurídicos. Así pues, mientras la capacidad jurídica es un indicador de la idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones —en la que no cabe diferenciación alguna entre las personas—, la capacidad de obrar (o de ejercitar aquella universal capacidad jurídica) refleja la aptitud para la puesta en marcha de tales derechos y obligaciones¹⁶. Frente al concepto estático, común para todas las personas, la capacidad de obrar es dinámica, variable. Y en ese sentido, sí puede contener matices de disimilitud: un menor, aunque ostente la misma capacidad jurídica que un mayor de edad, no tiene su misma capacidad de obrar.

15 Concluye GARCÍA RUBIO, M. P.: “La capacidad para contratar de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. por A.M. MORALES MORENO y coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ), vol. I, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 339, que “el silencio del artículo 1263 CC al respecto significa que las personas con discapacidad, incluida aquella que afecta a los aspectos mentales o psicosociales que a priori pueden incidir en la toma de decisiones y en la formación y expresión de la voluntad negocial, tienen la misma capacidad de contratar que todas las demás y, por añadidura, tienen derecho a hacerlo con los apoyos que precisen, como claramente impone el art. 12.3 CDPD”.

16 RODRÍGUEZ ELORRIETA, N.: “La capacidad de las personas discapacitadas para concertar un contrato en el ámbito laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 2, p. 2.

Resulta claro, por tanto, que toda persona ostenta capacidad jurídica desde su nacimiento; sin que pueda ser privada, legal o judicialmente, de la misma. Sin embargo, a diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar (el ejercicio de la nueva omnicomprendensiva capacidad jurídica) no depende de un criterio inamovible como el nacimiento, pues va aumentando con el paso del tiempo. A medida que avanza la edad, en general, la persona tiene un mayor grado de capacidad de obrar, ya que cada vez puede desarrollar, con mayor autonomía, los actos cotidianos¹⁷. Aun así, aunque la plena capacidad de obrar en el tráfico jurídico se adquiere a los 18 años (a salvo la hipótesis de la adopción, ex artículo 175 CC), punto de alcance de la mayoría de edad (artículo 240 CC)¹⁸, para la válida celebración de negocios jurídicos una edad determinada no es requisito suficiente. Esto se debe, precisamente, a que la capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico español se construye sobre dos pilares: la edad y la capacidad natural.

Ciertamente, en beneficio de la seguridad del tráfico jurídico, existe una presunción para la adquisición de la plena capacidad de obrar: se considera que todo aquel que cumple 18 años es capaz de celebrar negocios jurídicos. No obstante, quien alcanza esa edad también puede tener limitaciones en el ejercicio de su capacidad de obrar por falta de capacidad natural; es decir, puede no ser capaz de entender el significado del negocio en cuestión y de comprender, en suma, cuáles son las consecuencias económicas y jurídicas que su otorgamiento le va a acarrear. Ahora bien, la problemática que se genera a la hora de determinar si la capacidad natural de un contratante resulta suficiente para perfeccionar determinado acto o negocio jurídico, se encuentra, precisamente, en la relatividad del propio término¹⁹: concierne, en cada hipótesis, a una concreta persona y a una particular operación negocial.

En efecto, por un lado, la capacidad natural exige que la persona tenga facultad de comprender y aceptar el verdadero alcance del acto en cuestión, así como los beneficios o perjuicios que pueden derivar del mismo. Es decir, que la persona pueda entender completamente lo que está haciendo y las posibles consecuencias de sus acciones. Pero, por otro lado, es importante tener en cuenta que la

17 IMAZ ZUBIAUR, L.: “Nortasun juridikoa”, *Zuzenbide Zibila, Sarrera, Eskubide Subjektiboa eta Pertsonaren Zuzenbidea* (dir. por L. IMAZ ZUBIAUR y coord. por J. ATXUTEGI GUTIERREZ), Servicio Editorial UPV/EHU, Leioa, 2023, pp. 218 y ss.

18 Recuerda DE LA TORRE OLID, F.: “El menor maduro: la doctrina que explica la capacidad natural”, *Revista Derecho y Criminología*, 2011, pp. 102 y ss., que la edad tampoco otorga por sí sola la plena capacidad de obrar “en tanto el mayor de dieciocho años puede carecer de la capacidad de obrar por (...) carecer puntualmente de capacidad porque, en ciertas situaciones jurídicas se exija una mayoría de edad cualificada o se prohíba actuar a toda persona física, aunque sea mayor de edad; e incluso que se establezca la prohibición por particulares razones de índole subjetiva de índole objetiva”.

19 En relación a los menores de edad, pero *mutatis mutandis* aplicable a las personas con discapacidad, afirma GARCÍA GARNICA, M. C.: *El ejercicio del derecho de la personalidad del menor emancipado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 78, que “el problema es que la apreciación de la capacidad natural es una cuestión de hecho y es relativa en un doble sentido, puesto que depende tanto de las aptitudes particulares intelectuales y volitivas del menor como del acto que este pretende llevar a cabo”.

capacidad natural de una persona puede variar dependiendo del acto o negocio jurídico específico que realice. Cada operación requiere un nivel particular de comprensión y discernimiento por parte de la persona involucrada²⁰.

Todo lo anterior lleva a una conclusión clara. En un principio, debería de examinarse la capacidad de obrar de cada persona individualmente y ajustada a cada acto o negocio jurídico que pretenda realizar, al margen de las presunciones fijadas con relación al cumplimiento de una edad determinada. Aun así, dada la imposibilidad práctica que para el tráfico jurídico supondría dicho continuo cotejo y por considerar, tal y como se establece en el preámbulo de la Ley 8/2021, que la persona con discapacidad “será la encargada de tomar sus propias decisiones”, a partir de su entrada en vigor se aboga por presumir que toda persona tiene plena capacidad jurídica (titularidad y ejercicio) —también por una evidente cuestión de no discriminación—. Las personas nacemos capaces, dotadas de una aptitud que no puede verse privada o restringida²¹.

Ahora bien, si la incapacitación judicial ya no es una alternativa ¿cómo resuelve la nueva Ley la concreta falta de capacidad natural? La respuesta se encuentra en una formulación en positivo: las personas, siempre capaces, podemos necesitar, en determinados momentos y para asumir concretas cotas de responsabilidad, la asistencia o auxilio de una medida de apoyo. Nos valdremos de esa ayuda siempre que la necesitemos y solamente para realizar aquellos actos que la hagan necesaria. Se trata de expandir al máximo las posibilidades de nuestra capacidad a la hora de ejercitarla; valiéndonos de nosotros mismos siempre que podamos, para recurrir a medidas externas, únicamente, en la medida en que las requiramos.

Como ya se ha advertido, la reforma introducida por la Ley 8/2021 en relación a las personas con discapacidad ha cambiado la concepción tradicional basada en la sustitución de la voluntad por el libre ejercicio de la capacidad. Esta evolución hacia un modelo más integrador y social reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todo caso y en su doble vertiente; aunque, para posibilitar el adecuado ejercicio de dicha capacidad, opte por asignarles ciertas

20 GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 107 y ss.

21 Subraya DURÁN ALONSO, S.: “Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: El papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, núm. 34, p. 49 que “en cuanto al reconocimiento de capacidad de obrar a favor de personas con discapacidad intelectual, hay que tener en cuenta que puede, en ocasiones, dar lugar a que éstas se vean perjudicadas por la desaparición de cierta tutela de la voluntad, puesto que es posible que queden expuestas a un abuso de confianza por parte de terceros. Es por ello que debe garantizarse una manifestación libre de su voluntad por parte del discapacitado, sin influencias indebidas, y respetando y priorizando sus preferencias. Esto implica también la identificación, si existiera, de la denominada “voluntad captada o manipulada”, que puede darse cuando el discapacitado intelectual se encuentra en una situación de dependencia personal o emocional respecto de otras personas”.

medidas de apoyo²². Eso sí: se ofrecerán en tanto sean necesarias, sin sustituir la voluntad y adaptándolas al grado de autonomía de la persona con discapacidad que las requiera. Es decir, la persona con discapacidad seguirá teniendo capacidad, por supuesto, pero se le asignarán medidas de apoyo para posibilitar el adecuado ejercicio de la misma²³.

Aun con todo, resta considerar en qué momento y a quién corresponde valorar, no ya la capacidad natural, sino la necesidad de apoyar su posible falta. Las personas con discapacidad ostentan capacidad jurídica, pero ¿cuándo resulta preciso que se adopten medidas de apoyo? ¿Cuándo se considera que la falta de capacidad natural de una persona demanda un soporte para su ejercicio?

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, si una persona necesitada de apoyo o asistencia acudía a la notaría a otorgar cualquier negocio jurídico, el propio fedatario público no tenía otra opción que remitirla a un procedimiento judicial de incapacitación. En cambio, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 corresponde al notario, en su incrementada función de asistencia y asesoramiento, valerse de los medios oportunos para entender el alcance de la decisión e instrucciones manifestadas por la persona con discapacidad a la hora otorgar el contrato. De hecho, en la medida de lo posible, es la propia persona con discapacidad la que establece el sistema de apoyo que necesita con arreglo a su voluntad, de modo que el fedatario público debe tratar de indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico dicha voluntad, como cuando se trata de cualquier otro ciudadano²⁴. Ahora bien, ¿cabe la posibilidad de continuar acudiendo a la autoridad judicial? La respuesta debe ser afirmativa, aunque únicamente para situaciones de

22 Por lo tanto, según afirma DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, 2022, núm. 10021, “se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente denominada capacidad de obrar: se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica”.

23 Sobre el encaje de este nuevo modelo con la Convención, IMAZ ZUBIAUR, L.: “Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 2018, núm. 112, p. 198, describe el ‘traje a medida’ “que ha de confeccionarse para cada persona con discapacidad, atendidas sus circunstancias vitales y necesidades. Se ha apostado, en esa línea, por evitar la ‘sustitución’ y ensalzar el ‘complemento’ de la capacidad de obrar de la persona incapacitada. Se han ‘enemistado’, tras siglos de pacífica convivencia, la ‘representación’ y el ‘apoyo’ —tutela y curatela—, alegando, para ello, el espíritu de la Convención de 2006. Y lo cierto es que, en esa dirección apunta el Informe de 2012 emitido por el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad de la ONU en torno a la ‘adaptación’ del ordenamiento español al artículo 12 de la Convención”.

24 Un tanto crítico con la propuesta actual, VALLS XUFRE, J. M.: “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, 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. PEREÑA VICENTE y M. M. HERAS HERNÁNDEZ y coord. por M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 105, considera que “en realidad, no ha cambiado en sustancia el juicio de capacidad para el acto concreto que se pretende otorgar. Lo que ocurre es que la capacidad de obrar ahora se reconoce a toda persona salvo que sea absolutamente necesario limitarla en su propio interés e incluso si es posible, haciéndole partícipe de tal decisión. Esa limitación se concibe como una excepción ya que en tanto sea factible que la persona organice con los apoyos necesarios cómo va a actuar en el complejo normativo establecido por el ordenamiento jurídico, su voluntad y preferencias se tendrán en cuenta”.

excepción. Se engloban, en este elenco de hipótesis excepcionales, los supuestos de carencia o insuficiencia de las medidas de apoyo voluntarias, incluyendo posibles guardas de hecho (pues si esta última supone apoyo suficiente, no resulta precisa la intervención judicial). En otras palabras: en relación a la fijación de medidas de apoyo prevalece, siempre, el respeto a la voluntad de la persona de que se trate, de modo que el apoyo de origen legal o judicial sólo procede de forma subsidiaria, esto es, cuando no existen medidas voluntarias de apoyo (o en forma suficiente) para auxiliar el grado de discapacidad de la persona que pretende contratar²⁵.

En este sentido, la reforma introducida por la Ley 8/2021 parece ampliar el ámbito de actuación de los notarios, al requerirles que presten su asistencia a las personas con discapacidad, en aras a garantizar la adecuada expresión de su voluntad. Además, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, para asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plenamente en los actos jurídicos y, a la vez, proteger sus derechos, se obliga a los notarios a realizar un juicio previo sobre la capacidad natural del otorgante y acreditar, así, que la constatada capacidad es suficiente²⁶. Es decir, será necesario cotejar que el otorgante en cuestión comprende el alcance del negocio celebrado. Es más: la denegación de la autorización del acto por falta de capacidad de obrar será una medida excepcional y quedará reservada para aquellos casos en los que la discapacidad sea profunda o severa, impidiendo al individuo discernir adecuadamente²⁷.

25 Concluye la Guía 'El impacto de la reforma del Derecho civil', Fundación Aequitas y Cermi, p. 6 que "por tanto, la persona que necesita apoyo o asistencia no ve necesariamente judicializada su vida, y sólo necesitará recurrir a un procedimiento judicial en aquellos casos excepcionales en los que, como cualquier otra persona, vea conculcado sus derechos, no se haya establecido, siendo necesario, un sistema de apoyos voluntarios o el ejercicio de estos sea inadecuado".

26 De hecho, la Circular informativa 2/2021 de la Comisión Permanente de Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, p. 1, recuerda que el notario debe "enjuiciar la capacidad de hecho de los comparecientes en una escritura pública, abstracción hecha de la situación o no de discapacidad. Es una exigencia legal que corresponde a una necesidad lógica: que quien otorgue el documento esté en situación de discernir sus consecuencias. El juicio que llamábamos de capacidad ha implicado siempre un juicio de discernimiento. El artículo 17 bis de la Ley del Notariado exige la expresión de "a su juicio, tienen capacidad y legitimación". La fórmula al uso solía ser: "Tienen, a mi juicio la capacidad legal necesaria para el otorgamiento de...". Sin embargo, la expresión "capacidad legal necesaria o suficiente" que se venía utilizando no es la más acorde con el espíritu de la nueva Ley. Es cierto, que "capacidad legal" puede interpretarse como "capacidad jurídica", pero el adjetivo "legal" sugiere que la Ley es el referente para apreciar la capacidad, razón por la que ha sido suprimido del artículo 4 del Código de Comercio. Por otra parte, "la capacidad jurídica" es intangible y no se gradúa por la Ley, no cabe hablar de capacidad jurídica necesaria o suficiente porque es siempre incondicional. Por tanto, a partir de la próxima entrada en vigor de la Ley (el 3 de septiembre) es preciso adaptar o adecuar las fórmulas que se han venido utilizando".

27 Resume DURÁN ALONSO, S.: "Capacidad de obrar", cit., p. 59, que "respecto a este juicio de la capacidad de hecho por el notario (en sede testamentaria, pero podríamos entenderlo extensible, se insiste, a cualquier acto o negocio jurídico en el que deba intervenir) la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en diversas ocasiones: "a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento. c) Que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial revista especial relevancia de certidumbre; y d) que, por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia".

En todo caso, la valoración notarial sobre la capacidad de una persona no puede ser cuantificada de manera matemática u objetiva. Se deberá examinar cada caso concreto, considerando que la capacidad requerida debe ser suficiente para comprender, adecuadamente, el alcance del concreto negocio que se va a realizar y las consecuencias económicas y jurídicas que generará para las partes²⁸. Es fundamental adaptar la evaluación de la capacidad a las circunstancias específicas de cada situación para garantizar una protección adecuada de los derechos de las personas involucradas.

En el mismo sentido, la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, en su Circular 3/2021, de 27 de septiembre, considera que ante el nuevo sistema de la Ley 8/2021 deben concluirse dos aspectos importantes: (1) El juicio notarial de capacidad jurídica versa sobre una situación de hecho y se caracteriza por su actualidad o coincidencia con el momento del otorgamiento. (2) Ese juicio de capacidad se ha redimensionado y supone un giro del papel o rol notarial, que deja de ser mero espectador para asumir un papel más protagonista. De esta manera, de estas dos conclusiones la Comisión deduce que “ese juicio notarial de capacidad jurídica no puede ser en adelante tan solo ‘una enérgica presunción’, poco enérgica, si resulta destruible sin más mediante un dictamen médico forense, basado en juicios *a posteriori* sobre la racionalidad del sujeto objeto de 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. Habrá que probar la imposibilidad de hecho, que en ese momento la persona no pudo expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de los medios o apoyos necesarios, entre ellos el prestado por el propio notario. Todo ello, lleva a pensar, que el juicio notarial de capacidad jurídica da lugar a una presunción legal *iuris tantum* muy cualificada”²⁹. Es decir, bajo el prisma normativo actual, la consideración del fedatario público de que una persona con discapacidad tiene la suficiente capacidad para realizar un negocio jurídico determinado excluye, casi de modo absoluto, la posible impugnación de dicho negocio; pues el notario ha debido asegurar y acompañar de forma integral el proceso en su totalidad, haciendo coincidir capacidad y voluntad del disponente³⁰.

28 FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: “La Ley 8/2021”, cit., p. 45, indica que “heterogeneidad, diversidad y gradualidad son términos muy ligados a la discapacidad, que puede tratarse como un todo homogéneo en determinados aspectos, pero no en otros. Así, en la toma de decisiones, sólo un sector de las personas con discapacidad, en el ámbito intelectual o mental, necesitará medidas de apoyo”.

29 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, p. 3.

30 A este respecto, la Circular informativa 2/2021 de la Comisión Permanente de Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, p. 2, adiciona que “sería bueno resaltar que es la persona con discapacidad la que en última instancia ha tomado la decisión, aunque haya necesitado para alumbra-la la ayuda de las personas que la apoyan; que la escritura, en definitiva, refleja su voluntad personal”.

Debe advertirse, sin embargo, que en la perfección de negocios jurídicos en los que no media fedatario público, la Ley 8/2021 no asigna a ningún otorgante la responsabilidad de valorar la (suficiente) capacidad natural de las partes. Por lo tanto, la persona con discapacidad ostenta plena libertad para otorgarlo, pues su capacidad no puede discutirse. Cuestión distinta será la relativa a la eficacia (o ineficacia) de dicho acto, pues la misma, tal y como se tratará en el próximo apartado, continúa dependiendo de la capacidad para prestar un consentimiento válido y suficiente.

III. LA EFICACIA E INEFICACIA DEL CONTRATO CUANDO CONTRATAN PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. Planteamiento.

La doctrina actual apuesta por analizar la validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad desde el prisma de las medidas de apoyo existentes y de su intervención (o no) en la conformación del contrato. Así, con carácter general, se distinguen las siguientes tres situaciones: 1) no existen medidas de apoyo, pese a necesitarlas la persona con discapacidad; 2) existen medidas de apoyo y son efectivas; y 3) existiendo medidas de apoyo, se prescinde de ellas para la celebración del acto o contrato. Sin embargo, aunque en el presente estudio también se pivote, de alguna forma, en torno a la existencia e intervención de medidas de apoyo, se opta por mantener en el eje del análisis de la eficacia e ineficacia del contrato la propia capacidad de contratación de la persona con discapacidad.

De esta forma, el presente apartado tiene por objeto poner en valor la gradación que existe en el seno de la discapacidad: cada tipo de discapacidad afecta de manera diversa a la conformación del consentimiento contractual, en función de la persona contratante y de sus circunstancias. Es cierto que se parte de la presunción general de capacidad: ya hemos aludido a que es un buen paraguas. Ese es el punto de partida, en sintonía con el mandato de la Convención. Y es cierto, también, que los artículos 1301 y 1302 del Código Civil instauran un régimen de nulidad relativa para los supuestos en que existen medidas de apoyo y se ha prescindido de éstas en el otorgamiento del contrato. Ese es el régimen que se ha ideado para las discapacidades normalizadas o integradas en la sociedad. Sin embargo, como adelantábamos, en este nuevo paradigma se ha creado un limbo jurídico: las personas con una discapacidad menos normalizada e integrada, compleja e inestable, que (aun necesitándolas) no tienen asignadas medidas de apoyo y a las que, en virtud de la Ley 8/2021, se les presume capaces (mientras no se demuestre justamente lo contrario).

Trataremos, pues, de abrir camino. Comenzaremos con el examen de la presunción general de capacidad para, después, destruirla: pondremos la atención en aquellas discapacidades que, sin contar con medidas de apoyo que las asistan, son de tal entidad que ni siquiera permiten emitir un consentimiento válido. De hecho, se observará que, actualmente, la de la nulidad de pleno derecho es la única vía abierta para amparar las discapacidades que no cuentan con apoyos y son particularmente difíciles de sostener. Finalmente, se abordará la cuestión de fondo que emerge si se presta atención a la diversidad en la valoración de la discapacidad: si, en definitiva, cabe reinterpretar el régimen contenido en los artículos 1301 y 1302 del Código Civil, previsto para personas más integradas en la sociedad, en favor de aquellas otras personas con discapacidad que se encuentran más desasistidas.

2. La eficacia del contrato como regla general: la capacidad de contratación presunta.

Al aludir a la eficacia o ineficacia de un contrato nos referimos a cuáles son y cómo se manifiestan, en el ámbito de la realidad jurídica, los resultados de un acuerdo autónomo de intereses; es decir, tratamos de catalogar el resultado y el desenlace que trae consigo un contrato³¹. A este respecto, el artículo 1258 del Código Civil advierte que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. En concordancia con el también inalterado artículo 1261 del Código, el consentimiento sigue siendo requisito esencial para la existencia del contrato —y su consecuente eficacia—, también tras la promulgación de la Ley 8/2021.

Para que exista un contrato debe existir un consentimiento serio, espontáneo y libre³². Y, además, los contratantes deben tener la suficiente capacidad para conformar dicho consentimiento de forma consciente y conocedora de las consecuencias jurídicas que el contrato les acarreará. Pero ojo: capacidad y consentimiento son esferas independientes que, no obstante, deben converger en la contratación. La existencia de capacidad no se vincula, directamente, en todo caso, a un consentimiento válidamente otorgado: el sujeto contratante puede ostentar capacidad para contratar (de hecho, se le presume) pero, sin embargo, que

31 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, *Introducción, Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 415 y ss.

32 Resume GALICIA AIZPURUA, G.: “Sección I. Del consentimiento”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil boliviano* (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 26, que “cuando se habla del consentimiento como ingrediente del contrato se hace, en realidad, referencia simultánea a tres cuestiones que conviene diferenciar: 1. La voluntad interna de cada uno de los contratantes (...). 2. La declaración que cada uno de los contratantes emite (...). 3. La que puede llamarse la voluntad común o la intención común (...). El contrato se identifica en esencia con esta zona de coincidencia”.

esta no sea suficiente para que el consentimiento emitido sea válido (debido, por ejemplo, a la existencia de vicios). De este modo, la presunción de capacidad para contratar que trae consigo la Ley 8/2021 no exime de una necesaria verificación de la validez del consentimiento.

Ciertamente, el artículo 1261 de Código Civil también adiciona a los requisitos esenciales la concurrencia del objeto cierto y de la causa de la obligación, pero la vinculación especial entre el consentimiento y la capacidad necesaria de los contratantes convierte al primero, para la casuística de la contratación mediando personas con discapacidad, en un ingrediente primario. Tan primario es que, pese a la presunción general de capacidad que actualmente promulga el ordenamiento, en cada contrato que se perfeccione deberá acreditarse que no existen motivos para destruir aquella presunción *iuris tantum*.

Ahora bien, atendida la presunción general de capacidad, en aquellos supuestos en los que una persona con discapacidad contrata ¿bajo qué prisma cabe alegar que no ha existido consentimiento por falta de capacidad? Antes de proceder al examen de la cuestión, debemos excluir del estudio los supuestos en los que la persona con discapacidad contrata con el debido soporte de las medidas de apoyo asignadas, sean éstas voluntarias o judiciales. Así, salvo necesidad expresa de un control posterior en casos determinados, como regla general no cabrá alegar falta de consentimiento (por falta de capacidad) cuando en la contratación exista una voluntad garantizada (por medios externos que asisten a su conformación). La intervención de las medidas de apoyo asegura que el consentimiento otorgado sea válido³³.

3. La ineficacia del contrato suscrito por una persona con discapacidad a la que no se le han asignado las medidas necesarias de apoyo: destrucción de la presunción general de capacidad.

Cuando la persona con discapacidad (aun necesitándolo) contrata sin apoyo alguno por carecer de asistencia asignada, la cuestión del consentimiento válido se redimensiona. Se debe subrayar que esta casuística se refiere, expresamente, a cuando se opera bajo la carencia de medidas de apoyo, es decir, bajo su inexistencia; pues de existir, pero habiendo optado el contratante por prescindir

33 En este punto, clarifica CARRASCO PERERA, A.: "Contratación por discapacitados con y sin apoyos", *Revista CESCO*, núm. 42, 2022, p. 216, que los únicos apoyos a efectos de determinar la causa de anulación derivada de la discapacidad son los apoyos que tienen por objeto el complemento o la sustitución de la emisión de un consentimiento contractual, es decir, "la discapacidad a los efectos de los arts. 1301/1302 CC no es cualquier clase de deficiencia permanente (ni siquiera severa) que afecte negativamente a la realización de actividades de la vida diaria. A efectos negociales sólo son significativas aquellas discapacidades cognitivas o conductuales no transitorias que afecten negativamente a la posibilidad de emitir un consentimiento contractual de nivel estándar. No importa si se trata de patologías congénitas a la persona o se causan sobrevenidamente por un accidente que produce la restricción cognitiva severa (por ejemplo, una tetraparesia espástica producida por un accidente de circulación). En el art. 1301 no importa si se trata de enfermedad mental, de lesión cerebral o debilidad mental, en tanto sean permanentes o recurrentes".

de las mismas, el régimen jurídico aplicable será bien distinto, tal y como se tratará posteriormente. Así pues, en aquella primera hipótesis surgirá un interrogante clave: si una persona con discapacidad y sin apoyo, pero con capacidad de contratación presunta (ex artículo 12 Convenio Nueva York y nueva redacción del artículo 1263 CC), contrata con un tercero, ¿puede posteriormente alegar falta de consentimiento válido (por falta de capacidad) para declarar nulo de pleno derecho el contrato ex artículo 1261 del Código?

En principio, la respuesta debería resultar afirmativa: cualquier contratante tiene a su disposición la posibilidad de impugnar la validez del consentimiento prestado alegando falta de capacidad, es decir, destruyendo la presunción *iuris tantum* que desde la aprobación de la Ley 8/2021 incorpora el ordenamiento. La valoración de la validez y/o existencia del consentimiento prestado siempre es posible, pese a la presunción general de capacidad. A este respecto no existe incertidumbre. La duda aflora, sin embargo, con la siguiente cuestión: si, careciendo de medidas de apoyo asignadas, la propia discapacidad puede valorarse como causa de dicha falta de consentimiento, es decir, si cabe declarar la nulidad del contrato porque la discapacidad del contratante que lo impugna invalida el consentimiento prestado. En este punto la doctrina difiere.

Por un lado, puede sostenerse que la discapacidad, como acontecía hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, continúa siendo un elemento que innegablemente incide en el discernimiento y en la construcción de la voluntad. La acometida actualización del ordenamiento no afecta a una realidad evidente: la discapacidad puede, *de facto*, influir en el consentimiento prestado. De este modo, habrá de probarse la incidencia de la concreta discapacidad y su alcance en relación a la validez del concreto consentimiento prestado: si existe una discapacidad de tal entidad que impida la conformación de un consentimiento serio y consciente, acreditada aquélla, el contrato podrá declararse nulo de pleno derecho por falta, precisamente, de consentimiento (artículo 1261 CC)³⁴.

Por otro lado, en una postura más restrictiva, parte de la doctrina considera que admitir la nulidad radical del contrato por falta de consentimiento y a causa de

34 A favor de esta línea, JEREZ DELGADO, C.: “Los contratos celebrados por personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, 2022, núm. 6, s/p, recuerda que “las personas con algún tipo de discapacidad contratan con igual capacidad jurídica que los demás, pero también que —como en la generalidad de los casos— si el contrato se hubiera celebrado sin prestar consentimiento válido (por ejemplo, por embriaguez, estar bajo el efecto de una droga, o cualquier otra causa que impida un normal discernimiento, incluida la que pueda conllevar una discapacidad, sea nueva o preexistente), el contrato puede declararse nulo por falta de consentimiento. Quien alegue la imposibilidad de normal discernimiento al tiempo de contratar, deberá probarla. Por la misma razón, son de aplicación cuando no se hayan nombrado medidas de apoyo precisas para la celebración del contrato, las causas generales de nulidad relativa (por ejemplo, los vicios del consentimiento, etc.), cuando concurran, conforme a lo dispuesto en los números 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 1301 CC”. En el mismo sentido, CASTELLANOS CÁMARA, S.: “Fianza e invalidez de la obligación afianzada”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024, p. 488.

una discapacidad, nos retrotrae a un sistema calcado al anterior. En este sentido, si se acepta que la capacidad plena es un postulado normativo y no un juicio de hecho, no cabe la posibilidad de alegar 'falta de capacidad' a la hora de prestar consentimiento. Resulta contrario al espíritu de la Ley 8/2021 reivindicar la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pero, a su vez, reconocer la nulidad de sus actos cuando tales postulados se revelan ficticios a raíz de la discapacidad que ostentan. Es decir, de acuerdo a esta corriente, reconocer la igualdad de las personas con discapacidad a la hora de contratar pasa por admitir posibles riesgos y mermas derivadas de sus decisiones. Concluye a este respecto CARRASCO que "no puede accederse al nicho de legitimación consistente en la insuficiencia de consentimiento en general cuando esa misma insuficiencia es la que le convierte en establemente discapacitado", por lo que el sistema "tiene que ser aceptado *in toto* o repudiado *in toto*"³⁵.

Aunque esta segunda posición doctrinal resulta un tanto taxativa, lo cierto es que no resulta exenta de razón. Si a la hora de valorar la capacidad de contratación se elimina la discapacidad de la ecuación, por reconocerse legalmente y en igualdad de condiciones al conjunto de la ciudadanía, en los casos en los que no exista medida de apoyo y se materialice un contrato, este último se encuentra amparado por una regla general: el contrato es válido y produce efectos, pues la capacidad para consentir también se presupone. Así, salvo que la discapacidad haya sido abordada y cuente el contratante con medidas de apoyo que lo sitúen en el régimen específico de los artículos 1301 y 1302 del Código Civil, el contrato es eficaz. Sin embargo, resulta más inclusiva la propuesta mantenida por la primera corriente doctrinal: determinadas discapacidades (que no cuentan con medidas de apoyo asignadas) pueden tener entidad suficiente, sin duda, para impedir la válida conformación del consentimiento contractual. Este postulado se configura, por tanto, como la excepción a la regla general de capacidad; pues, aunque la discapacidad puede ser causa para invalidar el consentimiento prestado, no se considera causa 'generalizada'. Y lo cierto es que la nulidad derivada de la falta de elementos esenciales del contrato, ex artículo 1261, por la imprescriptibilidad del plazo para instarla y por la amplia legitimación que reconoce, se adecúa mejor a las discapacidades psíquicas no abordadas o no aceptadas que, además, no tienen asistencia. Precisamente, las discapacidades menos integradas y normalizadas que la reforma legal ha escorado. Es cierto que con el recurso a la nulidad se mantiene parte del régimen de ineficacia anterior a la aprobación de la Ley 8/2021; pero para aquellas discapacidades que se han dejado al margen de la reforma no parece

35 CARRASCO PERERA, A.: "Contratación por discapacitados", cit., pp. 205 y ss. Además, en la misma línea adiciona a esta conclusión que "si el discapacitado a secas, o el discapacitado con apoyos fácticos, pudiera solicitar la nulidad radical del contrato por falta de consentimiento qua discapacidad, la nueva ley no habría cambiado nada, y todo resultaría puro ruido mediático. Porque quien mete a los discapacitados en el mercado rompiendo la puerta de la incapacidad de obrar los vuelve a sacar del mercado por el coladero de la falta de consentimiento efectivo. Y todo quedará como estaba, y no restaría otro escenario realista que el de la curatela representativa, que es lo mismo que la tutela representativa universal que teníamos ayer".

que haya otra opción. Tampoco el recurso excepcional a la nulidad contraviene la filosofía del nuevo paradigma en su totalidad y, en cualquier caso, se trata de establecer prioridades: incluir a todas las discapacidades y protegerlas frente a contrataciones indebidas o proclamar una absoluta coherencia con un sistema legal que no debía haber dejado a nadie fuera.

Las escasas resoluciones judiciales que versan sobre la cuestión tampoco se decantan de forma clara por uno u otro postulado tras la aprobación de la Ley 8/2021. Algunas parecen alinearse con el postulado doctrinal más taxativo. Así, el AJPI núm. 2 de Reus, 562/2023, de 31 de julio (FD tercero)³⁶, confirma que “en cuanto a la interpretación que deba darse al actual 1302.3 CC, en particular al inciso ‘personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo’ cuando esas medidas no solo no se habían adoptado, sino que ni siquiera estaba en vigor el novedoso régimen legal de provisión de medidas de apoyo instaurado por la Ley 8/2021, de reforma del Código Civil, baste por ahora con señalar que a mi juicio el discapaz -o sus herederos- no pueden pretender con la nueva regulación sostener que ha existido falta de consentimiento a causa de su discapacidad, aunque sí pueden hacer valer el art. 1261 CC si la falta de consentimiento procede de una razón exógena a su discapacidad efectiva (v.gr. trastorno mental transitorio, violencia física de tercero, intimidación, etc.)”.

No obstante, más próxima al postulado doctrinal inclusivo, aunque verse sobre la capacidad para consentir matrimonio, se encuentra la conclusión de la STS 241/2024, de 24 de enero³⁷, que resulta igualmente aplicable a la contratación por parte de las personas con discapacidad. Mediante prueba oportuna, parece que siempre cabe la posibilidad de romper con la presunción general de capacidad (FD quinto): “En el caso que juzgamos, el juzgado no declaró la nulidad del matrimonio por el hecho de existir una sentencia de modificación judicial de la capacidad ni tampoco por el ‘mero hecho’ de que el Sr. Valentín padeciera Alzheimer, sino porque a la vista de toda la prueba practicada llegó a la conclusión de que había quedado acreditado que la enfermedad le afectaba de tal manera que no pudo emitir un válido consentimiento matrimonial. La revisión de la prueba que consta en las actuaciones nos conduce a la misma conclusión, sin que las alegaciones de la demandada apelante referentes a la valoración de la prueba convengan de lo contrario. Partimos de la presunción de capacidad, y de que la carga de la prueba en contra de esta presunción es de cargo de quien la niegue y, en este caso, a la vista de la prueba practicada, ha quedado acreditado que el deterioro cognitivo del Sr. Valentín afectaba a su capacidad para emitir válido consentimiento matrimonial”. Es decir, de la discapacidad no se deduce per se la falta de consentimiento, pero se

36 AJPI núm. 2 de Reus, 562/2023, de 31 de julio (ECLI:ES:JPI:2023:562A).

37 STS 241/2024, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2024:241).

admite que, a consecuencia de la discapacidad, en determinados supuestos, pueda alegarse su falta.

Puede considerarse, por tanto, que el cambio normativo no ha excluido la vía abierta por la doctrina y jurisprudencia anterior a la aprobación de la Ley 8/2021. Ahora, al margen de aceptar una presunción general a favor de la capacidad, también parece que cabe la posibilidad de abogar por la ineficacia del contrato, vía nulidad, ante la falta de consentimiento. Resulta interesante traer a colación la esclarecedora SAP Ourense 337/2023, de 4 de mayo³⁸, que manifiesta en qué sentido debe ser interpretada la jurisprudencia previa a la luz de la nueva regulación contenida en el Código tras la aprobación de la Ley 8/2021. Así, “tal nueva perspectiva implica, conforme al artículo 249 del Código Civil, que las medidas de apoyo que pueda ser preciso establecer para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica, tienen por finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad en condiciones de igualdad, estando inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales (...). No obstante, al igual que ocurría con la anterior regulación, será posible declarar la *anulabilidad* de un contrato si el otorgante respecto del cual no se ha adoptado judicialmente medida de apoyo alguna, *carece de aptitud para prestar un consentimiento contractual válido*, lo que implica la posibilidad de conocer el contenido del contrato” (FD segundo). Cierta confusión genera, sin duda, que ante la falta de aptitud para prestar un consentimiento válido sea el régimen de la anulabilidad el que se postule por la autoridad judicial como idóneo en caso de que no haya asignadas medidas de apoyo³⁹. En todo caso, habrá que analizar, caso a caso, cómo afecta la discapacidad al consentimiento, y sólo en aquellos supuestos en los que verdaderamente no exista aquiescencia a causa de la envergadura de la discapacidad de la persona

38 SAP Ourense 337/2023, de 4 de mayo (ECLI:ES:APOU:2023:337).

39 A este respecto, y aunque la postura actual de la jurisprudencia parece decantarse por el régimen de la anulabilidad ante la falta de aptitud para prestar un consentimiento válido, no puede negarse que ha existido controversia en los tribunales. Tal y como recuerda la STS 3566/2022, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3566), FD primero, “el argumento que sustenta el primer motivo al amparo de los arts. 1261 y 1263 CC acerca de que es nulo con nulidad radical o absoluta el contrato celebrado por quien, como consecuencia de una demencia, no puede emitir un consentimiento verdadero, es meramente instrumental, pues de esos preceptos no resulta ningún régimen específico de invalidez (...). Es verdad que, durante algún tiempo, cierto sector doctrinal y alguna sentencia consideraron nulos, con nulidad absoluta, los actos del (en la terminología de la época) “incapaz no incapacitado” o “incapaz de hecho”; tal calificación, en línea con la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad, permitió ampliar la legitimación para impugnar el contrato y admitir el ejercicio de la acción transcurrido el plazo de cuatro años, todo ello en aras de una mayor protección de la persona con discapacidad (...). Con todo, la jurisprudencia no era unánime, y no dejaba de haber sentencias en las que se aplicó el régimen de la anulabilidad, incluso antes de la reforma de la tutela introducida en el Código civil en 1984 (...). Pero también es cierto que, posteriormente, la opinión doctrinal mayoritaria se inclinó por considerar preferible el régimen de la anulabilidad, por ser la forma de invalidez que el Derecho predispone para la protección de una de las partes del contrato. En esta línea, la sentencia 2/2018, de 10 de enero, se hizo eco del análisis funcional que caracteriza en la actualidad la teoría de las nulidades de los contratos, de modo que en cada caso debe tenerse en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego”.

contratante, abogar por la nulidad del contrato, si ésta no cuenta con la debida asistencia⁴⁰.

4. La singular causa de ineficacia derivada de la discapacidad con medidas de apoyo asignadas: el régimen específico previsto en los artículos 1301 y 1302 del Código Civil.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, en favor de los intereses de las personas incapacitadas, la mera alegación de la incapacitación resultaba suficiente para impugnar los contratos que se hubieran celebrado sin la medida de representación o apoyo establecida en la sentencia de incapacitación. El nuevo sistema ha dado un vuelco a este respecto, pues la incapacitación ya no es posible. Sin embargo, la Ley 8/2021 ha optado por incluir una causa de ineficacia que se deriva, precisamente, de la no intervención de las actuales medidas de apoyo (siempre que existan y sean procedentes⁴¹). Se advierte un ligero símil entre ambos sistemas, el anterior y el actual, pues en ambos casos la falta de

40 En esta línea, comparte VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Reformas en Derecho de obligaciones y contratos”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 512, que “para aquellos supuestos en los que no se hayan establecido formalmente estas medidas de apoyo precisas se deberá deshacer la presunción de plena capacidad que tiene la persona. Será determinante, para estos últimos casos, el informe médico que acredite la discapacidad y su grado en el momento de contratar. Asimismo, será imprescindible acreditar que las medidas de apoyo eran precisas y que habitualmente se venían prestando por quien venía ejerciendo la guarda de hecho. Consideramos que esta interpretación resulta más acorde con la finalidad tuitiva de la legislación relativa a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad y no consideramos que suponga una interpretación que merme la seguridad jurídica o desincentive la posibilidad de contratar con personas con discapacidad”.

Asimismo, la reciente reforma del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad viene a corroborar la necesidad de regular los supuestos en los que la persona contratante no tenga aptitud suficiente para ejercitar su capacidad jurídica y no cuente con medidas de apoyo para realizar el acto concreto. A este respecto, BAYOD LÓPEZ, C.: “Invalidéz e ineficacia de actos y contratos”, en AA.VV.: *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio)*, comentada por los miembros de la comisión aragonesa de Derecho civil (coord. por C. BAYOD LÓPEZ, Colex, A Coruña, 2024, pp. 78 y ss., considera que el artículo 45 CDFA “es una norma susceptible de ser aplicada a cualesquiera situaciones en las que la persona concernida no tenga aptitud para manifestar su voluntad (...). Dada la dicción del precepto, y también teniendo en cuenta el derogado art. 37 CDFA, podemos suponer que la persona concernida, que actuó sin la suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica, no contaba en ese momento con ninguna medida de apoyo en vigor. Por ello, el precepto legitima a la persona que con posterioridad ejerza el apoyo que, en su caso, hubiera evitado la invalidez”.

41 La SAP Granada 353/2022, de 8 de febrero (ECLI:ES:APGR:2022:353) confirma esta excepcionalidad al advertir que “la nueva regulación de la discapacidad, estimando que las personas con estas afecciones son titulares del derecho a la toma de sus decisiones, y aunque el consentimiento sigue siendo un elemento esencial del contrato, conforme al artº 1261 del CC, los arts. 1301.4 y 1302.3 redactados conforme a la norma que antecede, establecen que la acción de nulidad de contratos celebrados por personas con discapacidad, es preciso que se refiera a los casos en que se haya prescindido de las medidas de apoyo que fueran precisas, con el apoyo que precisen. Esta norma no estaba en vigor cuando se celebró el contrato que nos ocupa, pero constituye la actual regulación con un notorio cambio en el tratamiento de la discapacidad, y el complemento de la misma con las medidas de apoyo respetando la toma de decisiones y la voluntad de las personas afectadas” (FD tercero).

Recuerda, en este punto, CARRASCO PERERA, A.: “Contratación por discapacitados”, cit., p. 222, que “la legitimación activa del discapacitado requiere que se hayan omitido las medidas de apoyo establecidas, “cuando fueran precisas” (arts. 1301.4º, 1302.3). Dos interpretaciones caben de este inciso. O bien se considera la “precisión” en abstracto, y se analiza sólo si se da el supuesto de hecho de la medida, que, ya por serlo, será “precisa”, lo que acaba redundando con el propio concepto de haber sido “establecidas” (se establecen por ser precisas y son precisas porque se establecen), o se practica adicionalmente un test circunstanciado, de forma que una medida de apoyo establecida como “precisa” en abstracto pueda no revelarse precisa en consideración a las circunstancias del caso. Esta segunda es la interpretación

intervención de quien estaba o está llamado a amparar los intereses de la persona con discapacidad detona la anulabilidad del contrato. Pero esta es la única similitud. El nuevo régimen incluye preceptos que, aunque permiten la nulidad relativa del contrato celebrado por la persona con discapacidad, parecen buscar en cierta medida la preservación de lo contratado por ella o, al menos, otorgarle mayor protagonismo a la hora de optar por la anulabilidad⁴².

Aunque la causa que justifica la anulabilidad del contrato otorgado por la persona con discapacidad es clara —la no intervención de las medidas de apoyo cuando éstas existen (ya sean voluntarias o judiciales), conforme al artículo 1301 del Código Civil— del artículo 1302.3.I y II del Código se concluye un esquema de legitimación un tanto confuso, pues dependiendo del sujeto que solicite la nulidad, varían incluso los requisitos para el ejercicio de la acción. Así, al amparo de este precepto se pueden distinguir dos escenarios posibles:

A) Cuando la propia persona con discapacidad ejercita la acción de nulidad, con o sin apoyo —pues se le reconoce plena autonomía para hacer valer la no intervención de su sistema de apoyo—, no es necesario requisito adicional alguno más allá de la premisa general: si en la contratación no ha existido intervención por parte de las medidas de apoyo oportunas, la persona con discapacidad dispone de la prerrogativa de solicitar la nulidad del contrato. No se valora su vulnerabilidad a la hora de realizar el contrato, tampoco la existencia de perjuicio económico o provecho para la contraparte. La no intervención de las medidas de apoyo es suficiente.

Idéntica previsión se establece para cuando los herederos son los legitimados —tras el fallecimiento de la persona con discapacidad y únicamente durante el

procedente, tanto por seguridad del tráfico (recuérdese que el extraño no tiene acceso a datos registrales) como por la prevalencia del principio de autonomía personal”.

- 42 A este respecto, considera ÁLVAREZ LATA, N.: “Límite a la restitución debida por persona con discapacidad (antes de la reforma), tras la nulidad, Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 21 de marzo de 2023”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 123, 2023, s/p, que “a luz del actual art. 1302 CC cabe mantener que la propia persona con discapacidad la conserva también para realizar actos o negocios para los que se hayan establecido medidas de apoyo, por lo menos frente al contratante de buena fe (*rectius*: aquel que no esté en las circunstancias del art. 1302.3 CC). Y ello porque según el art. 1302 CC no es impugnabile —salvo que lo haga ella misma— el contrato realizado por la persona con discapacidad en el que se ha prescindido del apoyo si el contratante es de buena fe, por lo que cabe perfectamente en el sistema la actuación válida de la persona también en ese ámbito de actuación que antes era negada”. En la misma línea, se manifiesta PARRA LUCÁN, M. A.: “Contratación y discapacidad, la reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), vol. 2, tomo 2, Fundación del Notariado, Madrid, 2022, pp. 339. En un sentido más crítico, considera CARRASCO PERERA, A.: “Contratación por discapacitados”, cit., p. 203, que “cualquier sea la naturaleza de una discapacidad, en ningún caso hará decaer la validez de la contratación realizada con tercero, salvo que el discapacitado estuviera sometido a medidas de apoyo, éstas no hayan sido cumplidas y estas medidas hubieran de tener influencia en la prestación de consentimiento (art. 1301.4º)”.

tiempo que faltara para completar el plazo de cuatro años⁴³—. En este escenario, también se aplicará la premisa general y la falta de intervención de las respectivas medidas de apoyo será causa suficiente para poder instar, por parte de los herederos, la nulidad del contrato en cuestión.

Parte de la doctrina no comparte esta facilidad concedida en ambos supuestos a la persona con discapacidad o a sus herederos, pues ante la falta de intervención de las medidas de apoyo, basta un cambio de parecer para exigir la nulidad de lo contratado. Se obvian, por completo, los intereses de los terceros de buena fe, pues sin que medie ningún tipo de descompensación o desequilibrio en el resultado del contrato, la nulidad siempre es posible para una de las partes. Incluso cuando el contrato no resulta perjudicial, la persona con discapacidad puede demandar su ineficacia. Convendría valorar, en este punto, si no resulta contradictorio admitir, por un lado, la igualdad en la capacidad jurídica y, por otro lado, otorgar una facultad tan descompensada únicamente a una de las partes del contrato: si no existe perjuicio para la persona con discapacidad, y, además, ya no es objeto de una protección 'paternalista' por parte del ordenamiento, ¿cuál es la causa que subyace bajo tan dilatada premisa? Quizás cabría reconsiderar la amplitud de la disposición y acotar la legitimación de la persona contratante con discapacidad a los supuestos en que se constate un perjuicio patrimonial para ella. De hecho, resulta incoherente con la filosofía de la Convención, que reconoce una capacidad jurídica general y promueve la actuación autónoma de la persona con discapacidad, siempre que sea posible. No tiene sentido que, en ausencia de perjuicio para la persona con discapacidad, se posibilite invalidar el contrato otorgado por faltar, únicamente, la intervención de unas medidas de apoyo que se limitan a "asistir". El sistema debe asegurar la protección de los colectivos vulnerables, eso es indudable, pero ante la existencia de posibles terceros de buena fe, convendría redimensionar la aplicabilidad de esta causa de nulidad relativa, protectora de acotados intereses particulares. La presunción general de capacidad, la doctrina de los actos propios y la ausencia de perjuicio económico derivado del contrato lo avalarían.

B) En cambio, cuando la persona a la que hubiera correspondido prestar apoyo es quien pretende solicitar, por sí sola, la nulidad del contrato suscrito por la persona con discapacidad, la premisa general ya no resulta suficiente. Así, a su previa no intervención se le debe adicionar alguno de los siguientes requisitos: (1) que el otro contratante conozca la existencia de la medida de apoyo y haya optado por seguir adelante con la contratación sin la intervención debida, y/o (2)

43 El artículo 1301.4 del Código civil establece que la acción de nulidad caducará a los cuatro años, contando el inicio del plazo desde la celebración del contrato. Así, considera PARRA LUCÁN, M. A.: "Contratación y discapacidad", cit., pp. 339-340, que "de esta forma, el plazo de cuatro años desde la celebración del contrato juega en todos los casos, y no está en función del momento en el que se extingue la medida de apoyo, lo que refuerza la estabilidad de los contratos en detrimento de la protección de la persona con discapacidad".

que el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad y haya obtenido por ello una ventaja injusta⁴⁴.

En este punto se observa, a diferencia de lo que acontecía antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, que el sistema de apoyo ya no es el principal promotor de la ineficacia del contrato celebrado por la persona con discapacidad. De hecho, su legitimación se limita a supuestos en los que, verdaderamente, se produce un desequilibrio: ya sea porque su intervención ha sido omitida intencionadamente por la contraparte, ya sea porque su falta de intervención acarrea un perjuicio a la persona con discapacidad. Es decir, la vía para instar la nulidad ya no es tan expeditiva, sino que opera bajo causa y prueba⁴⁵. Corresponde al prestador de apoyo probar la concurrencia de, al menos, uno de los dos requisitos para verse legitimado: puede optar por el que prefiera, pues son independientes, pero la carga de la prueba es suya.

44 Respecto a la inclusión del término 'ventaja injusta', recuerda MORENO CASTRO, Y.: "La reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad: la introducción de la ventaja injusta", en AA.VV.: *La justicia en la sociedad 4.0, nuevos retos para el siglo XXI* (dir. por L. FONTESTAD PORTALES y coord. por F. PÉREZ TORTOSA), Colex, A Coruña, 2023, p. 45, que "sin lugar a duda, los contratos en los que intervienen personas con discapacidad son un escenario en que se torna muy plausible un aprovechamiento por la otra parte, en tanto que la asimetría entre las capacidades naturales de los contratantes, por definición, es innegable. Y, si bien la reforma legal orbita alrededor del principio de autonomía de la voluntad, en los casos en que se produce este aprovechamiento y acontece un resultado materialmente injusto, se da primacía a un interés superior. Precisamente, la ventaja injusta es una institución que integra criterios de justicia sustantiva y de justicia procedimental. Así, es una figura que acontece de gran interés, por la virtualidad que puede tener en los casos que venimos comentando. En estos, nos encontramos ante situaciones grises, en que no puede decirse que la conducta del sujeto que contrata con una persona con discapacidad pueda fundamentar un vicio de la voluntad, pero, sin embargo, existe una actitud de aprovechamiento y esta se traduce en un resultado materialmente desequilibrado".

Critico con la inclusión de la fórmula legal de la 'ventaja injusta', CARRASCO PERERA, A.: "Contratación por discapacitados", cit., p. 224, considera que "no existe un nicho de anulabilidad consistente en el 'aprovechamiento con ventaja injusta', distinta del dolo *in contrahendo* y de la intimidación. Tampoco describe el tipo de anulabilidad que se corresponde a la contratación de los discapacitados que operan sin contar con los apoyos requeridos, como si exigiera para la anulabilidad que se hubiera causado una ventaja injusta (que se definiera de forma distinta a la simple "lesión"). Ni tampoco impone una condición adicional para que la contratación sin apoyos conduzca a la anulabilidad del contrato. Nada de eso. Como decimos, simplemente expresa la fórmula del dolo que impide la sanación del negocio en la hipótesis límite del párrafo segundo. Pero puestos en esta tesitura, la restricción que la fórmula comporta es absurda. Puede haber modalidades dolosas que no se reduzcan al conocimiento de la inactuación de las medidas o a la obtención de una ventaja injusta. Basta que el contratante conociera la situación real de discapacidad de quien contrata con él y que la contratación sea lesiva. No se requiere aprovechamiento con ventaja injusta, ni conocimiento de la existencia de apoyos constituidos. En consecuencia, toda la fórmula del apartado segundo es superflua, y bastaría haber precisado que la sanación no opera cuando se justificare que la contraparte hubiera procedido con dolo, en general".

45 En este sentido, señala GARCIA RUBIO, M. 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", *ADC*, 2022, enero-marzo, pp. 308 y 309, que "del conjunto de reglas generales sobre contratos afectadas por la reforma, se deduce que el contrato celebrado por una persona con discapacidad prescindiendo del apoyo que tiene, solo puede ser anulado si la contraparte conoce la existencia del apoyo o se aprovecha de otro modo de la situación de discapacidad, obteniendo con ello una ventaja injusta (art. 1302.3 CC). Luego si voluntariamente prescinde o renuncia al apoyo y no se da esa situación de ventaja, el contrato es plenamente válido y eficaz, de suerte que no podrá ser atacado ni por el titular del apoyo omitido, ni por el propio interesado que ha cambiado de opinión; la renuncia al apoyo produce, pues, todos sus efectos".

En lo que se refiere a los efectos de este nuevo régimen de nulidad relativa⁴⁶, el artículo 1304 del Código Civil establece que “cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”⁴⁷. Así, cuando la persona con discapacidad prescinda de las medidas de apoyo, y concurra alguno de los requisitos señalados⁴⁸, sólo estará obligada a restituir en tanto se haya enriquecido con la prestación recibida. En cambio, en sentido contrario, cuando el tercero desconozca la existencia de las medidas de apoyo, o conociéndolas, no se aproveche de la situación de discapacidad, procederá la restitución plena de lo recibido por la persona con discapacidad. Es decir, existe, en la redacción actual del precepto una suerte de ‘castigo’ para el tercero que, conociendo la realidad de la discapacidad, opte por continuar con la contratación; pues, de probarse que se aprovechó de la situación, se expone a la restricción de la restitución⁴⁹.

V. CONSIDERACIONES FINALES: UN REAJUSTE DEL RÉGIMEN VIGENTE EN CLAVE INCLUSIVA.

Resulta indiscutible que la Ley 8/2021 ha transformado la forma de entender la contratación por parte de las personas con discapacidad. El protagonismo

46 Antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, la regla de la restitución recíproca de las prestaciones como un efecto de la declaración de nulidad de un contrato tenía el límite del enriquecimiento del contratante incapaz, lo que implica que se le deba la restitución de lo que entregó aun cuando lo que recibió se hubiera perdido, desaparecido o reducido su valor, salvo dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad. Entiende ÁLVAREZ LATA, N.: “Límite a la restitución”, cit., s/p, que la entrada en vigor de la Ley 8/2021 cambia el sentido del artículo y “en definitiva, la regla beneficiosa sobre la restitución en caso de contratante incapaz es ahora inoponible al contratante capaz de buena fe. En la misma línea se sitúa el art. 1314 CC, que limita el alcance de la excepción en caso de pérdida de la cosa debida, para este supuesto, a los casos de mala fe del contratante, en los mismos términos que los del art. 1304 CC. Independientemente de otras consideraciones y de las consecuencias que supone y de la propia contradicción con el régimen de anulabilidad no tengo duda de que el nuevo art. 1304 CC quiere este efecto, que responde a que en el nuevo modelo la protección de la persona con discapacidad ha dejado de ser un principio del sistema”.

47 El actual artículo 1304 del Código Civil se asemeja en cierta medida a la redacción del anterior articulado, aunque adapta el enunciado a la nueva realidad en la que no existen personas incapacitadas. A este respecto, véase, Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho*, cit., pp. 494 y ss.

48 En palabras de ÁLVAREZ LATA, N.: “Límite a la restitución”, cit., s/p, “tras la reforma, para que se aplique la excepción del art. 1304 CC no solo es necesario que se dé el enriquecimiento en la persona con discapacidad, sino que es preciso, alternativamente, que concurra alguna de estas dos circunstancias”. (1) Que el contratante conozca la existencia de los apoyos y aun así contrata con la persona con discapacidad que prescinde del apoyo. (2) Que el otro contratante obtuviera una ventaja injusta, es decir, que el contrato haya determinado una ventaja indebida para la otra parte aprovechándose de la situación de discapacidad de la persona, como situación de debilidad o vulnerabilidad contractual.

49 Concluye PARRA LUCÁN, M. A.: “Contratación y discapacidad”, cit., p. 343, que “por esta razón, aunque la ley pretenda ‘introducir en el mercado’ a las personas con discapacidad es dudoso que un tercero que conozca la existencia de apoyos se arriesgue a contratar prescindiendo de ellos, aun en el supuesto de que perciba que en el momento de celebrar el contrato la persona tiene capacidad para contratar y no pretenda aprovecharse injustamente de la discapacidad”.

recae, ahora, sobre su persona: la voluntad a tener en cuenta siempre ha de ser la suya. Ciertamente, pueden existir medidas de apoyo, pero su carácter ha de ser asistencial: ya no sustituyen la voluntad, la acompañan. No obstante, anunciábamos que existen aspectos relevantes en la contratación por parte de las personas con discapacidad que presentan supuestos de especial vulnerabilidad y que la reforma legislativa parece haber obviado. Nos referimos a las discapacidades no normalizadas, no abordadas y no acompañadas.

Como se ha podido apreciar, la nueva regulación clasifica a las personas con discapacidad en dos grupos, con relación al régimen de ineficacia de los contratos por ellas suscritos. Por un lado, las favorecidas por la reforma operada por la Ley 8/2021: personas con discapacidad que ya tienen asignadas medidas de apoyo. Por otro lado, las olvidadas: personas con discapacidad que no tienen asignada medida de apoyo alguna y que, frecuentemente, a causa de su discapacidad, no cuentan con una red de apoyo y, además, contratan de manera perjudicial para ellas mismas. El supuesto es claro: personas con discapacidad psíquica que no aceptan su situación de discapacidad y que, en su día a día o en estado de afectación, contratan indiscriminadamente. Si a esta tesitura se le adiciona el componente de la contratación digital o telefónica, la consecuencia es indiscutible: las operaciones efectuadas son inatacables. No tienen medidas de apoyo asignadas y se les presume capaces. Generalmente, no son conscientes de su propia discapacidad y, por tanto, no suelen manifestar voluntad de solicitar la ineficacia del contrato otorgado. Pero tampoco existe forma de probar que la otra parte conozca la discapacidad o se haya beneficiado de la misma.

La contratación digital y telefónica está a la orden del día. La Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, ya prevé que diversas situaciones agravadas por las circunstancias sociales o personales hacen que el consumidor se encuentre en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección en sus relaciones de consumo. La propia Comisión Europea con la publicación de la Comunicación de 13 de noviembre de 2020, sobre la Nueva Agenda del Consumidor, también advierte de la necesidad de implantar medidas coordinadas con los Estados miembros para garantizar la protección de los derechos de los consumidores en un entorno cada vez más digital. Tal vez sea hora de considerar, o de interpretar, que ciertas formas de contratación implican, directamente, una situación de aprovechamiento que deriva en una ventaja injusta, y más aún, cuando quien contrata es un consumidor que, a su vez, es una persona con discapacidad.

En este escenario, las personas con discapacidad que cuentan con medidas de apoyo, las favorecidas por la Ley 8/2021, están exentas de riesgo; de hecho, como se adelantaba, pueden incluso considerarse que están sobreprotegidas (artículo

1302.3.I CC). Sin embargo, con la presunción general de capacidad en la mano a través de la supresión del segundo inciso del artículo 1263 del Código Civil, las personas con discapacidad que precisan de medidas de apoyo pero que no las tienen asignadas no gozan, aparentemente, por falta de expresa previsión, de herramientas para instar la ineficacia de los contratos. Ni tan siquiera de aquellos que les acarrearán un perjuicio.

Este desigual tratamiento -que acaba por desfavorecer, probablemente, a las personas con discapacidad más vulnerables y necesitadas de apoyo- debe subsanarse. Sin perjuicio de que la vía abierta bajo el régimen anterior pueda seguir posibilitando la nulidad de pleno derecho de los contratos suscritos por las personas cuya discapacidad les impida prestar un consentimiento válido (ex artículo 1261 CC), no resulta conforme a Derecho que la vía de la anulabilidad (ex artículos 1301 y 1302.3.I y II CC) se reserve, únicamente, para las personas con discapacidad más protegidas por disponer de medidas de apoyo. En este sentido, proponemos reajustar la aplicación de la nulidad relativa también a los casos en los que la persona con discapacidad actúe sin medidas de apoyo porque, precisamente, no las tiene. Es decir, restar valor al condicionante de que las medidas de apoyo se encuentren ya previstas. En todo caso, eso sí, supeditando el ejercicio de la acción de nulidad a la existencia de perjuicio patrimonial para la persona con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N.: "Límite a la restitución debida por persona con discapacidad (antes de la reforma), tras la nulidad, Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección I.^a) de 21 de marzo de 2023", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2023, núm. 123, s/p.

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, 2022, núm. 33, pp. 534-573.

BAYOD LÓPEZ, C.: "Invalidez e ineficacia de actos y contratos", en AA.VV.: *Reforma del Código del Derecho foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio), comentada por los miembros de la comisión aragonesa de Derecho civil* (coord. por C. BAYOD LÓPEZ), Colex, A Coruña, 2024, pp. 61-90.

BOLÁS ALFONSO, J.: "Fundamentos de la reforma del Código civil sobre personas con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad, comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), vol. I, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 39-60.

CAMPO IZQUIERDO, A. L.: "Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad Civil*, 2020, núm. 9, s/p.

CARRASCO PERERA, A.: "Contratación por discapacitados con y sin apoyos", *Revista CESCO*, núm. 42, 2022, pp. 196-233.

CASTELLANOS CÁMARA, S.: "Fianza e invalidez de la obligación afianzada", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, núm. 20, pp. 474-499.

DE LA TORRE OLID, F.: "El menor maduro: la doctrina que explica la capacidad natural", *Revista Derecho y Criminología*, 2011, pp. 101-113.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, 2022, núm. 10021, s/p.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?", *Tribuna del Instituto de Derecho Iberoamericano*, 30 de septiembre de 2021.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, *Introducción, Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 2007.

DURÁN ALONSO, S.: "Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: El papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 44-71.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: "La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad: tramitación legislativa y notas esenciales", en AA.VV.: *La salud y los derechos de la persona* (dir. por P. DE BARRÓN ARNICHES), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 33-58.

GALICIA AIZPURUA, G.: "Sección I. Del consentimiento", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil boliviano* (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 26-29.

GARCÍA GARNICA, M. C.: *El ejercicio del derecho de la personalidad del menor emancipado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "La capacidad para contratar de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. por A.M. MORALES MORENO y coord. por E. BLANCO MARTÍNEZ), vol. I, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 333-358.

GARCIA RUBIO, M. 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", *ADC*, 2022, enero-marzo, pp. 279-334.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español", 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), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 21-80.

IMAZ ZUBIAUR, L.: "Nortasun juridikoa", *Zuzenbide Zibila, Sarrera, Eskubide Subjektiboa eta Pertsonaren Zuzenbidea* (dir. por L. IMAZ ZUBIAUR y coord. por J. ATXUTEGI GUTIERREZ), Servicio Editorial UPV/EHU, Leioa, 2023, pp. 211-234.

IMAZ ZUBIAUR, L.: "Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 112, 2018, pp. 165-208.

JÉREZ DELGADO, C.: "Los contratos celebrados por personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2022, s/p.

MORENO CASTRO, Y.: "La reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad: la introducción de la ventaja injusta", en AA.VV.: *La justicia en la sociedad 4.0, nuevos retos para el siglo XXI* (dir. por L. FONTESTAD PORTALÉS y coord. por F. PÉREZ TORTOSA), Colex, A Coruña, 2023, pp. 37-52.

MORO ALMARAZ, M. J.: "La tramitación legislativa de la ley 8/2021", *LA LEY Derecho de familia*, núm. 31, 2021, s/p.

PARRA LUCÁN, M. A.: "Contratación y discapacidad, la reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), vol. 2, tomo 2, Fundación del Notariado, Madrid, 2022, pp. 325-355.

PÉREZ BUENO, L. C.: "Los orígenes de la reforma civil en materia de capacidad jurídica de personas con discapacidad: crónica sumaria de un pasado cercano", en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad, comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), vol. I, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 127-145.

RODRÍGUEZ ELORRIETA, N.: "La capacidad de las personas discapacitadas para concertar un contrato en el ámbito laboral", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2018, pp. 53-76.

VALLS XUFRÉ, J. M.: "El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos", 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. PEREÑA VICENTE y M. M. HERAS HERNÁNDEZ y coord. por M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 85-154.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Reformas en Derecho de obligaciones y contratos", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 503-570.

ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA E SUSSIDIARIETA

UNJUST ENRICHMENT AND SUBSIDIARITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 368-395



Maria
CRISTINA
CERVALE

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Il saggio esamina la disciplina dell'istituto dell'arricchimento senza causa in considerazione del fatto che spostamenti patrimoniali da una sfera giuridica all'altra, disgiunti da una causa giustificatrice degli stessi, in linea di principio si pongono in contrasto con la ragionevolezza, la proporzionalità e il bilanciamento che dovrebbero invece caratterizzare i rapporti giuridici tra soggetti. Vengono, pertanto, analizzati i presupposti dell'azione di arricchimento, così come regolati dal codice civile italiano, nonché i casi di proponibilità della stessa, soffermandosi sul suo carattere sussidiario. In tale ottica, una diversa valutazione della sussidiarietà dell'azione potrebbe consentirne una più interessante considerazione, quale valore giuridico di completamento del sistema volto a bilanciare gli spostamenti patrimoniali leciti ma carenti di un titolo idoneo.

PALABRAS CLAVE: Arricchimento senza causa; sussidiarietà; bilanciamento di interessi.

ABSTRACT: *The essay examines the discipline of the institution of unjust enrichment in consideration of the fact that displacements of assets from one legal sphere to another, disjointed from a cause justifying them, are in principle at odds with the reasonableness, proportionality and balancing that should instead characterize the legal relationships between subjects. Therefore, the prerequisites of the action of enrichment, as regulated by the Italian Civil Code, are analysed, as well as the cases in which it can be brought, focusing on its subsidiary character. From this point of view, a different evaluation of the subsidiarity of the action could allow a more interesting consideration of it, as a legal value of completion of the system aimed at balancing the lawful patrimonial movements but lacking a suitable title.*

KEY WORDS: *Unjust enrichment; subsidiarity; balancing of interests.*

SUMARIO.- I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.- II. I PROFILI GIURIDICI DEL PRINCIPIO ETICO DEL *SUUM CUIQUE TRIBUERE*.- III. I PRESUPPOSTI DELL'AZIONE DI ARRICCHIMENTO. LA MANCANZA DI GIUSTA CAUSA.- IV. L'INGIUSTO ARRICCHIMENTO E IL DEPAUPERAMENTO.- V. LE DIVERSE IPOTESI DI INGIUSTO ARRICCHIMENTO.- VI. LE CONSEGUENZE DELL'AZIONE DI ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA: L'OBLIGAZIONE DI INDENNIZZO IN FAVORE DEL DANNEGGIATO.- VII. IL CARATTERE SUSSIDIARIO DELL'AZIONE.- VIII. IL CONTRIBUTO DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE IN RELAZIONE AL REQUISITO DELLA SUSSIDIARIETÀ.- IX. LA SUSSIDIARIETÀ IN ASTRATTO E IN CONCRETO. UNA SOLUZIONE INTERMEDIA: LA SUSSIDIARIETÀ ASTRATTA TEMPERATA.- X. CONCLUSIONI. IL DIVIETO DELL'INGIUSTO ARRICCHIMENTO COME POSSIBILE VALORE DEL SISTEMA GIURIDICO VIGENTE.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

La complessa varietà degli istituti giuridici disciplinati dal codice civile italiano porta, talvolta e a vicende alterne, ad apprezzarne alcuni più di altri e, quando ciò avviene, questi ultimi sembrano destinati per lungo tempo a rimanere silenti o comunque poco espressi nelle aule di giustizia e nell'applicazione pratica, pur nell'interesse manifestato dalle pagine della dottrina.

Tale potrebbe apparire il destino dell'azione di arricchimento senza causa, regolata dagli artt. 2041 e 2042 c.c. alla fine di un insieme di norme dedicate alle obbligazioni e ai contratti e prima della parte del codice civile disciplinante la responsabilità per fatto illecito¹. Due sole disposizioni: l'una, riguardante l'azione generale di arricchimento senza causa; l'altra, relativa al carattere sussidiario della

¹ Tra le riflessioni dedicate all'istituto dell'arricchimento senza causa, si segnala: RICCOBONO, S.: "La gestione di affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno", *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 369 ss.; GRAZIANI, A., "L'azione di ingiustificato arricchimento", *Riv. dir. civ.*, 1922, I ss.; ROTONDI, M.: "L'azione di arricchimento", *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 374 ss.; CASTIONI, G.B.: "Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto", *Riv. dir. comm.*, 1925, I, p. 340 ss.; ANDREOLI, G.: "L'ingiustificato arricchimento", Giuffrè, Milano, 1940; FACCINO, C.A.: "L'azione generale di arricchimento dopo la riforma del codice civile", *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 433 ss.; TRABUCCHI, A.: "Arricchimento (azione di), Diritto civile", *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 64 ss.; ASTUTI, G.: "Arricchimento (azione di), Premessa storica", *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 52 ss.; SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Utet, Torino, 1959, anche in *Ristampe Scuola perfez. in dir. civ. Univ. Camerino*, Esi, Napoli, 1980; TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962; SCHLESINGER, P.: "Arricchimento (azione di), Diritto civile", *Nov. dig. it.*, Utet, Torino, 1958; BARBIERA, L.: *L'ingiustificato arricchimento*, Jovene, Napoli, 1964; NUTI, G.A.: "L'arricchimento senza causa (cosiddetto ingiustificato)", *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 651 ss.; DI PAOLA, S. e PARDOLESI, R., "Arricchimento, I, Azione di arricchimento nel diritto civile", *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, II; BRECCIA, U.: "L'arricchimento senza causa", in *Tratt. dir. priv., Obbligazioni e contratti*, I, diretto da P. Rescigno, 2ª ed., Utet, Torino, 1999, p. 971 ss.; GALLO, P.: *L'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 1990; Id., "Arricchimento senza causa", *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 677 ss.; Id.: *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Utet, Torino, 2008; SIRENA, P.: "L'azione generale di arricchimento senza causa", in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III, *Obbligazioni, Il rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 2009; MOSCATI, E.: *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 2012; GALLO, P.: *L'arricchimento senza causa, La responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2018. Anche MOSCATI, E., "Indebito (pagamento dell)", *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 83 ss., contribuisce all'inquadramento sistematico dell'istituto in esame. Più in generale, sul sistema delle fonti dell'obbligazione: GIORGIANNI, M., "Appunti sulle fonti dell'obbligazione", *Riv. dir. civ.*,

stessa. Alla particolare collocazione delle citate norme all'interno del sistema codicistico, unitamente all'espresso carattere residuale delle stesse, è corrisposta una non frequentissima applicazione pratica, al contrario di quanto accade per altri istituti concernenti i rapporti giuridici tra privati. Del resto, il codice civile favorisce gli atti di disposizione patrimoniale e il trasferimento della ricchezza sicché un legittimo titolo giuridico di per sé giustifica la circolazione dei beni ed eventuali perdite a danno altrui. Ugualmente emerge, nelle trame della disciplina codicistica, una costante attenzione al giusto equilibrio tra le prestazioni pattuite e una continua ricerca di simmetria tra doveri assunti e diritti soggettivi correlati: esigenze che, per poter essere perseguite, richiedono adattamenti normativi rimediali al fine di ovviare ad ingiustificati squilibri².

La Relazione al codice civile (n. 792) spiega come l'azione generale di arricchimento sia “diretta ad ovviare all'indebita locupletazione nei casi in cui non sia possibile impedirla con l'esperimento di azioni particolari, della stessa o di diversa natura”³. Pertanto, la citata disciplina intende porsi come strumento volto a intervenire in quelle fattispecie obbligatorie nelle quali emerga una sproporzione economica senza adeguata giustificazione – per l'appunto, arricchimento e impoverimento – in relazione alla quale non sussistono azioni specifiche di tutela⁴.

L'incertezza sull'applicazione dell'istituto dell'arricchimento senza causa non ha impedito alla sensibilità giuridica di variare nel tempo e di portare a percepire quello stesso immodificato istituto giuridico con una predisposizione diversa, propensa a rinnovate letture e a più attuali articolazioni del pensiero.

Di conseguenza, lo spunto per una riflessione sull'arricchimento senza causa è costituito dai più recenti arresti giurisprudenziale e, in particolare, dalla decisione resa a sezioni unite dalla Corte di cassazione 5 dicembre 2023, n. 33954⁵, nella

1965, I, p. 70 ss. Nelle note successive si farà riferimento ai contributi riguardanti la giurisprudenza più recente in materia.

- 2 La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 ss. c.c.) o per eccessiva onerosità della prestazione (art. 1467 ss. c.c.), la rescissione (art. 1447 ss. c.c.), l'onerosità o difficoltà dell'esecuzione nel contratto di appalto (art. 1664 c.c.), costituiscono solo alcuni esempi di come il legislatore abbia apprestato strumenti rimediali a fronte di un sopravvenuto sovvertimento del contenuto contrattuale originario.
- 3 Prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile, la dottrina si interrogava sulla sussistenza all'interno dell'ordinamento giuridico di un principio generale di divieto di ingiusto arricchimento, sulla base di un'analitica ricostruzione degli istituti disciplinati e concludeva in senso positivo, formulando: “Chi trovasi arricchito a danno di un altro, è tenuto a restituire ciò di cui ingiustamente si è arricchito”. Così, CASTIONI, G.B.: “Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto”, cit., p. 385.
- 4 Nell'analisi dell'istituto, risalta sì il carattere sussidiario dell'azione ma anche, al tempo stesso, l'idea che la norma abbia voluto creare “un rimedio generico di amplissimo significato e di vasta applicazione; quasi si trattasse dell'affermazione di un principio generale posto a garanzia del sistema che vuole la conservazione delle situazioni patrimoniali dove non esistano particolari ragioni per degli spostamenti”: TRABUCCHI, A.: “Arricchimento (azione di)”, cit., p. 66.
- 5 Cass., Sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, *Foro it.*, I, 2024, p. 120 ss., di cui si parlerà più avanti. In precedenza, la Suprema Corte si era pronunciata con Cass., ordinanza 20 febbraio 2023, n. 5222, *Foro it.*, I, 2023, p. 720 ss., di rimessione della questione alle sezioni unite. Inoltre, Cass., 15 maggio 2023, n. 13203, *Foro it.*, I, 2023, p. 1784 ss.; Cass. Sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, *Foro it.*, I, 2019, p. 989 ss.

cui motivazione l'istituto viene considerato, interpretato e adattato alla fattispecie concreta, ponendo in evidenza le caratteristiche fondamentali attualizzate al contesto odierno.

II. PROFILI GIURIDICI DEL PRINCIPIO ETICO DEL *SUUM CUIQUE TRIBUERE*.

Attraverso la disciplina dell'arricchimento senza causa il codice civile italiano sceglie di dare risalto agli scopi di giustizia e di equità che l'ordinamento giuridico si propone in via generale di soddisfare, in nome altresì di uno spirito di solidarietà che pervade la normativa codicistica anche alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata della stessa.

Pertanto, spostamenti patrimoniali da una sfera giuridica all'altra, disgiunti da una causa giustificatrice degli stessi, in linea di principio si pongono in contrasto con il bilanciamento e l'equilibrio che dovrebbero caratterizzare i rapporti giuridici in quanto un aumento patrimoniale, conseguito ingiustamente, attribuisce ad un soggetto un vantaggio cui corrisponde una perdita a carico dell'altro non supportata da un effettivo interesse del soggetto impoverito⁶.

Sulla base di tali presupposti, per il principio etico *suum cuique tribuere* assunto nella sfera del diritto, l'istituto dell'arricchimento senza causa dovrebbe soccorrere in tutti i casi in cui, tra le parti, si verifichi un aumento patrimoniale dell'una conseguito senza giusto fondamento e corrispondente a una diminuzione patrimoniale sofferta dall'altra⁷.

6 Si veda, ancora, *Relazione al codice civile*, n. 792. Nel sistema del codice civile del 1865 non era previsto un generale rimedio nei confronti dell'arricchimento ingiustificato e tuttavia il ricorso all'azione *de in rem verso* era stato ammesso sia nella teoria sia nella pratica, pur se in presenza di incertezze e contrasti dialettici. Cfr. in proposito, ROTONDI, M.: "L'azione di arricchimento", cit., p. 374 ss. Prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile, un'azione di arricchimento da far valere dopo l'avvenuta prescrizione è stata espressamente prevista in materia cambiaria dai vigenti artt. 67 e 94, r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669: il primo, prevede il perdurare dell'azione di arricchimento dopo il maturarsi della prescrizione dell'azione cambiaria e dell'azione causale; il secondo, però, prevede il termine di prescrizione di un anno della suddetta azione di arricchimento senza causa: cfr. TRABUCCHI, A.: "Arricchimento (azione di)", cit., p. 67. Sull'argomento, CASTELLANO, G.: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, Cedam, Padova, 1970.

7 Al suddetto principio si ricollegano, ad esempio: la ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), la ripetizione contro il contraente incapace (art. 1443 c.c.), la ripetizione del pagato al creditore apparente o incapace (artt. 1189, 1190 c.c.). Per una ricostruzione storica risalente alle *condictiones* del diritto romano: ASTUTI, G.: "Arricchimento (azione di). Premessa storica", cit., p. 52 ss., così come anche TRABUCCHI, A.: "Arricchimento (azione di)", cit., p. 53 ss. Nel diritto romano la giurisprudenza classica individua la *condictio indebiti* in rapporto alla possibilità di configurare un fondamento unitario delle diverse *condictiones sine causa* che nella compilazione giustinianea furono ben classificate e dalla pandettistica furono unitariamente considerate come azioni di arricchimento: per dettagliati approfondimenti sullo sviluppo dell'arricchimento senza causa dalle fonti del diritto romano sino all'insegnamento della pandettistica, ancora: ASTUTI, G.: "Arricchimento (azione di). Premessa storica", cit., p. 52 ss., con numerosi riferimenti alla letteratura giuridica sul tema. Per indicazioni sui precedenti meno remoti della disciplina vigente, si veda BRECCIA, U.: "L'arricchimento senza causa", cit., p. 973 ss., con ricca bibliografia, che spiega come l'esperienza giuridica francese, pur nel silenzio del codice napoleonico, abbia affinato nella pratica il divieto di arricchirsi senza una valida giustificazione giuridica a danno altrui all'interno dello schema che presentava il maggior grado di elasticità: la gestione di affari. In tempi più vicini, la riflessione sul tema dell'ingiustificato arricchimento subì anche l'influenza della sistematica della scienza giuridica tedesca che dalle singole pretese restitutorie del diritto romano portò

I tratti caratterizzanti la fattispecie in esame sono chiari nella formulazione normativa ma divengono complessi e a volte sfuggenti nell'applicazione pratica. Come risulta dal testo dell'art. 2041 c.c., i presupposti per l'operatività dell'istituto sono: l'arricchimento patrimoniale del soggetto contro il quale si agisce; la mancanza di una giusta causa dell'arricchimento; l'impoverimento del soggetto che agisce; il collegamento diretto delle due descritte situazioni; la proporzionalità tra il vantaggio ottenuto e la correlativa diminuzione patrimoniale. Le conseguenze che ne derivano consistono nell'obbligo di indennizzo "nei limiti dell'arricchimento" (art. 2041, primo comma, c.c.). Presupposti e conseguenze, tuttavia, operano all'interno del più generale carattere sussidiario dell'azione in quanto, ai sensi dell'art. 2042 c.c. "l'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito".

La notazione della sussidiarietà appare fondamentale per la comprensione di tale fonte dell'obbligazione e ne caratterizza sia l'analisi teorica sia l'applicazione pratica. Infatti, il legislatore non chiarisce il concetto di "arricchimento ingiustificato"; in quali casi lo stesso possa dirsi sussistente e ancora, quando ricorra l'ulteriore requisito della "sussidiarietà" in relazione ad altra eventuale azione giudiziaria volta a tutelare il danneggiato⁸.

Nel sistema vigente pertanto - e più ancora nell'applicazione della giurisprudenza - l'istituto è usato con molteplici cautele. L'intento è, allora, quello di verificare se sia possibile riconoscere il permanere dell'attualità dell'istituto in esame, alla ricerca al suo interno di un valore che consenta di ricondurre l'ordine giuridico ad un principio di parità sostanziale ed ovviare a quei pregiudizi patrimoniali ingiusti e altrimenti non evitabili, che pure possono verificarsi.

III. I PRESUPPOSTI DELL'AZIONE DI ARRICCHIMENTO. LA MANCANZA DI GIUSTA CAUSA.

Una prima questione riguarda la individuazione degli antecedenti giuridico-fattuali a cui è subordinato l'esercizio dell'azione.

L'antinomia di partenza è data dalla esigenza di regolare gli spostamenti patrimoniali, che avvengono in modo astrattamente legittimo in relazione al sistema normativo nel suo complesso, rispetto alla specifica prospettiva del rapporto tra soggetto arricchito e soggetto depauperato. In altri termini, si assiste

alla elaborazione di un istituto generale, poi codificato nel par. 812 B.G.B. Si rinvia allo scritto da ultimo citato per tutti i riferimenti alla dottrina giuridica e alla giurisprudenza francese.

8 La *Relazione al codice civile* (n. 792), più volte citata, propone "il principio secondo cui essa è proponibile solo in via sussidiaria, nel caso cioè in cui il danneggiato, esercitando altra azione, non possa conseguire l'indennizzo per il pregiudizio subito (art. 2042 c.c.)." La Relazione intende l'arricchimento come un aumento patrimoniale senza giusto fondamento, pur ammettendo la indefinità di tale presupposto.

allo svolgimento di una fattispecie obbligatoria nella quale da un'attribuzione patrimoniale in senso lato, fondata presumibilmente su una causa legittima e in linea di principio incoraggiata dal legislatore, potrebbe però derivare una pretesa di ingiustificato arricchimento in virtù della relazione, da valutare nel caso specifico, tra l'incidenza del depauperamento e l'ammontare dell'arricchimento.

Le caratteristiche peculiari della norma contenute nell'art. 2041 c.c.⁹ sono state espressamente poste in evidenza già dalla Relazione della Commissione reale al progetto preliminare del codice civile del 1936 (pp. 27-28), nella parte in cui si è rilevato che si tratta di “uno di quei precetti ampi ed elastici che è bene siano formulati in un codice, appunto per la loro elasticità, la quale permette di ricondurre sotto di essi nella pratica applicazione della legge una quantità di casi, che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere tutti singolarmente...”¹⁰. Da qui, l'avvertenza di un necessario e costante confronto “tra l'elasticità della regola e l'esigenza di una puntuale determinazione del contenuto e dell'area di applicazione della medesima”¹¹. Anche la Relazione al codice civile (n. 792) ribadisce in proposito che “non è stato e non poteva essere chiarito legislativamente, con una formula generale, il concetto di arricchimento ingiustificato; ma la pratica e la dottrina potrà soccorrevvi, ricercando se il singolo trasferimento di valori trovi a fronte la prestazione di un corrispettivo, o sia legittimato da una precisa disposizione della legge. Sarà ingiusto il trasferimento, se l'indagine suddetta risulterà negativa”.

Come si è avuto modo di rilevare, in primo luogo l'art. 2041 c.c. richiede quale presupposto basilare per l'efficacia dell'istituto in esame che l'arricchimento di una parte a danno dell'altra, impoverita, sia avvenuto senza una giusta causa o meglio senza una giusta causa di legittimazione dello spostamento patrimoniale. Il concetto di giusta causa è affermato in via generale e, nel caso in esame, appare utilizzato con un significato diverso da quello attribuito alla causa negoziale, essendo rivolto a ricercare la sussistenza o meno del fondamento giuridico dell'attribuzione patrimoniale e non, invece, la ragione secondo diritto del fatto che sia stato apportatore delle conseguenze giuridiche da cui è derivato l'ingiustificato vantaggio¹².

9 Può essere utile riportare il testo del più volte citato art. 2041 c.c., a tenore del quale: “Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale”.

10 A parere di BRECCIA, U.: “L'arricchimento senza causa”, cit., p. 983 ss., “la rinuncia all'individuazione a priori di una formula unitaria, per non condurre a sua volta a risultati sterili o a scelte arbitrarie, deve accompagnarsi a un'accentuata assunzione di responsabilità dell'interprete.” (p. 984).

11 BRECCIA, U.: “L'arricchimento senza causa”, cit., p. 984.

12 Cfr. BARCELLONA, P.: “Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. II ss.; SCHLESINGER, P.: “Arricchimento (azione di), Diritto civile”, cit., p. 1007 ss.; SANGIORGI, S.: “Giusta causa”, *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 537 ss. La distinzione tra giustificazione del fatto che ha prodotto l'arricchimento e giustificazione dell'arricchimento prodotto è ben delineata da TRABUCCHI, A.: “Arricchimento (azione di)”, cit., p. 67, secondo il quale “quando invece si ricerca una giustificazione dell'arricchimento, si deve partire dal presupposto che il fatto da cui l'arricchimento stesso deriva abbia una sua causa...”.

Esulano pertanto dalla previsione della disciplina in esame quelle situazioni che, pur producendo reciproci arricchimenti e impoverimenti, sono tuttavia lecite e consentite perché, ad esempio, rispondono alla logica di mercato e pertanto fanno parte del comune modo di intendere lo spostamento della ricchezza oppure perché vi è una norma che le legittima: si pensi, come esempio, alla regola “possesso vale titolo” (art. 1153 c.c.) e alla prevalenza che il legislatore mostra alla circolazione dei beni mobili, pur nel sacrificio del diritto dell'originario proprietario che perde il bene di fronte all'arricchimento dell'acquirente *a non domino*¹³. Diversamente, potrebbero rientrare nella previsione della norma quelle situazioni nelle quali il soggetto beneficia di un arricchimento che gli deriva dagli effetti di una condotta non propria ma dell'impoverito, tenuta da quest'ultimo per un preciso fondamento giuridico, in relazione alla quale vengono sfruttati i riflessi vantaggiosi. E, in tale ultima ipotesi, l'arricchimento senza giusta causa potrebbe ricorrere altresì se l'attività sia stata attuata dall'impoverito anche nel proprio interesse e tuttavia si sia risolta in un incremento per il patrimonio dell'arricchito, in un risparmio di spesa o comunque in una evitata perdita economica¹⁴.

Pertanto, la mancanza di giusta causa, presupposto imprescindibile dell'istituto in esame, appare piuttosto indicativa di un vantaggio acquisito da un soggetto del tutto ingiustificato, sostanzialmente carente di un interesse meritevole collegato a un suo comportamento, eppure verificatosi. Tale delimitazione consente all'interprete di escludere dal campo di indagine tutte quelle fattispecie nelle quali le prestazioni, in forza di una valutazione da parte dell'ordinamento giuridico, sono supportate da una ragione sostanziale tale da escludere qualsiasi pretesa restitutoria, pur in presenza di un impoverimento.

IV. L'INGIUSTO ARRICCHIMENTO E IL DEPAUPERAMENTO.

Proseguendo nella disamina dei presupposti richiesti dalla norma per l'applicabilità dell'istituto in esame, occorre soffermarsi sul concetto di arricchimento e sull'altro, antitetico, di impoverimento, declinati tra loro secondo la logica della consequenzialità, della reciprocità e della proporzionalità, entrambi rilevanti in quanto non rinvenibile altro strumento di tutela all'interno dell'ordinamento giuridico.

¹³ Pertanto, non può invocarsi l'applicazione dell'istituto in esame se l'esercizio di legittime iniziative economiche concorrenziali creano arricchimento da una parte e impoverimento dall'altra: ad esempio, nel caso in cui un imprenditore realizzi attrezzature turistiche da cui derivi un vantaggio patrimoniale per tutti gli operatori della zona interessata, tale arricchimento non dovrà essere restituito perché attinente alle comuni regole del mercato. Per un'analisi specifica delle principali fattispecie da cui può derivare un arricchimento ingiustificato: BRECCIA, U.: “L'arricchimento senza causa”, cit., p. 990 ss. Più in generale, sulle modalità operative della regola “possesso vale titolo”, si consenta il rinvio a CERVALE, M.C.: “La regola “possesso vale titolo””, *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1029 ss., con ulteriori riferimenti storici e bibliografici.

¹⁴ Parte della dottrina include nella mancanza di giusta causa, e ritiene pertanto esperibile il rimedio dell'azione di arricchimento, anche l'ipotesi in cui all'impoverito è negata ogni altra possibilità data la complessità della vicenda che ha creato lo spostamento patrimoniale: TRABUCCHI, A.: “L'arricchimento (azione di)”, cit., p. 68.

Come già evidenziato, l'arricchimento può consistere tanto in un incremento di valore quanto in un risparmio di spesa o in una mancata perdita, che consenta all'arricchito di mantenere integra la consistenza del suo patrimonio o di aumentarne l'ammontare, lucrando sull'operato dell'impoverito. La considerazione è essenzialmente di tipo patrimoniale perché eventuali effetti vantaggiosi nella sfera morale risulterebbero di difficile valutazione e appaiono inoltre soggettivamente variabili; oltre alla constatazione che comunque un vantaggio di natura morale richiederebbe sempre una quantificazione patrimoniale per la sua tutela in termini di indennità¹⁵. Si pensi, a titolo di esempio di ingiusto arricchimento, all'acquisto di un nuovo diritto; ad un'attività svolta a vantaggio della proprietà, alla cura di affari, al compimento di prestazioni di servizi; al sostenimento di spese utili anche al soggetto che non compie alcun esborso e che quindi, in questo caso, può considerarsi ingiustamente avvantaggiato¹⁶.

Certamente, non appare possibile stabilire *a priori* le ipotesi applicative delle norme contenute negli artt. 2041 e 2042 c.c.; tuttavia, tale considerazione non incide sulla valenza di un istituto che nella potenzialità applicativa potrà riguardare un maggior numero di casi. Si tratterà piuttosto di svolgere un controllo casistico sugli spostamenti di ricchezza o dei vantaggi che appaiono non espressamente giustificati ma neanche espressamente vietati e verificare se essi siano ammissibili all'interno del diritto vigente secondo i criteri del fondamento, della legittimità e della proporzionalità. La sensibilità giuridica del giudice appare dirimente e ciò rende ancor più significativo l'intervento in merito da parte delle sezioni unite della Suprema Corte, di cui si parlerà nei paragrafi successivi¹⁷.

Si può in linea generale aggiungere che l'istituto in esame è applicabile quando l'attività dell'impoverito, tenuta in conformità ai principi di correttezza e buona fede, non appaia sorretta da una causa giustificativa espressa o indirettamente riconosciuta dall'ordinamento giuridico; pertanto, l'arricchimento dell'altro

15 Si dubita se l'arricchimento morale possa rientrare nella previsione della disciplina del codice civile. Per quanto sia stato ritenuto che anche un vantaggio morale possa essere rilevante a tali fini (cfr. LEONE, F.: *L'azione di arricchimento in diritto moderno*, Giuffrè, Milano, 1915, p. 184 ss.), l'opinione prevalente è nel senso di limitare un istituto di per sé già tanto complesso soltanto ad ipotesi di valutazione patrimoniale (cfr. DI PAOLA, S. e PARDOLESI, R.: "Arricchimento", cit., p. 4 ss.) consistenti in un vantaggio economico conseguito per mezzo di una situazione giuridica favorevole (si veda, altresì, TRABUCCHI, A.: "L'arricchimento (azione di)", cit., p. 70).

16 Per la nozione di risparmio di spesa o anche di arricchimento patrimoniale indiretto: FRATTAROLO, V.: *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1974, p. 17 ss.

17 Ad esempio, secondo Cass., 15 maggio 2023, n. 13203, cit., la sentenza che abbia dichiarato l'inesistenza del contratto, se in negativo esclude che l'avente diritto possa nuovamente esercitare l'azione contrattuale, in positivo accerta la sussistenza del presupposto della sussidiarietà (cioè dell'indisponibilità di un rimedio alternativo a quello contrattuale), che deve ricorrere per l'eseribilità dell'azione di ingiustificato arricchimento: l'inesistenza del contratto consente la proponibilità dell'azione ex art. 2041 c.c. per tutelare il diritto all'indennizzo per il pregiudizio subito. E ancora, Cass., Sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, cit., ritiene ammissibile la domanda di arricchimento formulata, in via subordinata, in un processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta.

soggetto, comunque coinvolto nella vicenda relazionale, impone ragionevolmente una restituzione riparatoria mediante la previsione di un obbligo di indennizzo, sempre nel rispetto di un sostanziale rapporto di equilibrio nel valore economico delle prestazioni. L'arricchimento senza causa, dunque, costituisce espressione dell'atipicità delle fonti dell'obbligazione e della possibilità di evincere da tale profilo uno strumento di tutela tutela

Il fondamento della tutela appare, dunque, focalizzarsi più sull'impoverimento che sull'arricchimento ingiustificato in quanto il vantaggio rimane comunque un beneficio positivo per chi lo riceve mentre il depauperamento avviene a danno altrui¹⁸.

Rappresentata nei tratti disciplinari essenziali l'azione di arricchimento senza causa, occorre valutare le sue ulteriori possibili caratteristiche in relazione all'obbligo di indennizzo e, soprattutto, al carattere sussidiario – e quindi residuale – dell'azione medesima.

V. LE DIVERSE IPOTESI DI INGIUSTO ARRICCHIMENTO.

Ai fini della valutazione della sussistenza dell'arricchimento, l'attribuzione economica favorevole all'arricchito deve essersi realmente verificata senza giustificazione causale del movimento di beni o di utilità dall'una all'altra sfera giuridica e non rileva, invece, una mera prospettiva, futura ed eventuale, di un ipotetico vantaggio. Lo spostamento della ricchezza può consistere in un trasferimento patrimoniale materiale o invece in altre utilità o benefici effettivamente procurati alla sfera giuridica del soggetto contro cui si agisce, per effetto dell'attività dell'impoverito.

Da questo punto di vista, può essere possibile distinguere tra arricchimento patrimoniale e arricchimento reale, anche in considerazione della previsione del secondo comma dell'art. 2041 c.c.¹⁹, secondo la quale: "Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda". La realtà può riferirsi alla *res* che costituisce il mezzo attraverso il quale il vantaggio è conseguito ingiustamente nonché alla tutela che in tale ipotesi viene riconosciuta mediante la restituzione della cosa purché esistente al tempo della domanda. La ricezione di una cosa determinata all'interno del patrimonio dell'arricchito può essere valutata come una

¹⁸ La preoccupazione di giustizia, che corrisponde al dovere morale di non riconoscere definitività ad un arricchimento senza giustificazione a danno altrui, viene limitata sempre dalla sussistenza di una qualsivoglia giustificazione del trapasso di ricchezza: così, TRABUCCHI, A.: "L'arricchimento (azione di)", cit., p. 69.

¹⁹ Si veda, su tale aspetto, BARBIERA, L.: *L'ingiustificato arricchimento*, cit., p. 286 ss.; TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 116 ss.; DI PAOLA, S. e PARDOLESI, R., "Arricchimento, cit., p. 4 ss.

attribuzione determinatasi a danno di un altro soggetto, pertanto da indennizzare al ricorrere di tutte le altre condizioni previste dalle norme in esame²⁰.

Inoltre, il credito del soggetto impoverito sorge dal momento in cui si verifica lo spostamento patrimoniale ingiustificato e, inoltre, dalla data dell'arricchimento comincia a decorrere l'ordinaria prescrizione decennale. Deve poi sussistere, tra la diminuzione patrimoniale subita dal soggetto e il corrispondente arricchimento, un rapporto di derivazione causale diretta poiché il rimedio in esame non viene riconosciuto nel caso di arricchimento mediato, quando cioè l'arricchito possa invocare un titolo di acquisto nei confronti dell'altro soggetto²¹.

In generale, l'arricchimento deve perdurare fino al tempo della domanda e ciò può rappresentare un'ulteriore difficoltà nell'applicazione dell'istituto. Effettività e momento temporale dell'arricchimento costituiscono ulteriori elementi caratterizzanti ai fini di una corretta applicazione della norma.

Diversamente, l'incremento del patrimonio altrui senza che ad esso corrisponda un impoverimento non giustifica l'esercizio dell'azione per la mancanza di uno dei presupposti che legittimano il ricorso a tale rimedio. L'impoverimento consentirà il ricorso alla disciplina dell'art. 2041 c.c. quando non sia esperibile un altro strumento giuridico di tutela. L'osservazione appare rilevante in quanto nella fattispecie in esame non vi è l'esigenza di riparare esattamente il danno subito quanto piuttosto emerge la necessità di rimediare allo squilibrio che si è costituito tra i soggetti senza una adeguata giustificazione. In tale ottica, la diminuzione patrimoniale non comprende il mancato guadagno²².

VI. LE CONSEGUENZE DELL'AZIONE DI ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA: L'OBLIGAZIONE DI INDENNIZZO IN FAVORE DEL DANNEGGIATO.

Individuate da un punto di vista sistematico le questioni che l'arricchimento senza causa pone all'interprete, appare ora utile vagliare le conseguenze che possono derivare dalla sussistenza di un ingiustificato arricchimento. Ragioni di equilibrio e

20 Nel senso che l'arricchimento debba sussistere al tempo della domanda, cfr. TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 72 ss. L'azione è esclusa se l'incremento patrimoniale è soltanto eventuale o futuro e non effettivo: Cass., 2 marzo 1976, n. 2133, *Giur. it.*, 1976, I, I, c. 1867. Tuttavia, anche nell'ipotesi in cui l'oggetto dell'arricchimento venga restituito potrebbe essere dovuta un'indennità se, malgrado la restituzione, residua ancora un arricchimento con correlativa diminuzione patrimoniale: Cass., 30 maggio 2000, n. 7194, *www.dejure.it*. La restituzione della cosa, prevista dall'art. 2041 c.c., differisce dalla reintegrazione in forma specifica in quanto ha per oggetto proprio il bene che è passato nel patrimonio dell'arricchito e non anche un bene della medesima specie. Peraltro, la dottrina rileva come da una concezione originaria dell'arricchimento reale, riferito alla cosa, si vada sostituendo un arricchimento patrimoniale, basato sul risultato economico effettivo dell'operazione: cfr. BRECCIA, U.: "L'arricchimento senza causa", cit., p. 1001.

21 Ad esempio, se il conduttore ha fatto eseguire da un'impresa lavori di ristrutturazione dell'immobile locato e non paga il corrispettivo, il titolare dell'impresa non può rivolgersi al locatore proprietario che di fatto beneficia della prestazione eseguita: cfr., RESCIGNO, P.: *Manuale di diritto privato*, Ipsoa Editore, 2000, p. 603.

22 ALBANESE, A.: "L'impoverimento dell'arricchimento senza causa", *Foro it.*, 2024, I, c. 163 ss.

di proporzionalità tra le relazioni giuridiche intersoggettive evidenziano l'esigenza generale di provvedere a ricondurre nei parametri precostituiti della correttezza, della meritevolezza e della parità sostanziale, il rapporto che intercorre tra i soggetti – arricchito e impoverito – e quindi a prevedere un obbligo di indennizzo, del primo nei confronti del secondo, correlato alla diminuzione patrimoniale subita.

Aldilà delle ipotesi, piuttosto rare, di possibile restituzione in natura di una cosa determinata, purché la res sussista al tempo della domanda, l'indennizzo appare soprattutto monetario, corrispondente cioè al pagamento di una somma di denaro, eventualmente maggiorata degli interessi legali e della rivalutazione monetaria²³. Trattandosi di un'obbligazione pecuniaria, sin dagli anni Settanta del secolo scorso la giurisprudenza italiana di legittimità ha ritenuto che il debito di chi si arricchisce senza causa costituisce un'obbligazione di valore e non di valuta "poiché ha per contenuto la rifusione del valore venuto meno nel patrimonio dell'impoverito, per cui, nel ristabilire l'equivalenza dovuta o la relativa diminuzione patrimoniale, debesi tener conto della minore capacità di acquisto della moneta"²⁴. E su tale affermazione si può ragionevolmente convenire ancora oggi.

L'obbligazione che nasce non ha per oggetto una predeterminata somma di denaro e neanche può corrispondere all'effettivo valore del bene che ha portato l'incremento: tale obbligazione, come già rilevato, dovrà rimediare allo squilibrio determinatosi tra arricchito e impoverito e nascerà solo quando non siano regolati, nell'ordinamento giuridico, altri specifici strumenti di tutela. Pertanto, l'azione di arricchimento senza causa può rappresentare una opportunità di tutela autonoma ma non può sostituire un diverso rimedio specificamente disciplinato da specifiche norme giuridiche ma non più esperibile. In tal senso, consentire di agire contro l'arricchito in caso, ad esempio, di prescrizione dell'azione principale, potrebbe costituire una soluzione non più fondata su ragioni di giustizia sostanziale.

L'indennizzo deve essere commisurato al danno che, senza giusta causa, l'impoverito ha subito e il riferimento espresso al concetto di danno sottolinea l'aggravio patrimoniale ed economico verificatosi nella sfera patrimoniale

23 Il concetto di indennizzo ricorre frequentemente all'interno delle disposizioni del codice civile con una funzione che muta in relazione alla varietà delle fattispecie considerate. Nell'arricchimento senza causa l'indennità corrisponde al pregiudizio subito da un soggetto in relazione ad un suo interesse. In altri casi, invece, l'indennità si ricollega a provvedimenti amministrativi che incidono sulla sfera patrimoniale del soggetto, come l'espropriazione (art. 834 c.c.), oppure riguardano la disciplina del rapporto di lavoro (artt. 2118-2122 c.c.). L'indennità può comunque essere intesa come una somma di denaro, dovuta a titolo di corrispettivo, proporzionale alla prestazione effettuata o al sacrificio subito. Per ulteriori approfondimenti, CICCARELLO, S.: "Indennità (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 99 ss. Si veda altresì, TORREGROSSA, G.: *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 152 ss.

24 Cfr. Cass., 20 ottobre 1973, n. 2794, *Foro it.*, Rep. 1973, voce *Arricchimento senza causa*, n. 4, p. 175; Cass., 26 novembre 1986, n. 6981, *www.dejure.it*; Cass. 16 novembre 1993, n. 11296 e Cass., 6 febbraio 1998, n. 1287, *www.dejure.it*. In dottrina, sin dagli anni ottanta del novecento, D'OVIDIO, P.: "In tema di sussidiarietà dell'azione e di natura degli interessi nell'arricchimento senza causa", nota a Cass., 25 novembre 1986, n. 6981, *Foro. pad.*, 1989, I, p. 295 ss. Si veda inoltre, per ulteriori precisazioni, DI PAOLA, S. e PARDOLESI, R.: "Arricchimento", cit., p. 7 ss.

dell'impoverito che, in proposito, viene anche denominato come danneggiato dalla previsione dell'art. 2042 c.c.²⁵. Nell'ambito delle norme dedicate agli indebiti in generale, la sottolineatura linguistica può assumere un particolare significato in quanto soltanto la disciplina dell'arricchimento senza causa fa riferimento al concetto di danno e alla categoria del danneggiato, a voler sottolineare, da un lato la patrimonialità dell'indennizzo, dall'altro la volontà di rimediare ad una situazione non soltanto indebita ma anche chiaramente lesiva della sfera giuridica soggettiva altrui.

Alla disciplina dell'arricchimento senza causa segue, subito dopo, quella della responsabilità per fatto illecito; tuttavia, la differenza tra l'ipotesi di danno indennizzabile ai sensi dell'art. 2041 c.c. e quella invece risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. può rilevarsi dalla possibilità che l'impoverito si veda riconosciuta la pretesa al pagamento di una indennità e anche l'eventuale risarcimento degli ulteriori danni²⁶. E ancora, nella previsione della prima norma non compare il requisito della colpa²⁷, che invece caratterizza la disciplina dell'art. 2043 c.c. così come, del pari, quest'ultima disposizione mira a determinare le conseguenze dirette che derivano dalla propria condotta illecita mentre l'azione di arricchimento senza causa diviene esperibile a seguito di un ingiusto depauperamento generato da situazioni giuridiche, naturali o umane, normalmente lecite e pertanto ammesse dall'ordinamento giuridico. Inoltre, la presenza, in entrambe le fattispecie, di un danno e di un danneggiato non confondono la circostanza che l'art. 2043 c.c. riguarda condotte turbative del principio generale del *neminem laedere* mentre l'art. 2041 c.c. regola situazioni obbligatorie specifiche tra soggetti già in contatto tra loro, situazioni che derivano dall'applicazione delle regole del sistema giuridico ma che, tuttavia, deviano dal fisiologico svolgimento delle relazioni e creano disomogenei effetti patrimoniali²⁸. E' anche diverso il termine di prescrizione

25 BRECCIA, U.: *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 1005, sottolinea come la parola danno venga utilizzata con un'accezione del tutto generica che non consente di creare confusione con la corrispondente nozione applicata all'interno della disciplina della responsabilità civile (art. 2043 c.c.). Per un'analisi generale sul concetto di danno e sulle sue possibili configurazioni: DE CUPIS, A.: "Danno (dir. vig.)", *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 622 ss.

26 Si rinvia a TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 46.; TRABUCCHI, A.: "Arricchimento (azione di)", cit., p. 66. Sul rapporto tra arricchimento e risarcimento: TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 51 ss.; ID., "L'arricchimento derivante da atto illecito", in *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, II, p. 1157 ss.; SIRENA, P.: "La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno", *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 67 ss.; DI PAOLA, S. e PARDOLESI, R.: "Sulle pene semperne dell'ingiustificato arricchimento: sussidiarietà in cerca d'autore", *Foro it.*, 2024, I, c. 153; ALBANESE, A.: "L'impoverimento dell'arricchimento senza causa", *ibidem*, c. 167 ss.; FABBRIZZI, G.: "Brevi note su arricchimento, risarcimento, sussidiarietà e tutela giurisdizionale", *ibidem*, 2024, I, c. 142 ss.; ID.: "Risarcimento, ingiustificato arricchimento e sussidiarietà", *Giur. it.*, 2020, p. 1891 ss.; MACARIO, F.: "L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità", *Foro it.*, 2024, I, c. 172 ss. Si veda altresì, SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

27 Circa la distinzione tra illecito e arricchimento basata sull'elemento soggettivo: NICOLUSSI, A.: *La lesione del potere di disposizione e l'arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 11 ss.; CASTRONOVO, C.: "Le frontiere mobili della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 610.

28 Per una disamina del rapporto tra indennità, risarcimento e danno, cfr. CICCARELLO, S.: "Indennità (dir. priv.)", cit., p. 103.

dell'azione, fissato in cinque anni per il risarcimento del danno da fatto illecito e in dieci anni per la richiesta dell'indennità.

La quantificazione dell'indennizzo, di natura patrimoniale, fa riferimento ai riflessi economici negativi subiti dall'impoverito in maniera effettiva e concreta²⁹. Non si tratta di un risarcimento in senso tecnico in quanto la misura si basa su un fondamento di equità³⁰. Non sembra concordare con la *ratio* dell'istituto la possibilità che l'indennizzo comprenda, oltre alla perdita subita, anche il mancato guadagno sia perché ciò amplierebbe l'applicazione del rimedio oltre i confini della sussidiarietà ipotizzati dal legislatore sia perché sarebbe particolarmente oneroso provare la proiezione futura di ciò che sarebbe potuto essere³¹. Appare preferibile, anche per evitare una generalizzazione troppo teorica e dunque poco efficace nell'applicazione dell'istituto, contenere la quantificazione dell'indennizzo al valore economico, oggettivamente valutato, dell'impegno concretamente profuso a vantaggio di altri, in mancanza di una giusta causa e tale da causare i due opposti fenomeni, sin qui considerati, dell'arricchimento e del depauperamento³².

L'indennizzo, inoltre, deve essere correlato alla diminuzione patrimoniale subita nel senso che tra il vantaggio e lo svantaggio economico deve sussistere una relazione di proporzionalità, anche per evitare che, in ipotesi, l'impoverito riceva più di quello che abbia effettivamente sopportato. Se così fosse, l'istituto non assolverebbe più ad una funzione di giustizia riparatrice ma, a sua volta, creerebbe disparità tra l'indennizzato e colui che è tenuto al pagamento dell'indennità, determinando paradossalmente un vantaggio patrimoniale ingiustificato a parti inverse.

29 Sul danno dell'impoverito e sulla relazione tra azione di arricchimento e pretesa risarcitoria: GALLO, P.: *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 381.

30 Mentre il risarcimento del danno costituisce un titolo nuovo di riparazione, l'indennizzo costituisce una restituzione per equivalente, una reintegrazione quanto meno parziale della situazione antecedente. Si veda, sul punto TRABUCCHI, A.: "L'arricchimento (azione di)", cit., p. 74.

31 L'orientamento giurisprudenziale in merito alla inclusione del mancato guadagno nella nozione di diminuzione patrimoniale indennizzabile appare diviso. Da un lato, si pongono decisioni che, interpretando estensivamente la nozione di "diminuzione patrimoniale", vi ricomprendono non solo l'effettiva perdita subita dall'impoverito ma anche quanto costui non avrebbe percepito come guadagno per l'attività professionale svolta (Cass., 29 maggio 1986, n. 3647; Cass., 12 aprile 1995, n. 4192, www.dejure.it). Dall'altro, si rinvencono sentenze che sostengono la non indennizzabilità del lucro cessante, evidenziando le differenze tra la tutela sussidiaria e residuale offerta dall'art. 2041 c.c. e quella invece disciplinata dall'art. 2043 c.c.: cfr. Cass. 3 luglio 2003, n. 11454, www.dejure.it, secondo la quale non è l'intero pregiudizio che può essere risarcito, ma solo quello corrispondente ad un profitto o vantaggio dell'arricchito. Di recente, anche Cass., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, *Foro it.*, 2023, I, c. 130, è conforme a tale secondo orientamento.

32 Cass., sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385, www.dejure.it, che esclude dal calcolo dell'indennità richiesta per la diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore di una prestazione in virtù di un contratto invalido, quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido e produttivo di effetti giuridici. Ciò in quanto la funzione residuale e sussidiaria della tutela prevista dall'art. 2041 c.c. volge a garantire la conservazione della posizione patrimoniale o la restituzione del beneficio e/o profitto conseguiti dall'arricchito ma non anche i benefici e le aspettative connessi ad una previsione futura e probabilistica dell'ipotetico mancato guadagno.

Pertanto, altro profilo qualificante la fattispecie in esame è quello della proporzionalità tra le due vicende patrimoniali, dell'arricchimento e del depauperamento: tale ulteriore requisito esprime la coerenza funzionale di un istituto volto a preservare le ragioni di parità sostanziale che lo rendono peculiare³³. Il valore fondante dell'azione, pertanto, non è dato da una precisa situazione giuridica prevista dall'ordinamento – quale può essere l'inadempimento contrattuale, il fatto illecito, la *negotiorum gestio*, l'acquisto *a non domino* – bensì è costituito dalla necessità di reagire ad uno squilibrio tra posizioni giuridiche soggettive che si è manifestato ingiustamente.

VII. IL CARATTERE SUSSIDIARIO DELL'AZIONE.

Il profilo più delicato riguarda la cosiddetta sussidiarietà nel senso che "l'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito" (art. 2042 c.c.).

La regola della sussidiarietà è stata interpretata in dottrina in modo differente, secondo diverse prospettazioni: da un lato, ci si è mostrati inclini ad ammettere l'esperibilità dell'azione in caso di perdita di ogni altro rimedio per qualsiasi causa giuridica, si pensi alla maturazione della prescrizione o della decadenza, o per possibili ragioni di fatto, si pensi alla infruttuosa esecuzione³⁴; dall'altro, con fondamenti più severi, si è propensi ad escludere l'esercizio dell'azione ove sia esistito un altro strumento di tutela previsto dall'ordinamento³⁵. L'adozione del criterio della sussidiarietà è stata spiegata ritenendo che la titolarità di un'azione specifica, contrattuale o extracontrattuale, dell'impoverito nei confronti dell'arricchito, escluderebbe una situazione di definitivo impoverimento del danneggiato, difettando in tal modo il presupposto applicativo per la tutela del pregiudizio sofferto. Una terza possibilità ricostruttiva, poi, consente l'azione di arricchimento senza causa nel caso di infruttuoso esito della tutela principale; esclude tale possibilità, invece, nel caso di perdita della stessa per altre cause rilevanti in punto di diritto, si pensi sempre alla maturazione della prescrizione o della decadenza³⁶. La formante giurisprudenziale, invece, individua i limiti della

33 Sulla correlazione tra arricchimento e impoverimento, in generale SCHLESINGER, P.: "Arricchimento (azione di), Diritto civile", cit., p. 1008 ss.; TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 79 ss.; BARBIERA, L.: *L'ingiustificato arricchimento*, cit., p. 7 ss. Si veda anche MOSCATI, E.: "Un'occasione perduta: la codificazione di una clausola generale di arricchimento (primo bilancio e prospettive)", *Quadr.*, 1989, p. 443 ss.

34 BARBIERA, L.: *L'ingiustificato arricchimento*, cit., p. 191 ss.

35 FENGHI, F.: "Sulla sussidiarietà dell'azione e di natura degli interessi nell'arricchimento senza causa", *Riv. dir. comm.*, 1962, II, p. 121; SCHLESINGER, P.: "Arricchimento (azione di), Diritto civile", cit., p. 1008.

36 Cfr. BRECCIA, U.: "L'arricchimento senza causa", cit., p. 1011 ss., secondo il quale il profilo della sussidiarietà va analizzato con riferimento al soggetto nei confronti del quale viene esperita l'azione, distinguendo a seconda che la stessa possa esercitarsi nei confronti dell'arricchito o invece nei confronti di un terzo intermediario e ritenendo, pertanto, che "si ha «sussidiarietà», in senso proprio, quando l'azione di arricchimento è subordinata al previo esercizio di un'altra pretesa d'indennizzo nei confronti di un diverso soggetto. In tal caso, l'azione di arricchimento non integra la tutela dell'impoverito in tutte le ipotesi di

sussidiarietà nel senso di evitare che l'azione di arricchimento senza causa divenga uno strumento per eludere o aggirare i limiti esistenti nei confronti dell'azione tipica³⁷ o invece precisando che il suddetto limite serve ad evitare duplicazioni risarcitorie in favore di chi ha già ottenuto risarcimento o ragione con l'azione principale e poi agisca di nuovo lucrando ancora, ed ingiustamente, una seconda volta³⁸.

Pertanto, il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento senza giusta causa viene inteso come preclusione tutte le volte in cui un'altra azione a tutela del soggetto che subisce il depauperamento già esiste e non sia stata invocata, oppure lo sia stata con esito infausto o ancora sia divenuta improponibile per altra ragione.

Tuttavia, l'aver previsto un rimedio generale di tutela strutturato sul bilanciamento tra arricchimento e impoverimento, pare esprimere l'esigenza di perseguire una corrispondenza, in termini di proporzionalità e reciprocità, tra vantaggi e svantaggi patrimoniali, tanto che, qualora ciò non si sia verificato, il rimedio in esame potrebbe divenire uno equo strumento di riparazione³⁹.

VIII. IL CONTRIBUTO DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE IN RELAZIONE AL REQUISITO DELLA SUSSIDIARIETÀ.

Ad una migliore comprensione dell'azione generale di arricchimento contribuisce anche l'esame della giurisprudenza più recente che manifesta un rinnovato interesse in relazione all'istituto in esame, proponendone un'applicazione il più possibile aderente alla sua naturale funzione. L'orientamento delle corti può, pertanto, contribuire a definire meglio l'ambito di esperibilità e soprattutto i presupposti della sussidiarietà per l'esercizio dell'azione.

Va preliminarmente rilevato come, per opinione diffusa sia nell'elaborazione dottrinale sia soprattutto nell'applicazione pratica, il carattere sussidiario dell'azione non preclude la possibilità di introdurla nel processo civile come domanda subordinata, chiedendo una decisione sulla stessa, da parte del giudice

perdita del rimedio principale (e quindi non può essere esperita dopo la prescrizione del medesimo), ma soltanto nel caso in cui tale perdita sia la conseguenza della preventiva e infruttuosa escussione del primo obbligato." (p. 1013) .

37 Cass., 22 marzo 2012, n. 4620, www.dejure.it.

38 Cass., 17 gennaio 2020, n. 843, www.dejure.it.

39 In argomento, oltre ai contributi citati in precedenza, ALBANESE, A.: *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 2005, p. 332 ss.; SIRENA, P.: "La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 379; MOLLO, A.: "Il carattere della sussidiarietà «in astratto» dell'azione di ingiustificato arricchimento", *Studium iuris*, 2016, p. 902 ss.; GALLO, P.: "L'azione di arricchimento può ancora considerarsi sussidiaria?", *Accademia*, 2023, p. 949.

adito, nel caso in cui venga negata la sussistenza di altra azione fondata su un titolo specifico e proposta in via principale⁴⁰.

L'impostazione della questione, piuttosto severa nell'interpretazione e circoscritta nell'applicazione pratica, trova conferma nell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene il principio di residualità una soluzione atta ad evitare che chi ha perso l'azione principale, e dunque non abbia ottenuto risarcimento, possa aggirare questo esito ricorrendo all'azione di ingiustificato arricchimento⁴¹. In tal senso, secondo il Supremo Collegio la condizione preclusiva dell'esercizio dell'azione si verifica quando la parte può esercitare, contro l'arricchito o contro altre persone, un'azione tipica che trovi titolo in un contratto o nella legge, mentre non opera a fronte della possibilità di un'iniziativa processuale ipoteticamente azionabile in forza di clausole generali dell'ordinamento⁴².

La giurisprudenza di legittimità ritorna, poi, sull'analisi della sussidiarietà dell'istituto riconoscendo che "la sentenza che abbia dichiarato l'inesistenza del contratto se in negativo esclude che l'avente diritto possa nuovamente esercitare l'azione contrattuale, in positivo accerta la sussistenza del presupposto della sussidiarietà (cioè dell'indisponibilità di un rimedio alternativo a quello contrattuale), che deve ricorrere per l'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento: in tal

40 Anzi, si tratta di una scelta difensiva piuttosto diffusa. Cfr., Cass., Sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, *Foro it.*, 2019, I, c. 989 ss.; Cass., Sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2865, *www.dejure.it*. La giurisprudenza ha inoltre precisato che la domanda di ingiusto arricchimento deve essere proposta in modo specifico e non può essere rilevata dal giudice né essere sostituita da altra domanda proposta in base ad un titolo diverso (Cass., 17 novembre 2003, n. 17375, *www.dejure.it*).

41 Cass., ordinanza 20 febbraio 2023, n. 5222, *Foro it.*, 2023, I, c. 719 ss. di rimessione al primo presidente della Corte, per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, della questione relativa alla interpretazione della regola della sussidiarietà prescritta dall'art. 2042 c.c., con particolare riguardo alla correttezza dell'orientamento giurisprudenziale che individua tale presupposto dell'azione ex art. 2041 c.c. nella mancanza di un'azione tipica – intesa come assenza di un'azione derivante da un contratto o prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata – e che, di conseguenza, ritiene ammissibile la domanda di ingiustificato arricchimento anche quando l'azione teoricamente spettante all'impoverito è prevista da clausole generali. Nella motivazione del provvedimento, cui si rinvia, viene svolta una accurata ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sull'argomento. Parte della giurisprudenza di legittimità valuta la residualità rispetto alle azioni principali regolare, a prescindere dal fatto che il soggetto legittimato ne abbia fatto effettivamente ricorso o la stessa sia divenuta improponibile per ragioni di rito, di merito o per il verificarsi di prescrizione o decadenza: cfr., *ex multis*, Cass., Sez. un., 28042/2008, *Foro it.*, 2010, I, c. 233 ss. Tuttavia, secondo il citato orientamento, ribadito anche da Cass., 4620/2012, *Foro it.*, Rep., 2012, voce *Arricchimento senza causa*, n. 12, se l'azione di arricchimento fosse fondata su una clausola generale, occorrerebbe prima verificare il merito al fine di stabilire se sussiste un'altra azione preclusiva a disposizione dell'interessato.

42 Conformi al suddetto orientamento, tra le tante si pongono, più di recente, Cass., 17 gennaio 2020, n. 843, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Arricchimento senza causa*, n. 14, anche in *Giur. it.*, 2020, p. 1891, con nota di FABBRIZZI, G.: "Risarcimento, ingiustificato arricchimento e sussidiarietà"; Cass., 9 maggio 2018, n. 11038, *Foro it.*, Rep. 2018, voce cit., n. 13; Cass., 22 novembre 2017, n. 27827, *Foro it.*, Rep. 2017, voce cit., n. 12.; Cass., 22 marzo 2012, n. 4620, *Foro it.*, Rep. 2012, voce cit., n. 12. Secondo il citato orientamento, il divieto di esperire l'azione di arricchimento, in presenza di un'azione tipica è volto ad evitare duplicazioni risarcitorie nel senso di impedire a chi abbia già ottenuto il risarcimento con l'azione principale di agire nuovamente con l'azione di arricchimento, lucrando ingiustamente una seconda volta. Tuttavia, in proposito può rilevarsi come la *ratio* della norma non sembra essere quella di offrire una duplicazione di tutela: ciò determinerebbe l'inutilità del rimedio. Esigenze di giustizia, invece, portano a ritenere che il fine della norma sia piuttosto quello di offrire uno strumento di tutela nei casi in cui ad una ingiustizia sostanziale e concreta non corrisponda uno specifico rimedio riparatorio.

caso, l'azione ex art. 2041 c.c. è proponibile proprio in quanto il danneggiato, non esistendo il contratto, ha a disposizione soltanto detta azione per far valere il suo diritto all'indennizzo per il pregiudizio subito⁴³.

Le questioni esaminate dai giudici nei due diversi orientamenti evidenziati trattano entrambe il concetto di sussidiarietà, basato però su presupposti differenti: nel primo caso, la questione in esame riguarda l'esperibilità o meno dell'azione di ingiustificato arricchimento anche quando l'avente diritto ha a sua disposizione un'azione basata su una clausola generale (quale, nello specifico, quella della buona fede); nel secondo caso, l'esperibilità della suddetta azione appare controversa perché, precedentemente, è stata proposta una domanda fondata su un titolo contrattuale, respinta nel merito per assenza del contratto posto a fondamento della domanda stessa.

In entrambe le vicende processuali, però, la Corte è chiamata ad argomentare sul concetto di sussidiarietà, in astratto e in concreto, attraverso la puntualizzazione che la *ratio* della natura sussidiaria dell'azione in esame si incardina su tre principi: evitare il cumulo delle azioni esperibili e, dunque, una duplicazione di tutela; evitare che l'avente diritto possa sottrarsi alle conseguenze del rigetto della diversa azione contrattuale che l'ordinamento gli concede a tutela del diritto; evitare che colui che ha fondato il suo diritto su un contratto, che è risultato nullo, possa comunque coltivare la sua pretesa attraverso altro titolo⁴⁴.

Pertanto, da un punto di vista applicativo dell'azione disciplinata dall'art. 2041 c.c., la Corte raccomanda, come approccio ermeneutico fondamentale e prima di decidere sull'eventuale rigetto della domanda proposta, di verificare se effettivamente, e non soltanto in linea teorica, il ricorso alla citata tutela costituisca un aggiramento della decisione di rigetto dell'azione contrattuale proposta: ciò in quanto tale eventualità non si verifica sempre e comunque. Il giudice, dunque, è chiamato a svolgere un delicato compito di approfondimento di tutte le dinamiche fattuali e giuridiche che gli vengono prospettate al fine di distinguere i casi nei quali il ricorso all'azione di ingiustificato arricchimento costituisce una mera scappatoia processuale dai casi in cui, invece, esso rappresenta l'unica fondata soluzione esperibile in quanto, diversamente opinando, l'avente diritto sarebbe privato di uno strumento giudiziario per ottenere l'indennizzo del pregiudizio subito⁴⁵.

43 Cass, 15 maggio 2023, n. 13203, *Foro it.*, 2023, I, c. 1784 ss., con nota di richiami.

44 Cass., 15 maggio 2023, n. 13203, cit., c. 1788.

45 In senso conforme all'orientamento espresso: Cass., ordinanza 13 giugno 2018, n. 15496, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Arricchimento senza causa*, n. 16; Cass., 25 maggio 2011, n. 11489, *Foro it.*, Rep. 2011, voce cit., n. 13. Mentre, in Cass., 15 maggio 2023, n. 13203, cit., viene espresso il principio di diritto secondo il quale la sentenza che abbia dichiarato l'inesistenza del contratto, se in negativo esclude che l'avente diritto possa nuovamente esercitare l'azione contrattuale, in positivo accerta la sussistenza del presupposto della sussidiarietà (cioè dell'indisponibilità di un rimedio alternativo a quello contrattuale).

Con ordinanza interlocutoria del 20 febbraio 2023, n. 5222, la Suprema Corte torna ad affrontare le tematiche evidenziate, attualizzandole e sollecitando una riflessione delle Sezioni unite, proprio sul principio di residualità dell'azione di arricchimento⁴⁶. Ciò in quanto, a parere della Corte, sarebbe opportuna una rilettura del concetto di sussidiarietà in virtù della possibilità che, oltre ai casi in cui non sia esperibile l'azione principale fondata sulla legge o su contratto, l'istituto possa coinvolgere anche le ipotesi in cui si disponga, verso l'arricchito, di un'azione alternativa basata su clausola generale⁴⁷. In proposito, l'ordinanza reputa che, anche quando ricorra una fattispecie fondata su una clausola generale, non sia necessario valutare preventivamente se l'azione principale sia fondata o meno: infatti, "se la valutazione circa la sussidiarietà dell'azione in esame deve compiersi in astratto e perciò prescindendo dalla previsione del suo esito, non si richiede in concreto la prova di un rimedio concorrente concretamente fruibile, ma è sufficiente che un tale rimedio risulti configurato «in astratto»"⁴⁸.

In proposito, si condividono le perplessità espresse nell'ordinanza di rimessione 5222/2023 della Corte di cassazione lì dove ritiene improprio il riferimento alla titolarità di un'azione tipica, quale fattore preclusivo dell'azione di arricchimento sia perché le azioni, quali poteri processuali, non sono tipiche sia perché è opportuno distinguere tra l'asserita tipicità dell'azione e la sostanziale tipicità della fattispecie. Inoltre, il rischio di una duplicazione di tutela per l'impovertito, nel senso di ottenere il risarcimento sia con l'azione principale tipica sia con l'azione di ingiustificato arricchimento, non sussiste in relazione ai principi che regolano la cosa giudicata e la proporzionalità tra risarcimento e danno subito. Piuttosto, l'istituto in esame opera in senso contrario ad una ipotetica duplicazione della tutela perché volto a colmare una eventuale lacuna nella tutela e ad evitare un aggravamento della posizione dell'impovertito⁴⁹.

L'argomentazione conclusiva che se ne trae consiste nel ritenere che l'accertamento dell'esistenza di un titolo in astratto che giustifica una diversa azione è identico quale che sia la fattispecie su cui l'azione è fondata.

46 Per un commento all'ordinanza di rimessione, GALLO, P.: "Verso il superamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento, *Nuova giur. civ.*, 2023, p. 678 ss. Inoltre, CARUSI, D.: "Buone notizie dalla Cassazione: l'interpretazione dell'art. 2042 c.c. verso l'esame delle sezioni unite", *Giur. it.*, 2023, p. 1530 ss.

47 Cass., ordinanza 20 febbraio 2023, n. 5222, *Foro it.*, 2023, I, c. 719 ss.

48 Cass., ordinanza 20 febbraio 2023, n. 5222, già citata.

49 Appare opportuno rilevare come l'ordinamento giuridico italiano, in linea con quello francese, abbia manifestato resistenza all'introduzione del rimedio generale dell'*actio de in rem verso* sicché né il *code civil* né il codice civile italiano post-unitario del 1865 contemplavano espressamente l'azione di ingiustificato arricchimento che, tuttavia, trovava ingresso nell'analisi della giurisprudenza in via interpretativa. Diversa è la scelta effettuata con il codice civile italiano vigente che, invece, ha attribuito riconoscimento all'istituto dell'ingiustificato arricchimento considerandolo un rimedio comune a tutte le fonti di obbligazione di origine legale, seppur con la regola della sussidiarietà che, invece, è assente nella legislazione di altri paesi, come ad esempio in Germania.

IX. LA SUSSIDIARIETÀ IN ASTRATTO E IN CONCRETO. UNA SOLUZIONE INTERMEDIA: LA SUSSIDIARIETÀ ASTRATTA TEMPERATA.

Nella prospettiva delineata dal Collegio rimettente, un ulteriore contributo circa l'incidenza del carattere della sussidiarietà sulla tutela per ingiustificato arricchimento deriva dalla sentenza resa a sezioni unite dalla Corte di cassazione 5 dicembre 2023, n. 33954, che, proprio a seguito della citata ordinanza interlocutoria, affronta le tematiche evidenziate⁵⁰.

Il ragionamento della Corte riprende la distinzione tra sussidiarietà "in astratto" e sussidiarietà "in concreto" e l'evoluzione giurisprudenziale che sulla questione si è sviluppata nel corso degli anni.

Secondo la tesi della sussidiarietà in astratto occorre valutare, appunto in linea astratta, se sussista all'interno dell'ordinamento giuridico un'azione principale tipica, in favore del soggetto interessato ad agire, fondata sulla legge o su contratto, con la deduzione che, in tale ipotesi, l'azione di arricchimento sarebbe esperibile soltanto quando l'ordinamento giuridico non appresti alcun rimedio per farsi indennizzare del pregiudizio subito. Pertanto, la mera esistenza di un'altra azione, fondata su un rapporto contrattuale o sulla legge, astrattamente idonea a tutelare quella data fattispecie preclude l'esperibilità della tutela residuale dell'ingiustificato arricchimento, a prescindere dal fatto che l'interessato ne abbia giudiziarmente usufruito oppure no. L'orientamento espresso ritiene, inoltre, superflua qualsiasi indagine circa la fondatezza nel merito della domanda, pur se non mancano decisioni nelle quali si afferma l'esperibilità dell'azione di arricchimento in relazione a casi in cui la tutela cosiddetta principale sia stata disattesa perché *a priori* insussistente⁵¹. Progressivamente, nella disamina giurisprudenziale si è delineata una distinzione tra le ipotesi di rigetto della domanda per difetto di prova o, invece, per non riconducibilità della fattispecie concreta alla fattispecie legale⁵².

La configurazione della sussidiarietà in concreto, invece, comporta l'ammissibilità di tale rimedio residuale tutte le volte in cui il soggetto depauperato non disponga,

50 Cass., Sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, *Foro it.*, 2024, I, c. 120 ss., con nota di richiami e Cass., ordinanza 20 febbraio 2023, n. 5222, *Foro it.*, 2023, I, c. 719 ss. In dottrina, DI PAOLA S. e PARDOLESI R.: "Sulle pene semperitene dell'ingiustificato arricchimento: sussidiarietà in cerca d'autore", *Foro it.*, 2024, I, c. 149 ss.; PAGLIANTINI S.: "La sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento: e se fosse (anche) un problema di lacuna?", *ibidem*, c. 154 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: "La sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento: attendendo le sezioni unite", *Resp. civ. e prev.*, 2023, p. 742 ss.; GATTI, S.: "I confini della sussidiarietà: l'azione fondata su clausola generale rigettata per difetto della sussidiarietà in astratto", *ibidem*, p. 771 ss.; MAGRI, G.: "L'art. 2042 c.c. di fronte alle sezioni unite: verso un auspicabile superamento della sussidiarietà in astratto", *ibidem*, p. 1178 ss.; RUGGIERO, F.: "Arricchimento ingiustificato: sull'opportunità di una rilettura in concreto della clausola della sussidiarietà", *Nuova giur. civ.*, 2023, p. 500 ss.

51 Cfr. Cass., 3228/1995, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Arricchimento senza causa*, n. 21; Cass., 20 novembre 2018, n. 29988, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Arricchimento senza causa*, n. 10.

52 Cass., 3682/81, *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Arricchimento senza causa*, n. 19; Cass., 4269/1995, *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Arricchimento senza causa*, n. 5; Cass., 2350/2017, *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Arricchimento senza causa*, n. 14.

in relazione alla specificità del caso concreto, di altro mezzo di tutela utile ad indennizzarlo per il pregiudizio sopportato, indipendentemente dalla ragione per cui ciò accada. La conseguenza, che tuttavia appare piuttosto dirompente all'interno del sistema, consiste nel consentire il ricorso all'azione di ingiustificato arricchimento in ogni circostanza, anche nelle ipotesi di prescrizione e decadenza o nel caso in cui volontariamente il danneggiato ometta di agire in via principale, in quanto sarebbe così scongiurato il pericolo di indebite locupletazioni scaturenti dal conseguimento di un duplice ristoro.

Precisati i termini della questione, le sezioni unite pongono nel giusto rilievo le ragioni sottese all'art. 2042 c.c. volte a preservare la certezza del diritto e ad evitare elusioni della norma che, al contrario, sarebbero disattese qualora si ammettesse di poter agire con l'azione di arricchimento anche nei casi in cui la domanda principale non sia stata coltivata o sia andata perduta per il comportamento colpevole del titolare⁵³. Peraltro, l'assolutezza del rigore del concetto di sussidiarietà in astratto rischierebbe di rendere inutile la previsione normativa in esame.

Dunque, la Corte ritiene che l'adesione al principio della sussidiarietà in astratto debba essere oggetto di un "costante temperamento" soprattutto nel caso in cui l'azione principale sia fondata su una fonte contrattuale, mediante il riconoscimento della sua esperibilità ove sia riconosciuta la nullità del titolo contrattuale azionato⁵⁴. In effetti, l'adesione alla nozione della sussidiarietà in astratto – che prescinde in assoluto da ogni verifica sul merito della domanda avanzata in via principale – renderebbe improponibile la domanda subordinata di arricchimento senza causa tutte le volte in cui sussista in linea di principio un'azione principale di tutela che, in tal modo, negherebbe ogni possibile alternativa. Ciò, però, appare frutto di una valutazione meramente teorica delle questioni che, invece, meritano di essere valutate tenendo conto delle peculiarità in esse presenti. Pertanto, nel caso in cui il rigetto della domanda principale derivi dal riconoscimento della carenza *ab origine* dei presupposti fondanti l'azione principale, il concorso tra questa e l'azione subordinata è soltanto apparente in quanto, esclusa la proponibilità del primo rimedio, resta la possibilità di promuovere soltanto il secondo. Diversamente, il rigetto della domanda proposta in via principale per carenza di prove, non esclude che il diverso titolo sussista e ciò preclude il ricorso all'azione residuale. Se poi si lamenta l'esecuzione in maniera difforme della prestazione contrattuale, chiedendosi il ristoro del pregiudizio subito e lo spostamento patrimoniale si palesa

53 Cass., Sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, cit., secondo la quale l'azione di arricchimento non può far rivivere il diritto prescritto che è estinto e resta tale.

54 Peraltro, va preclusa la possibilità di agire ex art. 2041 c.c. nel caso di nullità del titolo contrattuale per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico, essendo tali cause di invalidità sicuramente assorbenti di ogni altra considerazione in merito.

privo di giusta causa, ciò può legittimare la proposizione, anche in via subordinata, dell'azione di arricchimento⁵⁵.

Le argomentazioni della Suprema Corte costituiscono il fondamento per percepire in un modo più elastico e flessibile il carattere della sussidiarietà al fine di evitare che il destino dell'azione di arricchimento senza causa sia limitato alla sola previsione codicistica e rinunci ad una applicazione effettiva. Pertanto, il criterio del temperamento associato al carattere sussidiario dell'azione può avviare una diversa riflessione sulla residualità del rimedio e consentire, in prospettiva, un'applicazione dell'istituto trattato tale da non rinunciare a svolgere una funzione complementare di tutela nei casi di ingiusto arricchimento altrui⁵⁶.

X. CONCLUSIONI. IL DIVIETO DI INGIUSTO ARRICCHIMENTO COME POSSIBILE VALORE DEL SISTEMA GIURIDICO VIGENTE.

La riflessione giunge alle considerazioni finali, tenuto conto del percorso sviluppato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, oscillante tra una visione aperta, propensa ad un'applicazione più ampia dell'arricchimento senza causa e un'accezione rigorosa nella prospettazione di tale strumento di tutela soltanto in casi eccezionalmente residuali. In tale contesto, tuttavia, l'istituto dell'arricchimento senza causa appare suggestivo, volto alla ricerca di quelle situazioni anomale di arricchimento che, sprovviste di norme giustificative specifiche, inducono comunque a ritenere equa la riparazione del danno patito dal soggetto attraverso una obbligazione indennitaria del pregiudizio sofferto.

Numerosi sono gli spunti che si traggono dall'esame dell'istituto. Si tratta sicuramente di un rimedio generale, che riguarda tanto soggetti privati quanto enti pubblici, ma di applicazione ristretta; tuttavia, esso può rappresentare una scelta giuridica di completamento del sistema, fondata su precisi parametri.

Innanzitutto, la lettura dell'art. 1173 c.c., nel consentire che le obbligazioni possono trarre origine da "ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento", permette di attribuire pregio giuridico a tutti quei rapporti

55 Del resto, l'applicazione rigorosa della tesi della sussidiarietà in astratto potrebbe determinare anche un ulteriore danno per il depauperato, consentendo all'arricchito convenuto di eccepire strumentalmente siffatta accezione della residualità per ottenere una pronuncia di improponibilità della domanda sulla base di una probabilistica possibilità di esercizio di una diversa azione da parte dell'impoverito.

56 Appare opportuno riferire sul principio di diritto enunciato dalle sezioni unite della Corte di cassazione secondo il quale: "Ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente *ab origine* del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi da illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico".

eterogeni e atipici che, pur in difetto di un atto formale negoziale, giustificano comunque la nascita di un'obbligazione per effetto dell'esecuzione di una prestazione in senso lato a vantaggio altrui. In tale prospettiva, l'ordinamento civile italiano accoglie il principio della giustificazione causale dei trasferimenti di "utilità" suscettibili di valutazione economica (si veda, altresì, l'art. 1174 c.c.) e, attraverso la trasparenza della causa, realizza un controllo sui trasferimenti dell'attribuzione patrimoniale⁵⁷.

La mancanza di causa, tuttavia, consiste essenzialmente nell'assenza di un idoneo titolo giuridico che giustifichi l'arricchimento e il corrispondente impoverimento patrimoniale. In tale contesto, la causa non esprime la funzione economico-individuale dell'obbligazione e non incide sul suo fondamento; essa consiste piuttosto nell'ingiustizia e iniquità di un'attribuzione patrimoniale vantaggiosa cui non corrisponde una legittima controprestazione. E la mancanza di causa non determina la nullità del rapporto giuridico bensì ne autorizza, alle condizioni legali previste, la tutela. Una tutela che si basa su parametri oggettivi, sintesi del concreto svolgimento dei rapporti giuridici, in relazione alla quale cioè non rileva alcun requisito soggettivo, collegato all'una o all'altra parte, bensì risulta determinante lo spostamento della ricchezza.

Il carattere della sussidiarietà, tuttavia, più che essere considerato come un mero limite all'applicabilità della norma ed espressione del suo carattere residuale, può essere inteso, invece, come valore di completamento dell'ordinamento giuridico in quanto consente di conferire tutela a situazioni interpersonali che, in mancanza dell'istituto in esame, non la riceverebbero affatto, creando una ingiusta disparità di trattamento. Pertanto, la residualità merita di essere apprezzata più che in senso riduttivo come limite e divieto, in senso positivo, come opportunità e rimodulazione equa delle attribuzioni patrimoniali senza causa.

La ricostruzione che si propone, volta a ricercare nell'azione di arricchimento senza causa un valore ulteriore e diverso da quello strettamente legato ai canoni della mera residualità, appare conformarsi ai principi generali della solidarietà tra i soggetti, della proporzionalità tra le prestazioni, della ragionevolezza e meritevolezza degli interessi quali criteri assiologici di interpretazione delle norme, della buona fede quale impronta fondante della convivenza civile⁵⁸.

57 PERLINGIERI P. e ROMANO G.: "Situazioni di debito e di credito", in *Manuale di diritto civile*, 8ª ed., 2017, Napoli, Esi, p. 272 ss. Se normalmente fonte e titolo del vincolo giuridico coincidono, il contratto è fonte di obbligazione e la sua causa concreta è anche giustificazione teleologica dell'obbligazione; tuttavia, la configurabilità di fonti non contrattuali e non negoziali impone un'autonomia, quantomeno logica, tra titolo dell'obbligazione e giustificazione negoziale, tra fonte e titolo dell'obbligazione (p. 300).

58 Si veda LIPARI, N.: "Il diritto civile dalle fonti ai principi", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 5 ss. il quale, applicando il principio della ragionevolezza, evidenzia come sia "ragionevole ciò che appare congruente ai principi costituzionali, ciò che, nel concreto contesto storico, appare idoneo a realizzare i valori fondanti della convivenza" (p. 35).

In conclusione, anche l'azione di arricchimento senza causa potrebbe sviluppare, in futuro, ulteriori potenzialità applicative nella convinzione che ogni sistema giuridico consolidi la propria identità non tanto nel suo apparato coercitivo di norme quanto nei valori che ne costituiscono il fondamento, valori che l'interprete deve saper leggere in filigrana, sviluppare e applicare alla realtà concreta⁵⁹.

59 Per ampie e interessanti riflessioni su bilanciamento e ragionevolezza all'interno del sistema giuridico: PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, Esi, 2020, p. 398 ss.; PERLINGIERI, G.: *Sul criterio di ragionevolezza*, Napoli, Esi, 2017, *passim*, con ricca bibliografia; Id.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, Esi, 2015; DEL PRATO, E.: "Ragionevolezza e bilanciamento", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 24 ss.; ANGELONE, M.: "Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie", in PERLINGIERI G. e FACHECHI A.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Esi, Napoli, 2017, p. 73 ss., a parere del quale la ragionevolezza, pur nella sua autonomia, riveste un ruolo complementare rispetto alla proporzionalità e alla buona fede con le quali interagisce per integrarne e perfezionarne il funzionamento, fornendo un criterio esegetico che realizza una sintesi tra normazione astratta e realtà concreta. E ancora, RICCI, A.: *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, Cedam, 2007; CRISCUOLI, G.: "Buona fede e ragionevolezza", *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 733 ss. Si veda anche, PERLINGIERI P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001.

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE, A.: "L'impovertimento dell'arricchimento senza causa", *Foro it.*, 2024, I, c. 163 ss.

ANDREOLI, G.: *L'ingiustificato arricchimento*, Giuffrè, Milano, 1940.

ANGELONE, M.: "Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie", in PERLINGIERI G. e FACHECHI A.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Esi, Napoli, 2017, p. 73 ss.

ASTUTI, G.: "Arricchimento (azione di), Premessa storica", *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 52 ss.

BARBIERA, L.: *L'ingiustificato arricchimento*, Jovene, Napoli, 1964.

BARCELLONA, P.: "Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 11 ss.

BRECCIA, U.: "L'arricchimento senza causa", in *Tratt. dir. priv., Obbligazioni e contratti*, I, diretto da P. Rescigno, 2ª ed., Utet, Torino, 1999, p. 971 ss.

CASTELLANO, G.: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, Cedam, Padova, 1970.

CASTIONI, G.B.: "Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto", *Riv. dir. comm.*, 1925, I, p. 340 ss.

CASTRONOVO, C.: "Le frontiere mobili della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 610 ss.

CERVALE, M.C.: "La regola "possesso vale titolo" ", *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1029 ss.

CICCARELLO, S.: "Indennità (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 99 ss.

CRISCUOLI, G.: "Buona fede e ragionevolezza", *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 733 ss.

DE CUPIS, A.: "Danno (dir. vig.)", *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 622 ss.

DEL PRATO, E.: "Ragionevolezza e bilanciamento", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 24 ss.

D'OVIDIO, P.: "In tema di sussidiarietà dell'azione e di natura degli interesse nell'arricchimento senza causa", *Foro. pad.*, 1989, I, p. 295 ss.

DI PAOLA, S. e PARDOLESI, R.: "Sulle pene sempiternе dell'ingiustificato arricchimento: sussidiarietà in cerca d'autore", *Foro it.*, 2024, I, c. 153.

DI PAOLA S. e PARDOLESI R.: "Sulle pene sempiternе dell'ingiustificato arricchimento: sussidiarietà in cerca d'autore", *Foro it.*, 2024, I, c. 149 ss.

DI PAOLA, S. e PARDOLESI, R.: "Arricchimento, I, Azione di arricchimento nel diritto civile", *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, II

FABBRIZZI, G.: "Brevi note su arricchimento, risarcimento, sussidiarietà e tutela giurisdizionale", *ibidem*, 2024, I, c. 142 ss.

FABBRIZZI, G.: "Risarcimento, ingiustificato arricchimento e sussidiarietà", *Giur. it.*, 2020, p. 1891 ss.

FACCHINO, C.A.: "L'azione generale di arricchimento dopo la riforma del codice civile", *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 433 ss.

FRATTAROLO, V.: *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1974.

GALLO, P.: *L'arricchimento senza causa, La responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2018.

GALLO, P.: *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Utet, Torino, 2008.

GALLO, P.: *L'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 1990.

GALLO, P.: "Arricchimento senza causa", *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 677 ss.

GATTI, S.: "I confini della sussidiarietà: l'azione fondata su clausola generale rigettata per difetto della sussidiarietà in astratto", *Foro it.*, 2024, I, p. 771 ss.

GIORGIANNI, M.: "Appunti sulle fonti dell'obbligazione", *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 70 ss.

GRAZIANI, A.: "L'azione di ingiustificato arricchimento", *Riv. dir. civ.*, 1922, I ss.

LEONE, F.: *L'azione di arricchimento in diritto moderno*, Giuffrè, Milano, 1915.

MACARIO, F.: "L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità", *Foro it.*, 2024, I, c. 172 ss.

MAGRI, G.: "L'art. 2042 c.c. di fronte alle sezioni unite: verso un auspicabile superamento della sussidiarietà in astratto", *Foro it.*, 2024, I, p. 1178 ss.

MOSCATI, E.: *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 2012.

MOSCATI, E.: "Un'occasione perduta: la codificazione di una clausola generale di arricchimento (primo bilancio e prospettive)", *Quadr.*, 1989, p. 443 ss.

MOSCATI, E., "Indebito (pagamento dell)", *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 83 ss.

MAGRI, G.: "L'art. 2042 c.c. di fronte alle sezioni unite: verso un auspicabile superamento della sussidiarietà in astratto", *Foro it.*, 2024, I, p. 1178 ss.

NICOLUSSI, A.: *La lesione del potere di disposizione e l'arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 11 ss.

NUTI, G.A.: "L'arricchimento senza causa (cosiddetto ingiustificato)", *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 651 ss.

PAGLIANTINI S.: "La sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento: e se fosse (anche) un problema di lacuna?", *Foro it.*, 2024, I, c. 154 ss.

PERLINGIERI, G.: *Sul criterio di ragionevolezza*, Napoli, Esi, 2017.

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

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, Esi, 2020, p. 398 ss.

PERLINGIERI P. e ROMANO G.: "Situazioni di debito e di credito", in *Manuale di diritto civile*, 8ª ed., 2017, Napoli, Esi, p. 272 ss.

PERLINGIERI P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001.

RESCIGNO, P.: *Manuale di diritto privato*, Ipsoa Editore, 2000.

RICCI, A.: *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, Cedam, 2007.

RICCOBONO, S.: *La gestione di affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 369 ss.

ROTONDI, M.: "L'azione di arricchimento", *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 374 ss.

RUGGIERO, F.: "Arricchimento ingiustificato: sull'opportunità di una rilettura in concreto della clausola della sussidiarietà", *Nuova giur. civ.*, 2023, p. 500 ss.

SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Utet, Torino, 1959, anche in *Ristampe Scuola perfez. in dir. civ. Univ. Camerino*, Esi, Napoli, 1980.

SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

SCOGNAMIGLIO, C.: "La sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento: attendendo le sezioni unite", *Resp. civ. e prev.*, 2023, p. 742 ss.

SCHLESINGER, P.: "Arricchimento (azione di), Diritto civile", *Nov. dig. it.*, Utet, Torino, 1958.

SIRENA, P.: "L'azione generale di arricchimento senza causa", in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III, *Obbligazioni, Il rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 2009.

SIRENA, P.: "La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno", *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 67 ss.

TORREGROSSA, G.: *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 152 ss.

TRABUCCHI, A.: "L'arricchimento derivante da atto illecito", in *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, II, p. 1157 ss.

TRABUCCHI, A.: "Arricchimento (azione di), Diritto civile", *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 64 ss.

TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962.

BUONA FEDE CONTRATTUALE E COMPORTAMENTI
APPARENTEMENTE IRRAZIONALI

*GOOD CONTRACTUAL FAITH AND APPARENTLY IRRATIONAL
BEHAVIOUR*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 396-415



Giovanni CINÀ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de febrero de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: L'articolo indaga il ruolo della buona fede contrattuale all'interno dei diversi modelli giuseconomici. Da una originaria esclusione, dovuta sia agli strumenti tipici dell'analisi economica sia alla mentalità intrinseca del common lawyer, si assiste ad una sua "rivalutazione" non solo grazie alla sua associazione con la reasonableness, ma anche in virtù delle nuove scoperte nel campo delle neuroscienze e dell'economia comportamentale.

PALABRAS CLAVE: Buona fede; ragionevolezza; abuso del diritto; irrazionalità; law and economics.

ABSTRACT: *The article investigates the role of contractual good faith within the different Law & Economics models. From an original exclusion, due to both the typical tools of economic analysis and the inherent mentality of the common lawyer, there is a "reassessment" of it not only due to its association with reasonableness, but also by virtue of new discoveries in the field of neuroscience and behavioural economics.*

KEY WORDS: *Good faith; reasonableness; abuse of right; irrationality; law and economics.*

SUMARIO.- I. IL CONCETTO DI BUONA FEDE NELLA PROSPETTIVA GIUSECONOMICA CLASSICA.- II. LA NEUROECONOMIA E LA SECONDA ONDATA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO.- III. PROMUOVERE LA COOPERAZIONE ATTRAVERSO LA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE.- IV. IL DOVERE DI BUONA FEDE NEGLI STATI UNITI NELLE RIFLESSIONI APOLOGETICHE DELLA DOTTRINA. I NUOVI DUBBI DELL'ECONOMIA COMPORTAMENTALE.- V. BUONA FEDE E RAGIONEVOLEZZA.- VI. CONCLUSIONI.

I. IL CONCETTO DI BUONA FEDE NELLA PROSPETTIVA GIUSECONOMICA CLASSICA.

La sola ipotesi che l'analisi economica del diritto potesse avallare l'introduzione di un dovere generale di buona fede nel diritto dei contratti poteva apparire, fino a non molti anni or sono, una vera provocazione. Com'è noto, il movimento di law and economics nacque con l'intento manifesto di coniugare gli studi del diritto con le elaborazioni scientifiche dell'economia, vista sovente come disciplina in grado di orientare il giurista verso soluzioni dotate di maggior rigore scientifico e, soprattutto, di confortarlo con l'ausilio di strumenti certi e quantificabili. In questo contesto, appare evidente come qualsiasi clausola generale di comportamento, con le caratteristiche di flessibilità e genericità che la connotano, potesse risultare in patente contraddizione con una visione "matematica" delle regole giuridiche, e ciò a maggior ragione si verificava con riferimento all'idea di buona fede la quale, oltre a scontare i vizi d'origine di ogni clausola generale, doveva per di più fare i conti con l'ostracismo che il diritto di matrice angloamericana da sempre le riservava.

Non può dubitarsi, inoltre, che i primi studi giuseconomici mostrassero sintonia con modelli di pensiero liberale, in cui il mercato poteva autoregolarsi ed il diritto dei contratti doveva plasmarsi attorno ad esso senza interferire; anzi le stesse norme del contract law dovevano essere disegnate, in quest'ottica, quali strumenti di incentivo per i contraenti, razionali ed antagonisti, a dare esecuzione alle obbligazioni contrattuali volontariamente ed espressamente pattuite. Una simile visione ottocentesca del diritto dei contratti certo non ha persuaso la totalità degli studiosi di analisi economica del diritto, la quale ha espresso al proprio interno varie anime diversamente orientate, ma ha rappresentato probabilmente il segno distintivo di una generazione di giuseconomisti, inclini a considerare certamente proficua la cooperazione tra le parti, ma solamente nei limiti in cui essa rispondeva a criteri di efficienza individuale. Ben nota è la fallacia della supposta perfezione del mercato, il cui riconoscimento ha ad esempio indotto ad un ripensamento delle regole di responsabilità precontrattuale e ad una rinnovata attenzione per le situazioni di asimmetria informativa tra le parti.

• Giovanni Cinà

Ricercatore in Diritto privato comparato, Università degli Studi di Padova. E-mail: giovanni.cina@unipd.it.

Come si vedrà in seguito, una seconda fondamentale premessa su cui si reggeva l'impianto teorico del diritto contrattuale classico nella prospettiva giuseconomica, e cioè la tendenza alla massimizzazione degli interessi individuali da parte dei contraenti¹, ha resistito fino ad epoca recente, ed in particolare fino alla c.d. seconda ondata di law and economics parallelamente all'emersione degli studi di neuroeconomics. Tale circostanza offre una ulteriore spiegazione del disinteresse che gli studi di analisi economica hanno mostrato per il concetto di buona fede contrattuale, pur nel quadro di una tangibile attenzione per il diritto dei contratti in generale. Quest'ultimo è stato considerato quale strumento di promozione dell'efficienza degli scambi, da raggiungere attraverso la previsione di regole certe e precise², idonee a creare l'ambiente giuridico di riferimento per l'esecuzione della volontà delle parti racchiusa nei "quattro angoli" del documento contrattuale. Ciò non soltanto ha offerto una giustificazione teorica ai modelli di ermeneutica del contratto che privilegiavano l'interpretazione letterale emarginando ad esempio le teorie c.d. contestualiste, ma ha altresì imposto una visione del diritto contrattuale inevitabilmente priva di un dovere generale di buona fede in capo ai contraenti. Il miglior modo per promuovere la cooperazione tra le parti era rappresentato dunque, in tale prospettiva, dal solo enforcement giudiziale delle dichiarazioni contrattuali, in un modello normativo antagonista caratterizzato dalla consapevolezza di un'etica avversaria.

II. LA NEUROECONOMIA E LA SECONDA ONDATA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO.

Com'è noto, l'approccio economico al diritto dei contratti si è avvalso sovente del ricorso alla teoria dei giochi, utilizzata in maniera efficace in ragione di taluni caratteri intrinseci delle relazioni contrattuali, che ben si adattano a tali modelli. Ne fornisce un esempio il c.d. ultimatum game, attraverso le cui simulazioni è stata revocata l'idea che i contraenti si comportino sempre in modo da realizzare razionalmente la massimizzazione del loro interesse, senza indulgere a sentimenti di correttezza reciproca³. Nell'ipotesi di partenza i due partecipanti al gioco, chiamati a dividere tra loro una determinata somma di denaro, si trovano in condizione di disparità di potere contrattuale, che consente ad una delle due parti di fissare la ripartizione. Ove la controparte accetti la proposta, la divisione verrà effettuata secondo le indicazioni del proponente, altrimenti nessuno dei due

1 Secondo le indicazioni di VELJANOVSKI, C.G.: "The Economic Approach to Law: A Critical Introduction", *British Journal of Law and Society*, 1980, num. 7, p. 162, l'analisi economica del diritto parte dal presupposto che ogni individuo sia "a self-interested egoist who maximises utility". Una pungente critica a tale orientamento è espressa da HARRISON, J.L.: "Egoism, Altruism, and Market Illusions: The Limits of Law and Economics", *UCLA Law Review*, vol. 33, 1986, p. 1309.

2 STEPHEN, F.H.: *The Economics of the Law*, Prentice Hall, Brighton, 1988, p. 156.

3 GÜTH, W. e TIEZT, R.: "Ultimatum Bargaining Behavior", *Journal of Economic Psychology*, vol. 11, 1990, pp. 417 ss.

soggetti otterrà alcunché. Una perfetta razionalità dei giocatori si avrebbe nel caso in cui il proponente si riservasse la quasi totalità della somma, concedendo alla controparte una cifra infinitesimale; difatti, seguendo tale ragionamento, per qualsiasi soggetto razionale, anche una somma infinitesimale è dotata di un valore positivo, e la sua rinuncia equivale pertanto ad una distorsione di un modello razionale.

Gli esperimenti condotti hanno tuttavia smentito in modo evidente che le parti dell'ultimatum game si comportino secondo un criterio di stretta razionalità, evidenziando invece la presenza di elementi psicologici perturbatori rispetto al dominio del solo self-interest⁴. Ipotizzando che la somma di denaro da dividere tra le parti sia di 100 €, e ripetendo l'esperimento numerose volte, si è verificato che il proponente (il quale razionalmente potrebbe offrire alla controparte anche un solo euro), nella maggioranza dei casi, offre una somma compresa tra 40 e 50 €. Il proponente, in altre parole, riconosce che la controparte, in contrasto con la teoria del self-interest, potrebbe rigettare offerte reputate ingiuste, colorando il ragionamento di riflessioni legate alla correttezza dei comportamenti delle parti. In ultima analisi, i risultati offerti dall'ultimatum game, così sinteticamente esposto, confortano l'osservatore nell'idea che anche fattori psicologici connessi alla lealtà e correttezza delle relazioni umane sono idonei ad orientare le scelte dei contraenti, al di là della massimizzazione del loro profitto.

La mancata percezione di un simile fenomeno rischia, con evidenza, di alterare i risultati delle osservazioni giuseconomiche, che tradizionalmente mirano ad individuare un best model normativo, in connessione alle modalità di comportamento e di reazione alle regole giuridiche previste nella collettività. Il modello predittivo viene, dunque, scalfito nelle sue fondamenta ove si riconosca che anche elementi estranei alle logiche di interessi razionali, possano orientare le decisioni contrattuali. Sulla base invece di una loro inclusione nei modelli giuseconomici, è emersa nel dibattito dottrinale una nuova corrente denominata behavioural law and economics movement, che si muove sul terreno giuridico in sintonia con i risultati dell'economia comportamentale e della neuroeconomia, emerse nella comunità scientifica verso la fine degli anni '60, e in seguito celebrate per la loro forza euristica, consacrata con l'attribuzione del premio Nobel per l'economia nel 2002 allo psicologo Daniel Kahneman e all'economista sperimentale Vernon Lomax Smith. Non sfugge come simili sviluppi rappresentino una condanna dell'ambizione scienista della teoria economica neoclassica ed impongano, anche sul versante della law and economics, un ripensamento del modus operandi

4 GÜTH, W. - SCHMITTBERGER, R. e SCHWARZE, B.: "An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining", *Journal of Economic Behaviour and Organization*, vol. 3, 1982, p. 367.

finora utilizzato, i cui risultati rischiano di essere smentiti proprio dalle risultanze dell'economia sperimentale e comportamentale⁵.

Se l'analisi economica del diritto ha dimostrato nel corso degli anni una indubbia potenza argomentativa, ponendo in essere, spesso in connessione con il diritto comparato, un attacco riuscito al positivismo giuridico imperante, agli inizi del terzo millennio le preoccupazioni del giurista sembrano assumere nuove dimensioni; il suo ruolo pare quasi marginale, sostituito nella sua funzione di osservatore della realtà del diritto dalla tecnica dei pratici, che modifica finanche il linguaggio del legislatore, dalle elaborazioni degli economisti intrise di pretese scientiste, e disorientato rispetto all'incontrollata disgregazione del sistema delle fonti. Una possibile via d'uscita rispetto ad una parte di tali questioni sembra offerta proprio dagli sviluppi di approcci alternativi in seno alla comunità economica, in grado di aprire spazi importanti alla riflessione del giurista, non costretto entro griglie concettuali matematizzanti dell'analisi giuseconomica classica. Gli spazi nuovi di riflessione paiono dischiudersi proprio grazie all'abbandono delle pretese scientiste dell'analisi economica con la conseguente necessaria presa d'atto, assai pragmatica, di una utilità comunque possibile del ragionamento giuseconomico, pur inevitabilmente approssimativo, nella valutazione di efficienza dei precetti giuridici.

III. PROMUOVERE LA COOPERAZIONE ATTRAVERSO LA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE.

Nell'ambito contrattuale, è intuitivo che le regole del gioco debbano modellarsi attorno alle logiche di comportamento dei contraenti, al fine di garantire un assetto equilibrato degli interessi; ma taluni percorsi dell'analisi economica dei contratti sembra possano ora deviare proprio in dipendenza da tali ultimi modelli di ricerca sopra sinteticamente descritti, che sollecitano una chiara distinzione tra comportamento cooperativo e comportamento reciprocamente corretto. Il primo può in ipotesi essere realizzato anche da contraenti ispirati alle sole logiche di self-interest, ove ritengano di poter essere ricompensati dalla tenuta di un comportamento cooperativo (per esempio, attraverso l'instaurarsi con la controparte di più solide relazioni commerciali); d'altro lato, solo soggetti ispirati da logiche di reciproca correttezza sono disposti a sacrificare possibili utilità o a sopportare costi derivanti da comportamenti reciprocamente corretti e non obbligatori. Al riguardo, l'interrogativo che pare trovare una soluzione inaspettata

⁵ Sul punto, si veda, tra tutti, il saggio di KAHNEMAN, D. e TVERSKY, A.: "Prospect theory: An analysis of decisions under risk", *Econometrica*, vol. 47, 1979, pp. 313 ss., ove gli autori evidenziano come le condizioni di rischio ed incertezza costringano buona parte degli individui a porre in essere comportamenti irrazionali. Una attenta ricognizione degli studi economici che hanno messo in discussione l'assunto della razionalità individuale dell'homo oeconomicus si può leggere in RENDA, A.: "Cogito, erro, sum. Spigolature su alcuni errori nella 'scienza economica'", *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 2005, pp. 72 ss.

riguarda la possibilità che differenti regole giuridiche positive modifichino la predisposizione delle parti ad un comportamento corretto.

L'analisi economica del diritto induce ad osservare i possibili effetti economici delle regole giuridiche, che sono trattate come fonte di incentivi per i consociati; da ciò consegue che anche l'imposizione di un generale dovere di buona fede, gravante sui contraenti, viene sottoposta ad un vaglio critico, al fine di verificare se essa sia in grado di promuovere comportamenti effettivamente cooperativi, indipendentemente dalla natura self-interested o incline a reciproca correttezza dei contraenti ovvero se invece tale obbligo generale di buona fede non presenti possibili controindicazioni, che minano l'efficienza di una simile previsione. Al riguardo, pare incontestabile che la tendenza dottrinale oggi prevalente nei paesi di common law si mostri incline a valorizzare il c.d. surplus cooperativo, e cioè quell'utilità generale che dal contratto può ricavarsi quale prodotto dell'interesse congiunto dei contraenti, che deve essere di necessità valutata dalle parti anche laddove si ponga in contrasto con possibili vantaggi individuali⁶. L'etica della cooperazione che da più parti si invoca pare destinata a segnare il superamento definitivo, sul versante giuridico, delle logiche individualistiche dell'interesse privato supportate da teorie liberiste neoclassiche.

Queste ultime, com'è noto, pur nella varietà delle formulazioni, paiono accomunate dall'idea che ciascun individuo si trovi nella posizione migliore per valutare lo stato del proprio benessere e le utilità che possono derivargli da un eventuale scambio contrattuale. Non stupisce, pertanto, come esse abbiano rappresentato il terreno più fertile per rafforzare la visione classica del diritto contrattuale, tendente a sacralizzare il principio della libertà contrattuale, con il minor intervento possibile dello Stato.

Il superamento di una simile prospettiva è evidente nella lettura di talune recenti opere di law and economics. Al riguardo, offre un importante punto di vista sulle funzioni della analisi economica del diritto contrattuale Michael Trebilcock⁷, il quale ad essa affida diversi compiti: mitigare il rischio di comportamenti opportunistici nei contratti di durata, ridurre i costi di transazione, colmare le lacune contrattuali mediante norme suppletive (c.d. default rules), far rispettare solo gli accordi efficienti e non quelli inefficienti⁸.

6 Tra le molte voci in tal senso, cfr. DEAKIN, S. e MICHIE, J.: *Contracts, Co-operation and Competition. Studies in Economics, Management and Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

7 TREBILCOCK, M.J.: *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, pp. 15 ss.

8 La nozione di efficienza peraltro non è univoca. Ad esempio, un qualsiasi mutamento economico (nella distribuzione della ricchezza, nella allocazione o produzione di beni etc.) sarà considerato efficiente se lascia tutti almeno allo stesso livello di benessere, e qualcuno a un livello nettamente superiore. Tuttavia questa efficienza, detta paretiana, non è una misura utile per valutare una regola giuridica. Il mondo è un luogo complesso: con ogni nuova legge si hanno vincitori e perdenti. Quindi, essa di solito non è in grado di dirci se una policy è "migliore" di un'altra, quindi abbiamo bisogno di un altro modo per confrontare i risultati. L'efficienza di Kaldor-Hicks considera il valore totale ottenuto da tutti nella società, per cui

La regola generale di buona fede si colloca, in tale prospettiva, quale disincentivo a comportamenti non cooperativi, che proprio grazie all'enforcement giudiziale possono ridursi anche laddove le norme sociali non siano di per sé sufficienti a modificare eventuali preferenze individuali opportunistiche⁹. Del resto, è da più parti rilevato come una fondamentale funzione "economica" del diritto dei contratti sia rappresentata proprio dal contenimento delle condotte opportunistiche dei contraenti, in grado di supplire ad eventuali carenze delle sanzioni sociali (come può essere la buona reputazione dei contraenti)¹⁰.

Il tema è chiaramente connesso a quello dell'incompletezza dei contratti, da tempo riconosciuto da parte di autorevoli studiosi. La "dimensione implicita" del contratto pare oggi convincere che accanto al testo concordato dai contraenti e agli spazi riservati agli implied terms, una moderna teoria del contratto non può fare a meno di offrire rilevanza tanto alle ragionevoli aspettative dei contraenti, quanto ai materiali extratestuali che quelle aspettative concorrono a definire. Dal punto di vista dei processi di interpretazione del contratto le conseguenze sono rappresentate dall'accoglimento delle istanze "contestualiste" e dal riferimento principe alla ragionevolezza dell'interpretazione contrattuale, intesa in maniera simmetrica alla nostra interpretazione secondo buona fede. Quanto, invece, alla possibile introduzione di un dovere generale di buona fede nella fase esecutiva, la contrarietà manifestata nell'ambiente angloamericano, ed in particolare in quello inglese, derivante da una molteplicità di fattori variamente indagati dalla dottrina, è stata rafforzata dall'ostilità di fondo verso l'utilizzo di clausole dai confini incerti, in grado di compromettere le esigenze di prevedibilità di cui contraenti sono portatori. Good faith è difatti un concetto che viene sovente associato a quelli di fairness, reasonableness e honesty, concetti dai contorni incerti e intrisi di marcate soggettività, che male si adatterebbero, nella visione tradizionale del common law inglese al rigore delle regole giuridiche.

IV. IL DOVERE DI BUONA FEDE NEGLI STATI UNITI NELLE RIFLESSIONI APOLOGETICHE DELLA DOTTRINA. I NUOVI DUBBI DELL'ECONOMIA COMPORTAMENTALE.

Com'è noto, l'orientamento espresso nelle fonti normative statunitensi con riguardo alla buona fede appare diametralmente opposto alla tradizionale ostilità

alcuni potranno star meglio e altri peggio, ma nel complesso i guadagni superano le perdite. Possiamo considerarla come una creazione netta di valore. Cfr. COOTER, R.B. e ULEN, T.: *Law and Economics*, Berkeley Law Books, Berkeley, 2016, pp. 14, 42.

9 Sul punto, si vedano le riflessioni di BELLANTUONO, G.: "Contratti incompleti e norme sociali", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 261 ss.

10 HARRIS, D.: "Incentives to Perform or Break Contracts", *Current Legal Problems*, vol. 45, 1992, p. 29; MURIS, T.J.: "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts", *Minnesota Law Review*, vol. 65, 1981, p. 577.

manifestata in Inghilterra¹¹. La consacrazione di un generale dovere di buona fede nella fase di esecuzione del contratto si rinviene tanto nello Uniform Commercial Code, all'art. 1, § 203 ("every contract or duty upon this Act imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement"), quanto nel Restatement (Second) of Contracts del 1979 ove si prevede che "every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement" (§ 205). La buona fede è entrata, così, nel tessuto del diritto degli Stati Uniti, già per via legislativa e nella vulgata corrente ciò avrebbe rappresentato un fenomeno di circolazione di un istituto giuridico realizzato per il tramite di un veicolo dottrinale, ed in particolare grazie agli studi del realismo giuridico americano e di Karl Llewellyn, la cui attività è stata notoriamente influenzata dalle elaborazioni del diritto tedesco¹².

Peraltro, l'introduzione di un generale dovere di buona fede in ambito contrattuale non ha tardato in seguito a trovare ripetute applicazioni giurisprudenziali oltre a sollecitare un intenso dibattito dottrinale¹³. Quest'ultimo, in larga parte, ha concentrato la propria attenzione sul carattere amorfo e incerto che il concetto di buona fede rischiava di realizzare, in patente contrasto con la vocazione pragmatica e concreta che da sempre connota il modello di common law. In particolare, nel tentativo di superare le possibili ambiguità legate ad un'idea che poteva generare imprevedibilità degli esiti applicativi, è stata prospettata la tesi secondo cui il concetto di buona fede, nell'ambito del diritto dei contratti, deve essere inteso nella sua caratteristica di *excluder*. In altri termini, la valenza programmatica della buona fede si spiega, in una traduzione concreta, solo ove essa venga intesa in negativo, quasi a significare che è conforme a buona fede ogni comportamento non attuato in *bad faith*. Questo capovolgimento di prospettiva consentirebbe un maggiore livello di concretezza, risuonando così alle orecchie del common lawyer come un concetto meno incerto ed indefinito¹⁴.

11 Anche in tempi recenti: cfr. [2022] EWCA Civ 1371, secondo cui la presenza di una clausola di buona fede non dà licenza al giudice di interpretarla "as imposing additional substantive obligations (or restrictions on action) outside the other terms of the contract. That must especially be so where (...) the contract in question is professionally and comprehensively drafted, and contains an entire agreement clause".

12 Un riconoscimento di una influenza decisiva del pensiero di Karl Llewellyn per l'introduzione del generale dovere di agire in buona fede nell'esecuzione del contratto si può leggere, tra i molti, in FARNSWORTH, E.A.: *The Concept of Good Faith in American Law*, Centro Studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, collana "Saggi, Conferenze e Seminari", num. 10, 1993; SUMMERS, R.: "The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law: A General Account", in ZIMMERMANN, R. e WHITTAKER, S.: *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 118 ss.

13 Per la verità, taluni segnali volti ad attribuire rilievo ad un dovere implicito di buona fede erano già presenti in alcune celebri decisioni della Corte d'Appello di New York fin dagli inizi del novecento mentre sul versante dottrinale si registrano posizioni favorevoli alla *good faith* già nell'opera tardo ottocentesca di BISHOP, J.P.: *The doctrines of the law of contracts, in their principal outlines, stated, illustrated, and condensed*, F.H. Thomas and Co., St. Louis, 1878, pp. 37-38.

14 SUMMERS, R.S.: "'Good Faith' in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, vol. 54, 1968, p. 235, e SUMMERS, R.S.: "The General Duty of Good Faith. Its Recognition and conceptualization", *Cornell Law Review*, vol. 67, 1982, p. 810.

Una lettura della buona fede in chiave giuseconomica, che in parte riprende ed aggiorna la valenza esclusiva del concetto, giunge ad affermare che l'esecuzione contraria a buona fede si verifica quando i margini di discrezionalità affidati ad un contraente vengano utilizzati per riappropriarsi di opportunità perse al momento della conclusione del contratto, quando cioè la parte che esercita la discrezionalità rifiuta di pagare i costi preventivati dell'esecuzione¹⁵. Un simile approccio di law and economics al tema della buona fede mostra di prendere in necessaria considerazione da un lato i costi delle opportunità alternative alle quali i contraenti rinunciano al momento della formazione del vincolo contrattuale, e d'altro canto le ragionevoli aspettative che tale vincolo genera sulla controparte; in tale prospettiva, la buona fede diviene strumento di controllo della fase discrezionale, attraverso la repressione dei comportamenti opportunistici.

Di fronte a simili evenienze, viene suggerito che solamente un livello di high enforcement contrattuale sia idoneo a scoraggiare condotte opportunistiche, elevando di conseguenza il grado di efficienza economica attraverso un abbattimento dei costi della contrattazione; in questo senso, infatti, al fine di evitare che la controparte utilizzi in modo non cooperativo i propri spazi di discrezionalità, non sarà necessario, in presenza di una clausola generale di buona fede, la previsione completa di ogni ipotesi in cui la discrezionalità stessa possa esplicarsi, così consentendo a ciascun contraente di confidare nel comportamento cooperativo, garantito dall'enforcement giudiziale.

In realtà, tale orientamento pare contraddire i risultati cui è giunta la scuola giuseconomica classica, la quale ha mostrato un atteggiamento di marcato sfavore per la clausola di buona fede, suggerendone un'interpretazione restrittiva, destinata ad assumere rilievo nelle sole ipotesi di manifesto approfittamento di un indebito vantaggio; nella visione prospettata dalla Scuola di Chicago, la previsione di un dovere implicito di buona fede altera il processo di allocazione delle risorse e di distribuzione dei rischi tra i contraenti, di cui si presume la piena razionalità, senza che da ciò discenda una tangibile riduzione dei costi di transazione¹⁶. Nella logica sottesa a tale orientamento, la previsione di un dovere implicito di buona fede rappresenterebbe un disincentivo per i contraenti nella opportuna attività di prevenzione dell'altrui inadempimento o degli altrui comportamenti opportunistici.

La patente contraddizione tra i diversi esiti germinati in seno all'analisi economica del diritto deve oggi essere coordinata con quelle ricerche che hanno

15 Così BURTON, S.J.: "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harvard Law Review*, vol. 94, 1980, p. 369, trad. it., "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 13 ss., e BURTON, S.J.: "Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code", *Iowa Law Review*, vol. 67, 1981, pp. 1 ss.

16 In questo senso, tra gli altri, v. FISCHER, D.: "The Economics of Lender Liability", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, p. 131.

evidenziato come i comportamenti dei singoli vengano influenzati non soltanto da motivatori estrinseci quali le norme giuridiche, ma anche da motivatori intrinseci, quale la predisposizione per un comportamento reciprocamente corretto. Come si è già evidenziato, difatti, non tutti i contraenti vengono guidati dalle sole logiche self-interested, ma mostrano una predisposizione, dipendente da una pluralità di fattori, per un comportamento comunque tendente alla reciproca correttezza¹⁷. In questo senso, si è rilevato l'errore della tradizionale analisi economica del diritto, nelle diverse varianti, nel ritenere che solamente le norme giuridiche sono in grado di imporre all'individuo self-interested un comportamento cooperativo, ignorando nei modelli d'indagine che questi può anche essere motivato da un personale desiderio di correttezza e reciprocità.

V. BUONA FEDE E RAGIONEVOLEZZA.

A partire dalla metà del secolo scorso, nel common law nordamericano si osserva una coesistenza di rules (norme dettagliate) e standard (clausole generali), anche se il movimento del legal realism presto pone una chiara enfasi sui secondi rispetto alle prime. La flessibilità dello standard rende la regola giuridica atta a meglio "assorbire" i cambiamenti sociali, un fine propugnato soprattutto da Llewellyn. In particolare, lo standard di buona fede viene espresso attraverso diverse formulazioni: oltre che nel già citato § 205 Restatement 2nd of Contracts, anche il § 90, dedicato al promissory estoppel, fa frequentemente uso di standard, come ad esempio nelle espressioni "to avoid injustice" o "as justice requires". Di nuovo, anche nello Uniform Commercial Code, l'art. 1-201 definisce la buona fede come "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing", così peraltro collegandola espressamente alla nozione di ragionevolezza¹⁸.

La ragionevolezza rappresenta uno standard empirico di valutazione ed è uno dei principi fondamentali della concezione pragmatica del diritto, tipica dei sistemi di common law. In questo contesto, il concetto di ragionevolezza trova espressione nella figura della reasonable person, che si pone come esempio ideale di comportamento socialmente accettabile, basato sul buon senso¹⁹. In particolare

17 Tra i principali studi che evidenziano un simile fenomeno, cfr. ANDREONI, J.: "Impure altruism and donations to public goods: A theory of warm-glow giving", *Economic Journal*, vol. 100, 1990, pp. 464-477; FREY, B.S.: "Shirking or work morale? The impact of regulating", *European Economic Review*, vol. 37, 1993, pp. 1523-1532; A.A.VV.: *Moral Sentiments and Material Interests. The Foundations of Cooperation in Economic Life* (edited by H. Gintis, S. Bowles, R. Boyd, and E. Fehr), The MIT Press, Cambridge, 2005, pp. 277 ss.; BOHNET, I. - FREY, B.S. e HUCK, S.: "More Order with Less Law: On Contract Enforcement, Trust and Crowding", *American Political Science Review*, vol. 95, 2001, p. 131.

18 Cfr. CRISCUOLI, G.: "Buona fede e ragionevolezza", *Rivista di diritto civile*, 1984, I, pp. 709 ss., spec. pp. 721 ss.; ma anche, più recentemente, NAVARRETTA, E.: "Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo", *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 953 ss.

19 STEYN, J.: "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men", *Law Quarterly Review*, 1997, pp. 438 ss., spec. pp. 450 ss.

nel diritto contrattuale, la ragionevolezza può svolgere un ruolo determinante, tra l'altro, nel controllo della validità dei patti di non concorrenza oppure con riferimento alle implied terms, cioè quelle clausole che soggetti ragionevoli avrebbero inserito nel contratto se fossero stati consapevoli di una lacuna.

Anche in Europa, la ragionevolezza sembra porsi come il riflesso comunitario della buona fede. Tuttavia, pur potendo sembrare dei sinonimi²⁰, le due nozioni presentano caratteristiche diverse. Mentre la buona fede viene utilizzata come strumento per garantire l'equilibrio del sinallagma e preservare il contratto, la ragionevolezza, sebbene svolga in alcuni casi la stessa funzione, opera anche come elemento di qualificazione. Ad esempio, caratterizza le aspettative delle parti contraenti o il termine per l'adempimento²¹. Pertanto, il principio di ragionevolezza funge da criterio per qualificare un elemento del contratto o una convinzione, con l'obiettivo di fornirle un fondamento obiettivo²².

Com'è noto, la buona fede oggettiva si pone come criterio per valutare per la condotta delle parti durante la fase precontrattuale²³, o come strumento di interpretazione del contratto²⁴, oppure ancora come criterio al quale le parti devono conformare la propria condotta durante l'esecuzione delle prestazioni²⁵. Inoltre, la clausola di buona fede è coinvolta nel processo di integrazione del contratto, insieme ad altre fonti di integrazione come gli usi e l'equità, attraverso l'intermediazione della legge²⁶.

Dal canto suo, l'analisi comparatistica consente di mettere in relazione le nozioni di reasonableness e buona fede per il tramite del divieto di abuso del diritto²⁷. Non è questa la sede ovviamente per approfondire questa relazione

20 Cfr. art. I:302 PECL.

21 Cfr., rispettivamente, art. 2, comma 2°, lett. d), dir. n. 99/44/CE, sulla vendita di beni di consumo, che parla delle aspettative ragionevoli del consumatore con riguardo a qualità e prestazioni abituali di un bene, e art. 3, comma 3°, dir. cit., che parla di "tempo ragionevole" entro cui il professionista è tenuto ad effettuare la riparazione o la sostituzione del bene non conforme.

22 Cfr. PATTI, S.: *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 29 ss.; TROIANO, S.: "Ragionevolezza (diritto privato)", *Enc. del dir., Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 763 ss.; ZORZETTO, S.: *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano, 2008, spec. pp. 256 ss.

23 Cfr. art. 1337 cod. civ.

24 Cfr. art. 1366 cod. civ. E per uno sguardo comparatistico, cfr. VIGLIONE, F.: "Good Faith and Reasonableness in Contract Interpretation: A Comparative Perspective", *European Business Law Review*, vol. 20, 2009, pp. 835 ss.

25 Cfr. art. 1375 cod. civ.

26 Cfr. RODOTÀ, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.

27 Cfr. CRUCIANI, L.: "Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto", *Rivista critica diritto privato*, 2011, 473 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: "Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, II, pp. 139 ss.; BONANZINGA, R.T.: "Abuso del diritto e rimedi esperibili", e LAS CASAS, A.: "Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario", entrambi in www.comparazioneedirittocivile.it; PANZANI, L.: "Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera", *Giustizia civile*, 2014, pp. 707 ss. Per il diritto unionale in particolare, cfr. ADINOLFI, A.: "La nozione di 'abuso di diritto' nell'ordinamento dell'unione europea", *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp.

triangolare, ma in estrema sintesi si può affermare che la tipica nozione europea abuso del diritto trova nella reasonableness il suo equivalente funzionale nel common law (soprattutto degli Stati Uniti). La nozione in parola infatti si rinviene in tema di nuisances, tortious interference with contractual relations e dispute sindacali²⁸, oppure parlando di “duress, good faith (...) misuse of copyright and patent rights”²⁹. In questi settori, la reasonableness svolge nel common law le funzioni che l'abuso del diritto³⁰ esercita in ambito europeo³¹. D'altra parte, com'è stato spiegato, “a doctrine of abuse of rights is necessary only if the rights are proclaimed in generous terms; if they are initially hedged with qualifications, it may not be required at all. The former is the French legislative method; the latter is peculiar to the common-law tradition of England, which affects the style of legislation as well as its construction. If a right arises at common law, the authority for it will be a judicial decision in typically narrow terms, obiter and unauthoritative in so far as it goes beyond the facts under review; English statutes also make every effort to avoid appearing to grant a broadly stated right, and even when a right is indubitably conferred, the judges are there to state that the legislature has at the same time impliedly restricted it”³².

Così, in Europa, l'esercizio di un diritto al di là del (o addirittura contro il) fine per cui era stato attribuito è sempre stato posto in relazione con concetto di buona fede, almeno nell'ambito contrattuale. Nei sistemi angloamericani, invece è la ragionevolezza a svolgere il ruolo di equivalente funzionale dell'abuso, che si configura come una sorta di ideale trait d'union tra la buona fede del civil law e la reasonableness del common law. I due concetti, tuttavia, pur collegati tra di loro, non vanno appiattiti l'uno sull'altro. Sia in tema di promissory estoppel³³ sia in tema di legislazione consumeristica, ad esempio, la clausola di ragionevolezza serve a tracciare più marcatamente i confini dell'affidamento altrui giuridicamente rilevante. L'affidamento meritevole di tutela, cioè basato sulla buona fede, è solo quello che può essere considerato ragionevole, ossia quello che si ricava dalla realtà delle transazioni e si sviluppa in una persona di equilibrio e buon senso comuni.

329 ss., e LENAERTS, A.: “The general principle and the prohibition of abuse of rights: a critical position on its role in a codified European contract law”, *European Review of Private Law*, vol. 18, 2010, pp. 1128 ss.

28 Cfr. DI ROBILANT, A.: “Abuse of rights: the continental drug and the common law”, *Hastings Law Journal*, vol. 61, 2010, pp. 687 ss.

29 PERILLO, J.M.: “Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept”, *Pacific Law Journal*, 1995, vol. 27, pp. 37 ss., spec. p. 40.

30 Nel senso che abusare di un diritto significherebbe utilizzarlo in modo irragionevole.

31 MONATERI, P.G.: “Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)”, in AA.VV., *L'abuso del diritto, Diritto Privato*, III, Cedam, Padova, 1997, pp. 95 ss., rileva peraltro che la teoria dell'abuso, piuttosto che garantire una riallocazione ottimale per la società nel suo complesso, determina esclusivamente il vantaggio non compensato di una delle parti coinvolte nel rapporto, di fatto “in base a direttive politiche non predeterminabili”.

32 Cfr. CATALA, P. e WEIR, J.A.: “Delict and Torts: A Study in Parallel, Part II”, *Tulane Law Review*, vol. 38, 1964, pp. 221 ss., spec. pp. 237 s.

33 Cfr. § 90 *Restatement 2nd of Contracts*, e anche appena sopra.

VI. CONCLUSIONI.

Il modello neoclassico dell'omo oeconomicus, ossia di un soggetto informato che prende decisioni del tutto razionali³⁴, è stato messo in crisi, sotto il profilo che qui più interessa, soprattutto dalla teoria della razionalità limitata di Simon, che per primo stabilisce una relazione tra diritto, economia e scienze comportamentali³⁵. La razionalità limitata sorge quando le informazioni non sono disponibili o sono disponibili a costi di transazione troppo alti oppure ancora sono disponibili e financo corrette ma il processo decisionale del soggetto è viziato, cioè non punta alla massimizzazione del benessere - proprio o collettivo - bensì ad una soluzione tutt'al più adeguata (satisficing³⁶).

Dunque, se da un lato l'idea dei costi di transazione di Ronald Coase aveva già abbattuto uno dei pilastri del modello neoclassico - e cioè l'assunto secondo cui lo scambio e le informazioni necessarie per effettuarlo fossero sostanzialmente gratuiti - il concetto di razionalità limitata mette in discussione il dogma della piena razionalità dei soggetti che devono prendere una decisione. In virtù di questo nuovo paradigma metodologico, quindi, una qualunque scelta, anche presa esclusivamente nel proprio interesse, si rivela un'illusione, richiedendo calcoli probabilistici troppo complessi³⁷.

Per di più anche la decisione ritenuta satisficing è variabile, non solo da un soggetto all'altro, ma anche nel tempo, in reazione a input esterni. In altre parole, essa non esiste neppure in astratto poiché l'assunzione di informazioni (non solo ha un costo ma) è impossibile da massimizzare, atteso che si ammette ora la dinamicità del processo di apprendimento che permette al soggetto di modificare le proprie preferenze. L'efficienza della regola giuridica, dunque, va analizzata non

34 In precedenza, la validità del modello neoclassico - che presuppone inoltre l'esistenza di mercati perfettamente competitivi ove il sistema dei prezzi permette lo scambio di risorse limitate - era già stata incrinata, su tutti, da COASE, R.: "The Problem of Social Cost", *Journal Of Law And Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1 ss., che per primo introduce la nozione di transaction cost. Essa consiste in tutto ciò che rende difficile o costoso per due o più parti il raggiungimento di uno scambio reciprocamente vantaggioso, a partire dalla ricerca dei potenziali contraenti (search costs), alla mancata conclusione del contratto per la presenza, ad esempio, di asimmetrie informative (bargaining costs), per finire con la difficoltà a far rispettare l'accordo dopo la sua conclusione (enforcement costs). Dal punto di vista dell'economia, la legge dovrebbe quindi svolgere due funzioni fondamentali: ridurre i costi di transazione e allocare diritti e obblighi in modo efficiente (così da evitare una - forse persino troppo - costosa riallocazione). In seguito, WILLIAMSON, O.: *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*, Free Press, New York, 1985, raffina l'idea di Coase - che aveva riflettuto su come la legge potesse allocare in modo efficiente i diritti di proprietà (specialmente quando fosse impossibile farlo attraverso il contratto) - occupandosi dei costi di transazione stessi, in particolare di cosa determini il loro ammontare e di come possano essere ridotti da un buon design contrattuale. Detto altrimenti, questa prospettiva mette al centro gli accordi tra privati, piuttosto che il diritto di matrice legislativa o giurisprudenziale.

35 Cfr., tra tutti, SIMON, H.: "A Behavioral Model of Rational Choice", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, 1955, pp. 99 ss., ma anche SIMON, H.: "Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science", *The American Economic Review*, vol. 49, 1959, pp. 253 ss.

36 Trattasi di un neologismo sincratico derivante dalla fusione delle parole satisfy (soddisfare) e suffice (bastare, essere sufficiente).

37 Cfr. SIMON, H.: "Theories of Decision-Making", cit., p. 266.

solo alla luce dei risultati che produce in un dato momento storico (ad esempio, alla stipula del contratto), ma anche in vista delle reazioni che potrebbe produrre in futuro³⁸.

Risulta quindi di fondamentale importanza studiare gli errori cognitivi (c.d. bias) del processo di apprendimento, ossia tra gli altri, la parziale incapacità di prevedere l'intensità, la durata e l'impatto dei propri sentimenti nel futuro; o la tendenza a dare maggior peso alle circostanze future che a quelle presenti; oppure ancora l'effetto contesto (c.d. framing), a causa del quale diverse formulazioni del medesimo problema inducono a prendere decisioni differenti.

Peraltro, il bias non è l'unica componente dell'errore nel processo cognitivo. Ora infatti ne è stato messo in luce anche un altro profilo, il "rumore"³⁹. Se il bias, infatti, è il c.d. errore medio – rilevabile quando, in un insieme di giudizi, la maggior parte degli errori va sistematicamente nella stessa direzione –, il rumore deriva dalla inaffidabilità dello strumento di misurazione che applichiamo alla realtà determinando così una variabilità di giudizi che dovrebbero essere identici (come ad esempio, le decisioni giurisdizionali)⁴⁰.

Al fine di abbassare il rumore, sembrerebbe preferibile l'adozione di una rule, invece che di uno standard⁴¹, perché effettivamente la prima riduce di gran lunga la discrezionalità di chi è chiamato ad applicarla⁴². Entrambe però hanno dei costi. Se

38 L'idea di razionalità limitata è stata poi ulteriormente sviluppata nella teoria del prospetto, che descrive il comportamento di chi deve prendere una decisione in condizioni di rischio, ossia in cui è possibile stimare la probabilità associata ai possibili esiti (cfr. ancora KAHNEMAN, D. e TVERSKY, A.: "Prospect theory", cit.). L'esempio più celebre è senz'altro il c.d. "problema della malattia asiatica": cfr. TVERSKY, A. e KAHNEMAN, D.: "The framing of decisions and the psychology of choice", *Science*, 1981, vol. 211, pp. 453 ss. In questo esperimento, un gruppo di soggetti deve scegliere tra due programmi per combattere una malattia che si prevede ucciderà 600 persone. Se si adotta il programma A, si salveranno 200 persone; se si adotta il programma B, c'è un terzo di probabilità che si salvino 600 persone e due terzi che non se ne salvi nessuna. Un altro gruppo di soggetti sceglie tra i programmi descritti in termini di vite perse. Se si adotta il programma C, moriranno 400 persone, mentre se si adotta il programma D c'è un terzo di probabilità che non muoia nessuno e due terzi che muoiano 600 persone. I programmi A e B sono del tutto equivalenti ai programmi C e D rispettivamente, eppure le risposte dei due gruppi sono state profondamente diverse. Nel primo gruppo, il programma A è stato scelto nel 72% dei casi e il programma B nel restante 28%; nel secondo gruppo, la scelta prioritaria (78%) è caduta sul programma D, mentre il programma C è stato preferito solo nel restante 22% dei casi. Detto altrimenti, quando i risultati alternativi erano formulati positivamente in termini di vite salvate, i soggetti preferivano l'opzione certa. Quando i risultati erano formulati negativamente in termini di vite perse, era preferita l'opzione rischiosa.

39 Cfr. KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, Torino, 2021.

40 Detto altrimenti, il bias è deviazione sistematica, il rumore è dispersione casuale. E, al contrario di ciò che suggerirebbe il senso comune, nei sistemi rumorosi, "gli errori non si compensano. Si sommano", perché se "due criminali che dovrebbero essere entrambi condannati a cinque anni di reclusione ricevono, rispettivamente, una condanna a tre anni e una a sette anni, non possiamo dire che, in media, sia stata fatta giustizia": così KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore*, cit., p. 37.

41 Per la distinzione, v. sopra, § 5.

42 Stabilito una rule, la legge impone di guidare sotto i 50 km/h in città; fissando uno standard, invece, la legge impone di guidare con prudenza. Si pensi però alla regola del "Three strikes and you're out" – secondo cui riconosciuto colpevole di un terzo reato, l'imputato dev'essere condannato al massimo della pena (cfr. Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994 - Pub. L. 103-322): anche in presenza

da un lato, la regola sembra avere dei costi decisionali più bassi vista la sua semplicità applicativa, dall'altro può non essere semplice formularla in prima istanza. È proprio per questo motivo, tra l'altro, che ogni ordinamento in misura maggiore o minore fa uso di espressioni come ragionevolezza, buona fede, diligenza, prudenza, perizia etc. (ossia di standard). Inoltre, anche l'errore in sé e per sé potrà avere un costo diverso. Generalmente, con un decisore affidabile, lo standard potrà funzionare bene creando poco rumore. Ma non è detto che, per converso, al decisore poco affidabile debba necessariamente essere deputata l'applicazione di regole: infatti, l'applicazione errata dello standard potrebbe causare numerosi errori ma poco rilevanti (e quindi ritenersi tollerabile), mentre "una regola potrebbe provocare pochi errori ma catastrofici"⁴³.

Atteso che dunque l'adozione di comportamenti irrazionali è più che una possibilità, essa dovrà necessariamente essere presa in considerazione da chi pone in essere la regola giuridica (di origine legislativa, giurisprudenziale o contrattuale). Peraltro, si sarà anche costretti a ridimensionare l'effetto di deterrenza del sistema sanzionatorio – ossia la sua concreta efficacia nel disincentivare condotte ritenute non desiderabili –, posto che incentivi e disincentivi presuppongono un soggetto pienamente razionale. Certo, la rule perfetta non provocherà errori, ma è sempre raro trovarne. Dunque, "dobbiamo abbandonare l'arrogante convinzione che il mondo sia solo un rompicapo da risolvere, una macchina con istruzioni per l'uso in attesa di essere scoperta, un corpus di informazioni da dare in pasto ad un computer nella speranza che, prima o poi, sputi fuori una soluzione universale."⁴⁴.

di una regola, non è possibile verificare la sussistenza di una "discrezionalità sommersa", ossia la frequenza con cui un pubblico ministero declini di richiedere il rinvio a giudizio contro chi sia già stato condannato due volte: cfr. KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore*, cit., p. 416. Per una disamina di questa particolare politica criminale (ma la letteratura sul punto è sterminata), cfr. SCHIRALDI, V. – COLBURN, J. - LOTKE, R.: *Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 Years After Their Enactment*, The Justice Policy Institute, Washington-DC, 2004.

È evidente invece che applicando uno standard, ad essere garantita è proprio la discrezionalità dell'interprete, come quando si discute, tra l'altro, di buona fede o di ragionevolezza.

43 Cfr. KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore*, cit., p. 417.

44 Cfr. HAVEL, V.: "The End of the Modern Era", *The New York Times*, 1.3.1992.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Moral Sentiments and Material Interests. The Foundations of Cooperation in Economic Life* (edited by H. Gintis, S. Bowles, R. Boyd, and E. Fehr), The MIT Press, Cambridge, 2005, pp. 277 ss.

ADINOLFI, A.: "La nozione di 'abuso di diritto' nell'ordinamento dell'unione europea", *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 329 ss.

ANDREONI, J.: "Impure altruism and donations to public goods: A theory of warm-glow giving", *Economic Journal*, vol. 100, 1990, pp. 464 ss.

BELLANTUONO, G.: "Contratti incompleti e norme sociali", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 261 ss.

BISHOP, J.P.: *The doctrines of the law of contracts, in their principal outlines, stated, illustrated, and condensed*, F.H. Thomas and Co., St. Louis, 1878.

BOHNET, I. - FREY, B.S. e HUCK, S.: "More Order with Less Law: On Contract Enforcement, Trust and Crowding", *American Political Science Review*, vol. 95, 2001, pp. 131 ss.

BONANZINGA, R.T.: "Abuso del diritto e rimedi esperibili", www.comparazioneirittocivile.it.

BURTON, S.J.: "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harvard Law Review*, vol. 94, 1980, pp. 369 ss., trad. it., "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 13 ss.

BURTON, S.J.: "Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code", *Iowa Law Review*, vol. 67, 1981, pp. 1 ss.

CATALA, P. e WEIR, J.A.: "Delict and Torts: A Study in Parallel, Part II", *Tulane Law Review*, vol. 38, 1964, pp. 221 ss.

COASE, R.: "The Problem of Social Cost", *Journal of Law And Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1 ss.

COOTER, R.B. e ULEN, T.: *Law and Economics*, Berkeley Law Books, Berkeley, 2016.

CRISCUOLI, G.: "Buona fede e ragionevolezza", *Rivista di diritto civile*, 1984, I, pp. 709 ss., spec. pp. 721 ss.

CRUCIANI, L.: "Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto", *Rivista critica diritto privato*, 2011, pp. 473 ss.

DEAKIN, S. e MICHIE, J.: *Contracts, Co-operation and Competition. Studies in Economics, Management and Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

DI ROBILANT, A.: "Abuse of rights: the continental drug and the common law", *Hastings Law Journal*, 2010, vol. 61, pp. 687 ss.

FARNSWORTH, E.A.: *The Concept of Good Faith in American Law*, Centro Studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, collana "Saggi, Conferenze e Seminari", num. 10, 1993.

FISCHEL, D.: "The Economics of Lender Liability", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, pp. 131 ss.

FREY, B.S.: "Shirking or work morale? The impact of regulating", *European Economic Review*, vol. 37, 1993, pp. 1523 ss.

GÜTH, W. - SCHMITTBERGER, R. e SCHWARZE, B.: "An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining", *Journal of Economic Behaviour and Organization*, vol. 3, 1982, pp. 367 ss.

GÜTH, W. e TIETZ, R.: "Ultimatum Bargaining Behavior", *Journal of Economic Psychology*, vol. 11, 1990, pp. 417 ss.

HARRIS, D.: "Incentives to Perform or Break Contracts", *Current Legal Problems*, vol. 45, 1992, pp. 29 ss.

HARRISON, J.L.: "Egoism, Altruism, and Market Illusions: The Limits of Law and Economics", *UCLA Law Review*, vol. 33, 1986, pp. 1309 ss.

HAVEL, V.: "The End of the Modern Era", *The New York Times*, 1.3.1992.

KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, Torino, 2021.

KAHNEMAN, D. e TVERSKY, A.: "Prospect theory: An analysis of decisions under risk", *Econometrica*, vol. 47, 1979, pp. 313 ss.

LAS CASAS, A.: "Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario", www.comparazioneedirittocivile.it.

LENAERTS, A.: "The general principle and the prohibition of abuse of rights: a critical position on its role in a codified European contract law", *European Review of Private Law*, vol. 18, 2010, pp. 1128 ss.

MONATERI, P.G.: "Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)", in AA.VV., *L'abuso del diritto, Diritto Privato*, III, Cedam, Padova, 1997, pp. 95 ss.

MURIS, T.J.: "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts", *Minnesota Law Review*, vol. 65, 1981, pp. 577 ss.

NAVARRETTA, E.: "Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo", *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 953 ss.

PANZANI, L.: "Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera", *Giustizia civile*, 2014, pp. 707 ss.

PATTI, S.: *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013.

PERILLO, J.M.: "Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept", *Pacific Law Journal*, vol. 27, 1995, pp. 37 ss.

RENDA, A.: "Cogito, erro, sum. Spigolature su alcuni errori nella 'scienza economica'", *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 2005, pp. 72 ss.

RODOTÀ, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.

SCHIRALDI, V. – COLBURN, J. - LOTKE, R.: *Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 Years After Their Enactment*, The Justice Policy Institute, Washington-DC, 2004.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, II, pp. 139 ss.

SIMON, H.: "A Behavioral Model of Rational Choice", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, 1955,, pp. 99 ss.

SIMON, H.: "Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science", *The American Economic Review*, vol. 49, 1959, pp. 253 ss.

STEPHEN, F.H.: *The Economics of the Law*, Prentice Hall, Brighton, 1988.

STEYN, J.: "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men", *Law Quarterly Review*, 1997, pp. 438 ss.

SUMMERS, R.: "The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law: A General Account", in R. Zimmermann e S. Whittaker: *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

SUMMERS, R.S.: "'Good Faith' in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, vol. 54, 1968, pp. 235 ss.

SUMMERS, R.S.: "The General Duty of Good Faith. Its Recognition and conceptualization", *Cornell Law Review*, vol. 67, 1982, pp. 810 ss.

TREBILCOCK, M.J.: *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

TROIANO, S.: "Ragionevolezza (diritto privato)", *Enc. del dir., Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 763 ss.

TVERSKY, A. e KAHNEMAN, D.: "The framing of decisions and the psychology of choice", *Science*, vol. 211, 1981, pp. 453 ss.

VELJANOVSKI, C.G.: "The Economic Approach to Law: A Critical Introduction", *British Journal of Law and Society*, núm. 7, 1980, pp. 162 ss.

VIGLIONE, F.: "Good Faith and Reasonableness in Contract Interpretation: A Comparative Perspective", *European Business Law Review*, vol. 20, 2009, pp. 835 ss.

WILLIAMSON, O.: *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting*, Free Press, New York, 1985.

ZORZETTO, S.: *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

LA DONACIÓN OBLIGACIONAL EN LA
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA
OBLIGATIONAL DONATION IN SPANISH CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 416-461

José María
CARDÓS
ELENA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Desde hace más de cuarenta años, la jurisprudencia española afirma que la donación regulada en el CC tiene eficacia inmediatamente traslativa, por lo que la perfección del negocio comporta la transmisión del derecho real a favor del donatario, sin necesidad de entrega o tradición. Ello plantea la posibilidad de celebrar un contrato de donación obligacional, en el que el donatario no adquiriría un derecho real sobre la cosa donada hasta la entrega o tradición realizada por el donante. En la doctrina española, es habitual afirmar que la jurisprudencia no admite las donaciones obligacionales. Sin embargo, un atento examen de la jurisprudencia permite constatar que el Tribunal Supremo las ha admitido implícitamente en numerosas ocasiones, y que las Audiencias Provinciales han afirmado expresamente su validez y eficacia durante el último cuarto de siglo, en consonancia con el criterio doctrinal mayoritario.

PALABRAS CLAVE: Eficacia traslativa de la donación; donación dispositiva; donación obligacional; jurisprudencia española sobre la donación obligacional.

ABSTRACT: *For over forty years, Spanish case law has held that the donation regulated in the Spanish Civil Code has immediate transfer efficacy, so that the perfection of the donation entails the transfer of the real right in favour of the donee, without the need for delivery or tradition. This suggests the possibility of concluding a contract of obligational donation, in which the donee would not acquire a real right over the donated goods until the delivery or tradition carried out by the donor. In Spanish legal doctrine, it is customary to state that case law does not admit obligational donations. However, a careful examination of the case law shows that the Spanish Supreme Court has implicitly admitted them on various occasions, and that the Provincial Courts have expressly affirmed their validity and effectiveness over the last quarter of a century, in line with the majority doctrinal criterion.*

KEY WORDS: *Transfer efficacy of the donation; translative donation; obligational donation; Spanish case law on obligational donation.*

SUMARIO.- I. LA EFICACIA TRANSMISIVA DE LA DONACIÓN EN EL CC SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO.- 1. La donación en el CC. 2. Posición de la jurisprudencia más reciente.- II. LA DONACIÓN OBLIGACIONAL.- 1. Concepto y características.- 2. Diferencias con la promesa o precontrato de donación.- III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL.- 1. Sentencias favorables a la donación como contrato obligacional.- 2. Sentencias que aludieron a “promesas de donación” distinguibles de la donación obligacional.- 3. Sentencias aparentemente contrarias a la donación obligacional.- 4. Sentencias que eludieron pronunciarse sobre la donación obligacional.- IV. JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES SOBRE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL.- V. CONCLUSIONES.- 1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.- 2. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

I. LA EFICACIA TRANSMISIVA DE LA DONACIÓN EN EL CC SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO.

I. La donación en el CC.

Como es sabido, el CC español se ocupa la donación en el Título II del Libro Tercero, denominado “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, y no en el Libro Cuarto, titulado “De las obligaciones y contratos”. Además, el art. 609 CC, que constituye la “Disposición preliminar” del Libro Tercero, dice en su párrafo segundo que “la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”, de tal forma que se coloca a la donación al mismo nivel que la ocupación y las sucesiones por causa de muerte, y se distingue de “ciertos contratos” que transmiten los derechos reales “mediante la tradición”, como la compraventa o la permuta, que se rigen por el sistema del título y el modo (arts. 1095, 1445 y 1538 CC, entre otros).

Por otro lado, una atenta lectura del Título Segundo del Libro III del CC permite concluir que la donación tiene una eficacia transmisiva directa, de tal suerte que el donatario adquiere el derecho real sobre la cosa donada sin necesidad de entrega o tradición. El art. 618 CC dice que mediante la donación “una persona dispone gratuitamente de una cosa”. El art. 624 CC señala que “podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes”. El art. 634 CC dispone que la donación podrá comprender los bienes presentes del donante, a la par que el art. 635 CC dice que “la donación no podrá comprender los bienes futuros”, que se definen como “aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación”. Además, es perfectamente constatable que el CC en ningún momento afirma que el donante esté obligado a entregar al donatario las cosas donadas.

• **José María Cardós Elena**

Abogado, Profesor Asociado de Derecho Civil, Universitat de València. jose.maria.cardos@uv.es

A pesar de estos elementos sistemáticos y normativos, cuya fuerza acumulativa es innegable, buena parte de la doctrina más influyente afirmó reiteradamente hasta mediados del siglo XX que la donación precisaba la entrega o tradición de los bienes donados para producir la transmisión del derecho real al donatario¹. Puede que este planteamiento, ajeno a la regulación positiva, obedeciese a una interpretación anclada en la inercia histórica, ya que en el Derecho castellano anterior a la entrada en vigor del CC la donación tenía una eficacia obligacional. Partidas 5.4.4 decía que “quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenuto es de complir la aquel que la faze, o sus herederos”².

Sin embargo, algunos de los primeros comentaristas del CC ya sostuvieron a finales del siglo XIX que según el CC la perfección de la donación comportaba la transmisión del derecho real al donatario, sin necesidad de entrega o tradición³. Tal planteamiento fue reiterado de manera extensa y monográfica por diversos autores a lo largo del siglo XX⁴, hasta el punto de que los autores que durante

- 1 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española*. Tomo Tercero. *Derechos Reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, 2ª ed., Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, pp. 204-205; DE BUEN LOZANO, D.: *Curso elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colin y H. Capitant. Con notas sobre el Derecho Civil español*. Tomo Octavo y último. *Derecho Sucesorio. Donaciones*. Ausencia, Reus, Madrid, 1928, pp. 453-454; DE DIEGO GUTIÉRREZ, F.C.: *Instituciones de Derecho Civil Español*. Tomo II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930, p. 198; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral. Obra ajustada al programa para las oposiciones a Notarías determinadas*. Tomo III. *Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos)*. *Derecho de familia*, 6ª ed., Reus, Madrid, 1944, p. 105; PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo IV. *Obligaciones y contratos*. Vol. II. *De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, p. 179; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*. Vol. III. *Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 416-417.
- 2 El texto de las Partidas se ha tomado de LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez*. Quinta Partida, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555.
- 3 APALATEGUI OCEJO, P., y OYUELOS PÉREZ, R.: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial*. Tomo XI. *Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896, pp. 385-387, 393, 400; MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo V, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896, pp. 58-63; BONEL Y SÁNCHEZ, L.: *Código Civil español. Comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los Códigos Civiles de la mayor parte de los países de Europa y América*. Tomo III. Libro III, A. López Robert Impresor, Barcelona, 1890, pp. 15, 71-72, 76.
- 4 VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo III. *Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, 2ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920, pp. 392, 394; CALVO SORIANO, A.: “Donación y tradición”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 3, 1946, pp. 449-451, 454-459, 466-467, 471; NÚÑEZ-LAGOS MORENO, R.: “Pago de lo indebido sin error”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 179, 1946, pp. 141-144; SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, J.: “Sobre la naturaleza y la forma de la donación”, *Información Jurídica*, núm. 112, 1952, pp. 806-807; VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: “Donación, condición y conversión jurídica material”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, 1952, pp. 1224-1227; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Volumen II. *Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 63-67; FERRANDIS VILELLA, J.: “Donación traslativa y contrato de donación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núms. 8 y 9, 1960, pp. 358, 361; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: “Los artículos 623 y 629 del código civil y la naturaleza de la donación”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 48, 1964, pp. 275-299; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, 1966, pp. 563.

las últimas décadas han afirmado que la donación se sitúa dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo constituyen una clara minoría⁵.

2. Posición de la jurisprudencia más reciente.

Desde 1982, diversas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo han manifestado claramente que a la vista del contenido del CC, la donación es un negocio dispositivo, que transmite los derechos reales de manera concomitante con la perfección del negocio, sin necesidad de que el donante entregue las cosas donadas al donatario.

La STS 22 junio 1982⁶ dijo que según el CC la donación es un “negocio con formas propias (artículos 632 y 633) y también, según la definición del 618, esencialmente dispositivo, carácter que no se pierde ni siquiera cuando concurre con la donación -esencialmente traditoria siempre- la condición, la cual habrá de entenderse afectante a la donación misma, de tal suerte que la propiedad de la cosa se adquiera por modo automático, producido que sea el evento en que la condición consista (en el caso, el esmerado cuidado, etcétera) y sin otro momento de voluntad del donante (en el caso, indispensable, según los términos del documento), de tal suerte que la supuesta obligación de donar no pueda existir ni funcionar de otro modo que, una vez efectuada la donación, excluyendo el juego de la ‘condictio indebiti’ (artículo 1.101), como ha puesto de relieve la mejor doctrina”.

La STS 22 diciembre 1986⁷ afirmó que “a partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad del donatario, a diferencia del régimen de la compraventa en que ha de terciar un mecanismo traslativo del dominio y que sin duda es un fenómeno distinguible de los propios modos de adquirir la propiedad que enuncian el citado artículo 609 y el 1.095 consistente en la entrega, *datio rei*, *datio possessionis*, signo exterior denotador de la transmisión dominical al consistir

5 LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 60; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.: “La naturaleza de la donación”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, 2001, pp. 94-95; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y contratos. Volumen 2º*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2001, pp. 80-81; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La donación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pp. 29-35; OSSORIO SERRANO, J.M., en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coord. por F.J. SÁNCHEZ CALERO), IIª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 281-283.

6 STS 22 junio 1982 (RJ 1982, 3437).

7 STS 22 diciembre 1986 (RJ 1986, 7795).

en un signo exterior de reconocibilidad del dominio en favor del cesionario, indispensable ya que el artículo repetidamente citado es reflejo de la primera parte de la base 20 de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888. En el caso de las donaciones el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación según el artículo 633 en relación con el 1.462 y con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La forma exigida *ad solemnitatem* para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el artículo 609 de tal suerte que en aquélla la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya mientras que en la compraventa la entrega es cumplimiento de la obligación de entregar y tradición de efectos traslativos del dominio y antes de la cual la cosa permanece en el patrimonio de *tradens*".

La STS 25 septiembre 1993⁸ dirimió el conflicto de sucesivas transmisiones de un mismo panteón. La donación de la concesión administrativa del panteón fue reputada nula por tratarse de un bien inmueble (art. 334.10º CC) que no constaba en escritura pública (art. 633 CC). Además, el Tribunal entendió que el art. 1473 CC no resultaba aplicable para dirimir la preferencia de adquisiciones entre una compraventa y una donación, porque la compraventa transmite la propiedad solamente cuando se ha producido la entrega de las cosas vendidas, y "por el contrario, como entiende actualmente la doctrina predominante no es necesaria la tradición para la transmisión de la propiedad por donación para la transmisión de la propiedad por donación", reproduciendo literalmente lo que manifestó al respecto la STS 22 diciembre 1986.

La STS 14 octubre 2002⁹, en un litigio en el que se ejercitaron acumuladamente la acción reivindicatoria y la de deslinde, justificó el cumplimiento de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para el ejercicio de la primera, argumentando que "en cuanto al título de dominio de la actora consta en autos que ésta adquirió el dominio de la finca por donación que de la misma le hizo su madre en escritura pública de fecha 1 de octubre de 1992, «negocio dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al donatario» (sentencias de 22 de diciembre de 1986 y 25 de octubre de 1996)".

La STS 5 noviembre 2019¹⁰ también versó sobre una acción reivindicatoria. El debate litigioso se centró en si una donación efectuada en documento privado, no elevado a escritura pública, podía transferir la posesión en concepto de dueño, a efectos de hacer valer la usucapión extraordinaria. El demandante había

8 STS 25 septiembre 1993 (RJ 1993, 7654).

9 STS 14 octubre 2002 (RJ 2002, 10171).

10 STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4530).

adquirido la finca litigiosa en virtud de una escritura de donación otorgada en 1971. Posteriormente, el demandante otorgó a favor de la demandada un documento privado de donación que nunca se elevó a escritura pública. El Tribunal Supremo decidió que procedía revocar la Sentencia dictada en segunda instancia, y en su lugar, estimar la acción reivindicatoria, afirmando al efecto que “esta sala en sentencia 786/1986, de 22 de diciembre, declaró que en la donación se produce el traspaso de propiedad sin necesidad de tradición, al tratarse de un negocio jurídico dispositivo que no precisa de más colaboración del donante que la misma cesión o transferencia del dominio (art. 609 C. Civil). En el mismo sentido la sentencia 966 /1993, de 25 de octubre. Sentado lo declarado, debemos aceptar que procede la estimación de la acción reivindicatoria (art. 348 del C. Civil), al contar el demandante con el dominio de la finca, que le fue transmitido en virtud de la escritura pública de donación, constitutiva de la entrega”. En el supuesto enjuiciado, la donación de la demandada, que no cumplía con los requisitos formales legalmente exigidos, no constituía título hábil para poder esgrimir usucapión ordinaria; y aunque la donación sin forma sí puede servir para la usucapión extraordinaria, no habían transcurrido treinta años de posesión ininterrumpida, pacífica y a título de dueño. Por tanto, el Tribunal Supremo confirió eficacia dispositiva a la donación en la que el reivindicante fundamentó su derecho de propiedad, al equiparar la perfección del negocio con la transmisión del dominio.

Finalmente, la STS 24 marzo 2023^{II} calificó a la donación como “negocio jurídico dispositivo del dominio”, y añadió que “con carácter general la perfección de la donación y su efecto traslativo no se subordina en el caso de las donaciones modales u onerosas al cumplimiento de la carga o gravamen impuesto por el donante, sin perjuicio de la facultad de exigir su cumplimiento o su revocación”. Aunque la eficacia traslativa de la donación no fue la cuestión de fondo dilucidada, el Tribunal Supremo volvió a dejar constancia de que en una donación la transmisión del derecho real se produce simultáneamente a la perfección negocial.

II. LA DONACIÓN OBLIGACIONAL.

De conformidad con la actual jurisprudencia, la donación regulada en el Título II del Libro Tercero del CC tiene carácter dispositivo o inmediatamente traslativo. Así las cosas, cabe preguntarse si es posible que los particulares celebren donaciones obligacionales, sin eficacia transmisiva inmediata.

I. Concepto y características.

II STS 24 marzo 2023 (RJ 2023, 2130).

La donación obligacional es un contrato atípico, en virtud del cual una persona, denominada donante, se obliga gratuitamente a entregar una cosa a otra persona, denominada donatario, con la finalidad de transmitirle el derecho de propiedad o cualquier otro derecho real sobre la cosa entregada.

La perfección del contrato de donación obligacional, que se produce con el concurso del consentimiento del donante y del donatario, comporta el nacimiento de un derecho de crédito que ingresa directamente en el patrimonio del donatario, y cuyo contenido consiste en el derecho a reclamar la entrega de la cosa donada. Al mismo tiempo, el donante asume de una obligación, consistente en la entrega de la cosa donada.

Así las cosas, la perfección de la donación obligacional produce un empobrecimiento del donante y un correlativo enriquecimiento del donatario. Ciertamente, el donante no sufre una pérdida posesoria ni una pérdida patrimonial inmediata en el momento de celebración del contrato, pues sigue ostentando el derecho real sobre la cosa donada; pero sí que se incrementa su pasivo, al haber asumido una obligación de entrega, con lo que su patrimonio neto disminuye. Simultáneamente, el donatario obtiene un derecho de crédito; no adquiere de inmediato la posesión ni un derecho real sobre la cosa donada, pero sí un derecho personal a que la cosa donada le sea entregada, con lo que su patrimonio neto aumenta.

La transmisión del derecho real a favor del donatario se produce con la entrega material o simbólica de la cosa donada. En consecuencia, la donación obligacional se sitúa en el ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo. Es uno de esos “ciertos contratos” que transmiten la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes “mediante la tradición” (art. 609.II in fine CC).

Como todo contrato, la donación obligacional constituye una obligación civil vinculante (arts. 1091 y 1256 CC). En consecuencia, el donatario puede exigir al donante el cumplimiento forzoso de la entrega comprometida.

Parte de la doctrina ha llegado a calificar a la donación obligacional como una hipótesis absurda¹². No obstante, tal afirmación es excesiva y además inexacta, a la vista de diversas consideraciones:

- Por de pronto, la donación obligacional cuenta con un hondo arraigo en el Derecho histórico. Desde el Derecho justiniano, la donación precisaba la entrega

12 VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: “La donación «mortis causa» en el Código civil español”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 5, 1950, p. 685; MIGUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M.: “Donaciones en convenio regulador”, en AA.VV.: *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías. La jurista que se adelantó a su tiempo* (coord. por P. ABAD TEJERINA), Sepín, Las Rozas, 2021, p. 327.

de las cosas donadas para culminar la transmisión de la propiedad, y la mayor parte de los países europeos de la Edad Media y de la Edad Moderna mantuvieron esa misma mecánica transmisiva¹³. Buena prueba de ello es que en las Partidas la donación era un contrato obligacional.

- El Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil portugués de 1966 admiten expresamente la posibilidad de celebrar un contrato de donación obligacional, a pesar de que la regla general de sus respectivos Derechos es que los derechos reales se transmiten consensualmente, sin necesidad de entrega o tradición¹⁴.

- El *Draft Common Frame of Reference* europeo contempla una donación de bienes muebles de carácter obligacional¹⁵.

- La *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL contempla expresamente la posibilidad de celebrar donaciones obligacionales¹⁶.

13 COING, H.: *Derecho privado europeo. Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, pp. 610-611.

14 El art. 769 del Código Civil italiano de 1942 dice que “la donazione è il contratto col quale, per spiro di liberalità, una parte arrischisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione” (“la donación es un contrato por el cual, con espíritu de liberalidad, una parte enriquece a la otra, disponiendo de un derecho propio a favor de esta o asumiendo una obligación en favor de esta última”). Por su parte, el art. 940.I del Código Civil portugués de 1966 dice que “doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente” (“la donación es el contrato por el cual una persona, con espíritu de liberalidad y a costa de su patrimonio, dispone gratuitamente de una cosa o de un derecho, o asume una obligación, en beneficio del otro contratante”).

15 El art. IV.H.–I:101:2 define a la donación de la siguiente manera: “un «contrato de donación de bienes» es aquel en virtud del cual una parte, el donante, se compromete a transmitir la propiedad de determinados bienes a título gratuito a otra parte, el donatario, con el fin de beneficiar a éste”. El texto del *Draft Common Frame of Reference* ha sido tomado de AA.VV.: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (coord. por C. JEREZ DELGADO), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

16 El *Proyecto de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL contempla una donación de carácter dispositivo o inmediatamente traslativo. El apartado I del art. 451-I dice que “la donación es el negocio jurídico bilateral y dispositivo por medio del cual el donante transmite a título gratuito la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho al donatario, que la acepta”, y el art. 454-I precisa que “la donación perfeccionada de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo anterior produce la transmisión de la propiedad de la cosa o de la titularidad del derecho objeto de la misma”. Sin embargo, el párrafo segundo del art. 451-I admite expresamente la donación obligacional, pues dice que “si una persona se obliga a transmitir a otra la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho a título gratuito rigen las reglas de los contratos, sin perjuicio de la aplicación de las reglas contenidas en este Título en cuanto a capacidad del donatario, conformidad y revocación, así como lo dispuesto en el artículo 454-12”. Esta última alusión hace referencia a los efectos del fallecimiento del donante sobre las donaciones que haya realizado en vida. En la Exposición de Motivos del *Proyecto de Código Civil* se justifica el reconocimiento de la donación obligacional afirmando que “a pesar de esta naturaleza de la donación, como negocio dispositivo y, por tanto, modo de adquirir, se parte de la idea de que el Código no debe impedir la realización de contratos (atípicos) de donación (la donación obligatoria), pues de lo contrario se producen resultados prácticos indeseables. Además, el Libro quinto admite tanto contratos por los que uno se obliga a prestar alimentos o asistencia sin contraprestación (art. 5152-9) como la renta vitalicia gratuita (art. 5154-1), que, en el fondo, no son más que obligaciones de donar bienes en el futuro (bienes sobre los cuales es posible que no se pueda disponer en el momento de la celebración del contrato). Sería incongruente, por tanto, mantener de modo imperativo el carácter dispositivo de la donación”. Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 534, 538, 534, 184.

- Por último, no hay que perder de vista que una abrumadora mayoría de la doctrina española admite sin dificultad la posibilidad de concertar donaciones obligacionales¹⁷.

2. Diferencias con la promesa o precontrato de donación.

La donación obligacional también puede ser denominada donación promisoria. Quizá esta posible terminología alternativa haya podido contribuir a la incorrecta identificación de la donación obligacional con la promesa o precontrato de donación.

La promesa o precontrato de donación supondría la celebración de un negocio jurídico por medio del cual las partes acordarían la celebración posterior de una donación. Se trata de una figura muy controvertida, y buena muestra de ello es que doctrina muy autorizada se ha opuesto a su admisión¹⁸.

En todo caso, existe una clara distinción que distingue al precontrato de donación de la donación obligacional. En el precontrato de donación, las partes se obligarían a perfeccionar una donación en el futuro. En cambio, la donación obligacional constituye un contrato plenamente perfeccionado, en cuya virtud el donante ya ha quedado definitivamente obligado a entregar una cosa al donatario. Siguiendo esta línea de pensamiento, se ha destacado con acierto que “la donación obligatoria tiene naturaleza similar a la promesa de donación, aunque en rigor no resisten una plena identificación. La promesa suele reputarse donación obligatoria, identificándose uno y otro concepto asignándosele semejante tratamiento jurídico. En realidad, la diferencia es la misma que existe entre contrato preliminar o promesa de contrato y contrato definitivo. En la donación obligatoria hay un negocio jurídico de donación formado y completo, sin que precise para su eficacia ningún ulterior desarrollo; en la promesa también están determinados o son determinables los elementos constitutivos del negocio jurídico de donación, pero sólo representa una primera fase del desarrollo negocial, cuya finalidad es la consecución del negocio definitivo”¹⁹.

17 Por todos, vid. ARJONA GUJARDO-FAJARDO, J.L.: “¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 2019, pp. 588-604; CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021, pp. 25-31.

18 ROCA SASTRE, R.M.: “Contrato de promesa”, en *Estudios de Derecho privado. I Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 343-344; DE CASTRO Y BRAVO, F.: “La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, 1950, p. 1172; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero. Introducción. Teoría del Contrato*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 313; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 61-62.

19 DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D.: “La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 258, 1985, p. 718. En el mismo sentido, vid. PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., p. 69; ARJONA GUJARDO-FAJARDO, J.L.: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pp. 414-417; ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: “Artículos 618 a 656”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, València, 2013, p. 4717.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL.

Una vez aclarado en qué consiste la donación obligacional, procede adentrarse en el análisis de la jurisprudencia, con la finalidad de constatar si el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor o en contra de este contrato.

Parte de la doctrina ha afirmado que el Tribunal Supremo no admite la donación obligacional²⁰; otro sector doctrinal ha afirmado que la jurisprudencia del Alto Tribunal no es concluyente, pues en ocasiones la ha admitido y en otras ocasiones no²¹; y algunos autores han afirmado que no puede decirse que la jurisprudencia sea contraria a la donación obligacional²². Ante valoraciones tan dispares, resulta ineludible un examen detenido de la jurisprudencia que permita pronunciarse fundadamente sobre esta cuestión.

A tal efecto, no seguiremos un orden cronológico, sino que agruparemos temáticamente los pronunciamientos del Tribunal Supremo en varios apartados. En primer lugar, examinaremos las Sentencias favorables a la donación como contrato obligacional. En segundo lugar, mencionaremos las Sentencias que aludieron a “promesas de donación” distinguibles de la donación obligacional. En tercer lugar, abordaremos las Sentencias aparentemente contrarias a la donación obligacional. Y en cuarto lugar, comentaremos las Sentencias que eludieron pronunciarse sobre la donación obligacional.

I. Sentencias favorables a la donación como contrato obligacional.

Varias Sentencias del Tribunal Supremo caracterizaron implícitamente a la donación como contrato de naturaleza obligacional, creadora de una obligación de entrega vinculante a cargo del donante, y exigible a favor del donatario.

La naturaleza obligacional de la donación fue implícitamente reconocida por la curiosa STS 13 julio 1910²³. Unos hermanos constituyeron una sociedad en Puerto Rico. Tiempo después, dos de los socios se obligaron a entregar a su sobrino, contratado como empleado, una participación del cinco por ciento de los beneficios que obtuviesen de la sociedad. La sociedad inicial fue disuelta, y los donantes constituyeron una segunda sociedad con idéntico nombre, y se

20 CARRIÓN OLMOS, S.: “La donación”, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 5ª ed., València, 2021, p. 310.

21 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 337; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación*, cit., p. 58; PARRA LUCÁN, M.A.: “Artículo 609”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, València, 2013, p. 4661.

22 ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L.: “¿Traslativa u obligacional?”, cit., pp. 597, 623.

23 STS 13 julio 1910 (JC, t. 118, 106).

comprometieron a entregarle al sobrino una participación en los beneficios del veinte por ciento, y al mismo tiempo, dejaron de pagarle el salario. El sobrino interpuso una demanda en la que solicitó que sus tíos fuesen condenados a pagarle el cinco por ciento de los beneficios de la sociedad en liquidación. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, condenando a los socios a pagar los beneficios comprometidos. En el recurso de casación, los socios alegaron que con el nuevo compromiso relativo a la nueva sociedad había quedado extinguido el compromiso primigenio. El Tribunal Supremo declaró que una cosa era el vínculo de servicios entre la sociedad y el asalariado, y otra muy distinta, el pacto suscrito entre los tíos y su sobrino, para concluir que “recayendo la promesa ó convenio otorgado por D. Mateo y D. Rafael Amorós sobre una parte de los beneficios que á los mismos correspondieran en la Sociedad tantas veces mencionada, es visto que mientras ésta no se liquidara definitivamente, quedaba subsistente la obligación particular contraída con Esteva”. En definitiva, la Sala obligó a los tíos a cumplir la entrega gratuita comprometida al sobrino sobre los beneficios de la sociedad, lo que constituye un claro supuesto de donación obligacional o promisoria.

La STS 10 mayo 1916²⁴ se pronunció sobre una escritura pública que contenía la siguiente cláusula: “Movidos de su liberalidad hacen donación á Doña Rosario García y García de la suma fija y alzada de 62.500 pesetas que los donantes le entregarán mancomunadamente en fincas ó en dinero, á elección de los mismos, si la donataria llegase á quedar viuda de su actual marido, y dentro de los tres primeros meses de viudez renunciará á todo lo que por sus aportaciones, gananciales, cuota legal, herencia voluntaria, legado ó cualquier otro título pudiera correspondería al fallecimiento del mismo, pues en otro caso, esta donación se tendrá por no hecha; el impuesto de la donación será de cuenta de la donataria”. Ante la falta de entrega de los bienes comprometidos, la donataria interpuso una demanda en la que solicitó la entrega de los bienes donados. La Audiencia Territorial, revocando el fallo del Juzgado, estimó la demanda. Los donantes interpusieron un recurso de casación en el que alegaron, en esencia, que el compromiso alcanzado en la escritura no fue una donación, sino una transacción alcanzada en el marco de un juicio de testamentaría, y que al haber estimado la demanda la Audiencia, había incurrido en incongruencia, toda vez que la estimación de la acción de cumplimiento de la donación se había acordado al mismo tiempo que se había constatado que no se había pactado ninguna donación, sino una transacción. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, negando que se hubiese producido incongruencia “aun cuando en los Considerandos aprecie que el contrato discutido es de transacción y no de donación, porque esta diferencia de criterio no afecta esencialmente á la naturaleza [y] efectos de la acción ejercitada, quedando resueltas, al tener por eficaz y subsistente el contrato”. Añadió, además, que “en

24 STS 10 mayo 1916 (JC, t. 136, 65).

cuanto á los efectos jurídicos del contrato es indiferente que por los interesados se le califique con mayor ó menor acierto en el orden doctrinal, ya que debe atenderse á la naturaleza de la convención con preferencia al nombre que se le asigne y la interpretación que del pacto, cesión ó donación, complemento de la transacción convenida establece el tribunal a quo al examinar ambas escrituras". Si la reclamación fue estimada, condenando a los demandados a la entrega de los bienes comprometidos a título gratuito, fue porque la Sala asumió un concepto obligacional de donación; de lo contrario, no podría haber dicho que resultaba indiferente que se calificase al compromiso como transacción o como donación. A mayor abundamiento, si el Tribunal Supremo hubiese partido de una naturaleza dispositiva de la donación, las demandantes deberían de haber ejercitado una acción reivindicatoria, y no una acción de cumplimiento de contrato, en cuyo caso sí que se hubiese apreciado una incongruencia entre lo pedido y lo concedido.

La STS 15 octubre 1924²⁵ resolvió un litigio entre un duque y el Ayuntamiento de Madrid. El primero solicitó la revocación de la donación de un edificio con el argumento de la cesión gratuita del inmueble había quedado condicionada a que estuviese destinado a escuela-asilo, lo que habría incumplido por la corporación municipal. El Ayuntamiento se opuso a la demanda alegando que había instruido un expediente para la instalación del Bazar del Obrero en el inmueble donado, y que el duque había dirigido una carta mostrando su conformidad con el cambio de destino del edificio. En la réplica, el duque solicitó asimismo la nulidad de la donación con fundamento en que el Ayuntamiento no había aceptado la donación cumpliendo los requisitos formales exigidos en el art. 633 CC. El Tribunal Supremo confirmó las Sentencias del Juzgado y de la Audiencia, que habían desestimado la demanda. En primer lugar, declaró que la pretensión de nulidad de la donación por cuestiones formales, introducida en el escrito de réplica, constituía un argumento novedoso, no expresado en el escrito inicial de demanda, por lo que no podía ser examinado. En segundo lugar, entendió que se había producido una novación del contrato de donación en relación con el destino del inmueble donado, lo que era admisible con arreglo a lo dispuesto en el art. 621 CC. Y en tercer lugar, el Tribunal Supremo destacó que "en orden a la resolución de este recurso es antecedente básico del mismo el hecho, no discutido, de que como la donación del edificio Asilo se hizo por el hoy recurrente en el año 1904, y hasta 1909 primero, y 1915 después, el Ayuntamiento estuvo en posesión del mismo, conservándolo y cuidándolo, sin que por el donante se hubiese hecho, durante tal espacio de tiempo, reclamación alguna, es indudable había tenido una verdadera tradición o entrega de la cosa, por el donante al donatario". La aplicación de la teoría del título y el modo a la donación cuestionada es evidente, en la medida en que el Tribunal consideró perfeccionado el contrato a la vista de la posesión continuada

25 STS 15 octubre 1924 (JC, t. 164, 27).

del inmueble donado como consecuencia de la entrega realizada por el donante al donatario.

La STS 8 abril 1926²⁶ constató que una señora y su dama de compañía habían suscrito un contrato de alquiler de una caja de seguridad en un establecimiento bancario. Al fallecer la señora, el administrador de la herencia abrió la caja de seguridad, y descubrió que existía gran número de valores, efectos y alhajas, que fueron incluidos en el inventario judicial. La dama de compañía promovió un incidente en el que solicitó la exclusión de tales bienes del caudal hereditario, con el argumento de que le pertenecían. Dicha pretensión fue desestimada, por lo que la dama de compañía interpuso una acción reivindicatoria, solicitando que le fuesen entregados los bienes encontrados en la caja de seguridad, con el argumento de que la causante se los había donado en vida. El Tribunal Supremo señaló, en primer lugar, que el título dominical esgrimido por la demandante era la donación, por lo que “debiendo ajustarse las donaciones entre vivos, según el artículo 621 del Código civil, a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, incumbía a la demandante acreditar que en los actos realizados por doña Araceli, después de alquilado el departamento en la Caja acorazada del Banco, concurrieron los requisitos de consentimiento, objeto cierto materia del contrato y causa de la obligación, necesarios para la existencia del contrato, y que dicha señora conociese la aceptación de la donataria, sin la que no se puede estimar perfecta la donación, conforme al artículo 623 del propio Código”. Además, la Sala negó que la entrega de unas llaves de la caja pudiese significar la existencia de la pretendida donación, ni una traditio clavium de los bienes depositados en la caja de seguridad. La cita del art. 1463 CC, invocado al dilucidar si había existido o no donación, vuelve a evidenciar que el Tribunal Supremo consideró a la donación como un contrato obligacional, en el que la entrega de las cosas donadas constituía un requisito indispensable para la transmisión de la propiedad. De lo contrario, no hubiese tenido sentido la discusión sobre el valor traditorio de las llaves de la caja de seguridad, a la vista de que lo que se discutió en el procedimiento judicial fue si la poseedora de las llaves podía ejercitar la acción reivindicatoria por haber adquirido la propiedad de los bienes existentes dentro de la caja de seguridad en virtud de una donación.

La STS 22 enero 1930²⁷ resolvió un litigio promovido a resultas de un documento que decía lo siguiente: “Como recompensa a los servicios prestados y premio a la conducta observada para conmigo por doña Graciela, le reconozco y soy en deber la cantidad de 100.000 pesetas, que le serán abonadas por mis herederos en metálico o fincas, a su elección. E ínterin se formaliza la correspondiente escritura, le doy el presente, que quiero que tenga la misma fuerza”. La beneficiaria interpuso

26 STS 8 abril 1926 (JC, t. 170, 95).

27 STS 22 enero 1930 (RJ 1930, 599).

demanda contra los herederos de la donante, que fue desestimada en primera y en segunda instancia, debido a que la donataria no había aceptado la donación en los términos exigidos en el art. 632 CC. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, argumentando que “el documento otorgado por D. Artemio en 9 de Mayo de 1907, constituye una donación intervivos (de cosa mueble), dado el carácter contractual que a esta clase de donaciones concede el artículo 621 del Código civil, es preciso justificar, para que tenga validez y eficacia jurídica, no sólo la aceptación por parte de la donataria, sino, además, que ésta sea por escrito y que se ponga en conocimiento del donante, sin cuyos requisitos no existe contrato perfeccionado, la donación es nula y no obliga a aquél, y, por tanto, tampoco a sus herederos, si no se prestan a cumplirla, conforme a lo prevenido en los artículos 623, 629, 630 y 632 del Código civil”. De nuevo es evidente que en esta Sentencia se consideró que la donación era un contrato obligacional, ya que partió del entendimiento de que la obligación de entrega de los bienes donados se hubiese transferido a los herederos si la donación hubiese sido aceptada cumpliendo los requisitos formales legalmente establecidos. En el razonamiento empleado por el Tribunal Supremo es evidente una concepción obligacional de la donación.

La STS 7 marzo 1932²⁸ constató la existencia de una donación de dinero. La abuela, quien era donante y a la sazón tutora de sus nietos donatarios, “otorgó una verdadera donación de cosa mueble por ser de la manera más económica y factible que en esa época podía hacerse; es decir, constituyendo los depósitos, lo cual equivaldría a la entrega de la cosa, ya que careciendo los menores de capacidad para hacerse cargo de la donación y siendo su tutora la donante, es innegable que fueron simultáneas la donación constituyó los depósitos bancarios, que quedó perfeccionada con la aceptación y la entrega de los resguardos de los depósitos (...) y, por tanto, existiendo tal entrega y aceptación es válida y consumada la donación, según lo dispuesto en los artículos 618, 612, 629 y 632 del precitado Código civil, sin que sea lícito a la donante yendo en contra de sus propios actos revocarla”. La alusión a la consumación de la donación, anudada a la entrega de los títulos representativos del dinero donado y depositado, fue bien elocuente.

La STS 7 diciembre 1948²⁹ ha sido citada frecuentemente como un ejemplo de respaldo jurisprudencial a la donación obligacional³⁰. En el litigio, se descartó la existencia de una donación, con el argumento de que “en el caso controvertido no concurren ni el carácter de gratuidad de las prestaciones ni la intención en

28 STS 7 marzo 1932 (RJ 1932, 947).

29 STS 7 diciembre 1948 (RJ 1948, 1433).

30 GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 71; LACRUZ BERDEJO, J.L.: “La donación”, en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*, 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 125; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 337.

los contratantes de otorgar y recibir respectivamente una atribución patrimonial a título de liberalidad”, dado que en el caso se había producido una retribución de ciertas actividades comerciales realizadas. Sin embargo, la Sentencia dijo expresamente, “en contra de la afirmación sentada por el Juzgado de primera instancia”, que “son compatibles los términos obligación y donación, pues ésta puede revestir formas diversas, y entre ellas la creación de un crédito a favor del donatario”. Por tanto, si bien es cierto que en las actuaciones no constaba la existencia de una donación obligacional, y en consecuencia el pronunciamiento constituyó un obiter dicta³¹, no hay duda de que el Tribunal Supremo dejó bien clara su postura favorable a su validez y eficacia.

La STS 6 febrero 1954³² constató la existencia de una donación por razón de matrimonio, descartando que se tratase de una donación mortis causa, y afirmó que la donación en cuestión no era incompatible con la entrega diferida de la cosa donada: “Constituye un acto intervivos por razón de matrimonio y no en consideración a la muerte, que va a tener vida real desde el momento que se casen en uno de sus extremos: el de la convivencia y cooperación, que está tan íntima e inseparablemente ligado con la donación al hijo del tercio de los bienes que dejen los padres al morir, que constituyen una prestación recíproca de esta donación, carácter este último que tiene ese acto de liberalidad, según el artículo 618 del Código Civil, porque en él se dispone gratuitamente de los bienes en favor del hijo que la aceptó, sin que opte para tal calificación que de momento no se hiciera entrega de cantidad alguna”. Con dicho razonamiento, se admitió implícitamente el carácter obligacional de la donación, pues de haberse asumido una concepción dispositiva de la donación, no hubiese tenido sentido la alusión a la entrega de los bienes donados.

La STS 27 marzo 1957³³ calificó el supuesto de hecho como una donación inter vivos con efectos post mortem, negó que la donación en cuestión pudiese ser calificada como mortis causa, y destacó que la donación existió desde el momento de su perfección, y que generó un crédito a favor de los donatarios, si bien la entrega quedaba diferida hasta la muerte de los donantes. El Tribunal Supremo dijo que “aquella donación contractual en capitulaciones matrimoniales, sobre las que se basa el régimen económico del matrimonio, es esencialmente irrevocable y motiva la propia donación que se ratifica por razón de matrimonio, otorgada con efectos indiscutibles en vida de donantes y donatarios, originando un crédito a favor de éstos, real y efectivo desde entonces, aunque de exigibilidad y cumplimiento

31 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación*, cit., p. 59; PARRA LUCÁN, M.A.: “Artículo 609”, cit., p. 4461; ATAZ LÓPEZ, J.: “La promesa de donación”, en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. por M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA y M.C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 180.

32 STS 6 febrero 1954 (RJ 1954, 689).

33 STS 27 marzo 1957 (RJ 1957, 1573).

diferido hasta la muerte de ambos donantes, con fecha incierta en el cuándo, pero con vida propia e irrevocable tanto porque no se reservó esa facultad, cuanto por la propia naturaleza de la donación integrada en aquellas capitulaciones y hecha en razón del matrimonio proyectado y celebrado, como por los propios términos contractuales o voluntad de las partes contratantes que donan de presente y sólo aplazan para después de la muerte de ambos, la posesión de lo donado, lo que no es suficiente para calificarla de *mortis causa*, conforme a la misma jurisprudencia de esta Sala, por cuanto quedó perfeccionada e irrevocable en vida, sin que su valor y efectos dependan de ese acontecimiento, salvo en la entrada en posesión antes aludida". En esta Sentencia late claramente una concepción obligacional de la donación, pues en caso contrario no hubiese tenido ningún sentido aludir a un derecho de crédito y a la entrega de la posesión. De haberse asumido una concepción dispositiva de la donación, llegado el término pactado, que era el fallecimiento de los donantes, los donatarios hubiesen adquirido automáticamente la adquisición de la propiedad de las cosas donadas, sin necesidad de entrega o tradición.

En el supuesto de hecho analizado por la STS 13 noviembre 1962³⁴, un canónigo del Cabildo Metropolitano de Zaragoza había fallecido sin haber ordenado su disposición testamentaria. No obstante, su hermana, conecedora de su última voluntad, se comprometió a hacerla efectiva, otorgando un documento privado en el que hacía constar las cantidades de dinero que se donaban y las personas beneficiarias. La donante falleció sin haber entregado el dinero. Uno de los donatarios interpuso una demanda contra los herederos de la donante, solicitando que fuesen condenados al pago de la cantidad comprometida. En la segunda Sentencia de casación, el Tribunal Supremo declaró que "emitida la declaración de voluntad con ánimo de obligarse una persona a otra a título de disposición, se genera un derecho de crédito a favor de la designada por reflejar la voluntad del promitente y su consciente intención de asumir el deber de cumplir lo ofrecido, doctrina que no es posible dejar de tener presente cuando el acto unilateral va seguido de la aceptación del otro interesado". Tras destacar que la aceptación del donatario debe ser conocida por la donante, y que debe ser expresa y constar por escrito (arts. 623 y 632 CC), la Sala entendió que ambos requisitos se habían cumplido, debido a que la donataria reclamó la cantidad comprometida mediante una demanda de conciliación, lo que comportaba la expresa aceptación y por escrito de la donación efectuada a su favor, resultando intrascendente que la donante se hubiese personado o no en el acto de conciliación celebrado ante el Juzgado. Con ello, "quedó obligada al pago de lo ofrecido, que a su fallecimiento deben abonar los demandados como se dispone en los artículos 661 y 1257 del Código Civil". En consecuencia, los herederos fueron condenados al pago de

34 STS 13 noviembre 1962 (RJ 1962, 4288).

las cantidades comprometidas por su difunta madre. Esta Sentencia reconoció la existencia de una donación obligacional³⁵: una vez aceptada la donación, fue constatada la existencia de un derecho de crédito exigible por los donatarios, cuya obligación de pago se transmitió a los herederos de la donante. La similitud del razonamiento empleado por el Tribunal Supremo con el régimen jurídico de la donación justiniana, expresamente reconocida en las Partidas, es notoria.

La STS 27 abril 1972³⁶ negó la existencia de una donación *mortis causa*, y justificó la calificación de donación *inter vivos* porque se había producido la entrega o tradición ficticia de la cosa donada. El Tribunal Supremo afirmó que “según criterio del recurrente, la donación llevada a efecto no fue *intervivos*, sino *mortis causa*, supuesto este totalmente distinto y contrario al establecido en la sentencia combatida, que sienta categóricamente que la entrega de la escritura de donación a la donataria equivale a una *traditio ficta* y opera la transmisión real del inmueble donado, cuya porción más importante -el piso superior- permanecía desocupado, y por lo tanto, a disposición de la donataria, por lo que todo ello hace inoperante el alegato de encubrir una donación *mortis causa*”.

La STS 6 abril 1979³⁷ afirmó que el párrafo segundo del art. 632 CC contempla expresamente la donación obligacional. De hecho, se ha llegado a afirmar que esta Sentencia se pronunció “a favor de una consideración prácticamente absoluta de entender la donación como una institución obligacional”³⁸. La Audiencia había revocado la Sentencia del Juzgado, y al estimar la demanda, había condenado al donante demandado a pagar un millón de pesetas a la donataria demandante. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, partiendo de la siguiente premisa: “Si en la donación manual -inciso primero del párrafo segundo del artículo 632 del Código Civil- se perfecciona y consuma el contrato por la simultaneidad en la expresión de voluntad y el acto dispositivo de transferencia y tránsito de un

35 LACRUZ BERDEJO, J.L.: “La donación”, cit., p. 125. En contra, ATAZ LÓPEZ, para quien en esta Sentencia “no hay, propiamente, una promesa de donación futura”, dado que “se trataba de una donación de dinero que, según el Código civil, solo requería que constara por escrito la voluntad del donante y la aceptación del donatario” (ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: “La promesa de donación”, cit., pp. 172-173). Este planteamiento no parece acertado: si la donación no hubiese sido obligacional, la donataria debería de haber ejercitado una acción reivindicatoria, y no una acción de cumplimiento de contrato. Por otro lado, no explicó este autor cómo era admisible, fuera del marco de una donación obligacional, que se pueda ejercitar una acción personal de cumplimiento frente a los herederos de la donante, con la finalidad de pagar un crédito coercible. También negó DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS que esta Sentencia reconociese una donación obligacional: calificó el supuesto de hecho como “pacto corvino”, y añadió que “no se trata de una verdadera donación *promisoria*, sino de una donación *aplazada* al momento de hacer efectiva la herencia de su hermano. (...) Luego no se trata del cumplimiento de una obligación, sino de la entrega *debida* a la donataria de algo que es suyo” (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación*, cit., p. 61). Sin embargo, no justificó este autor cómo era compatible su planteamiento con la estimación de una acción de cumplimiento forzoso, que se transmitió a los herederos de la donante; ni tampoco por qué no se ejercitó una acción reivindicatoria para reclamar la entrega, si la donataria ya era la propietaria al tiempo de interponer la demanda.

36 STS 27 abril 1972 (RJ 1972, 1862).

37 STS 6 abril 1979 (RJ 1979, 1273).

38 MALUQUER DE MOTES I BERNET, C.J.: “Donación y revocación”, en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*. Vol. 2 (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MENDEZ GONZÁLEZ), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 1962.

patrimonio a otro de la cosa donada, en la no manual, carente de esa unidad de acto, se precisa la aceptación posterior y por escrito del donatario que transforma la voluntad del oferente o donante en obligación exigible y a éste en deudor y así lo establece el citado precepto del Código Civil". En el supuesto de hecho litigioso, se entendió que la donataria había aceptado expresamente y por escrito la donación al promover una demanda de conciliación, en la que reclamó el pago del millón de pesetas que el donante se había comprometido a entregar, "con lo que quedó obligado al pago de lo ofrecido". El planteamiento de la Sentencia es meridianamente claro, al sostener que la perfección de la donación comporta el nacimiento de una obligación exigible al donatario, quien se convierte en deudor.

La STS 10 noviembre 1979³⁹ dirimió un procedimiento judicial motivado en que, durante varios años, un socio de una compañía mercantil entregó una parte de sus beneficios a sus hermanos, también socios, sin que tal entrega de dinero tuviese respaldo en las normas estatutarias. Cuando el hermano dejó de entregar a sus hermanos los beneficios, estos le demandaron. La pretensión fue desestimada en primera y en segunda instancia. El Tribunal Supremo consideró que cada una de las entregas de dinero fue una donación manual independiente y diferenciada, y que no se había pactado una donación "a futuro" que obligase al hermano a entregar los beneficios de los ejercicios sociales sucesivos, dado que el convenio no se había plasmado por escrito, y, por tanto, no se había cumplido la forma exigida por el art. 632 CC. No obstante, la Sentencia dio a entender que sí que existiría una "donación obligación", amparada por el art. 632 CC, si el convenio se hubiese plasmado en un documento privado, pues "aunque, a los efectos dialécticos, se entendiese que la invocada donación, con el alcance pretendida por el tan citado recurrente, pudiese merecer la consideración jurídica de donación obligación, en cuanto actúa creando un crédito amparado por el artículo 632 del Código Civil, siempre significaría el acto de liberalidad que contempla el artículo 618 del Código Civil, al reflejar enriquecimiento del donatario, empobrecimiento del donante y *animus donandi*, o sea, intención de hacer liberalidad, como consecuencia de transferir un derecho propio, del donante, constituyendo un derecho a favor del donatario, asumiendo hacia éste una obligación, en todo caso afectando a bienes muebles, como lo es en el presente caso, que como ya viene dicho únicamente tiene valor, si es constituido de modo verbal, cuando es manual, es decir, si va acompañado de la entrega simultánea de la cosa donada, ya que, también una vez más sea dicho, en otro caso no surtiría efecto si no es haciéndolo por escrito y consta en la misma forma la aceptación".

39 STS 10 noviembre 1979 (Colección Legislativa de España, noviembre-diciembre 1979, 369; esta Sentencia no consta en el repertorio de jurisprudencia Aranzadi).

La STS 21 febrero 1986⁴⁰ conoció de un litigio en el que el demandante alegó ser propietario de unas acciones al portador de una sociedad anónima, como consecuencia de la donación que le había hecho su padre en documento privado. La demanda, dirigida contra la heredera del donante, solicitó la declaración de propiedad y la entrega de los títulos depositados en la caja de la sociedad. La demanda fue estimada en primera y en segunda instancia. El Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento, haciendo hincapié en que una cosa era el contrato de transmisión de las acciones, que producía todos sus efectos entre quienes lo suscribieron y sus herederos, quienes recíprocamente podían compelerse a formalizarlo, puesto que su efectividad no dependía de la presencia del funcionario o mediador de ninguna clase; y cosa distinta, la ejecución o transmisión de las acciones enajenadas; “lo que equivale a decir, como correctamente proclama la Sala *a quo*, que nos hallamos en una situación similar a la contemplada en el art. 1279 del C. Civil, que es precisamente la facultad que ha esgrimido el donatario, con vista de la celebración correcta del contrato de donación (art. 632-2º párrafo del C. Civil) para lograr la ejecución o transmisión de las acciones donadas”. En definitiva, esta Sentencia reconoció una donación obligacional⁴¹, por cuanto determinó que la heredera del donante estaba obligada a la entrega de las cosas donadas con la finalidad de ejecutar la transmisión dominical, sin plantear en ningún momento que para obtener la posesión de las acciones resultase procedente el ejercicio de una acción reivindicatoria.

La STS 14 mayo 1987⁴² abordó los requisitos formales de las cláusulas de reversión de las donaciones de bienes inmuebles, aunque también se pronunció, *obiter dicta*, en el sentido de asumir una donación obligacional. Según la Sala, el requisito formal de la escritura pública (art. 633 CC) abarcaba todo el contenido negocial, incluido, en su caso, el pacto de reversión, que debía estar sometido a sus mismas exigencias solemnes. En consecuencia, declaró que en las donaciones de bienes inmuebles no son admisibles los pactos de reversión, simultáneos o posteriores a la donación, de carácter verbal o plasmados en documento privado. Y ello es así, “ya se entienda que la reversión produce simple efectos modificativos de la anterior donación, ya se admita, lo que parece más acorde con el mecanismo de este negocio jurídico, que una vez producido el efecto traslativo del dominio en virtud de la donación, seguida de tradición, la introducción de dicho pacto implica una nueva donación del donatario al donante o a un tercero -según quién sea el favorecido- en la hipótesis de cumplimiento de la condición a la que se supedita la reversión”. Aunque la referencia a que la donación transmite la propiedad seguida de tradición era perfectamente prescindible para resolver el objeto del recurso,

40 STS 21 febrero 1986 (RJ 1986, 934).

41 ALONSO PÉREZ, M.T.: “Sentencia de 18 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2548). Donación de cosa futura. Impugnación de la validez de una donación de acciones suscritas en aumento de capital no inscrito en el Registro Mercantil”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71, 2006, pp. 779-780.

42 STS 14 mayo 1987 (RJ 1987, 3442).

el Tribunal consideró conveniente plasmar su parecer en relación con la mecánica transmisiva de la donación.

La STS 17 abril 1998⁴³ resolvió la problemática conciliación de los aparentemente contradictorios arts. 623 y 629 CC. Para reforzar su argumentación, el Tribunal dijo que “ha de tenerse en cuenta que la donación controvertida no se trata de obligacional, sino efectuada como traslativa de la propiedad y así se hace constar en la escritura de 17 de junio de 1983, en la que los donantes ceden la nuda propiedad del inmueble, que hacen suyo los cuatro hijos beneficiados por cuartas partes indivisas, por lo cual resulta concurrente, de modo bien expresado, la voluntad de transmitir y la de adquirir generada por la aceptación de los destinatarios del bien transferido, que ingresó de este modo en el patrimonio de los mismos, con lo cual los donantes quedaron vinculados y el acto jurídico de donar resulta plenamente eficaz por la cesión patrimonial llevada a cabo a medio de la escritura pública en la que consta”. A la luz de esta Sentencia, es obvio que el Tribunal partió de la base de que era posible un doble efecto transmisivo de la donación, como negocio traslativo y como contrato obligacional. De no ser así, la alusión que realizó la Sentencia a la donación obligacional no hubiese tenido ningún sentido.

La STS 18 marzo 2005⁴⁴ reconoció implícitamente la validez de una donación obligacional. El demandante solicitó la declaración de inexistencia, o alternativamente, la nulidad de una donación de acciones, plasmada en documento privado, con el argumento de que “no existían en esa fecha y por consiguiente no podían ser donadas”, debido a que se habían suscrito en un aumento de capital no inscrito. A estos efectos, conviene mencionar que el art. 62 LSA, aplicable *ratione temporis*, decía que “hasta la inscripción de la sociedad o, en su caso, del acuerdo de aumento del capital social en el Registro Mercantil no podrán entregarse ni transmitirse las acciones”. Las Sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial habían declarado la nulidad de pleno derecho de la donación. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y desestimó la demanda. A tal efecto, argumentó que la prohibición del art. 62 LSA afectaba solamente a la emisión y entrega de las acciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento del capital, pero no prohibía la celebración de negocios sobre esas acciones, dejando para momento posterior su consumación mediante la transmisión de los títulos una vez creados. Por tanto, consideró la validez de la donación de las acciones suscritas en un aumento de capital todavía no inscrito aludiendo a la eficacia obligacional de la transmisión. Ahora bien, en la medida en que la transmisión de las acciones tuvo lugar a través de una donación, la decisión del Tribunal Supremo podría entenderse contraria al art. 635 CC, que prohíbe la donación de bienes futuros. La única manera de eludir la aplicación de este precepto es calificar el negocio

43 STS 17 abril 1998 (RJ 1998, 2983).

44 STS 18 marzo 2005 (RJ 2005, 2548).

de transmisión como donación obligacional, debido a que a esta modalidad de donación es aplicable la prohibición de bienes futuros referida en el art. 635 CC, como consecuencia de su ausencia de efectos dispositivos inmediatos. Por tanto, esta Sentencia constituye una aceptación implícita de la donación obligacional, aunque cabe dudar si la Sala llegó a plantearse la resolución del litigio tomando en consideración esta perspectiva⁴⁵.

La STS 25 enero 2008⁴⁶ analizó un convenio regulador en el que los cónyuges pactaron donar unos determinados bienes inmuebles a sus hijos cuando estos cumpliesen veinticinco años. La Sala entendió que se trataba de una 'promesa de donación', que nunca fue aceptada por los donatarios, "no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente". La puntualización de la Sala denota la admisión de la donación obligacional, que fue correctamente distinguida de una donación dispositiva no aceptada por el donatario.

2. Sentencias que aludieron a "promesas de donación" distinguibles de la donación obligacional.

En este análisis jurisprudencial no pueden ser orilladas algunas Sentencias del Tribunal Supremo un tanto heterogéneas, cuyo nexo común viene constituido por realizar alusiones a "promesas de donar". Sin embargo, un detenido análisis de los hechos enjuiciados permite constatar que en ninguno de los supuestos de hecho analizados se pactó una donación obligacional.

La STS 14 marzo 1985⁴⁷ ha sido destacada como supuesto apoyo jurisprudencial a la donación obligacional⁴⁸. En un contrato de extinción y disolución de una sociedad civil, se pactó que el marido se quedaría con el negocio y varios de sus activos, y que a cambio cedería a su mujer el pleno dominio de una nave industrial, sin recibir cantidad o precio alguno a cambio. Ante el incumplimiento de la cesión del inmueble, la beneficiaria interpuso una demanda en la que se solicitó la condena al otorgamiento de escritura pública de donación de la nave industrial. La pretensión fue estimada en segunda instancia. El demandado interpuso recurso de casación, que fue desestimado. El Tribunal Supremo dijo que "abstracción hecha de la verdadera naturaleza del contrato", su interpretación no había sido absurda, porque que la obligación de ceder la nave industrial no estaba condicionada al cumplimiento de ninguna obligación por parte del beneficiario. Y en lo relativo al incumplimiento de los requisitos formales del art. 633 CC, dijo

45 ALONSO PÉREZ señaló que "la consecuencia se cifra en admitir una donación obligacional, resultado que, probablemente, no pretendía el Tribunal Supremo" (ALONSO PÉREZ, M.T.: "Sentencia de 18 de marzo de 2005", cit. p. 785).

46 STS 25 enero 2008 (RJ 2008, 225).

47 STS 14 marzo 1985 (RJ 1985, 1165).

48 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 337.

que “la validez de la donación que el recurrente cuestiona por faltarle el requisito de forma que aquella norma civil impone tampoco afecta al mandato jurisdiccional que, atento a tal exigencia formal lo que impone es, justamente, el otorgamiento por el demandado a favor del demandante de escritura pública de donación de un inmueble, por entender, la Sala sentenciadora en la función interpretativa de los contratos de que se ha hecho mérito más atrás, que eso fue lo convenido por los suscribientes de aquel repetido contrato de uno de octubre de mil novecientos setenta y tres”. Lo cierto es que a la vista de las circunstancias del caso no se había concertado una donación, sino una transacción⁴⁹: la cesión del inmueble fue acordada como contraprestación a las atribuciones patrimoniales convenidas en una disolución patrimonial compleja, el reparto de los activos de la sociedad. Por tanto, no hubo liberalidad, porque la cesión del inmueble comprometida no tenía carácter gratuito, sino oneroso⁵⁰.

La STS 23 diciembre 1995⁵¹ versó sobre un documento privado en el que las propietarias de un piso, de una casa con huerto y de otras fincas con mobiliario y animales, declararon ceder sus derechos al demandante, “en reconocimiento por los servicios y asistencias que recibimos de Gerardo y su esposa, y que tan pronto podamos las haremos en escritura ante Notario, queriendo que en este momento, por si nos ocurre algo, sea firme y valedero”. Ante el incumplimiento del compromiso de cesión, el beneficiario demandó a los herederos de las cedentes, pidiendo el cumplimiento de lo convenido. Quizá debido a que el compromiso constaba en documento privado, y no en escritura pública, en la demanda se calificó el documento como precontrato de donación, haciendo hincapié en la diferencia entre el contrato preliminar, y el que se debe celebrar en cumplimiento o ejecución del anterior. La pretensión fue desestimada en primera y segunda instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandante. Respecto a los bienes inmuebles, señaló que, tratándose de un precontrato de donación, y al no constar en escritura pública, debía reputarse como nulo o inexistente, porque “tenemos que coincidir con la mayoritaria doctrina y entender, que el donante que prometió informalmente donar, está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no ha donado”. En este contexto de falta de requisitos formales, el Tribunal señaló que “la promesa bilateral de donar inmuebles, aceptada por el donatario, o es ya en sí mismo una donación perfecta, o no puede determinar en el futuro la obligación de realizar una donación. Así pues, la simple promesa, como obligación de realizar

49 DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 233; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación*, cit., p. 60; PARRA LUCÁN, M.A.: “Artículo 609”, cit., p. 4461.

50 Así lo acredita la STS 3 marzo 1995 (RJ 1995, 1775), que se refirió a la STS 14 marzo 1985 diciendo que “no es válida, pues, la teoría de que otorgada la donación de inmueble en documento privado es exigible su elevación a escritura pública, que parece mantener la Sentencia de 14 de marzo de 1985, ocurriendo que en el caso que contemplaba, aunque calificado el acto de donación, no lo era”.

51 STS 23 diciembre 1995 (RJ 1995, 9396).

una donación de inmuebles en el futuro, no es admisible en nuestro derecho, si tenemos en cuenta las prescripciones terminantes del art. 633 del C.c.". En relación con los bienes muebles, la Sala entendió que el objeto del compromiso (mobiliario, bienes, ganado) quedaba "totalmente indeterminado, y posiblemente indeterminable", por lo que la cesión de bienes carecía de eficacia. De esta Sentencia puede deducirse que el Tribunal Supremo consideró que en el Derecho vigente no está admitido el precontrato de donación, especialmente si tiene por objeto la disposición a título gratuito de bienes inmuebles sin cumplir los requisitos del art. 633 CC. Sin embargo, a la vista de la calificación del negocio enjuiciado, es evidente que no se pronunció sobre la validez de la donación obligacional o promisorio.

La STS 16 febrero 1996⁵² trajo causa de un desigual reparto de los bienes de la herencia de una madre. El hijo que resultó beneficiado confeccionó un documento privado unilateral en el que expresó "la fehaciente manifestación y expreso deseo de compartir en partes iguales con sus indicados hermanos, la plena propiedad, posesión, usufructo o beneficios que puedan producir las cerca de treinta y dos aludidas hectáreas (...) consignando a todos los efectos legales, que por esta manifestación se obliga así mismo, si fuera necesario o conveniente al reparto del patrimonio familiar al fallecimiento del padre, a otorgar las oportunas escrituras públicas". El beneficiario rindió a sus hermanos cuentas de los productos de las fincas hasta el fallecimiento del padre. Después de que el hermano dejase de cumplir voluntariamente, los hermanos solicitaron judicialmente el cumplimiento del compromiso. El Tribunal Supremo rechazó la pretensión, afirmando que "la declaración de distribuir en su día la finca, sólo podría calificarse, como ha hecho la Audiencia, en el uso de su facultad calificador, como una promesa de futura donación de bienes inmuebles, y esta calificación no puede alterarse en casación, porque no es ilógica ni ilegal. Y consecuencia de esta calificación, es la negación de efectos jurídicos, puesto que esta Sala tiene declarado, la última vez en la reciente sentencia de 23 de diciembre de 1995, que no son admisibles las promesas de donación futura de bienes inmuebles". A la vista de los hechos enjuiciados, el supuesto no constituyó un precontrato de donación, ni una donación obligacional, sino una promesa u oferta unilateral de donación de bienes inmuebles, que además no constaba en escritura pública, y que no había sido aceptada por los beneficiarios.

La STS 25 noviembre 2004⁵³ conoció de un litigio derivado de una promesa de retribuir los servicios prestados por el demandante como mandatario en la gestión de recalificación y venta de un solar, cuantificados en el valor equivalente al apartamento más barato de los construidos en el edificio. Frente a la Sentencia

52 STS 16 febrero 1996 (RJ 1996, 1257).

53 STS 25 noviembre 2004 (RJ 2004, 7251).

de la Audiencia, que había revocado la del Juzgado estimando la reclamación, se interpuso recurso de casación, en el que se argumentó, en síntesis, que se trataría de una donación remuneratoria que no constaba en escritura pública, por lo que era nula de conformidad con el art. 633 CC. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, señalando que no existía donación remuneratoria, sino un contrato atípico o complejo de mandato y arrendamiento de servicios, en el que la contraprestación ofrecida dependía del resultado beneficioso para los intereses económicos del demandado, que se produjo, por lo que, cumplida la condición, le incumbía el deber de atender a lo que prometió. La Sala añadió que “ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles (Sentencias de 23-12-1995 y 16-2-1996), debiendo tenerse en cuenta las prescripciones terminantes del artículo 633 del C. Civil”. Esta cita resultó un tanto extravagante, habida cuenta de que si el convenio origen del pleito tenía naturaleza onerosa, no tenía ningún sentido aludir a unas promesas de donación que en el supuesto de hecho brillaban por su ausencia.

En la STS 10 mayo 2019⁵⁴, se había formalizado una escritura pública en la que la madre se comprometía a transmitir gratuitamente a su hijo una serie de inmuebles, fijándose un plazo máximo de diez años para llevar a cabo dicha transmisión. Además, en la misma escritura, la madre confirió poder especial al hijo para que pudiese otorgar la correspondiente escritura de transmisión gratuita, aunque incurriese en autocontratación o existiese contraposición de intereses. Un año después, la madre otorgó escritura de revocación del compromiso de transmisión gratuita y del poder. El hijo presentó una demanda en la que solicitó que la madre fuese condenada a otorgar escritura pública de formalización del compromiso de transmisión gratuito efectuado en el plazo que fijase el juzgador. El Juzgado estimó la demanda, pronunciando que fue confirmado en segunda instancia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la madre, con el argumento de que no se trataba de un compromiso obligacional, desconectado de la donación, sino de una promesa de donación, figura que “se encuentra al margen de nuestro ordenamiento jurídico como reiteradamente ha establecido la doctrina jurisprudencial de esta sala”. Además, se destacó que “no consta en el presente caso la aceptación de los bienes inmuebles ni de las participaciones sociales con anterioridad a la revocación”. En el supuesto de hecho no se aprecia la existencia de una donación obligacional, ni de un precontrato de donación, sino de una promesa unilateral de donación que jamás fue aceptada por el pretendido donatario, a pesar de constar en escritura pública.

54 STS 10 mayo 2019 (RJ 2019, 1910).

3. Sentencias aparentemente contrarias a la donación obligacional.

Existen varias Sentencias del Tribunal Supremo que aparentemente habrían manifestado expresamente su oposición a admitir una donación con efectos meramente obligacionales. Sin embargo, un análisis detallado de los supuestos de hecho enjuiciados no permite alcanzar una conclusión tal evidente.

La STS 6 junio 1908⁵⁵ es muy relevante, pues ha sido reiteradamente destacada por la doctrina como un pretendido ejemplo paradigmático de jurisprudencia opuesta a la donación obligacional⁵⁶. Una persona prometió a otra donar el capital suficiente para que le rentase treinta duros mensuales. La Sentencia dijo que “del concepto de la donación, según lo establecen los artículos 618 y 619 del Código civil, se desprende que constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa de disponer de una cosa en favor de otra persona, aunque fuese aquélla aceptada, porque siendo la mera voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos, es indispensable para su efectividad la acción ó realización del acto por el donante y la aceptación probada de parte del donatario en la forma y términos que establece el artículo 632 del mencionado Código”. Sin embargo, no se declaró la nulidad de la donación porque fuese una donación obligacional. La razón por la que consideró nulo el contrato de renta vitalicia constituida a título gratuito fue porque la aceptación no había cumplido los requisitos formales exigidos por el art. 632 CC⁵⁷. De hecho, varias Sentencias posteriores han citado la STS 6 junio 1908 para destacar el carácter formal de la aceptación de las donaciones, so pena de nulidad⁵⁸. La propia Sentencia lo aclaró sin solución de continuidad: “No

55 STS 6 junio 1908 (JC, t. III, 84).

56 VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: “Donación, condición”, cit., pp. 1229-1231; FERRANDIS VILELLA, J.: “Donación traslativa”, cit., pp. 357-358; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil*, cit., pp. 71-72; LACRUZ BERDEJO, J.L.: “La donación”, cit., p. 125; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación*, cit., pp. 58-59.

57 SALVADOR CODERCH, P.: “Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 62, 1978, p. 671; ATAZ LÓPEZ, J.: “La promesa”, cit., pp. 171-172.

58 La STS 27 junio 1914 (JC, t. 130, 133) citó la STS 6 junio 1908 para fundamentar la nulidad de una donación por la existencia de defectos formales relativos a la aceptación: “Supuesta la validez del acto que acredita el documento de 1º de Enero de 1897, hay que admitir que constituye una donación al tenor de lo que prescriben los artículos 618 y 619 del Código civil, para cuya eficacia y efectividad es necesario que el donatario la acepte según los artículos 629 y 630 del propio Código, requisito sin el cual no tendrá fuerza de obligar, debiendo constar la aceptación por escrito como de un modo terminante prescribe el art. 632 y tiene declarado esta Sala en su sentencia de 6 de Junio de 1908”. En el mismo sentido, la STS 21 noviembre 1935 (RJ 1935, 2078) dijo que “es doctrina constante rigurosamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 6 de junio de 1908, 27 de junio de 1914, 22 de enero de 1930, al interpretar los ya claros y explícitos términos del artículo 632 del Código civil, que aun acreditada la existencia y validez de una donación por escrito de cosa mueble, es ineludible para su eficacia y efectividad, que el donatario la acepte también por escrito, extremo que debe ser concreta y especialmente probado sin que pueda ser sustituido por actos del donatario que impliquen su aceptación, la cual por exigencias formales de la ley ha de manifestarse, precisamente por escrito, careciendo, en absoluto de eficacia y valor sí, por cualquier otro medio o forma, se intentara demostrar su cumplimiento”. Y la STS 10 noviembre 1979 (*Colección Legislativa de España*, noviembre-diciembre 1979, 369; esta Sentencia no consta en el repertorio de jurisprudencia Aranzadi) se refirió a la STS 6 junio 1908 para justificar la inexistencia de una donación de dinero por no constar cumplimentados los requisitos formales del art. 632 CC: “No tendría validez con el carácter verbal que en tesis del propio recurrente se manifiesta constituida, de conformidad con lo prevenido en el artículo 632 del Código Civil, porque faltando, cual faltaría en los períodos correspondientes al tracto

habiendo existido en el caso del pleito más que la simple promesa realizada por D. Joaquín Santa Marina de constituir una renta vitalicia a D. Julio Justo Arranz, aun en el supuesto establecido por el recurrente de que él aceptó aquella oferta, faltaría siempre la realización del acto que integra la donación, esto aparte de no ser posible estimar acreditada la aceptación del donatario, porque en una carta del donante se hiciese referencia a la conformidad de aquél, en razón a que el expresado requisito ha de justificarse con actos propios y por escrito del propio favorecido por la donación, según el claro y preciso precepto del mencionado artículo 632". Así las cosas, esta Sentencia, lejos de constituir un precedente contrario a la viabilidad de la donación obligacional, la acogió implícitamente, pues consideró que una renta vitalicia constituida a título gratuito es una donación, lo cual es relevante, porque en dicho contrato siempre se constituye un crédito a favor del donatario; y *a contrario sensu*, la donación hubiese sido válida de haber constado por escrito, tal y como exige el art. 632 CC.

La STS 22 junio 1982⁵⁹ también ha sido frecuentemente citada por la doctrina como ejemplo paradigmático de jurisprudencia contraria a la donación obligacional⁶⁰. Los hechos que dieron lugar al procedimiento judicial fueron los siguientes: un hombre casado tuvo un hijo legítimo, y posteriormente tuvo un hijo extramatrimonial, por lo que su esposa pidió y obtuvo la separación eclesiástica. En el testamento, el padre legó a su hijo concebido fuera del matrimonio un tercio de la herencia, libre de cargas, mientras que instituyó heredero universal al hijo legítimo, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria a favor de la esposa. Años antes, había suscrito un documento privado en el que hacía formal promesa de cederle al hijo extramatrimonial una casa de tres plantas, siempre y cuando continuase acogiéndole en su domicilio y atendiéndole y prestándole esmeradamente cuantos cuidados y servicios precisase. Padre e hijo estamparon sus firmas en el documento. Tras la muerte del padre, el hijo extramatrimonial interpuso una demanda en la que solicitó que la casa en cuestión fuese excluida del inventario de los bienes de la herencia, y que se condenase al hijo matrimonial y a la esposa del causante a otorgar escritura de cesión gratuita del dominio del inmueble, con el argumento de que se trataba de un negocio oneroso, dado que la cesión se había producido como contrapartida a los cuidados realizados por el demandante en

sucesivo, o sea, en los períodos de futuro no entregados, aquella precisa entrega inmediata, no surte efecto de no hacerse la donación, cual no consta hecha, por escrito, y en la misma forma la aceptación, a causa, según tiene declarado esta Sala en sentencia, de 6 de junio de 1908, que constituyendo la donación un acto de liberalidad no basta, en materia de donación verbal afectante a bienes muebles, la simple promesa de disponer en favor de otra persona, pues siendo la mera voluntad ambulatoria la determinante de la naturaleza de estos actos, es indispensable para su reconocimiento la acción o realización efectiva y real del acto del donante, es decir, la entrega simultánea de la cosa donada, reveladora de aceptación con la sola circunstancia de recepción por el donatario, que es la forma y términos referidos en el artículo 632 del Código Civil, y cuya exigencia de manifestación por escrito, tanto por el donante como por el donatario, en donación de bienes muebles sin entrega simultánea de la cosa donada".

59 STS 22 junio 1982 (RJ 1982, 3437).

60 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación*, cit., pp. 59-60; PARRA LUCÁN, M.A.: "Artículo 609", cit., p. 4461.

vida del padre. La Audiencia, revocando la Sentencia del Juzgado, había estimado la demanda, con el argumento de que el documento privado constituía un contrato atípico de vitalicio, de carácter oneroso. Los demandados interpusieron recurso de casación, que fue estimado. El Tribunal Supremo constató que el documento no tenía virtualidad transmisiva inmediata, sino a la muerte del promitente, así como que el convenio tenía carácter gratuito, y no oneroso. Sin solución de continuidad, mostró su desacuerdo con la calificación del negocio argumentada por el Tribunal de apelación, diciendo lo siguiente: “La calificación que merece lo plasmado en el documento no ha de ser otra que la de la donación promisorio o donación *in promitendo* ya que obviamente no se transmitió la finca y es éste justamente lo que en el juicio se persigue, siendo dicha figura -según declaró la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1908⁶¹- ajena a la regulación positiva de la donación dentro del Código Civil que la regula como negocio con formas propias (artículos 632 y 633) y también, según la definición del 618, esencialmente dispositivo, carácter que no se pierde ni siquiera cuando concurre con la donación -esencialmente traditoria siempre- la condición, la cual habrá de entenderse afectante a la donación misma, de tal suerte que la propiedad de la cosa se adquiera por modo automático, producido que sea el evento en que la condición consista (en el caso, el esmerado cuidado, etcétera) y sin otro momento de voluntad del donante (en el caso, indispensable, según los términos del documento), de tal suerte que la supuesta obligación de donar no pueda existir ni funcionar de otro modo que, una vez efectuada la donación, excluyendo el juego de la *condictio indebiti* (artículo 1.101), como ha puesto de relieve la mejor doctrina; careciendo por lo tanto de toda exigibilidad -no existe una obligación de dar, directamente originada por la donación promisorio- ésta que se llama ‘formal promesa’, con matiz condicional: ‘siempre y cuando’”. A continuación, la Sentencia hizo hincapié en que el pacto no cumplía los requisitos formales exigidos en el art. 633 CC, y que entraba en colusión con las disposiciones testamentarias del promitente: “La total ineficacia aparece no sólo como una indeclinable consecuencia de la radical ineficacia de la figura de la promesa de donación, sino también de que aun valiendo como donación y aun prescindiendo en tal tesis de la omisa exigencia de forma *ad solemnitatem* que le sirvió al Juez del primer grado para la desestimación de la demanda, si ahora y como la demanda postula se cumpliera con la entrega de la finca, se arriesgaría la última voluntad del donante quien en trance de ordenarla en el testamento de 3 de junio de 1971 favoreció cuanto le fue posible el hijo común, omitiendo toda referencia y tomar en consideración de algún modo el contenido del documento (...) de tal suerte que el dar la eficacia que se pretende a la promesa de donación, firme el testamento en que el disponente agotó todas sus posibilidades jurídicas

61 Como hemos tenido ocasión de poner de relieve, en contra de lo que afirma esta Sentencia, la STS 6 junio 1908 (JC, t. III, 84) en ningún momento afirmó que la donación obligacional o promisorio sea contraria o ajena al CC, pues se limitó a constatar la nulidad de una donación de bien mueble sin entrega simultánea de la cosa donada que no había sido documentada por escrito, en contradicción con lo requerido por el art. 632.II CC.

de favorecerla en cabeza del hijo común, ofrecería el riesgo de la inoficiosidad de la donación y desde luego que la incompatibilidad de la misma con el legado del tercio de libre disposición por no respetar lo donado más lo legado la intangibilidad de la legítima del demandado – recurrido”. El razonamiento empleado por el Tribunal Supremo obliga a destacar las siguientes cuestiones:

- En primer lugar, es dudoso que el convenio fuese oneroso o gratuito. En todo caso, no parece acertada la calificación de vitalicio, sostenida por la Audiencia, dado que en dicho contrato existe una disposición actual, no futura⁶².

- En segundo lugar, se trataría de una donación obligacional o promisorias de un bien inmueble que no estaba documentada en escritura pública, incumpliendo lo dispuesto en el art. 633 CC.

- En tercer lugar, y con independencia del óbice formal, la pretendida donación obligacional entraba en colusión con las disposiciones testamentarias del causante, lo que efectivamente provocaría su inoficiosidad.

A la vista de las especiales circunstancias concurrentes, puede afirmarse que la presencia de defectos formales insubsanables fue clave en la estimación del recurso de casación⁶³. Aun así, no puede negarse que el Tribunal Supremo hizo patente cierta hostilidad hacia las donaciones obligacionales o promisorias, lo cual es llamativo, pues no justificó el cambio de criterio respecto de las entonces recientes STS 6 abril 1979⁶⁴ y STS 10 noviembre 1979⁶⁵, dictadas apenas tres años antes, en las que se admitió explícitamente la donación obligacional.

4. Sentencias que eludieron pronunciarse sobre la donación obligacional.

En este apartado mencionaremos dos Sentencias en las que la Audiencia Provincial o la parte recurrente habían calificado el supuesto de hecho como donación obligacional, aunque al resolver los recursos de casación, el Tribunal Supremo eludió pronunciarse sobre la validez o eficacia de la donación obligacional.

La STS 10 septiembre 2007⁶⁶ analizó un compromiso incumplido de cesión gratuita de bienes inmuebles. Un señor manifestó su deseo de que unas determinadas fincas pasasen a formar parte del patrimonio de los demandantes. A tal efecto, acudieron a una notaría, donde les fue preparado un documento

62 ATAZ LÓPEZ, J.: “La promesa”, cit., p. 173.

63 DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D.: “La promesa”, cit., pp. 742-744; LACRUZ BERDEJO, J.L.: “La donación”, cit., p. 125; ATAZ LÓPEZ, J.: “La promesa”, cit., p. 174.

64 STS 6 abril 1979 (RJ 1979, 1273).

65 STS 10 noviembre 1979 (*Colección Legislativa de España*, noviembre-diciembre 1979, 369; esta Sentencia no consta en el repertorio de jurisprudencia Aranzadi).

66 STS 10 septiembre 2007 (RJ 2007, 4980).

privado, por el que se cedía, a título gratuito, la mitad indivisa de cuatro fincas. Dicha cesión fue aceptada por los demandantes, con una condición impuesta por el donante, consistente en que satisficieran los gastos e impuestos que se originasen como consecuencia de la transmisión. El cedente falleció sin haber elevado a público el documento privado. Las herederas del cedente se negaron a hacerlo, por lo que fueron demandadas por los beneficiarios del documento. El Juzgado desestimó la demanda, con el argumento de que se trataba de una donación de bienes inmuebles nula por no respetar los requisitos formales del art. 633 CC. La Audiencia Provincial confirmó la decisión, haciendo hincapié en que dejando de lado el debate sobre el alcance de la donación obligacional o la validez o no de la promesa de donar, no resultaba cuestionable la imposición de la forma ad solemnitatem en las donaciones de inmuebles. El recurso de casación se fundamentó en la supuesta infracción de los arts. 1091, 1225, 1261 y 1279 CC, por cuanto que el difunto y las recurrentes habrían acordado una donación obligacional, a la que, entendieron, no resultaba de aplicación el art. 633 CC, ya que “choca contra cualquier lógica de que la simple firma de un Notario, sea más importante que la voluntad libre y solemne de los otorgantes de un documento privado”. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, con el único argumento de que se trataba de una donación de bienes inmuebles y que no se habían respetado los ineludibles requisitos formales exigidos en el art. 633 CC. Por tanto, el Tribunal Supremo se acogió al defecto formal concurrente, y eludió pronunciarse sobre si en el supuesto de hecho se había pactado una donación obligacional, tal y como habían esgrimido los recurrentes.

En el caso resuelto por la STS 25 marzo 2013⁶⁷, la Audiencia Provincial había calificado el supuesto de hecho como una donación obligacional de bienes inmuebles, plenamente eficaz y aceptada por el donatario, a pesar de no haberse formalizado en escritura pública, en aplicación de la teoría de los actos propios y el principio de buena fe, porque había sido claramente consentida por el donante. El recurrente alegó que, al haber calificado la Audiencia el negocio jurídico controvertido como donación obligacional, también resultaba de aplicación el art. 633 CC, y que la donación en cuestión no constaba en escritura pública, por lo que no podía producir efecto alguno. El Tribunal Supremo eludió pronunciarse sobre la validez y eficacia de la donación obligacional, con el argumento de que el negocio sobre el que giraba el litigio no fue gratuito, sino oneroso, pues “más allá de la mera literalidad o referencia al plano de la donación empleado, el negocio dispositivo tuvo una clara causa onerosa, recalificación de terrenos y no asunción de los gastos derivados de urbanización, incardinándose dichas cesiones en el marco del cumplimiento de las obligaciones que, en su día, derivaron del proceso urbanizador plenamente consentido por la parte recurrente, por lo que

67 STS 25 marzo 2013 (RJ 2013, 6694).

su calificación responde al juego de la dación en pago determinada por la finalidad o función solutoria que informaron dichas transmisiones (solvendi causa)”.

IV. JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES SOBRE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL.

Un análisis pormenorizado de las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, que han sido absolutamente ignoradas por la doctrina, permite constatar que durante el último cuarto de siglo los Tribunales de Apelación se han pronunciado en numerosas ocasiones en relación con la donación obligacional.

El AAP Navarra 22 diciembre 1994⁶⁸ se dictó en una ejecución dimanante de un convenio regulador, una de cuyas cláusulas estipulaba que uno de los cónyuges se comprometía a transmitir al otro un determinado bien inmueble. La Sala fundamentó el carácter vinculante del pacto en la donación obligacional, aseverando que “ningún obstáculo legal existe para poder hablar de una donación obligacional, en virtud de la cual el donatario pueda exigir al donante el cumplimiento de una promesa de donar que este le hubiera hecho y aquél aceptado como donatario, ya que la amplia definición que del contrato y de amplitud de pactos permiten los artículos 1254 y 1255 del CC, y la prevalencia que a la voluntad unilateral o bilateral concede la Ley 7 de Compilación, hace perfectamente posible desde el punto de vista legal, que aquella obligación nazca para una de las partes contratantes”.

La SAP Barcelona (Sección 17ª) 27 junio 2000⁶⁹ se mostró proclive a admitir una donación obligacional, aunque entendió que los requisitos formales exigidos en los arts. 632 y 633 CC resultan igualmente exigibles a las donaciones dispositivas y a las obligacionales. Por ello, confirmó el pronunciamiento del Juez, que había descartado la validez de la pretendida donación obligacional de bienes inmuebles por no constar documentada en escritura pública. La Sala dijo que “la donación obligacional es doctrinalmente admitida pues se afirma que la donación puede configurarse con arreglo a un doble modo de adquisición: a) con eficacia inmediatamente traslativa en el sentido señalado en el art. 618 CC determinando la adquisición de la propiedad a favor del donatario, y b) con eficacia meramente obligatoria, determinando el nacimiento de un crédito y de una correlativa obligación. (...) Aparte del debate sobre el alcance de la donación obligacional o la validez o no de la promesa de donar -calificaciones también alegadas por el recurrente en la alzada-lo que no resulta cuestionable ni por doctrina ni por la jurisprudencia es la imposición de la forma *ad solemnitatem*, en determinados casos de tal modo que: a) En las donaciones traslativas con entrega inmediata de

68 AAP Navarra 22 diciembre 1994 (AC 1994, 2548).

69 SAP Barcelona (Sección 17ª) 27 junio 2000 (JUR 2000, 284349).

cosa mueble, existe libertad de forma pudiéndose hacer tanto verbal como por escrito -art. 632. 1^o y 2^o-; mientras que en las donaciones obligacionales de cosa mueble es necesario la forma escrita bien en documento privado o público -art. 632. 2 CC-, y b) En las donaciones de inmuebles tanto si es traslativa (con entrega inmediata) o meramente obligatoria siempre resulta necesaria la escritura pública tanto para la donación como para la aceptación aunque ésta última no se precisa sea realizada en unidad de acto pero siempre debe efectuarse en vida del donante y por escritura pública art. 633 CC-, extremos ambos incumplidos en autos por lo que, en definitiva, procede rechazar la apelación con confirmación de la sentencia recurrida”⁷⁰.

La SAP Madrid (Sección 12^a) 29 junio 2005⁷¹, al pronunciarse sobre una donación inter vivos con efectos post mortem, asumió una concepción obligacional de la donación, afirmando que “la plenitud de la misma, es decir la transferencia de la posesión que la donante se reserva en vida, se produce precisamente tras su fallecimiento (...) ya que sólo entonces la donación produce sus plenos efectos, de tal manera que si los herederos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones (artículo 659 y 661 CC), entre tales obligaciones puede hallarse la de entregar la posesión del bien del donante -ya por entonces además causante de la herencia-”.

La SAP Girona (Sección 1^a) 11 junio 2007⁷² dilucidó la eficacia de un documento privado en el que un matrimonio se comprometió a hacer donación pura y simple a su hija y a su yerno de un piso que tenían expectativas de adquirir en un futuro próximo, por “lo que se comprometen a efectuar [la donación] en el momento en que el piso entre a formar parte de su patrimonio y tengan sobre el derecho de libre disposición”. Tras constatar la aceptación doctrinal de las donaciones obligacionales, afirmó que en el caso concreto no podía ser válida, porque no constaba la aceptación de los donatarios, y además la promesa unilateral de donación del bien inmueble constaba en documento privado: “Se califique de promesa de futura donación, o de verdadera donación obligacional, es lo cierto que no hay aceptación, y por ello, conforme al artículo 633, no existe tal donación, puesto que, en las donaciones de inmuebles, como ya se dijera, tanto si es traslativa o meramente obligatoria, siempre resulta necesaria la escritura pública tanto para la donación como para la aceptación aunque esta última no se precisa sea realizada en unidad de acto, pero siempre debe efectuarse en vida del donante y en escritura pública (art. 633 CCivil)”.

70 Sobre esta Sentencia se pronunció en casación la STS 10 septiembre 2007 (RJ 2007, 4980), que como quedó apuntado en ningún momento se refirió a la donación obligacional.

71 SAP Madrid (Sección 12^a) 29 junio 2005 (JUR 2005, 258359).

72 SAP Girona (Sección 1^a) 11 junio 2007 (JUR 2007, 301501).

La SAP Salamanca (Sección 1ª) 3 noviembre 2009⁷³ admitió una donación obligacional documentada en un acta notarial de manifestaciones. En el testamento de la madre se desheredó a sus cinco hijos, defiriendo la herencia hacia los nietos. Una vez adjudicada la herencia en escritura pública, el mismo notario autorizó un acta de manifestaciones del padre viudo, quien se comprometió a entregar al único de sus hijos que no tenía descendencia (quien apareció como compareciente en el mismo documento) ciertas cantidades de dinero, la misma cantidad que a los nietos, como consecuencia de la venta futura de dos bienes inmuebles. La Sala señaló que “cuestión controvertida es también la posibilidad de la donación meramente obligatoria, de modo que el donante no transfiere el dominio en el momento de pactar, obligándose a hacerlo en el futuro (donación obligacional)”. Sin embargo, el Tribunal consideró que en el caso concreto existía una donación obligacional vinculante, debido a que “el ‘compromiso’ contraído por el padre demandado, inmediato al acto de distribución y adjudicación de la herencia de la causante Doña Nuria, se inscribe como una donación promisoria, pues se ha creado un crédito a favor del donatario, subordinado a la venta de bienes concretos que se señalan, pues la intención o ánimo del demandado fue, la de corregir la situación de su hijo -demandante- quien, ante la desheredación y la falta de descendencia, quedaba en desventaja, respecto de los demás hermanos, a quienes sus hijos, como nietos de la testadora, resultaban adjudicatarios, decidió comprometerse a la entrega de la cantidad que resultase de la venta de ciertos bienes, y en la cuota que correspondería a los nietos. Por ello, no puede negarse la relación contractual de donación promisoria u obligacional, creadora de un crédito, pero que no impide estimarla como tal donación, pues, pese a que la palabra ‘donación’ no se ha empleado, sin embargo late en la actuación del demandado, la intención o ánimo de entregar a su hijo -demandante- por vía de obligación, pero instrumentada como donación, la cantidad en que se debía traducir la cantidad resultante para los nietos de la testadora”. Sin embargo, en el caso enjuiciado, el Tribunal también constató que el donatario había cometido ingratitud contra el donante, que se había concretado en ciertas conductas reprobables, que incluso podían ser calificadas como delictivas. Esta fue la razón por la que la Audiencia Provincial confirmó la Sentencia del Juzgado, que había desestimado la demanda interpuesta por el donatario en reclamación del cumplimiento de la donación obligacional.

La SAP Jaén (Sección 1ª) 13 abril 2010⁷⁴ conoció de un litigio en el que la difunta madre, en un acta notarial de manifestaciones, afirmó haber realizado varias donaciones de bienes muebles a siete de sus ocho hijas, con motivo de bodas, bautizos, aniversarios y demás acontecimientos familiares, describiendo con detalle los objetos regalados a cada una de ellas. También especificó la madre

73 SAP Salamanca (Sección 1ª) 3 noviembre 2009 (AC 2009, 2381).

74 SAP Jaén (Sección 1ª) 13 abril 2010 (JUR 2012, 335645).

que dichas donaciones se habían hecho verbalmente y que se había producido la entrega de las cosas donadas, a pesar de lo cual tales bienes continuaron en la casa materna, circunstancia consentida gustosamente por las donatarias respectivas. Tras el fallecimiento de la madre, una de las hijas ejercitó la acción reivindicatoria contra una de las hermanas, con fundamento en que esta última estaba en posesión de los bienes muebles que la madre le había donado, que aparecían especificados en el acta notarial de manifestaciones. El Juzgado desestimó la demanda con el argumento de que se había acreditado que los bienes nunca habían sido entregados a las presuntas donatarias, con lo que nunca habría existido donación, a la vista del art. 632 CC, que exige entrega simultánea de los bienes donados cuando la donación no constaba por escrito, como era el caso. En el recurso de apelación, la hija demandante insistió en que la donación se había perfeccionado por la entrega efectuada a las hijas, y que, en todo caso, se trataría de una donación obligacional, admitida por la doctrina y por alguna jurisprudencia, en la que el donante se obliga a la posterior entrega, permaneciendo su facultad de disposición y uso de la cosa que se obliga a entregar gratuitamente. La Audiencia Provincial señaló que a la vista de la prueba practicada debía mantenerse la conclusión que nunca se produjo la entrega de los bienes 'donados' expresada por la madre en el acta notarial, por lo que la demandante no había acreditado ser la propietaria de los bienes muebles reivindicados. Y en lo que aquí interesa, añadió que "no puede estimarse el recurso de apelación, en el que se intenta hábilmente sustentar las pretensiones de las demandas en la figura doctrinal de la donación obligacional, lo que no es sino plantear una cuestión nueva que no se mencionaba ni argumentaba en aquellas y que resulta vedada en esta instancia, pues se alteran sustancialmente los propios hechos en ellas contenidos, en los que se partía de la base de la efectiva entrega, para sostener ahora que lo que se plasma en el documento es la obligación actual de transmitir después. De hecho tal planteamiento, en opinión de la Sala, no tendría encaje en una acción reivindicatoria, sino en la acción de cumplimiento de contrato". El interés de esta Sentencia radica en que admitió implícitamente la validez de la donación obligacional, perfiló correctamente que en dicho contrato el donante asume una obligación actual de transmitir posteriormente, y además señaló las consecuencias que se derivarían de su incumplimiento, especificando que en la hipótesis de falta de entrega posesoria el donatario debería ejercitar contra el donante una acción de cumplimiento de contrato, y no una acción reivindicatoria.

La SAP Toledo (Sección 2ª) 30 julio 2010⁷⁵ conoció de un recurso de apelación en el que el demandante había interesado la nulidad de pleno derecho de una donación en cuya virtud un Ayuntamiento había tomado posesión de ciertos terrenos, con el argumento de que tal donación no había sido formalizada en escritura

75 SAP Toledo (Sección 2ª) 30 julio 2010 (JUR 2010, 344308).

pública. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, afirmando que el apelante había infringido el principio de los actos propios, quebrantando la seguridad jurídica y no actuando de buena fe, pues antes de la interposición de la demanda había ofrecido por escrito al Ayuntamiento la donación de los terrenos a los que se refería la donación, con la finalidad de que se destinasen a instalaciones deportivas. También desestimó el argumento de que en el caso concreto no hubiese existido ánimo liberal por parte del donante. Y remachó la argumentación señalando que en todo caso se habría pactado una donación obligacional de un bien inmueble, válida y eficaz, a pesar de haber sido plasmada en un documento privado: “Incluso partiendo de considerar que la falta de ánimo de liberalidad y la existencia de un móvil más o menos interesado no excluye la consideración como donación del negocio celebrado, lo que sí es evidente, en todo caso, que podría afirmarse la existencia de una donación obligacional, en tanto el hoy actor ofreció en tal concepto los terrenos objeto de controversia e igualmente ese ofrecimiento fue aceptado por el donatario (folio 171 y 172 de las actuaciones). En este sentido, y dada la amplia definición de contrato que recoge el artículo 1254 del Código civil, es posible que la obligación nazca para una de las partes (donante) y si bien el donatario no adquirirá la propiedad de lo donado hasta la realización de la traditio o entrega material o simbólica, el contrato (aunque sujeto a las reglas de forma y fondo de la donación traslati[va] de bienes inmuebles) mantendría su eficacia obligacional entre las partes, estando legitimado el donatario a compeler al donante a lle[n]ar la forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y la aceptación (art. 1279 CC) de modo que el consentimiento de las partes pueda intercambiarse en la escritura de donación con su correspondiente aceptación”⁷⁶.

La SAP Lleida (Sección 1ª) 19 abril 2011⁷⁷ estudió un documento en el que un sobrino manifestó a sus dos tías que les iba a ceder una sexta parte del precio de la venta prevista de una casa. La Sentencia de apelación consideró que no se trataba de una donación, porque el documento tenía carácter transaccional. En todo caso, a la vista de que la Sentencia del Juzgado había resuelto la controversia aludiendo a la donación obligacional, la Sala dijo que “con respecto a la admisibilidad de la donación obligacional en el ámbito del Código Civil, a lo ya apuntado en la

76 Sobre esta Sentencia se pronunció en casación la STS 25 marzo 2013 (RJ 2013, 6694), aunque tal y como señalamos anteriormente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso con el argumento de que no se había concertado una donación, sino un negocio atípico de carácter oneroso. En cualquier caso, discrepamos de la SAP Toledo (Sección 2ª) 30 julio 2010 (JUR 2010, 344308) por haber afirmado que las partes podrían exigir la elevación a documento público de una donación obligacional de un bien inmueble que constase en documento privado ex art. 1279 CC. Desde nuestro punto de vista, los peligros que puede comportar una donación obligacional para el donante, para sus familiares, para sus acreedores y para sus legitimarios son exactamente los mismos que en las donaciones dispositivas. Cabría argumentar, incluso, que tales peligros son todavía mayores en una donación obligacional, debido a que el donante no pierde la posesión ni la titularidad sobre la cosa donada en el momento de celebración del contrato, sino posteriormente. Por ello, entendemos que procede la aplicación analógica de los requisitos formales contenidos en los arts. 632 y 633 CC. Vid. ARJONA GUJARDO-FAJARDO, J.L.: “¿Traslativa u obligacional?”, cit., pp. 601-602; CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, cit., pp. 92-93, 242.

77 SAP Lleida (Sección 1ª) 19 abril 2011 (JUR 2011, 260012).

resolución apelada, debe añadirse que se trata de una figura generalmente admitida por la doctrina". Y finalizó afirmando que cabría la donación obligacional siempre que no tuviese por objeto bienes futuros, con el argumento de que "una cosa es el supuesto admisible consistente en que en el momento de la firma del contrato el donante dona un bien asumiendo la obligación de transmitirlo, es decir, aquella en la que el donante se obliga a transferir el bien al donatario, y otra cosa distinta es la donación de un bien cuando no es un hecho cierto que se pueda llegar a disponer de él"⁷⁸.

También admitió la donación obligacional la SAP Zamora (Sección 1^a) 19 julio 2011⁷⁹. En un documento privado, calificado por las partes implicadas como "compromiso", una sociedad mercantil se comprometió a donar anualmente, durante todo el tiempo de vigencia de unas patentes, cuarenta mil euros anuales a una fundación de carácter sociosanitario. En 2008 y 2009, en virtud del compromiso adquirido, se abonó parte de la cantidad anual comprometida. La Sala señaló inicialmente que "visto el concepto de donación, y toda vez que el documento al que nos venimos refiriendo lleva por título 'compromiso', no puede por menos de poner de manifiesto, que efectivamente resulta controvertida la posibilidad de la donación meramente obligatoria, de modo que el donante no transfiere el dominio en el momento de pactar, obligándose a hacerlo en el futuro (donación obligacional)". Sin embargo, el Tribunal concluyó que "sin lugar a duda podemos concluir que el "compromiso" contraído por el hoy demandado, previo a la constitución de la entidad GCEBIO, seguido de la constitución de esta entidad y del acuerdo con la Fundación Intrás, a la que ya ha efectuado algunos pagos, lo podemos calificar como una donación promisoria, pues se ha creado un crédito a favor del donatario. (...) Por ello, no puede negarse la relación contractual de donación promisoria u obligacional, creadora de un crédito, pero que no impide estimarla como tal donación, máxime cuando en los documentos a los que nos venimos refiriendo se utiliza la palabra 'donación' y además el demandado ha llevado a cabo diversas entregas, como resulta de las transferencias bancarias aportadas como documental". Así las cosas, estimó el recurso de apelación, revocó la Sentencia desestimatoria del Juzgado, y condenó a la empresa a pagar las cantidades adeudadas en virtud de la donación correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009.

La SAP Madrid (Sección 21^a) 27 mayo 2014⁸⁰, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia dictada en un procedimiento

78 Argumentación que no compartimos, pues es perfectamente viable la donación obligacional de bienes futuros, e incluso de bienes ajenos, toda vez que en una donación obligacional el donante no transmite, sino que se compromete de presente a entregar más adelante, razón por la que carece de sentido la aplicación de la prohibición de bienes futuros contenida en el art. 635 CC a las donaciones obligacionales. Vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L.: "¿Traslativa u obligacional?", cit., p. 602; CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, cit., p. 85.

79 SAP Zamora (Sección 1^a) 19 julio 2011 (JUR 2011, 348790).

80 SAP Madrid (Sección 21^a) 27 mayo 2014 (AC 2014, 1611).

cambiario, manifestó que “el pagaré puede firmarse y entregarse con finalidad de mera liberalidad a favor del beneficiario. En este caso, la obligación cambiaria se asume por el firmante del pagaré *donandi causa*. No se trata de la donación del título sino de una promesa de donación (o contrato de donación obligatori[a]) por el cual asume gratuitamente la obligación cambiaria de satisfacer una determinada cantidad. Siendo válido el pagaré por liberalidad en la medida en que lo es en nuestro derecho civil la donación obligatoria o promesa de donación”. Ciertamente, la Sala constató que el pagaré se había firmado por el obligado al pago de la cantidad convenida, a modo de garantía. No obstante, a pesar de constituir un obiter dicta, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial fue contundente, al sostener que toda obligación cambiaria asumida *donandi causa* constituye un supuesto de donación obligacional.

La SAP Pontevedra (Sección 3ª) 9 junio 2014⁸¹ reconoció la validez de una donación obligacional de cosa ajena. En el supuesto de hecho, un señor donó a su hija la nuda propiedad de dos fincas, y a su esposa el usufructo vitalicio que gravaba esas mismas fincas, añadiendo que el usufructo en cuestión “empezará a regir al fallecimiento de la actual usufructuaria”, que era la madre del donante. Por tanto, se había donado un derecho de usufructo que al tiempo de la donación pertenecía a una tercera persona. En el procedimiento, la controversia se concretó exclusivamente en una cuestión jurídica: la validez de la donación obligacional del usufructo ajeno. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial entendieron que tal donación obligacional era válida y eficaz. La Sala señaló al respecto que “es obvio que en el momento del otorgamiento el donante conoce que no puede transmitir el usufructo por no ser titular del mismo en vida de su madre. No es posible la donación real, a diferencia de lo que sucede con la nuda propiedad que con la expresa aceptación en la misma escritura queda consumada. Por el contrario la donación del usufructo es de naturaleza obligacional, pues su cumplimiento queda condicionado al fallecimiento de la actual usufructuaria. Sólo al producirse este acontecimiento futuro el nudo propietario recupera la plena propiedad y puede disponer también del usufructo haciendo efectiva su obligación”.

La SAP Valladolid (Sección 3ª) 14 julio 2015⁸² consideró que el compromiso de dotación inicial de una fundación constituye un supuesto equiparable a la donación obligacional. Una fundación interpuso una demanda contra tres de sus patronos, reclamándoles el pago de las cantidades dinerarias que se comprometieron a aportar en concepto de dotación, dos de ellos en la propia escritura fundacional y el tercero en escritura pública de fecha posterior. El Juzgado estimó la demanda, considerando que se trataba de un compromiso de dotación exigible asumido conforme al art. 12 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y no

81 SAP Pontevedra (Sección 3ª) 9 junio 2014 (JUR 2014, 221199).

82 SAP Valladolid (Sección 3ª) 14 julio 2015 (AC 2015, 1127).

una donación. En el recurso de apelación, los patronos solicitaron la revocación de la Sentencia, argumentando que el compromiso de dotación no era exigible, y que, en todo caso, no se trataría de una donación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la condena al pago de la dotación comprometida. Para la Sala, “no deja de ser un dato relevante para atribuir a dichas aportaciones la naturaleza de dotación y no de donación, tal y como consigna el juzgador de instancia, el hecho propio de que los patronos aportantes no procedieran a su desgravación fiscal al amparo de lo dispuesto en la Ley 42/2002, cuando el compromiso asumido, tal y como se expone, no se asumió de forma condicionada o revocable”. Sin embargo, la Sentencia de segunda instancia añadió que, aunque el supuesto de hecho fuese calificado como donación obligacional, y no como aportación de la dotación, el carácter vinculante del compromiso conduciría a idéntica solución. Según la Audiencia, “en todo caso y si dichas cuotas ordinarias no fueran consideradas como dotación, el compromiso de su aportación a título gratuito integraría la denominada donación obligacional u obligatoria. Dicho instituto es admitido por la doctrina mayoritaria, pues entiende que aunque lo más común o frecuente sea que mediante la donación se transmita lo donado, ello no es requisito esencial para que la donación exista y sea válida, pues puede el donante simplemente obligarse a traspasar al donatario la titularidad de lo donado. La autonomía de la voluntad, consagrada en el art. 1255 del Código Civil, permite obligarse en tal sentido y el interés de las partes o las circunstancias concurrentes pueden aconsejar, cual sucedería en el presente caso, que se asuma actual y gratuitamente la obligación de transmitir más tarde. El donar consiste en este caso en, con ánimo de liberalidad, constituirse deudor a título gratuito, de modo que cuando se entrega a posteriori la cosa no hace sino ejecutarse una prestación que ya se debía. (...) Como consecuencia de dicho compromiso, aceptado en la propia escritura fundacional por su destinataria, nacería con cargo a los donantes la obligación de transmitir a la Fundación las sumas de dinero calificadas como cuotas ordinarias, integrándose en el patrimonio de la Fundación el derecho de crédito para exigir el cumplimiento de dicha obligación, bien en los plazos pactados bien a posteriori y mientras no prescribiera la acción al efecto”.

V. CONCLUSIONES.

Tras un examen detallado de la jurisprudencia, pueden extraerse diversas conclusiones.

I. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se aprecia una clara evolución en relación con la interpretación de la mecánica transmisiva de la donación regulada en el CC:

- A pesar de que el contenido del CC apunta decididamente a una naturaleza dispositiva o inmediatamente traslativa de la donación, hasta 1982 el Tribunal Supremo situó explícita o implícitamente a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo. Por tanto, durante este período la jurisprudencia caracterizó a la donación como un negocio obligacional. La STS 7 diciembre 1948⁸³ y la STS 6 abril 1979⁸⁴ llegaron a afirmar expresamente que la donación podía tener por objeto la transmisión de un crédito a favor del donatario, quien estaría en condiciones de exigir el cumplimiento del contrato, solicitando la entrega de las cosas donadas.

- Durante los últimos veinte años del siglo XX la jurisprudencia fue permeable al cambio de posición de la doctrina especializada, que desde mediados del siglo XX había preconizado el carácter dispositivo de la donación en el CC. La STS 22 junio 1982⁸⁵, la STS 22 diciembre 1986⁸⁶ y STS 25 septiembre 1993⁸⁷ afirmaron con claridad que a la vista de la regulación contenida en el CC la donación transmite el derecho real sin necesidad de entrega o tradición.

- En el marco del cambio de doctrina jurisprudencial sobre la mecánica transmisiva de la donación, la STS 22 junio 1982⁸⁸ mostró cierta hostilidad hacia la donación obligacional, aunque lo hizo condicionada por las especiales circunstancias concurrentes. Sin embargo, posteriormente el Tribunal Supremo ha admitido implícitamente en algunas Sentencias la posible eficacia obligacional de la donación: STS 21 febrero 1986⁸⁹, STS 17 abril 1998⁹⁰, STS 18 marzo 2005⁹¹ y STS 25 enero 2008⁹².

Así las cosas, al pronunciarse sobre la eficacia transmisiva de la donación regulada en el Título II del Libro Tercero del CC, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es apreciable un seguidismo de la doctrina mayoritaria, cuya influencia se ha trasladado con el paso del tiempo a las resoluciones judiciales.

No obstante, en relación con la posible configuración de una donación obligacional atípica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido mucho menos clara. Como es obvio, la donación obligacional fue admitida por todas las

83 STS 7 diciembre 1948 (RJ 1948, 1433).

84 STS 6 abril 1979 (RJ 1979, 1273).

85 STS 22 junio 1982 (RJ 1982, 3437).

86 STS 22 diciembre 1986 (RJ 1986, 7795).

87 STS 25 septiembre 1993 (RJ 1993, 7654).

88 STS 22 junio 1982 (RJ 1982, 437).

89 STS 21 febrero 1986 (RJ 1986, 934).

90 STS 17 abril 1998 (RJ 1998, 2983).

91 STS 18 marzo 2005 (RJ 2005, 2548).

92 STS 25 enero 2008 (RJ 2008, 225).

Sentencias dictadas hasta 1982, que expresa o implícitamente dieron por sentado el carácter obligacional de la donación regulada en el CC. Pero desde que en los últimos cuarenta y cinco años se viene afirmando cada vez con mayor constancia que la donación es un negocio dispositivo, no existe un posicionamiento claro del Tribunal Supremo sobre la donación obligacional. Aunque la STS 22 junio 1982⁹³ pareció rechazarla, las singulares circunstancias del caso resultaron determinantes. De hecho, las Sentencias que han afirmado rotundamente que con arreglo al CC la transmisión de la propiedad por donación se produce de manera concomitante con la perfección del negocio de donación, sin necesidad de entrega o tradición, no han llegado al punto de afirmar la imposibilidad de configurar una donación obligacional, que de hecho ha sido aceptada implícitamente en algunas ocasiones.

Con todo, existen dos circunstancias especialmente llamativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

- En las tres ocasiones en las que el Alto Tribunal tuvo una oportunidad de oro para pronunciarse sobre la donación obligacional, evitó hacerlo: bien resolviendo los recursos de casación interpuestos con base en otros argumentos (STS 10 septiembre 2007⁹⁴ y STS 25 marzo 2013⁹⁵), bien no percatándose de la existencia de una donación obligacional en el caso enjuiciado (STS 18 marzo 2005⁹⁶).

- La falta de rigor con la que se ha empleado la expresión “promesa de donación”, ya que en algunos casos ha sido utilizada con toda propiedad para aludir al precontrato de donación (STS 23 diciembre 1995⁹⁷), mientras que en otras ocasiones con esas mismas palabras se ha hecho referencia a ofertas de donación no aceptadas por el donatario (STS 16 febrero 1996⁹⁸, STS 25 enero 2008⁹⁹ y STS 10 mayo 2019¹⁰⁰).

A la vista de lo expuesto, se llega a la conclusión de que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que se haya pronunciado de manera expresa sobre la posibilidad de celebrar una donación atípica con eficacia obligacional. Tal aseveración puede resultar sorprendente, pero es totalmente correcta, a la vista de las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento. Sin embargo, al mismo tiempo también es forzoso reconocer que la jurisprudencia del Tribunal

93 STS 22 junio 1982 (RJ 1982, 3437).

94 STS 10 septiembre 2007 (RJ 2007, 4980).

95 STS 25 marzo 2013 (RJ 2013, 6694).

96 STS 18 marzo 2005 (RJ 2005, 2548).

97 STS 23 diciembre 1995 (RJ 1995, 9396).

98 STS 16 febrero 1996 (RJ 1996, 1257).

99 STS 25 enero 2008 (RJ 2008, 225).

100 STS 10 mayo 2019 (RJ 2019, 1910).

Supremo sí que ha admitido de manera implícita la donación obligacional en diversas ocasiones.

2. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

El análisis jurisprudencial permite constatar que durante el último cuarto de siglo las Audiencias Provinciales han admitido la validez y eficacia de la donación obligacional.

A la vista del contenido de las resoluciones judiciales dictadas en segunda instancia, es perfectamente viable enumerar las principales características de la donación obligacional: un contrato fundamentado en el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)¹⁰¹, en virtud del cual el donante se compromete a entregar una cosa al donatario. La transmisión del derecho real se produce con la entrega, material o ficticia, de la cosa donada¹⁰². Al perfeccionarse el contrato, el donante se convierte en deudor; y el donatario se convierte en titular de un derecho de crédito, que se concreta en la entrega de la cosa donada¹⁰³. El donatario puede instar el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega asumida por el donante¹⁰⁴. La obligación de entrega se transmite a los herederos, en el supuesto de que no hubiese sido cumplida en vida por el donante fallecido¹⁰⁵. La donación obligacional puede tener por objeto bienes presentes, pero también futuros y ajenos, como consecuencia del carácter obligacional del contrato¹⁰⁶. En todo caso, la donación obligacional debe cumplir ineludiblemente, como requisito ad solemnitatem, los requisitos formales exigidos en los arts. 632 y 633 CC, en función del carácter mueble o inmueble de los bienes donados¹⁰⁷.

Las decisiones adoptadas por las Audiencias Provinciales constituyen una natural asunción del criterio doctrinal prevalente en la actualidad, claramente favorable a la viabilidad y eficacia de la donación obligacional, que todavía no ha sido acogido de manera expresa por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

101 AAP Navarra 22 diciembre 1994 (AC 1994, 2548); SAP Valladolid (Sección 3ª) 14 julio 2015 (AC 2015, 1127).

102 SAP Toledo (Sección 2ª) 30 julio 2010 (JUR 2010, 344308).

103 SAP Salamanca (Sección 1ª) 3 noviembre 2009 (AC 2009, 2381); SAP Zamora (Sección 1ª) 19 julio 2011 (JUR 2011, 348790).

104 SAP Jaén (Sección 1ª) 13 abril 2010 (JUR 2012, 335645); SAP Valladolid (Sección 3ª) 14 julio 2015 (AC 2015, 1127).

105 SAP Madrid (Sección 12ª) 29 junio 2005 (JUR 2005, 258359).

106 SAP Pontevedra (Sección 3ª) 9 junio 2014 (JUR 2014, 221199). En contra, SAP Lleida (Sección 1ª) 19 abril 2011 (JUR 2011, 260012), cuyo razonamiento no compartimos (vid. nota 78).

107 SAP Barcelona (Sección 17ª) 27 junio 2000 (JUR 2000, 284349); SAP Girona (Sección 1ª) 11 junio 2007 (JUR 2007, 301501). En contra, SAP Toledo (Sección 2ª) 30 julio 2010 (JUR 2010, 344308), de la que disintimos (vid. nota 76).

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La donación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Artículos 618 a 656", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, València, 2013, pp. 4711-5050.

ALONSO PÉREZ, M.T.: "Sentencia de 18 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2548). Donación de cosa futura. Impugnación de la validez de una donación de acciones suscritas en aumento de capital no inscrito en el Registro Mercantil", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71, 2006, pp. 765-785.

APALATEGUI OCEJO, P., y OYUELOS PÉREZ, R.: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L.: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L.: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 2019, pp. 569-625.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

AA.VV.: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (coord. por C. JEREZ DELGADO), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

ATAZ LÓPEZ, J.: "La promesa de donación", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. por M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA y M.C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 155-191.

BONEL Y SÁNCHEZ, L.: *Código Civil español. Comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los Códigos Civiles de la mayor parte de los países de Europa y América. Tomo III. Libro III*, A. López Robert Impresor, Barcelona, 1890.

CALVO SORIANO, A.: "Donación y tradición", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 3, 1946, pp. 399-472.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.: "La naturaleza de la donación", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, 2001, pp. 71-99.

CARRIÓN OLMOS, S.: "La donación", en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 5ª ed., València, 2021, pp. 307-328.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral. Obra ajustada al programa para las oposiciones a Notarías determinadas. Tomo III. Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos). Derecho de familia*, 6ª ed., Reus, Madrid, 1944.

CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021.

COING, H.: *Derecho privado europeo. Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.

DE BUEN LOZANO, D.: *Curso elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colin y H. Capitant. Con notas sobre el Derecho Civil español. Tomo Octavo y último. Derecho Sucesorio. Donaciones. Ausencia*, Reus, Madrid, 1928.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, 1950, pp. 1133-1186.

DE DIEGO GUTIÉRREZ, F.C.: *Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D.: "La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 258, 1985, pp. 703-755.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, 1966, pp. 555-573.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero. Introducción. Teoría del Contrato*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial*.

Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, 6^a ed., Tecnos, Madrid, 1989.

DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español. Vol. III. Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

FERRANDIS VILELLA, J.: "Donación traslativa y contrato de donación", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núms. 8 y 9, 1960, pp. 329-365, 579-609.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1968.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "La donación", en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*, 2^a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1986, pp. 121-170.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "Los artículos 623 y 629 del código civil y la naturaleza de la donación", *Revista de Derecho Privado*, núm. 48, 1964, pp. 275-299.

LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, Tecnos, Madrid, 1990.

LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida*, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, C.J.: "Donación y revocación", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Vol. 2* (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 2955-2970.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M.: "Donaciones en convenio regulador", en AA.VV.: *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías. La jurista que se adelantó a su tiempo* (coord. por ABAD TEJERINA), Sepín, Las Rozas, 2021, pp. 317-330.

NÚÑEZ-LAGOS MORENO, R.: "Pago de lo indebido sin error", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 179, 1946, pp. 129-157.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y contratos. Volumen 2º*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2001.

OSSORIO SERRANO, J.M., en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coord. por F.J. SÁNCHEZ CALERO), IIª ed., Tirant lo Blanch, València, 2021, pp. 281-307.

PARRA LUCÁN, M.A.: "Artículo 609", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, València, 2013, pp. 4647-4661.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1956.

PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español. Tomo IV. Obligaciones y contratos. Vol. II. De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

ROCA SASTRE, R.M.: "Contrato de promesa", en *Estudios de Derecho privado. I Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 323-350.

SALVADOR CODERCH, P.: "Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 62, 1978, pp. 661-697.

SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, J.: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *Información Jurídica*, núm. 112, 1952, pp. 795-817.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo Tercero. Derechos Reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, 2ª ed., Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 5, 1950, pp. 625-829.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, 1952, pp. 1205-1328.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo III. Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, 2^a ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920.

ABUSO DEL DIRITTO: TRA MERCATO, CONCORRENZA E
CLAUSOLE GENERALI

*ABUSE OF LAW: BETWEEN MARKET, COMPETITION AND
GENERAL CLAUSES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 462-509

Giuseppe Maria
MARSICO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Con la formula “abuso del diritto” si tende ad indicare un limite esterno all'esercizio, potenzialmente pieno ed assoluto, del diritto soggettivo, il cui riconoscimento, come si insegna, implica l'attribuzione al soggetto di una duplice posizione, di libertà e di forza. Si analizzerà, in tale prospettiva, la clausola generale della buona fede nell'ambito della giustizia contrattuale e della certezza dei traffici giuridici del mercato.

PALABRAS CLAVE: Abuso del diritto; buona fede; clausole generali; mercato; concorrenza.

ABSTRACT: *With the formula “abuse of rights” we tend to indicate an external limit to the potentially full and absolute exercise of subjective rights, the recognition of which, as is taught, implies the attribution to the subject of a dual position, of freedom and of strength. From this perspective, the general clause of good faith in the context of contractual justice and the certainty of legal transactions in the market will be analysed.*

KEY WORDS: *Abuse of rights; good faith; general clauses; market; competition.*

SUMARIO.- I. BREVI PROFILI RICOSTRUTTIVI SULLE CLAUSOLE GENERALI. ABUSO DEL DIRITTO: UN POSSIBILE OSSIMORO?.- II. LE ORIGINI DELL'ABUSO DEL DIRITTO: TRA ESIGENZE DI CERTEZZA DEI TRAFFICI, BUONA FEDE E AUTONOMIA PRIVATA.- III. LA DOTTRINA ITALIANA: PROFILI RICOSTRUTTIVI.- IV. CONTRATTO E CONCORRENZA: LA CONFIGURABILITÀ DEI DANNI PUNITIVI (POTENZIALI) ALLA LUCE DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.- V. LE FONTI EUROPEE E NAZIONALI.- VI. L'ABUSO NEI RAPPORTI CONTRATTUALI TRA IMPRESE E I C.D. FALLIMENTI DEL MERCATO.- VII. L'ABUSO DEL DIRITTO TRA EQUILIBRIO CONTRATTUALE E "GIUSTIZIA" DEL CONTRATTO.- VIII. BREVI CONCLUSIONI IN UNA PROSPETTIVA RIMEDIALE DELLE IPOTESI DI *EXCEPTIO DOLI GENERALIS*: SULL'AUTONOMIA ASSIOLOGICA DELLA BUONA FEDE RISPETTO ALLA SOLIDARIETÀ COSTITUZIONALE.

I. BREVI PROFILI RICOSTRUTTIVI SULLE CLAUSOLE GENERALI. ABUSO DEL DIRITTO: UN POSSIBILE OSSIMORO?

Le clausole generali rappresentano particolari norme, dette anche "norme in bianco"; esse si distinguono per la loro espressione generica e elastica che permette al giudice di interpretare i principi sottesi al diritto in chiave evolutiva. Le medesime costituiscono uno strumento legislativo che permette all'ordinamento di evolversi e di adeguarsi alle mutevoli esigenze della società, attraverso un'attività giurisprudenziale di auto-integrazione di alcune lacune normative, per loro natura strutturali e connaturate a ciascun ordinamento. A tal uopo, grazie all'utilizzo di tali clausole generali e, al tempo stesso, "di chiusura" del sistema è possibile attuare un raccordo fondamentale tra norma positiva (auspicabilmente, statica, salvo interventi legislativi) e valori etico-sociali (ragionevolmente, mutevoli ed in continuo cambiamento); infatti, grazie alla natura spiccatamente elastica delle clausole generali, tali valori ispirano direttamente determinati modelli giuridici,

I GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999, p. 548; BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1988; RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1988, pp. 13 ss.; NAVARRETTA, E.: "Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. "L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti", *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, Tomo III, p. 645 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012, p. 13. Il Codice Civile riconosce in capo al creditore ed al debitore il dovere di comportarsi secondo le regole della correttezza ex art. 1175 c.c. Il principio di buona fede trova importanti applicazioni anche in materia contrattuale, per quanto concerne le trattative (art. 1337 c.c.), l'interpretazione (art. 1366 c.c) e l'esecuzione (1375 c.c.). In particolare, sia nella fase delle trattative, sia in quella della conclusione del contratto, il principio di buona fede trova attuazione, ma nella sua accezione oggettiva e, quindi, legata al principio di solidarietà contrattuale, ispirata dai principi di lealtà e salvaguardia. Debitore e creditore sono quindi accomunati da una disposizione di carattere generale che impone loro di comportarsi secondo le regole della correttezza ex art. 1175 c.c., specificandosi poi nell'obbligo di salvaguardia a favore, ed a carico, di entrambe le parti. In questo senso, il principio di buona fede si concretizza in una duplice finalità, in quanto, per ciò che concerne il creditore, gli impedisce un improprio abuso del suo diritto e, nello stesso tempo, lo obbliga ad attivarsi al fine di evitare, o limitare, gli imprevisti e le conseguenze negative che ne derivano; nei confronti del debitore, invece, assume rilievo poiché egli è tenuto, oltre che ad adempiere alla prestazione dedotta nel titolo, anche a tutelare gli interessi del creditore che non sono indicati specificatamente dal titolo obbligatorio, ma che ne sono comunque

• Giuseppe Maria Marsico

Dottorando di Ricerca in Diritto Privato e dell'Economia presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Funzionario Giuridico-Economico-Finanziario. E-mail: giuseppemaria.marsico@students.uniroma2.eu

permanentemente recepiti nel sistema normativo. Tra le clausole generali, la buona fede² - in tutte le sue proprie declinazioni - assurge ad un ruolo peculiare³,

legati. La dottrina prevalente ha individuato una funzione integrativa della norma in esame destinata ad incidere sul contenuto del rapporto obbligatorio quale fenomeno giuridico caratterizzato da una struttura complessa: in questo senso il principio di correttezza si pone come fonte di doveri ulteriori che vincolano le parti ancorché non risultino dal titolo del rapporto obbligatorio e, perciò occorre determinare le caratteristiche di questi obblighi aggiuntivi.

Proprio dall'analisi di questi obblighi, si è giunti alla formulazione dei c.d. 'doveri di protezione', tra i quali, in primo luogo, il dovere di cooperazione, che a sua volta, si specifica in obblighi più precisi. Tra tali obblighi rientrano sicuramente i doveri di avviso e di informazione, che il creditore è tenuto ad osservare nell'interesse proprio, ma anche del debitore, il quale deve essere portato a conoscenza di tutti quegli aspetti insiti nel rapporto o di quelli che potrebbero sopravvenire in futuro; la parte può poi essere tenuta ad eseguire prestazioni non previste da ciò che è stato regolato esplicitamente ai fini della salvaguardia dell'utilità altrui; la parte può essere tenuta a modificare il proprio comportamento in sede di esecuzione; il creditore deve ammettere il ricevimento di una prestazione non propriamente conforme a quella pattuita, se non sia compromessa l'utilità sostanziale della stessa; la parte tenuta di un corretto esercizio dei poteri discrezionali, dei quali dispone infatti di esecuzione della prestazione. Vedasi, sul punto, LIBERTINI, M.: "Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale", *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido – Studi in onore di Roberto Pardolesi* (a cura Di CIOMMO, F – TROIANO, S.), Roma-Piacenza, 2018, pp. 495 ss.

- 2 ALPA, G.: "Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano", *Contratto e impr. Eur.*, 1996, pp. 318 s., il quale elenca gli artt. 1.7, 2.4, 2.14, 2.16, 2.17, 2.18, 4.1, 4.2, 4.8, 5.2, 5.3, 5.8, 7.12, 7.17, 7.2.2, 7.4.8, nei quali la buona fede assume rilievo, al di fuori, dunque, della sola fase delle trattative. Ricorda ancora che al medesimo principio è ispirato l'art. 7 della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, ratificata dalla l. 11 novembre 1985, n. 765.

- 3 Dagli scritti di Savatier e Josserand appare con chiarezza come nel pensiero di tali Autori il divieto di *abus de droit* si sostanzia in parametri extragiuridici, rispondenti non tanto alla logica interna, alla *ratio* degli strumenti giuridici e delle loro condizioni di utilizzo, bensì, piuttosto, a valutazioni di carattere etico e ideologico. Valutazioni che conducono Savatier e Josserand a rintracciare il tratto identificativo dell'abuso del diritto rispettivamente nell'immoralità della condotta con cui il diritto viene esercitato e nell'"antisocialità" della condotta medesima ovvero nella sua contrarietà alla funzione sociale in vista della quale il diritto viene riconosciuto dall'ordinamento giuridico al singolo.

Savatier, sebbene non sia stato il primo Autore a occuparsi del tema dell'abuso essendo la sua teoria relativamente recente, ha il pregio di affermare in modo chiaro e con forza la legittimità e l'utilità della figura dell'abuso del diritto.

Sul punto, per una ricostruzione sul punto, v. anche BELVEDERE, A.: "Le clausole generali tra produzione e integrazione di norme", *Pol. Dir.*, 1988, pp. 631 ss.; *Id.*; "L'avventura delle clausole generali", *Riv. crit. Dir. priv.*, 1986, p. 21; GUARNIERI, E.: "Clausole generali", *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, pp. 403 ss; MENGONI, L.: "Spunti per una teoria delle clausole generali", in AA.VV.: *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 10; RODOTÀ, S.: "Il tempo delle clausole generali", *ivi*, p. 609; RESCIGNO, P.: "Appunti sulle clausole generali", *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 1; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 171. Ancora più di recente v. MENGONI, L.: "Autonomia privata e Costituzione", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 1 ss., in cui si legge che "in nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione della buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni" e più avanti aggiunge che "la clausola della buona fede non è mai criterio di nullità del contratto o di singole clausole". D'AMICO, M.: "Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 40; vedasi, in particolare, ancora SCOGNAMIGLIO, C.: "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012, p. 13 ove sottolinea il nesso tra abuso del diritto e razionalità del mercato.

Per un approfondimento in materia di abuso contrattuale v. CORSARO, L.: *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979; *Id.*, "Raggiro, dolo colposo e annullamento del contratto", *Giur. it.*, 1989, I, 2, pp. 10 ss.

Vedasi ancora sul punto SACCO, R.: *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, Torino, 1949, p. 13.

L'incertezza circa il contenuto della nozione di buona fede ha origini lontane. Nel diritto romano, non esisteva propriamente la locuzione buona fede ma quella di *fides*. Essa ne fu probabilmente il predecessore. A quel tempo l'uso della *fides* valeva non solo nei rapporti tra privati ma specialmente nelle relazioni tra i popoli ed evocava un concetto etico-sociale assai ampio e non unitario. Talvolta si estendeva al rispetto dell'impegno preso e della parola data, esprimendo un principio di eguaglianza tra i soggetti; talaltra alla protezione nei confronti del soggetto più debole, implicando un rapporto non egualitario ma di predominanza e potere di un soggetto rispetto ad un altro. Per un maggiore approfondimento circa la nozione di buona fede nel diritto romano v. SENN, L.: "Buona fede nel diritto romano", *Dig.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, pp. 129 ss.; TALAMANCA, M.: "La bona fides nei giuristi romani: 'leerformeln' e valori tutelati dall'ordinamento", *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padova- Venezia-Treviso, 14, 15, 16 giugno 2001, GAROFALO, L.: (a cura di), Padova, 2003, vol. IV. Tra gli studiosi della tradizione romana si vedano

dal momento che essa configura uno strumento concettuale e tecnico concepito dalla teoria e dalla prassi dei vari ordinamenti, con particolare riguardo agli istituti fondamentali del diritto civile e commerciale ed, in particolare, nell'ambito del contratto. La buona fede, tuttavia, sul piano squisitamente definitorio, non può essere ricondotta ad una singola formula in grado di racchiudere la complessità dei suoi molteplici aspetti; accanto a tali difficoltà qualificatorie, è ancor più lampante, come testimoniato dalla numerosa e contrastante giurisprudenza, la problematica della specificazione delle sue modalità applicative.

La buona fede è una nozione che ha vissuto periodi di minore o maggiore rilevanza nei diversi sistemi giuridici, a seconda del periodo storico e culturale, ma nel corso dei secoli, ha goduto di un costante e crescente interesse di giurisprudenza e dottrina che ne hanno modificato e rafforzato la portata. Nell'ambito del codice civile francese, invero, si rinviene più volte il riferimento alla buona fede. Alla clausola generale di buona fede fa da contraltare l'abuso del diritto.

Il concetto di *abuso del diritto*, da oltre un secolo al centro di un vivacissimo e annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale⁴, analizzato nelle parole che ne compongono la nomenclatura *abuso* e *diritto*, si presenta, *prima facie*, intimamente contraddittorio. Il diritto soggettivo, sotto il profilo qualificatorio, può essere inteso, senza alcuna pretesa di completezza, quale posizione giuridica soggettiva garantita a un individuo da parte di una norma giuridica cui corrisponde il potere di volontà e di azione riconosciuto dalla norma a tale soggetto nei confronti di uno, alcuni o tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.

Diversamente, quando ci si riferisce all'abuso del diritto⁵, s'intende che l'esercizio della libertà garantita dalla norma di esercitare il potere accordato dalla legge può dar luogo a responsabilità: onde un atto lecito – l'esercizio del diritto

inoltre: SCHERMAIER, M.: "Bona fides in Roman contract law", *Good faith in European Contract Law*, (a cura di ZINNERMANN, W. – WHITTAKER, F.), Cambridge, 2000, pp. 54 ss.; ZINNERMANN, W., "Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 703 ss.

- 4 L'abuso del diritto è stato oggetto di numerosi contributi dottrinali. Su tutti vedasi ancora ROTONDI, M.: "L'abuso del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 105 ss.; NATOLI, U.: "Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 37 ss.; RESCIGNO, P.: "L'abuso del diritto", *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, pp. 205 ss., e ora in "L'abuso del diritto", Bologna, 1998, ed. Il Mulino; ROMANO, S.: "Abuso del diritto", *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 168 ss.; PATTI, S.: "Abuso del diritto", *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; MESSINETTI, R.: "Abuso del diritto", *Enc. del diritto*, II, Milano, 1998, pp. 1 ss.; SALVI, C.: "Abuso del diritto", *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; GAMBARO, A.: *Abuso del diritto*, *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV.: "L'abuso del diritto", *Diritto privato*, Padova, 1998.
- 5 Giorgianni, estimatore di Jossierand che considera il più profondo e acuto indagatore dell'abuso del diritto; rivolge un'importante critica all'opera di Jossierand ritenendo che il giurista francese ingeneri confusione nel momento in cui fa coincidere il significato dell'*esprit* del diritto con la finalità del diritto piuttosto che confermare che lo stesso coincide con l'*idéal collectif du moment* cioè, secondo l'interpretazione dell'Autore italiano con "l'interesse, o valore, caratterizzante un determinato ambiente culturale in quanto in esso predominante in un determinato momento storico, e inerente alla stessa struttura formale del diritto soggettivo". Egli è convinto che tale disinvoltura terminologica porti con sé una ben più significativa confusione concettuale, che "provoca la trasposizione del discorso del Jossierand su un piano metascientifico-giuridico: il che spiega il richiamo a concetti di ordine morale come 'egoismo' e 'altruismo'".

– diviene fonte di responsabilità per colui che lo esercita². L'abuso, infatti, come affermava Gentili, non è altro che un uso chiamato abuso, e non uso, in quanto ritenuto illegittimo, ma non illecito, anzi addirittura legittimo da un punto di vista formale ma non da quello sostanziale⁶.

Proprio l'intrinseca contraddittorietà che lo caratterizza, come osservava acutamente Rescigno già a metà degli anni Sessanta, rende il tema dell'abuso del diritto un prezioso e privilegiato osservatorio per valutare la tenuta complessiva di un determinato ordine giuridico e per individuare il modello di certezza del diritto prospettato in tale ordinamento dalla dottrina ai giudici⁴.

Infatti, sia nelle argomentazioni poste a sostegno sia in quelle volte a negare la possibilità e l'utilità di addivenire ad un'autonoma configurazione dell'istituto dell'abuso, non è infatti difficile cogliere concezioni del diritto soggettivo, dei principi fondamentali e della certezza del diritto che rinviano a mondi e modelli, spesso, assai diversi⁷.

Il compito cui è chiamato a rispondere l'interprete è dunque duplice, sostanziandosi, da un lato, nella ricerca e individuazione dei limiti cui può essere sottoposto l'esercizio di un diritto, limiti che non risultano essere né certi né tantomeno facilmente identificabili, e, dall'altro, nella necessità di spiegare come simili limiti all'esercizio di prerogative spettanti al titolare di una situazione giuridica soggettiva (poteri, libertà e facoltà) possano sussistere alla luce del principio, questo sì, certamente, generale⁸, *qui iure su utitur neminem laedit*.

Tale principio che, a partire da Marcel Planiol, celebre oppositore della teoria dell'abuso del diritto, fu utilizzato per contrastare le nascenti teorie sull'abuso. Planiol e i suoi seguaci ritenevano, infatti, che se c'è diritto non ci può essere abuso e viceversa dal momento che *le droit cesse où l'abus commence*⁹.

6 GENTILI, A.: "L'abuso del diritto come argomento", *Riv. dir. civ.*, I, 2012, pp. 297 ss.

7 Cfr. in particolare riguardo al "nesso logico" tra figura dell'abuso e costruzione della nozione di diritto oggettivo GIORGIANNI, M.: *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963; riguardo agli altri profili enunciati cfr. PINO, G.: "Il diritto e il rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto", *Rivista Critica del Diritto Privato*, I, 2004, pp. 25-60; Id., "L'Abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)", *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica* (a cura di MANIACI, G.), Milano, Giuffrè, 2006, pp. 115-175; PANNARALE, L.: *Giustiziabilità dei diritti. Per un catalogo dei diritti umani*, Milano, Franco Angeli, 2002 (in particolare il capitolo dedicato a "Quod alii nocet, et sibi non prosit, non licet", pp. 79 e ss); PALOMBELLA, G.: *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, Dedalo, 2006 in particolare pp. 135 e ss.; LUZZATI, L.: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

8 SALVI, "Abuso del diritto", *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, I, nonché Messina, G.: *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, p. 178. Anche secondo MESSINETTI, D.: "Abuso del diritto", *Enc. Giur.*, Agg., II, Milano, 1998, pp. 1-4, il concetto di abuso si lega nella sua genesi storica, all'idea del superamento del limite posto alla sfera di competenza attribuita da una norma al soggetto. L'abuso – osserva l'Autore – è dunque concetto derivato da quello di potere, inteso quest'ultimo come principio di legittimazione all'azione.

9 PLANIOL, M.: *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Parigi, 1900, p. 269.

II. LE ORIGINI DELL'ABUSO DEL DIRITTO: TRA ESIGENZE DI CERTEZZA DEI TRAFFICI, BUONA FEDE E AUTONOMIA PRIVATA

L'assolutezza del principio *qui iure suo utitur neminem laedit* e la rappresentazione estremizzata dell'equilibrio proprietario stentavano ad essere conservati negli ultimi decenni dell'Ottocento. La necessità di trovare delle risposte alle nuove questioni poste dalla società industriale e di apportare "correttivi sociali" al diritto privato individualista portarono i giuristi dell'epoca ad interrogarsi se fosse o meno possibile configurabile un esercizio abusivo dei diritti riconosciuti ai singoli dall'ordinamento.

Innanzitutto a talune manifestazioni tipiche dell'economia capitalistica, manifestazioni percepite come riprovevoli dalla società che tuttavia sembravano destinate a sfuggire alle esistenti sanzioni legali, la concezione di un possibile esercizio abusivo dei diritti si presentava come il segnale della crisi della certezza dell'ordine borghese e, allo stesso tempo, come uno degli strumenti in grado di correggere l'eccesso d'individualismo prospettato da quell'ordine; per i suoi sostenitori la figura dell'abuso era da intendere proprio come strumento di *autocorrezione* del sistema¹⁰. Proprio la percezione di taluni comportamenti umani come riprovevoli ma non sanzionabili, fece avvertire l'esigenza di dover assoggettare a controllo le prerogative individuali, sottoponendo l'esercizio del diritto soggettivo a un criterio di giudizio, non necessariamente giuridico, ulteriore e diverso rispetto alla semplice conformità formale dell'esercizio del diritto al dettato normativo¹¹.

Il concetto di *abuso del diritto* fu dunque coniato ed utilizzato a partire dalla seconda metà dell'Ottocento dalla giurisprudenza francese, la quale vi fece esplicitamente riferimento in relazione ad alcune controversie in tema di proprietà nel tentativo di "correggere" per quanto possibile alcune delle più stridenti sperequazioni proprie del sistema giuridico francese ovvero di un ordinamento che faceva del principio della certezza del diritto una propria colonna portante¹².

10 Nel senso dell'abuso del diritto come 'un meccanismo di autocorrezione del diritto' si vedano anche ATIENZA, M. - RUIZ MANERO, J.: *Illicitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de la ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000; TARUFFO, M.: *Illeciti atípicos: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Il Mulino, Bologna, 2004).

11 Sul piano giuridico la distruzione dei vincoli individuali con le comunità particolari aveva cercato di portare l'individuo in relazione immediata con lo Stato e ciò si era tradotto nella proclamazione dell'uguaglianza (formale) di tutti innanzi alla legge (*égalité*).

12 PATTI, S.: "Abuso del diritto", *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss.: "La formula 'abuso del diritto' apparve per la prima volta nella giurisprudenza francese, nel secolo scorso, in materia di proprietà. Ci si chiese in quell'occasione se ogni forma di esercizio del diritto soggettivo fosse da considerare legittima, per il fatto stesso di essere estrinsecazione del diritto, o se la tutela dell'ordinamento dovesse invece essere negata ad atti del proprietario che, pur rientrando nei limiti del diritto, erano sentiti dalla coscienza sociale come abusivi, perché dettati dall'intenzione di nuocere e non rispondenti ad alcuna meritevole esigenza. Formulando il principio dell'abuso, la giurisprudenza francese si mostrò favorevole all'idea di un controllo 'contenutistico' del diritto soggettivo, ammettendo in alcune ipotesi la responsabilità del titolare del diritto, anche se il danno era stato causato nell'esercizio del diritto stesso. La dottrina manifestò invece opinioni discordanti: una parte sostenne l'assoluta insindacabilità dell'esercizio del diritto che non avesse oltrepassato i limiti stabiliti dalla legge (...); un'altra parte affermò invece l'insufficienza di una legittimità

A fronte delle plurime istanze popolari, i giudici francesi dovettero affrontare con spirito critico la *vexata questio* consistente del se ed in quali limiti l'esercizio di un diritto soggettivo fosse ex se legittimo, in quanto riconosciuto ad un soggetto dall'ordinamento giuridico di riferimento, ovvero se al contrario dovesse essere negata la tutela giuridica al titolare di un diritto che avesse posto in essere atti che, sebbene fossero formalmente espressione del diritto riconosciutogli dall'ordinamento medesimo, venivano ad essere considerati come abusivi dalla coscienza sociale giacché compiuti con l'intento di nuocere altri e non giustificati da esigenze dello stesso meritevoli di protezione¹³.

L'esito di una tale analisi dei diritti spinse i giudici francesi ad affermare, in alcune ipotesi, la sussistenza di una responsabilità del titolare di un diritto anche laddove il danno a terzi fosse stato cagionato nell'esercizio di un diritto formalmente riconosciuto dall'ordinamento¹⁴. Appare, dunque, indiscutibile che, nelle sue prime manifestazioni, la nozione di abuso del diritto quale criterio di "correzione" del sistema si configurò più come un principio di natura etica piuttosto che giuridica. Infatti, l'esigenza di reagire all'incondizionato potere che tradizionalmente costituisce il contenuto dei diritti soggettivi, e anzi secondo taluni ne esaurirebbe la stessa definizione¹⁵, trovava la più naturale e immediata manifestazione nel tentativo di

formale, ma non riuscì ad elaborare un criterio unitario per determinare le forme 'abusivo' di esercizio del diritto, e seguì strade diverse nella formulazione del principio. Così (...), a seconda dei diversi contesti culturali ed ideologici, furono indicati vari parametri (morale, finalistico, intenzionale, ecc.), in base ai quali valutare l'eventuale abusività dell'esercizio del diritto", p. 2; riguardo alla ricostruzione storica della figura dell'abuso del diritto v. tra gli altri De VITA, A.: *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969, pp. 175 ss.

- 13 La prima e senza dubbio più famosa teoria negazionista dell'autonomia concettuale dell'abuso del diritto fu quella elaborata da Planiol, il quale, risolvendo drasticamente la dinamica dell'ordinamento giuridico nella dualità diritto soggettivo e illecito, concluse che una condotta o risulta qualificabile come esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, e come tale intangibile e insindacabile, oppure fuoriesce dai confini tracciati dal diritto soggettivo integrando in un illecito, come tale sanzionabile; *tertium non datur*. Planiol non nega l'interesse che la figura dell'abuso mostra di aver raggiunto nelle applicazioni giurisprudenziali della sua epoca, tanto è vero che si sente in dovere di menzionare tale circostanza nei propri scritti. Quello che l'Autore contesta è la rilevanza sistematica dell'abuso, stante la sua irriducibilità all'interno del sistema della responsabilità civile se non tramite la sua inclusione nella categoria dell'illecito civile. Planiol è consapevole della peculiarità del "dato" indicato dalla giurisprudenza pratica e teorica con l'espressione "abuso del diritto". Tuttavia, sospinto un'improrogabile esigenza sistematica, nell'intenzione di ricondurre questa nascente figura giuridica nell'ambito dei principi generali della teoria della responsabilità, tramandati dalla tradizione dottrinale sulla base dei dogmi ereditati dal diritto comune, giunge alla conclusione che l'istituto dell'abuso non può essere dotato di una propria autonomia concettuale posto che i diritti soggettivi sono *limités dans leur étendue et soumis par leur exercice à des conditions diverses* e che l'abuso del diritto *sort de ces limites*, ovvero manca a *ces conditions*, ponendosi per ciò stesso in rapporto di contrarietà col diritto, non potrebbe costituire che un illecito e dunque dovrebbe essere trattato come tale.
- 14 V. ancora PATTI, S.: "Abuso del diritto", *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, p. 23 cit., il quale evidenzia che sono stati suggeriti diversi criteri al fine di verificare l'eventuale abuso del diritto: si allude a titolo esemplificativo al criterio morale, finalistico e intenzionale. Tra le prime sentenze è nota *Court de Cassation* 3-8-1915, in *Dalloz*, 1917, I, 705 *Coquerell/Clément-Bayard*. La questione concerne la collocazione di pertiche con spuntoni in un terreno da parte del proprietario: la condotta di per sé costituente esercizio del diritto è stata considerata abusiva in relazione agli interessi in rilievo poiché nelle vicinanze del terreno si trovava una fabbrica di palloni aerostatici la cui attività era ostacolata poiché i palloni planando si infilzavano negli spuntoni. Per la ricostruzione della vicenda vedi anche MARTINES, T.: *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, pp. 33 ss.
- 15 Per vedere tematizzata la stretta e strutturale interdipendenza tra la nozione di abuso e la categoria del potere e le sue modalità di estrinsecazione, anche e soprattutto nelle logiche della normazione e

introduzione dal parte della giurisprudenza nei giudizi su condotte giuridicamente rilevanti un criterio correttivo extra-giuridico¹⁶ mutuato dai principi dell'etica¹⁷ e dalla morale; dall'altro lato, appare interessante il dibattito che vide contrapposti Saleilles e Josserand circa la necessità di configurare in termini oggettivi¹⁸ piuttosto che soggettivi il concetto di abuso del diritto¹⁹.

Rimane, però, ferma l'affermazione di principio, l'individuazione del fondamento del fenomeno; l'abuso può aversi nell'esercizio di un diritto esattamente conforme al suo schema legale²⁰ solo laddove esso risulti però contrastante con un dovere indicato dalla legge morale: il fatto che sia moralmente un illecito lo rende per ciò solo fonte di responsabilità giuridica²¹. Colpisce particolarmente la posizione

dell'attribuzione delle prerogative soggettive, vedi MESSINETTI, R.: "Abuso del diritto", *Enc. Dir.*, Milano, 1998, p. 43

- 16 Secondo MERUZZI, G.: *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005, p. 348, la categoria dell'abuso del diritto ha rappresentato negli ordinamenti giuridici europei, fino al momento della laicizzazione del dibattito sulle clausole generali e sul criterio di buona fede, una categoria etica, tramite la quale attuare la realizzazione di dettami di giustizia sostanziale. Questa idea si trova esplicitata nel pensiero di GALOPPINI, M.: "Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1368 ss., il quale inserisce la tematica dell'abuso nel problema più vasto della realizzazione di una effettiva giustizia nell'esercizio dei diritti, p. 1408.
- 17 Savatier non è il solo autore che invoca il criterio del danno al fine della individuazione e qualificazione di una vicenda abusiva; v., altresì, CHARMONT, C.: "De l'abus de droit", *Revue trimestrale de droit civil*, 1902, p. 122 ss.; è chiaro, però, che tale criterio non può avere la capacità di costruire la nozione di abuso, e quindi individuare una categoria giuridica sulla base dei suoi effetti. In particolare critica aspramente questa impostazione GIORGIANNI, M.: *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, l'intento del quale è proporre l'abuso come una 'forma qualificativa autonoma', accanto a quella di diritto soggettivo e di illecito; egli osserva: "ma parlare di danno 'anormale, al fine di discriminare l'esercizio abusivo dall'esercizio lecito del diritto, vuol dire fare implicitamente appello a un elemento che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all'esercizio del diritto, e quindi tale che ad esso venga connessa una responsabilità. Nel qual caso, è troppo evidente che è quest'ultimo, il criterio dirimente l'esercizio lecito dall'esercizio abusivo del diritto: non già, cioè, l'anormalità del danno, ma ciò che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all'esercizio del diritto", *ibidem*, p. 79, n. 4. Più di recente fanno riferimento all'elemento del danno, ma per ricostruire la nozione di abuso al di fuori dell'ambito dei rapporti giuridici, e sul presupposto di una dimensione 'relazionale' dell'abuso del diritto BUSNELLI, D. B. - NAVARETTA, E.: *Abuso del diritto e responsabilità civile*, Milano, 1998, pp. 171 ss.; in particolare a p. 204-205 osservano: "La regola che consente di specificare il dato della 'relazionalità' rispetto all'esercizio di un diritto diverso da un diritto relativo è, dunque, l'ingiustizia del danno che, non solo, identifica l'altro soggetto coinvolto, attraverso la titolarità di un interesse meritevole di protezione risarcitoria, ma permette altresì di risalire alla diversa tipologia di impatto, determinata dal formale esercizio del diritto, in quanto elemento capace di contribuire a risolvere il conflitto di interessi determinato dalla fattispecie illecita".
- 18 SAVATIER, R.: *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Parigi, 1951.
- 19 Oltre a Savatier tale impostazione si deve anche alla elaborazione di DABIN, J.: "L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits", *La Belgique judiciaire*, 1921, pp. 307 ss.; ID., *Le droit subjectif*, Parigi, 1952. Tale Autore, in particolare nell'opera più recente, si ritrova a sostenere la tesi della immoralità del diritto ma come soluzione necessitata per evitare la caduta nella contraddizione, apparentemente insolubile, individuata da Planiol, e secondo la quale, sostanzialmente, se vi è diritto non può esserci abuso e se c'è abuso non c'è diritto; questo pur avendo l'Autore correttamente intuito la non coincidenza tra abuso e illecito.
- 20 Lo stesso RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 32 accoglie questa classificazione e, anzi, ne fa in certo qual modo la base della sua riflessione: la preminenza dell'attenzione che egli presta alla categoria dei diritti potestativi, in quanto caratterizzati dalla ampia misura di discrezionalità connessa al loro esercizio mostra una chiara coincidenza e discendenza dalla categoria dei diritti acasuali o immotivati, "(...) i diritti cioè che si sottraggono ad ogni forma di sindacato circa i motivi e lo scopo dell'atto", *ibidem*, p. 22.
- 21 MESSINA, M.: *L'abuso del diritto*, ESI, 2004, p. 98, sottolinea la continuità di simile impostazione rispetto ad una "tradizione risalente, riconducibile, secondo una ricostruzione accreditata, all'età del diritto intermedio e agli sviluppi della teoria dell'*aemulatio*, volta a censurare la condotta maliziosa del proprietario". In realtà nella costruzione delineata da Savatier non sembra venga dato alcun peso alla componente psicologica "maliziosa" dell'agente, bensì sembra che rilevi la oggettiva contrarietà alla legge morale della sua condotta.

di Savatier²² (e con lui quella di Dabin) perché, senza alcun equivoco, ravvisa la possibilità di riconoscere e perseguire l'abuso sostanzialmente sulla scorta di un sistema di regole parallelo ed estraneo al sistema normativo, il sistema delle regole morali²³, che assume a vero e proprio correttivo delle norme giuridiche²⁴.

III. LA DOTTRINA ITALIANA: PROFILI RICOSTRUTTIVI.

Nella cultura giuridica italiana, l'interesse per la figura dell'abuso del diritto ha carattere discontinuo²⁴: l'interesse è emerso sporadicamente, seppur in maniera non casuale, in alcuni momenti della storia della nostra cultura giuridica, destando adesioni entusiastiche e critiche, anche aspre²⁵, per poi attraversare lunghi periodi di malinconico confino²⁶ nel ripostiglio in cui il giurista ripone gli attrezzi che non gli servono più, perché sostituiti da altri più nuovi, più precisi, o forse solo più "alla moda"²⁷.

Le alterne fasi d'interesse mostrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiani verso il tema dell'abuso del diritto possono essere sintetizzati come segue. I primi interventi sia della dottrina che della giurisprudenza risalgono all'inizio del secolo scorso e si caratterizzano per la stigmatizzazione del tentativo di piegare, in via opportunistica e strumentale, l'esercizio del diritto al "capriccio" e agli scopi egoistici del titolare, a scapito del "sentimento di solidarietà" e della "funzione sociale" che permeano, o meglio dovrebbero permeare, l'esercizio dei diritti soggettivi riconosciuti dall'ordinamento e tra questi, in particolare, il diritto di proprietà²⁸.

Più che collocare la sua teoria nel contesto della riflessione sulla *aemulatio* e sulla rilevanza dei motivi dell'agire pare utile guardarla sotto il profilo della configurazione dei rapporti tra diritto e morale; l'Autrice stessa sottolinea l'interesse di questa tematica e l'attenzione che ha suscitato nelle riflessioni della scienza giuridica; v. nota 54 a p. 99 e, ivi, la copiosa bibliografia citata.

- 22 JOSSEAND, L.: *De l'esprit des droits et de leur relativité: Essai de téléologie juridique*, Parigi, 1939, p. 360
- 23 Josserand accoglie, dunque, il criterio teleologico per l'individuazione dell'abuso; per i caratteri di tale impostazione v. MULLER-ERZBACH, R.: "L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica", *Riv. dir. comm.*, I, 1950, pp. 88 ss.
- 24 JOSSEAND, L.: *De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits*, Parigi, 1939, a parere di GIORGIANNI, M.: "L'abuso del diritto", cit., p. 94, con questa opera "il processo di teorizzazione dell'abuso raggiunge la sua fase di maggior penetrazione e maturità", l'Autore ascrive al pensiero di Josserand due acquisizioni fondamentali e irrinunciabili in tema di abuso del diritto: quella della strutturale, ontologica diversità tra atti illeciti e atti abusivi e quella "del fatto che la qualificazione in termini di abuso denunci una essenziale *"relativité des droits"*, e ponga quindi in evidenza la complessa struttura della qualificazione in termini di diritto soggettivo", p. 95.
- 25 Cfr. CHARMONT, J.: "L'abus du droit", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 113, pp. 119 e ss.
- 26 L'immagine dell'araba fenice è evocata da ALPA, G.: *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 76.
- 27 PINO, G.: "L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)", in MANIACI, A.: *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 118.
- 28 Le espressioni virgolettate sono tratte da LEVI, F.: *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912, p. 95 (i limiti cui si riferisce l'autore nel sottotitolo sono di carattere etico, e ispirati ad esigenze di solidarietà sociale).

Negli anni Sessanta, in un clima di più generale rinnovamento della cultura civilistica italiana alla luce dei valori e principi ricavabili dalla Costituzione repubblicana del 1948, ritroviamo una dotta e assai influente rivalutazione della teoria dell'abuso del diritto, utilizzata come istanza particolare di un più ampio programma metodologico antiformalistico, che poneva l'enfasi sul pluralismo giuridico e sui cosiddetti corpi sociali intermedi²⁹.

Alla fine degli anni Novanta, infine, la formula sembra conoscere una nuova fortuna, con l'apparire di una pluralità di interventi variamente favorevoli alla rivalutazione del divieto di abuso del diritto, improntati a svariate metodologie antiformalistiche (tra le quali si notano alcune riproposizioni del pluralismo e del solidarismo cattolico, e le suggestioni della analisi economica del diritto)³⁰. La prima completa elaborazione da parte della dottrina giuridica italiana del fenomeno dell'abuso del diritto si deve all'opera di Mario Rotondi³¹, la cui riflessione costituisce un fondamentale termine di riferimento per i giuristi che hanno affrontato i complessi confini dell'abuso del diritto. L'autore nell'affrontare il tema dell'abuso, da un lato, non si sottrae mai ad un approfondito confronto con l'esperienza francese, e, dall'altro, dopo aver analizzato dettagliatamente le problematiche sottese al riconoscimento dell'autonomia concettuale dell'abuso arriva a mettere in discussione l'affermazione, apodittica, secondo cui abuso e diritto soggettivo debbano essere considerati come due termini del tutto incompatibili, che non possono essere accostati³¹.

29 Per una ricostruzione del programma metodologico e gius-politico attribuibile ai giuristi di questa corrente, si veda TARELLO, G.: "Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete", in VISINTINI, G., *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 17-57. Per alcuni cenni sulla stagione della "costituzionalizzazione" della cultura giuridica italiana, vedi PINO, G.: *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003.

30 ROTONDI, M.: *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova, Cedam, 1979. Il lavoro costituisce la tesi di laurea di Rotondi (laureatosi nella Facoltà di giurisprudenza di Pavia nel luglio del 1922, relatore Barassi) che venne pubblicato sulla Rivista di Diritto Civile (XV, 1923, pp. 105-128). La tesi di laurea appare fortemente influenzata dalle posizioni di Barassi. Il 'valore supremo' di riferimento resta la 'certezza del diritto' e 'la necessità di affidarsi alla legge', un dato questo che appare in contrasto con la pur formulata prospettiva di conferire maggiori spazi di autonomia al giudice. Sottolinea giustamente il contrasto FURIGUOLE, G.: "La 'Rivista di diritto civile' dal 1909 al 1931", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Riviste giuridiche italiane, 1865-1945, pp. 519 e ss. p. 609-610. Per un inquadramento delle posizioni di Rotondi negli anni successivi (posizioni che "s'inscrivevano coscientemente in quel travaglio teorico che segnò il passaggio dalla *Begriffs* all'*Interessenjurisprudenz*") si cfr. SANTARELLI, U.: "Un illustre (e appartato) foglio giuridico, la Rivista di diritto privato", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1987, 665 ss. 1944, pp. 665 e ss., pp. 673. Una valutazione fortemente elogiativa dello scritto di Rotondi - pur in un contesto argomentativo che si muove abbastanza lontano dalle sue tesi - è offerta da MULLER-ERZBACH, R., "L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XLVIII, I, 1950, p. 89 e ss., p. 90.

31 E' stato detto e ripetuto che - sul piano del diritto positivo abuso e diritto sono termini incompatibili, per cui la formula abuso di diritto sarebbe un non senso e una contraddizione *in terminis*. Eppure quello che dal punto di vista del diritto positivo sembra un non senso, è una realtà e prende un contenuto se si considera un comportamento oltre che da un punto di vista giuridico, da un punto di vista morale. *Non omne quod licet honestum est*, e la divergenza della valutazione diventa tanto più facile nel processo del tempo, se si confronta, in un regime di norme scritte, la lenta modifica di queste rispetto alla continua evoluzione della coscienza morale.

Secondo Rotondi, invero, l'abuso costituisce senz'altro oggetto di interesse della giurisprudenza, pratica e teorica; deve essere indagato e deve trovare riscontro in sede applicativa: con la fondamentale precisazione che non può essere considerato una categoria giuridica autonoma rappresentando un "fenomeno che esiste di fatto" e, per questo, "(...) può trovare il suo 'antidoto' in sede interpretativo giudiziaria nel senso che qui si debba operare in modo da prevenire l'abuso, anche se il rimedio radicale starà nelle mani del legislatore, dacché solo quest'ultimo potrà prestare una regolare e continua opera di revisione dei singoli istituti del diritto, in uniformità dei nuovi bisogni"³². Simili affermazioni si comprendono alla luce del fatto che, secondo l'Autore, l'abuso è sì un fenomeno di fatto, tuttavia che si colloca in rapporto di stretta interrelazione con il sistema delle norme positive e - in modo che forse non è così distante dai principi etici e dalla funzione sociale menzionate nei paragrafi che precedono - funziona in un certo senso come loro correttivo, o, come è stato efficacemente espresso, come cartina di tornasole, a livello sociale, della inadeguatezza, maturata nel tempo, con cui il diritto disciplina un dato comportamento o consente una data prerogativa ⁴³. L'abuso, quindi, indica una situazione di conflitto, ma non è il conflitto tra un atto di esercizio di un diritto e una sua valutazione di anti-giuridicità; il conflitto è invece tra la formulazione rigida, statica e tradizionale della norma positiva e quella che Rotondi definisce la "nuova coscienza giuridica del popolo"³³. Collocato com'è nella "anticamera del diritto", l'abuso del diritto diviene – secondo la ricostruzione di Rotondi - semplicemente un indice del grado di tenuta storica dell'ordinamento e dei contrasti esistenti tra "lenta evoluzione giuridica" e "rapida evoluzione sociale": non è strumento utilizzabile per far muovere meno lentamente (e per espandere) il sistema ma segnale rivolto (dall'anticamera) al legislatore assiso nelle stanze nobili ove si produce il diritto.

I luoghi comuni dei poliedri che si toccano solo alla periferia, il riferimento esclusivo alla lesione del diritto, l'impossibilità di un danno scaturente da un

32 RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, cit., p. 25, assume la posizione di Rotondi a misura delle posizioni di tutti gli autori che negano l'abuso del diritto; rifiutandone però, la rilevanza come categoria e problema giuridico, non già come fenomeno sociale che, anzi, come tale viene riconosciuto essere una costante ineliminabile dell'esperienza. Opportunamente sottolinea Rescigno, l'abuso viene classificato come fenomeno esterno ma non estraneo, non irriducibile all'ordinamento giuridico, essendo destinato ad influire su esso il fenomeno viene collocato in una zona che non appartiene o, meglio, non appartiene ancora alla realtà giuridica positiva.

33 Cfr. BARASSI, L.: "La teoria generale delle obbligazioni", vol. II, *Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 695 ss.; ivi l'Autore nega con decisione la possibile configurazione dell'abuso del diritto quale autonoma categoria giuridica. Nel pensiero di Barassi il principio per cui la responsabilità è esclusa quando l'autore ha agito senza esorbitare il suo diritto – "un fondamentale principio venuto dal diritto romano (*qui jure suo utitur neminem laedit*)" - è presentato senza mezzi termini come "l'esponente più incisivo del regime economico-giuridico individuale in cui oggi viviamo", "superba affermazione autonomistica" che "a torto" "fu aspramente criticata come espressione dell'egoismo". In nome della "solidarietà" sarà possibile "spostare i confini del diritto soggettivo, restringendo il territorio da essi delimitato" ma lo si potrà fare solo con lo strumento legislativo. Ipotizzare invece che chi agisce iure sia responsabile quando abusa del suo diritto è cedere a "un vago sentimentalismo" che solo in apparenza corrisponde allo spirito dei tempi".

comportamento *iure* e la necessità di mantener ferma la nozione di 'danno giuridico' sono puntualmente ribadite nello scritto di Rotondi.

La necessità di un intervento del legislatore e il contestuale timore di una soffocante statalizzazione del diritto dei privati imposta anche dai giudici si fondono tra loro. In nome della certezza del diritto, s'invoca ripetutamente l'intervento del legislatore; a ben vedere, però, quello che conta è la coerenza del sistema. Lo stesso legislatore è invitato a non raccogliere tutti i segnali connessi alla rapida evoluzione sociale, a non piegare i principi 'alti' del sistema alla nuova coscienza sociale³⁴. Più che al salvifico intervento legislativo, l'adeguamento del diritto alle trasformazioni in corso resta affidato, Rotondi ne è certo, alla scienza e alla giurisprudenza. Tale ricostruzione ermeneutica si caratterizza per un'esaltazione dell'interprete e della sua capacità di penetrare l' 'essenza intima' degli istituti per correggere l'inevitabile scarto tra astrazione e concretezza, tra la lentezza del giuridico e le veloci trasformazioni sociali³⁵.

Un contributo fondamentale per la comprensione del significato e del ruolo da attribuire alle componenti metagiuridiche caratterizzanti le prime fasi della storia del concetto di abuso del diritto è rappresentato dall'opera di Rescigno, alla quale il dibattito deve la esplicitazione delle più profonde matrici storiche e ideologiche della figura³⁶.

Secondo l'Autore, l'indagine sull'abuso del diritto esige di essere impostata non tanto sul piano dogmatico quanto sul piano delle manifestazioni storiche della figura, in quanto solo in tale ottica è possibile cogliere come "la diversità degli strumenti positivi adoperati non toglie unità al problema dell'abuso"³⁷.

34 Come scrive Luigi Mengoni, "il blocco di valori in cui la società si riconosceva era tradotto e cristallizzato nelle strutture dogmatiche del sistema del diritto privato, così che i procedimenti logico-inferenziali di decisione dei casi concreti assicuravano in pari tempo anche il controllo assiologico" (MENGONI, L.: "I problemi di metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia", *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 10)

35 Un decennio dopo Rotondi ritorna indirettamente sulla questione marcando le differenze tra equità e principi generali del diritto. L'equità offre "un sussidio al giudice", non toglie la certezza del diritto, "non fa del giudice un legislatore" ma semplicemente uno strumento "spesso anche inconscio del progresso giuridico". È la legge a rinviare il giudice all'equità e l'equità rinvia il giudice al caso concreto "a quanto vi ha di più concreto"; i principi generali, invece, "sono quanto vi ha di più astratto nel complesso di un ordine giuridico positivo". Una correzione (creativa) dell'ordinamento da parte del giudice operata partendo dall'alto e in contrasto con la certezza del diritto; innocuo (conservativo delle certezze del sistema) è invece il richiamo all'equità che si muove 'in basso' e non come autonoma fonte del diritto. Rotondi, M.: "Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", *Recueil d'études sur le sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, *Les sources generales des systemes juridiques actuels*, Parigi, Sirey, 1934, pp. 403 e ss., pp. 408 - 409.

36 RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 33. Oltre alla ricchezza della riflessione sugli aspetti applicativi e teorici svolta dall'Autore, alla sua opera va riconosciuto, *in primis*, il merito di aver senza mezzi termini evidenziato che quello dell'abuso del diritto rappresenta un tema "(...) nel quale si incontrano e si misurano, con particolare evidenza, le diverse ideologie dei giuristi."

37 RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 31

L'Autore ravvisa due grandi posizioni ideologiche che accompagnano il processo storico di ricostruzione del fenomeno e che, quindi, sorreggono l'affacciarsi dell'abuso sulla scena della riflessione teorica in merito all'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive. Si tratta *lato sensu* dell'ideologia cattolica (o ideologia della morale) e della ideologia socialista (o ideologia laica di concezione socialista). Ciascuna di siffatte concezioni comporta il riferimento ad un proprio codice etico e a propri parametri di giudizio, estranei a quelli del sistema normativo ex se considerato che, se seguite, conducono l'interprete a soluzioni differenti sul tema dell'abuso³⁸.

In particolare, la considerazione del sistema giuridico positivo dall'angolo visuale del pensiero tomista riconosce ampia libertà all'interprete al fine di permettergli di mitigare le asprezze della legge e correggere le conseguenze più gravi della meccanica applicazione della giuridicità in quei casi in cui una siffatta applicazione risulti "ingiusta". La misura del giudizio e della correzione del sistema sarebbe data dalla morale: criterio di valutazione, rispetto all'esercizio dei diritti diviene in tal modo l'uso morale o immorale del diritto. Facendo proprio il pensiero di Dabin, Rescigno afferma che grazie a questa legittimità morale "il diritto legale si apre sulla moralità, che viene ad arearlo, ad umanizzarlo ed altresì ad individualizzarlo in ciò che ha di troppo astratto e di troppo tecnico. In una parola l'abuso rappresenta il correttivo della moralità, che la legalità postula". Pertanto, il limite all'esercizio del diritto finisce per essere segnato dai doveri che incombono a ciascun soggetto verso Dio, verso se stesso, verso il prossimo. L'approccio tomista, in ogni caso rischia di concludersi nella teologia morale, e rischia di identificare l'abuso con il "peccato", poiché la sanzione irrogata dalla norma positiva si aggiunge e presuppone la censura morale del relativo comportamento umano³⁹. L'ideologia socialista, invece, adotta quale criterio di giudizio la coscienza sociale⁴⁰. A differenza

38 RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998. Secondo l'A. "I due aggettivi vanno intesi in un'accezione non rigorosa: l'ideologia d'ispirazione cattolica non si identifica col giusnaturalismo; l'ideologia socialista non coincide rigorosamente con la concezione marxista della vita e della storia. Sarebbe più esatto contrassegnare la seconda con termini più vaghi, quali solidarista o sociale (...)". Sul tema si veda altresì SOLARI, G.: "L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato", I, *L'idea individuale*, Torino, 1911; Id, *L'idea sociale. Lo storicismo nel diritto privato*, Torino, 1918.

39 L'Autore arriva a tale drastica conclusione essenzialmente sulla scorta del pensiero di Dabin e di alcuni passaggi davvero inequivocabili della sua opera: "La meditazione cattolica sul problema giuridico rischia così di concludersi nella teologia morale, e rischia d'identificare l'abuso col 'peccato', poiché la sanzione irrogata dalla norma positiva si aggiunge e presuppone la censura morale. Questo approdo alla teologia, e ad una concezione teologica del peccato e della grazia, si rivela con estrema lucidità in alcuni passaggi del discorso: dove si parla di 'biasimo' del titolare del diritto in virtù di "una norma di specie diversa da quella della giuridicità, una norma concorrente e, sotto certi aspetti, regolatrice della prima"; e, più ancora, là dove si dice, riassumendo in brevi tratti la sostanza dell'abuso di diritto, che "l'atto economicamente irreprensibile non sarà 'salvato' se ha peccato per un certo eccesso (*outrance*) che lo renderebbe moralmente odioso"; infine nelle parole che scorgono, nell'eventuale contrasto tra l'incensurabilità economica e l'odiosità morale, un perenne conflitto della tecnica e dell'umano".

40 La dottrina "socialista" (in senso proprio) del diritto, nell'età in cui comincia a svolgersi la dottrina dell'abuso, è invece scarsa ed appare largamente commista ad elementi estranei, che le conferiscono un tono di vago umanesimo sociale ingenuamente utopistico. Più che gli scritti di Menger, A.: *Lo Stato socialista*, Torino, 1905; Id, *Il diritto civile e il proletariato*, Torino, 1894, spec. pp. 190 ss. (dov'è considerata la materia delle obbligazioni e dei contratti, e quindi della libertà contrattuale, l'usura ed il contratto di lavoro, e

della visione cattolica, quella socialista dell'abuso dà al "peccato" il travestimento laico della riprovazione della coscienza collettiva. La vera differenza tra le due ricostruzioni ermeneutiche risiede nella mutevolezza, nella variabilità, in ragione dei nuovi bisogni e dei nuovi atteggiamenti della coscienza comune, laddove il diritto naturale e super-legalità sono, per la dottrina cattolica, un corpo unitario ed immutabile, entro il limite della flessibilità richiesta dall'esigenza di rendere vigente, e storicamente operante, il diritto naturale⁵⁵.

Il giudice viene chiamato da entrambe le ideologie ad un compito aspro, in particolare, l'ideologia cattolica lo porta ad indagare la coscienza individuale per ricercare la moralità delle intenzioni, e quella socialista, a ricercare lo spirito e il piano dell'istituzione, il voto del legislatore rimasto inappagato nell'esercizio concreto del diritto, la reazione della coscienza generale (o, forse meglio, collettiva). L'esito di siffatte indagini, basate entrambe su una ricerca che non si limita ai caratteri esteriori della giuridicità formale, risulta incerto e non privo di arbitrarietà.

Se da questa impostazione in termini generali - moralità e socialità dell'atto - l'interprete passa a considerare gli strumenti e i limiti, propri dell'ordinamento positivo, attraverso i quali la moralità e la socialità possono essere ricercate e controllate, gli apparirà chiaro come la moralità possa risultare solamente un'indagine dei motivi individuali che determinano il singolo al compimento dell'atto, laddove la socialità risulterà da un controllo o e da una verifica dell'interesse privato⁴¹.

dove si legge, a p. 153 ss. un'efficace censura della figura borghese del buon padre di famiglia. "*degno di venire dipinto da Giovenale o da Dickens*", "*il tipo della unilateralità delle classi abbienti*" situato su un "*punto di morale nullità*" che gli consentel'esercizio dei diritti sino alla *chicane*), conviene considerare (anche per la connessione col tema) i contributi di LEVY, E.: "*Vision socialiste du droit*", *Les fondaments du droit*, Parigi, 1933. A base del sistema della responsabilità e dell'esercizio dei diritti Levy pone il concetto di affidamento legittimo, di "*confiance légitime*". Il diritto individuale non è sovrano; esso esiste grazie alla tolleranza ed è determinate dall'obbligazione degli altri. Il soggetto è irresponsabile nella misura in cui ha bisogno di aver fiducia in se stesso per agire; responsabile nella misura in cui gli altri hanno bisogno di avere fiducia in lui. La nozione di "*confiance légitime*" corregge, in Levy, il punto di partenza, il fondamento del diritto individuale che egli aveva indicato nella "*croyance*" appare insufficiente, Levy ripiega sul concetto di affidamento legittimo, riportando la legittimità (nello sviluppo del suo pensiero) prima al giudizio della coscienza sociale, poi all'apprezzamento ufficiale della legge statale. "Conclusione desolante" commenta RIPERT, G.: "*Le socialism juridique d'Emmanuel Levy*", *Revue critique*, 1928, p. III, nel segno del più evidente positivismo e statalismo.

- 41 Un esempio molto chiaro al riguardo, anche per l'impatto esercitato sugli equilibri complessivi del sistema o, perlomeno, di alcune sue zone nevralgiche, lo offre la disciplina a tutela del consumatore all'interno della quale si ritrovano usi eterodossi di taluni istituti classici del diritto civile come la nullità del contratto. Rispetto al paradigma codicistico, la c.d. nullità di protezione (art. 36 cod. cons.) presenta la peculiarità di essere azionabile dal solo consumatore, là dove, come è noto, la nullità dell'art. 1421 c.c. può essere fatta valere da entrambe le parti. È agevole comprendere che il posto, e il peso, della regola nuova risulteranno molto diversi a seconda che in essa si voglia ravvisare una *lex specialis* rispetto al diritto comune, ovvero l'espressione di un principio generale candidato a promuovere interpretazioni "protettive" tutte le volte in cui ricorra il presupposto della asimmetria della posizione di mercato delle parti e il rimedio della nullità venga dal legislatore previsto senza che alla previsione medesima si accompagnino indicazioni precise in ordine al regime da applicare (così l'art. 9, co. 3, l. n. 192/1998). In quest'ultimo caso, infatti, la specialità della regola si converte in autonomia e quello dei contratti con il consumatore cessa di essere un settore occasionalmente deviato rispetto all'asse codicistico per proporsi, viceversa, come luogo di produzione di modelli argomentativi muniti di una propria forza espansiva.

Si tratterà di ricercare quell' 'interesse meritevole di tutela' che è il limite obiettivo entro il quale è riconosciuta e destinata ad operare la libertà negoziale privata all'interno del nostro ordinamento.

Il problema dell'abuso attiene alla composizione – con funzione di bilanciamento - di interessi che siano in conflitto nello svolgimento di un particolare rapporto o che siano in conflitto nella posizione del regolamento di interessi.

Dunque, apparirebbe corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell' abuso sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)⁴².

La querelle è, tuttavia assai più complessa: si ha riguardo a quali siano, in concreto, le prerogative individuali che possano formare oggetto di abuso. La dottrina limita generalmente la configurabilità di abuso, in senso giuridico, alle prerogative che riguardino situazioni in corso di effetto, escludendo le situazioni giuridiche in via di creazione. Situazioni in corso di effetto sarebbero quelle cui ineriscono le funzioni ed i poteri, oltre, naturalmente, alle situazioni che danno luogo al sorgere dei diritti soggettivi veri e propri.

Le prerogative giuridiche che riguardano la creazione, e non già lo svolgimento, di situazioni giuridiche sono le libertà e le facoltà; queste ultime, peraltro, a differenza delle libertà, sarebbero prerogative condizionate. La differenza tra la libertà ed il diritto soggettivo in senso proprio viene colta in questo, "che al diritto la legge, che lo ha creato, imprime una determinata finalità particolare; la libertà, invece, costituisce una prerogativa discrezionale, che può esercitarsi in tutte le direzioni, poiché è precisamente la libertà"⁴³.

Tuttavia, se l'esercizio del diritto si compie (almeno per ciò che riguarda la possibilità di modificare o di estinguere un precedente rapporto negoziale) attraverso un negozio giuridico, e cioè attraverso un atto di autonomia privata e quindi di libertà, è evidente che non si può limitare il profilo dell'abuso ai soli

42 È questa la via seguita da NATOLI, U.: "Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano", *Riv. Trim.*, 1958, p. 18. Id., "L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza", *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961, I, p. 157.

43 ROUBIER, M.: "Les prérogatives juridiques", *Revue internationale de droit comparé*, 1963, pp. 76 ss. L'Autore tenta, a pp. 86 ss., un esame delle singole libertà (per le quali si era parlato di abuso); la libertà sindacale presenterebbe "aspetti talmente opposti, a seconda che ci si ponga dal lato dei fautori o degli avversari del sindacato e di coloro che vogliono sindacarsi o di quanti non vogliono, che è impossibile assegnarle uno scopo e dire che si ha deviazione fuori dello scopo" (p. 87); gli atti di concorrenza sleale gli appaiono, rispetto alla libertà del commercio, eccesso e non già abuso (p. 89); rispetto alla libertà di espressione, il diritto di replica si atteggia nella legge come diritto "nominato" (nel senso chiarito da Josserand) e lo stesso diritto di sciopero sarebbe divenuto un diritto nominato e definito in confronto della libertà di lavoro (p. 91). Per la necessità di considerare - con riguardo al problema dell'abuso – così le libertà come i diritti soggettivi, e per l'indifferenza della fonte (legale o contrattuale)".

diritti, siccome prerogative destinate ad incidere su situazioni in corso di effetto, ed escluderne le libertà, che riguarderebbero la creazione di nuove situazioni.

In questi casi, l'interprete è chiamato a comparare e comporre, in una prospettiva di adeguato bilanciamento di interessi pubblici e privati, la portata ed il valore delle libertà garantite rispetto agli affidamenti suscitati ed alla comunione di interessi costituita e che per un certo tempo ha trovato la sua realizzazione. La formula e i rimedi dell'"abuso di diritto" vogliono introdurre a tutela dell'altrui affidamento un limite all'esercizio delle libertà. Limite avvertito come necessario soprattutto in quelle società, in cui l'uso egoistico delle libertà ha portato all'affermazione di un'accentuata disuguaglianza sociale. Pertanto, le libertà devono rientrare nell'ambito di applicazione dell'abuso.

Rescigno conclude la propria analisi affermando che se, da un lato, è utopistico pensare la prospettiva rimediabile dell'abuso possa eliminare ogni forma d'immoralità o di arbitrio nei rapporti giuridici privati ovvero sia idoneo a moralizzare il diritto, dall'altro, si è rivelato uno strumento duttile ed elastico; il fenomeno complesso dell'abuso del diritto è il corollario della circostanza per cui l'arbitrio, l'anormalità, l'offesa al comune sentimento siano un fenomeno non più individuale, ma di classi o di gruppi o di concentrazione del potere, per superare l'ingiustizia causata da un eccesso di (dis)"uguaglianza".

Si ritiene, in conclusione della rassegna dedicata alle posizioni dottrinali più significative, che maggior contributo hanno apportato alla teoria dell'abuso e che maggiormente evidenziano le linee della sua evoluzione, di non poter trascurare una menzione all'opera di Virgilio Giorgianni⁴⁴. Un'opera il cui indubbio motivo d'interesse risiede nel peculiare e convinto approccio metodologico alla figura dell'abuso, non certo frequente nell'epoca in cui l'opera si colloca (i.e. 1963), e che pare, invece, ritornare alla base delle riflessioni dottrinali più recenti⁴⁵.

L'Autore, conduce un'indagine improntata a finalità dichiaratamente teorico-generalis o, *rectius*, di epistemologia del diritto ed avente come oggetto privilegiato la norma giuridica intesa come specifica struttura qualificativa. L'intento dichiarato è quello di 'disincagliare' la norma, così intesa, e quindi la teoria generale del diritto, dal metodo formalistico kelseniano e da una "concezione epistemologica prefabbricata rispetto al farsi del concreto sapere del giurista". Dunque, l'abuso del diritto in tale programma di indagine - e in tale modo di intendere il compito della scienza giuridica - rappresenta una figura di centrale importanza, sia perché consente di studiare il rapporto tra la struttura formale della norma e il "formalismo"

44 GIORGIANNI, M.: *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.

45 Su tutte si vedano le opere di MESSINA, G.: *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, e RESTIVO, C.: *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, nella misura in cui le stesse predispongono dei tentativi di riconoscere dignità sistematica e dogmatica all'abuso del diritto.

cogliendo la norma giuridica *at work* (ossia valutandone l'applicazione pratica), sia perché "nessun'altra ricerca, forse, all'infuori di quella relativa all'abuso del diritto (...) offre la possibilità di una descrizione analitica più accurata e penetrante della norma giuridica in quanto 'specifica struttura qualificativa'".⁴⁶ La peculiare prospettiva d'indagine dell'Autore impone di contestualizzare il suo ragionamento, ma non toglie che si possa ben cogliere la differenza del suo approccio rispetto a molte altre trattazioni sul tema, la sua ferma e argomentata volontà di trattare l'abuso alla stregua di uno dei concetti portanti, esplicativi delle ragioni dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive. L'Autore usa l'abuso per capire e compiutamente analizzare la 'forma' della norma giuridica, senza partire da protocolli ma dall'interno stesso della positività della norma e dalla concretezza delle sue applicazioni. Per quanto influenzata da questa peculiare impostazione, comunque l'opera di Giorgianni esprime, e argomenta, l'interesse per l'abuso come categoria concettuale, al pari del diritto e dell'illecito, e da affrontare come categoria dell'ordinamento, non già quale mero problema applicativo e di giustificazione di prassi applicative o urgenze correttive.

IV. CONTRATTO E CONCORRENZA: LA CONFIGURABILITÀ DEI DANNI PUNITIVI (POTENZIALI) ALLA LUCE DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.

Nel settore dei contratti d'impresa la figura dell'abuso del diritto rappresenta uno dei precipitati dell'ampia contaminazione in esso esistente tra l'autonomia contrattuale e gli strumenti, interpretativi e applicativi, del diritto *antitrust*⁴⁶.

Questa configurazione dell'abuso del diritto ha un eco nelle sue origini che, come si è detto, si rintracciano nell'evoluzione del sistema economico capitalistico e nei fenomeni connessi dei cartelli e monopoli od oligopoli industriali, e quindi nell'ambito della regolazione dei mercati e della tutela della concorrenza per la repressione delle pratiche competitive sleali⁴⁷.

Nel contesto italiano odierno l'abuso del diritto nei contratti d'impresa si trova tuttavia al centro di due paradossi. Il primo paradosso è rappresentato dalla disputa interna alla dottrina civilistica se esso sia figura che appartiene al diritto dei contratti o piuttosto al diritto *antitrust* o della concorrenza. Il secondo paradosso è che, accanto a tale dibattito, permane nei confronti della figura un latente

46 GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia", *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17 che pur non facendo espresso riferimento alla figura dell'abuso del diritto disegnano l'ambiente in cui essa di fatto prospera.

47 Per inciso, ricordiamo che un'occorrenza implicita del divieto di abuso del diritto nel Codice civile con specifico riferimento ai rapporti contrattuali d'impresa è il divieto di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. (cfr. per tutti SACCO, R.: "L'abuso del diritto", in AA.VV.: "Il diritto soggettivo", *Tratt. dir. civ.*, Utet, Torino, 2001, p. 318 e 330).

scetticismo, pur a fronte della crescente penetrazione di normative europee che individuano e sanzionano anche esplicitamente ipotesi di abuso⁴⁸. Questi due paradossi non sono privi di nessi: una delle ragioni per cui si cerca di riportare l'abuso nei rapporti d'impresa al contratto, emancipandolo dai fenomeni oggetto del diritto *antitrust*, sta nel tentativo di delineare il relativo divieto alla stregua di un "principio- ponte"⁴⁹ tra valori costituzionali e legislazione in cui i valori della persona prevalgono su quelli del mercato. Sennonché, le alternative tra contratto e concorrenza e tra contratto e mercato sono in questi termini mal poste⁵⁰. Come osservò R. Sacco discutendo le opposte visioni solidariste e mercantiliste dell'abuso della libertà contrattuale, "la scelta razionale e sociale è quella del mercato. Ma nel momento in cui la scelta è rivolta al mercato sorge allora la necessità di difendere il contraente, tanto quanto possibile, contro le possibili distorsioni e paralisi del mercato stesso, nonché contro le soggettive ragioni di inefficienza che farebbero avvicinare il soggetto al contratto senza farlo avvicinare al mercato"⁵¹.

Infatti, per un verso un contratto d'impresa è una componente di un mercato, che sarà caratterizzato da un certo grado di concorrenza; per altro verso un mercato altro non è che il prodotto e l'insieme interconnesso delle relazioni contrattuali che governano i rapporti commerciali, industriali, organizzativi, etc. di una serie di attori economici che operano in un dato ambito definito da parametri merceologici, geografici, temporali⁵².

Mentre quando si guarda al contratto si adotta una prospettiva micro-economica in cui il singolo rapporto è idealmente scisso dal più ampio contesto delle relazioni economiche, quando si guarda al mercato si adotta una prospettiva per così dire macro-economica in cui rileva l'interazione tra vicende e attori economici.

Si è, perciò, in presenza di ricostruzioni dogmatiche differenti del medesimo fenomeno naturalistico, e non di due fenomeni diversi. Per questa ragione, le discipline dei contratti d'impresa non possono essere efficacemente disegnate dal

48 Su questi due paradossi vedi ad esempio i contributi raccolti nel volume collettaneo a cura di SIRENA, P.: *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Giuffrè, Milano, 2006.

49 La nozione, come noto, di BUSNELLI, F. D. - NAVARETTA, E.: "Abuso del diritto e responsabilità civile", "Diritto privato", III, *L'abuso del diritto*, Padova, 2012, p. 211, esprime bene un comune modo di concepire il divieto di abuso dell'autonomia contrattuale.

50 Per un primo inquadramento vedi ad es. OLIVIERI, G. - ZOPPINI, A.: *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma, 2008. Sulla figura dell'abuso del diritto nel diritto antitrust v. DI VIA, L. "Antitrust e diritti sociali: contributo ad una teoria dell'abuso del diritto", ESI, Napoli, 2004.

51 SACCO, R.: "L'abuso della libertà contrattuale", *Dir. priv.*, 1997, p. 233.

52 Sul tema per tutti vedi IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, *passim*. Con specifico riguardo all'abuso del diritto, accennano al problema, tra gli altri, NATOLI, U.: *L'abuso di dipendenza economica: il contratto ed il mercato*, Napoli, 2004, p. 4 ss. e AGRIFOGLIO, S.: "L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato", *Eur. e dir. priv.*, pp. 253-256.

legislatore, coerentemente elaborate dalla dottrina e pertinentemente applicate dalla giurisprudenza senza prestare attenzione alla c.d. disciplina del mercato, e cioè alle regole sulla concorrenza sleale e alla legislazione *antitrust*.

Giova ribadire, in tale prospettiva, che la consapevolezza dei nessi tra contratto e mercato ha costituito un bagaglio della più accorta dottrina giuridica proprio nel contesto storico-economico in cui si è sviluppata la figura dell'abuso⁵³. L'attuale riflessione della dottrina civilistica sul ruolo dei contratti d'impresa rispetto al mercato e alla persona, una volta depurata dalle incrostazioni e preoccupazioni dogmatiche, è sintomatica di un problema di fondo cui il diritto (dei contratti e *antitrust*, ciascuno per la propria sfera di competenza) è chiamato a dare risposta: il problema è la razionalizzazione delle attività di impresa per il miglior funzionamento del mercato come sistema complessivo. Il fine è quello di prevenire i fallimenti del mercato e la produzione di esternalità negative che impediscono una allocazione ottimale delle risorse in senso paretiano.

Al riguardo è istruttiva la vicenda dell'abuso del diritto in materia tributaria e in specie la giurisprudenza della sezione tributaria della Suprema Corte che esclude l'abuso quando l'operazione economica volta a ottenere un vantaggio fiscale è sorretta anche da ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione ovvero si palesi coerente rispetto a una normale logica di mercato⁵⁴. Si è accennato che nei confronti dell'abuso del diritto permane un latente scetticismo: la critica principale è che sia uno strumento di fatto "superfluo" per il giurista e il giudice, finendo per essere "in qualche caso un medio logico inutile, negli altri casi un doppione inutile", o al più una categoria parassitaria rispetto a quella della buona fede che "non vale ad arricchire" la teoria o la prassi, ma piuttosto le rende più confuse.

Secondo una tesi, queste affermazioni appaiono difficilmente discutibili, se ci si accosta all'abuso del diritto in materia di contratti – e, per quanto qui più rileva, in materia di contratti d'impresa – con l'obiettivo di individuare nell'abuso uno strumento operativo autonomo col quale regolare specifiche controversie.

Il discorso sull'abuso del diritto potrebbe svolgersi proficuamente solo sul piano della teoria generale, cioè sul piano dei paradigmi cognitivi e in funzione epistemologica, non in termini di regole di soluzione dei conflitti di interesse tra privati²⁹⁸.

53 Così DI MARZIO, F.: "Abuso di dipendenza economica e clausole abusive", *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 789-790.

²⁹³ In area tedesca si possono ricordare le fondamentali riflessioni di RAISER, L.: *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Giuffrè, Milano, 1990.

54 Per tutti, vedi DI MARZIO, F.: "Abuso di dipendenza economica e clausole abusive", *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 789-790, p. 795.

²⁹⁵ Ritene che questi criteri dovrebbero servire ad amministrare l'uso della clausola generale dell'abuso del diritto nell'ambito civilistico SCOGNAMIGLIO, C. "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012, p. 13 ove sottolinea il nesso tra abuso del diritto e razionalità del mercato.

A questa impostazione possono essere mosse più obiezioni. Anzitutto, l'esperienza dell'abuso del diritto, tanto nel diritto dei contratti quanto nella legislazione *antitrust*⁵⁵, mostra che esso, lungi dall'essere un orpello concettuale, è invece uno strumento operativo sia sul piano micro-economico, in presenza di patologie delle relazioni d'impresa, sia sul piano macro-economico, per la regolazione dei mercati. E' anche possibile individuare un distinto ambito di operatività rispetto alle altre categorie del diritto dei contratti, a cominciare dalla buona fede oggettiva²⁹⁹.

Tratto proprio dell'abuso del diritto è l'esercizio in concreto, non meritevole di tutela per l'ordine giuridico di riferimento, di prerogative comunque riconosciute all'agente. Presupposto dell'abuso è dunque uno spazio di libertà; di qui, storicamente, terreno di elezione dell'abuso sono state le libertà economiche e il loro esercizio nel mercato da parte delle imprese. La logica che ha presieduto queste esperienze è stata di controllo e mitigazione degli eccessi (monopolio, accordi di cartello, usura, etc.), non l'inibizione dell'esercizio delle libertà e tanto meno la loro negazione⁵⁶. La legislazione *antitrust* stigmatizza, anche al di là del divieto di abuso di posizione dominante, condotte degli operatori economici che sono tutte nella sostanza abusive rispetto al fisiologico funzionamento del mercato concorrenziale³⁰¹.

Se alla legislazione *antitrust* aggiungiamo le discipline viste in precedenza (cfr. dall'abuso di dipendenza economica agli abusi nell'affiliazione commerciale, dalle clausole abusive relative ai pagamenti nelle transazioni commerciali agli abusi nella filiera agroalimentare e quelli nelle relazioni di fornitura e approvvigionamento dei carburanti), vediamo che l'abuso del diritto nel settore dei contratti *lato sensu* d'impresa si traduce nell'esercizio abusivo degli spazi di libertà di cui gli operatori economici godono nelle relazioni contrattuali e il divieto di abusi è un principio a garanzia del c.d. ordine pubblico economico ovvero del mercato concorrenziale⁵⁷.

V. LE FONTI EUROPEE E NAZIONALI.

Per comprendere la rilevanza dell'abuso del diritto nei contratti d'impresa e il ruolo da esso svolto sia nella dimensione micro-economica, del rapporto *inter partes*, sia nella dimensione macro-economica della regolazione dei mercati è utile

55 Cfr. MACARIO, F.: "Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione", *Corr. Giur.*, 2009, p. 1582. Tra i protagonisti del dibattito si possono ricordare GALGANO, F.: "Qui suo iure abutitur neminem laedit?", *Contr. e Impr.* p. 311 ss.; D'AMICO, M.: "Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano", *I Contratti*, 2011, p. 653 ss.

56 Cfr. DI MARZIO, F.: "Abuso di dipendenza economica e clausole abusive", *Riv. Dir. Comm.*, 2006, p. 811.

57 Cfr. DI MARZIO, F.: "Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa", *Riv. dir. civ.*, I, 2011, pp. 491 ss. Sulla nozione di 'ordine pubblico economico' di derivazione francese e ampiamente in uso da parte degli Avvocati generali avanti la CGUE v. ad es. recentemente PESCATORE, M.: "Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico", *Obbl. e contr.*, 2012, pp. 166 ss.

ripercorrere i luoghi normativi che contemplano la figura, completando la mappa delle fonti europee e nazionali che si è in precedenza cominciato a delineare.

In primo luogo va evidenziato che il divieto dell'abuso del diritto fa parte del diritto vigente per effetto dell'entrata in vigore dei Trattati sull'Unione Europea e sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito in breve TUE e TFUE) e, dunque, della Carta di Nizza che reprime appunto l'abuso di diritto all'art. 54⁵⁸, a norma del quale nessuna disposizione della Carta medesima "deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà" da essa riconosciuti "o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle" previste dalla stessa. Tra le libertà garantite dalla Carta vi è la libertà d'impresa che ex art. 16 è riconosciuta "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali". Nel contesto giuridico europeo, il divieto di abuso del diritto è considerato un principio generale del diritto dell'Unione che si è affermato sul solco delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e grazie all'opera giurisprudenziale della Corte di Giustizia⁵⁹.

Applicando questo principio alla materia dei rapporti d'impresa, e coordinandolo con i principi in materia di concorrenza (cfr. art. 3, 32 TUE), nonché le regole di concorrenza applicabili alle imprese (cfr. art. 101 ss. TFUE), ne consegue che è vietato abusare della libertà d'impresa in maniera pregiudizievole al commercio tra Stati membri e al mercato interno. Costituisce esercizio abusivo di tale libertà ad esempio eludere le regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno (cfr. art. 3 TUE), oppure tenere contegni che si pongono in contrasto con l'obiettivo di accrescere la capacità di concorrenza delle imprese o che falsano le condizioni di concorrenza sui mercati dei prodotti finiti (cfr. art. 32 TUE).

Le regole di concorrenza applicabili alle imprese sancite nel TFUE sono un quadro di riferimento fondamentale per l'abuso del diritto e, in specie, dell'autonomia contrattuale nel settore dei rapporti d'impresa. La prima fattispecie da considerare è evidentemente l'abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 (ex art. 82 del TCE)⁶⁰, che, nel fornire un'elencazione esemplificativa di pratiche abusive mostra chiaramente che tali pratiche sono il risultato dell'esercizio, appunto abusivo, di prerogative negoziali (per mezzo ad es. di clausole o patti che

58 GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia" (a cura di GITTI, G.), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17; GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia", in GITTI, G.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 18.

59 Cfr. LENAERTS, K. "The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law", *European Review of Private Law*, 2010, p. 1121 ss.; BROWN, P.: "Is there a general principle of abuse of rights in European Community Law?", in CURTIN, D. - HEUKELS, T.: *Essays in honour of Henry G. Schermers: Institutional dynamics of European integration*, vol. II, Dordrecht, Boston, London, 1994, pp. 511 ss.

60 BASTIANON, S.: *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, Milano, 2001.

impongono “direttamente o indirettamente prezzi d’acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque” oppure limitano “la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori”; è abusivo pattuire o di fatto applicare, mediante comportamenti concludenti, “nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando (...) uno svantaggio per la concorrenza” e inoltre “subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l’oggetto dei contratti stessi”). In tale ottica, giova ravvisare che la posizione dominante è un fatto prettamente economico che si ricollega, tuttavia, ad una situazione giuridica complessiva dell’impresa sul mercato in cui opera: l’abuso di posizione dominante rientra a tutti gli effetti nella categoria dell’abuso del diritto, perché ciò di cui si abusa è la libertà contrattuale nelle varie forme in cui essa può essere esercitata nei rapporti e nelle operazioni commerciali con gli altri operatori economici⁶¹.

L’abuso è presente però, implicitamente, anche nelle altre fattispecie di concorrenza, dalle intese, alle concentrazioni⁶², agli aiuti di Stato³¹⁵; e, anche in questo caso, si tratta di esercizio abusivo di prerogative negoziali.

Confrontando le fattispecie di intesa vietate ex art. 101 TUE con l’abuso di posizione dominante risulta che gli accordi tra imprese e le pratiche concordate vietate, in quanto pregiudizievoli per il commercio tra Stati e la concorrenza all’interno del mercato interno, coincidono con le pratiche abusive ex art. 102 TUE³¹⁶. La *ratio* anti-abusiva della disciplina delle intese risulta anche dalla possibilità di esenzione per gli accordi e le pratiche concordate che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando agli utilizzatori una congrua parte dell’utile senza eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e di imporre restrizioni non indispensabili alle imprese interessate. Sul punto si rinvia alla sezione della ricerca dedicata alle fideiussioni *omnibus* e alla nullità di protezione parziale delle clausole dei contratti di investimento “a valle” violativi delle norme antitrust.

Numerosi sono poi i riferimenti all’abuso del diritto, in relazione ai rapporti di impresa, nelle fonti secondarie (regolamenti, direttive, decisioni, cui si affiancano comunicazioni e raccomandazioni della Commissione⁶³) e negli altri atti a rilevanza

61 Cfr. LOSURDO, F.: *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Giappichelli, 2011, p. 128 ss.; Cfr. Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese; A norma dell’art. 108 TFUE (ex art. 88 TCE) ove un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, sia attuato in modo abusivo, deve essere soppresso o modificato in modo da eliminare l’abuso nel termine fissato dalla Commissione.

62 Tra i regolamenti di applicazione cfr. Regolamento (UE) N. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, che succede al Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, avente termine di scadenza 31 maggio 2010.

63 Anche se comunicazioni e raccomandazioni non sono atti vincolanti, di fatto essi hanno oramai sicura rilevanza per i diritti nazionali come dimostra ad es. la Direttiva 4 maggio 2010 emanata dal Presidente

internazionale delle istituzioni come ad es. gli accordi di partenariato e gli accordi multilaterali che hanno l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione delle norme europee sopra considerate oltre i confini dell'Unione³¹⁹. Venendo alle fonti interne, per un inquadramento dell'abuso del diritto nei rapporti di impresa è appena il caso di ricordare che, non solo i TUE e TFUE, ma la Costituzione stessa sancisce la libertà d'iniziativa economica e contempla espressamente, dal 2001, la "tutela della concorrenza" fra le competenze statali esclusive⁶⁴. Fare riferimento alle fonti primarie europee e alla Costituzione non vuole dire "scivolare in una ... retorica dell'appiglio costituzionale", cioè aggrapparsi a valori supremi per coprire l'assenza di solide basi giuridiche⁶⁵. Infatti la ricerca del fondamento del divieto di abuso del diritto nell'ambito contrattuale dei rapporti d'impresa non ha certo bisogno di scorciatoie. Oltre alle normative esaminate in precedenza (cfr. art. 9, l. n. 192/1998; l. n. 129/2004; art. 7, d.lgs. 231/2002, come mod. dal d.lgs. 192/2012; artt. 17 e 62 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con mod., dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), altre normative nazionali concorrono a dar corpo alla figura. Per quanto detto vi sono anzitutto le norme nazionali per la tutela della concorrenza e del mercato (cfr. l. n. 10 ottobre 1990 n. 287).

Come in ambito euro-unitario anche in ambito nazionale, si parla esplicitamente di "abuso" solo in relazione, appunto, all'abuso di posizione dominante (cfr. art. 3, L. 287/1990).

Tuttavia anche le altre fattispecie vietate (accordi, pratiche concordate e concentrazioni) costituiscono ipotesi d'esercizio abusivo di prerogative negoziali. In tema di intese e abuso di posizione dominante le fattispecie peraltro, come noto, sono del tutto analoghe a quelle europee, sicché vale quando si è già detto. Quanto al fenomeno delle concentrazioni, anch'esse sono manifestazione della libertà di iniziativa economica. L'esercizio in concreto del diritto di porre in essere operazioni di concentrazione tra imprese può però essere esercitato in maniera abusiva, determinando "la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale" tale "da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza" e ove ciò avvenga è sanzionato (cfr. artt. 5 e 6, L. 287/1990). L'esercizio abusivo si può concretare in una fusione o in un'operazione di acquisizione del controllo di una o più imprese (cfr. art. 7, L. 287/1990) o nella costituzione di una nuova società che dà luogo a un'impresa comune. "Tale

del Consiglio dei Ministri italiano di attuazione della Comunicazione della Commissione U.E. del 25 giugno 2008, recante "Pensare anzitutto in piccolo" uno "Small Business Act" per l'Europa (G.U. 23 giugno 2010, n. 144), la quale nel promuovere una politica energetica maggiormente in linea con le esigenze delle piccole imprese, richiede l'azione di misure volte a evitare situazioni di abuso di posizione dominante degli operatori energetici nel settore dei servizi post-contatore.

64 DELLI PRISCOLI, G.: "Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto", *Giur. comm.*, II, 2006, pp. 253 ss.

65 MACARIO, F.: "Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?", *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 686, ma il discorso si può estendere anche agli altri valori ivi inclusi quelli del mercato e della concorrenza (ex art. 41 e 117, co. 1, lett. e) Cost.)

situazione deve essere valutata tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione" (cfr. art. 6, co. 1, cit.).

Anche le imprese che, per legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale od operano in regime di monopolio, non possono abusare dell'adempimento degli specifici compiti loro affidati per porre in essere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono come monopoliste, ad esempio svolgendo tali attività solo in apparenza mediante società separate (cfr. art. 8, co. 2 e 2-bis). Inoltre, qualora rendano disponibili a società partecipate o controllate nei mercati in cui non operano come monopoliste beni o servizi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività di monopolio, non possono abusarne ad esempio imponendo condizioni di accesso ai beni o servizi non equivalenti alle altre imprese direttamente concorrenti (art. 8, co. 2-quater, L. 287/1990). Sparse nelle fonti di rango legislativo e regolamentare vi sono, poi, numerose altre norme che fanno da cerniera fra le norme *antitrust* e la disciplina dei contratti d'impresa e costituiscono interventi puntuali ma reiterati in tema di abuso che legittimano la figura nell'ambito dei contratti d'impresa⁶⁶. Se è vero che talune di queste discipline estendono o specificano l'applicabilità delle norme già viste a particolari settori d'impresa⁶⁷, vi sono nondimeno anche ulteriori e autonome ipotesi di abuso.

VI. L'ABUSO NEI RAPPORTI CONTRATTUALI TRA IMPRESE E I C.D. FALLIMENTI DEL MERCATO.

La dottrina giuridica attenta al fenomeno dell'impresa sottolinea, da tempo, la necessità di autonomia dell'imprenditore per l'equilibrio del mercato, sul presupposto che non ne sia fatto un uso vessatorio/abusivo tale da turbare tale equilibrio⁶⁸.

66 Cfr. ad es. MACARIO, F.: "Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?", *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 686, p. 703, che si mostra comunque prudente parlando di un mero tentativo e considera in particolare l'art. 9 L. 192/1998 "norma cerniera" tra diritto dei contratti e diritto della concorrenza ma il discorso dell'A. può essere esteso alle altre normative qui esaminate.

67 Cfr. ad es. art. 19 d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, di attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41 l. 17 maggio 1999, n. 144, secondo cui le norme in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza, di abuso di posizione dominante e di operazioni di concentrazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 si applicano alle imprese di gas naturale. L'art. 6 del D.lgs. 27 maggio 2005, n. 102, in tema di regolazione dei mercati agroalimentari dispone che gli statuti delle organizzazioni comuni devono prevedere espressamente nei propri statuti regole atte a garantire alle associate il controllo democratico dell'organizzazione ed evitare qualsiasi abuso di posizione dominante o di influenza di una o più organizzazioni nella gestione e nel funzionamento.

68 Cfr. AQUINI, A.: "L'impresa dominante", *Riv. dir. comm.*, I, 1963, pp. 3-14, spec. p. 13.

Secondo una ricostruzione ermeneutica, muovendo dal presupposto che la libertà di commercio è di comune interesse e non può essere alterata da un uso anormale/abusivo della medesima, si è affermato di considerare le coalizioni industriali creati allo scopo di alterare ingiustamente il normale svolgersi dei prezzi e del mercato concorrenziale come una forma di abuso nell'esercizio di tale libertà offensiva del pubblico interesse al corretto svolgersi del commercio⁶⁹.

In realtà, il mercato è *naturaliter* uno spazio dinamico e mutevole in cui l'equilibrio si genera istante per istante. Ciascuna situazione di mercato può essere valutata normale o anomala solo *coeteris paribus*. La concorrenza è fenomeno altrettanto dinamico e mobile. Come si è osservato, è fondamentale per l'efficacia di qualsiasi intervento normativo, sia esso funzionale all'instaurazione, alla preservazione o all'accrescimento della concorrenza su un certo mercato, sfuggire al "rischio di un'autofagia: se qualcuno vincesses definitivamente la competizione, il rischio si tradurrebbe in sinistro"⁷⁰.

In questo quadro complesso, l'abuso del diritto è considerato sintomo di un disequilibrio, cioè di un fallimento del mercato e, di conseguenza, il suo divieto uno strumento per porre rimedio o per evitare simili fallimenti. In chiave teleologica, esso può giustificare misure di intervento diretto dello Stato nell'economia e una regolazione dei mercati nell'ottica della "simulazione" della concorrenza. Specialmente in quei settori, in cui, per ragioni storiche o strutturali, la concorrenza non esiste effettivamente o è di lenta e difficile instaurazione, tramite il divieto di abuso del diritto è cioè possibile introdurre in via regolamentata meccanismi di competitività a garanzia di un miglior funzionamento del mercato – in una prospettiva di ottimale allocazione delle risorse - a beneficio di tutti gli operatori, inclusi gli utenti o consumatori⁷¹. Si tratta di un approccio strategico verso un *nuovo diritto dell'economia*, per la cui riuscita è tuttavia necessario in primo luogo modificare il registro lessicale e il bagaglio concettuale tradizionale *competitività sul mercato* (cfr. art. 3, co. 4-ter e ss., l. 9 aprile 2009, n. 33)⁷².

69 Cfr. CHIRONI, G.: *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, II, Bocca, Torino, 1906, p. 540. Anche secondo la giurisprudenza europea solo transazioni commerciali normali possono godere della protezione del diritto (dell'UE): cfr. ad es. CGCE, 10 gennaio 1985, nella causa C-229/83, *Leclerc et alii*, di cui si vedano specialmente le conclusioni dell'Avvocato Generale. Sul tema v. LOSURDO, F.: *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, cit., pp. 135 ss.

70 Cfr. GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia", in GITTI, G., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17.

71 La rilettura in chiave teleologica della regolazione dei mercati a cui si fa riferimento ed entro la quale si colloca la figura dell'abuso del diritto nel presente elaborato è tratta da GITTI, G. - SPADA, P.: "Introduzione. La regolazione del mercato come strategia", in GITTI, G., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17.

72 GENTILI, A.: "Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010", *I Contr.*, 2011 p. 617 ss. In precedenza, si veda la ricostruzione sistematica dell'itinerario legislativo delle reti d'impresa di CAMARDI, C.: "Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa", *I Contr.*, 2009, pp. 928 ss.

La tipizzazione di tale contratto è declinata in termini economici e teleologici e può ricomprendere molteplici tipi tradizionali o forme contrattuali socialmente tipiche. Dunque, la stessa legge guarda all'attività contrattuale d'impresa e degli intermediari finanziari come a una relazione-operazione economica collocata su un mercato visto come l'arena in cui agenti razionali agiscono secondo la logica concorrenziale. Si tratta di una prosecuzione della tendenza inaugurata già con la disciplina della subfornitura che, come noto, si differenzia dalla fornitura proprio perché dà rilievo al fattore industriale della catena produttiva o filiera.

Il punto rilevante è che da questi aspetti, che se vogliamo sono prettamente economici, la legge ricava sempre più la necessità di una diversa regolamentazione.

In effetti, specialmente ove le imprese effettuano investimenti irrecuperabili nel breve periodo in vista di operazioni economiche complesse, destinate a protrarsi nel medio o lungo periodo e caratterizzate da notevoli imprevisti, il contratto diventa un primario mezzo di organizzazione e coordinamento delle attività d'impresa⁷³. In presenza di caratteristiche come quelle appena evidenziate o di specificità strutturali di mercato, per la presenza di vincoli o collegamenti tra tecnologie o imposti dalla catena di produzione l'autodeterminazione negoziale e le possibilità di abuso assumono tratti del tutto diversi da quelli concepibili nei rapporti di consumo dove il fallimento fondamentale è dato in sostanza da asimmetria sul piano informativo e cognitivo e del potere di contrattare³⁴³.

Nell'accostarsi all'abuso del diritto nelle relazioni d'impresa è necessario proiettare la relazionalità, perlopiù, a medio o lungo termine e considerare il singolo contratto e le sue clausole come un segmento esecutivo o un momento attuativo di più ampie e complesse operazioni industriali. Dare adeguato rilievo a tali relazioni significa indagarne i fattori tecnici e tecnologici, prima ancora che giuridici; senza considerare questi profili non è possibile valutare il grado di autonomia decisionale, organizzativa e, in definitiva, poi negoziale della singola impresa, né le dinamiche interne ai gruppi industriali⁷⁴.

Scendendo più nello specifico, l'imposizione di prezzi può scaturire dalla conclusione di più contratti a prezzi di carattere monopolistico⁷⁵, e per stabilirlo occorre esaminare la situazione concreta alla luce dei modelli di mercato concorrenziale e monopolistico.

73 Cfr. WILLIAMSON, O.: *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1987, che nella letteratura costituisce una pietra miliare della riflessione sul tema.

74 Cfr. AMADIO, G.: "Il terzo contratto. Il problema", in GITTI, G. – VILLA, G.: *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, p. 21.

75 Cfr. DELLI PRISCOLI, G.: "Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto", *Giur. Comm.*, 2006, p. 253 ss.

Una concentrazione si può realizzare quando, tramite contratti di distribuzione, ad es. mediante la stipula di più contratti di *franchising*, un'impresa acquisisce il controllo di più imprese⁷⁶. Se poi l'impresa controlla le imprese distributrici tramite clausole di esclusiva o altre che impongono prezzi ingiustificatamente gravosi, vi sarà abuso se il prezzo è subito anziché concordato. Per stabilire se vi è o meno un abuso, occorrerà determinare quale sarebbe il prezzo normale su quel mercato, oltre che le caratteristiche sul piano strutturale e funzionale della rete distributiva⁷⁷.

Ancora, la necessità di ristrutturare il sistema distributivo può rappresentare un fattore suscettibile di spianare la strada all'interruzione (purché non dall'oggi al domani) del rapporto. Nell'interpretazione della giurisprudenza euro-unitaria, presupposto imprescindibile è l'esigenza di una modifica significativa, sul piano sia sostanziale che geografico, delle strutture di distribuzione del fornitore interessato, modifica che deve essere giustificata in modo plausibile sul piano dell'efficacia/efficienza economica.

Anche in questo caso, ciò si verifica per evitare abusi o che il loro divieto copra operatori inefficienti; ad ogni modo, occorre un'analisi del mercato di riferimento e del sistema distributivo delle imprese che vi operano.

Peraltro, una relazione contrattuale può nascere in un ambiente concorrenziale e tale da non prospettare uno squilibrio economico del rapporto. E' però possibile che si generi una dominanza o dipendenza per lo specifico contenuto delle clausole o semplicemente, di fatto, per le caratteristiche e l'evoluzione del mercato in cui il rapporto è eseguito⁷⁸.

Tali ipotesi non sono di per sé sintomatiche di abuso se si considera che l'esistenza di sopravvenienze sia positive che negative in termini rischi, costi, utili, etc. fa parte della fisiologia del mercato. In presenza di simili cambiamenti non previsti o non prevedibili *ab origine* il problema è di stabilire se l'appropriazione da parte di un contraente di una parte dell'utile che, in base alle previsioni contrattuali, doveva remunerare l'attività e il rischio dell'altro contraente sia fisiologica o patologica.

76 Gli economisti usano un indice per calcolare il grado di concentrazione del mercato: *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI). Sul tema delle concentrazioni anche con attenzione ai modelli della prassi internazionale e ai rimedi, v. per tutti ALPA, G.: "Concentrazioni societarie e disciplina della concorrenza. I rimedi e i limiti alla libertà contrattuale", *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 695 ss.

77 L'applicazione di test di prezzo è uno degli strumenti regolamentari utilizzati dalle *authorities* al fine di promuovere la concorrenza e lo sviluppo del mercato, attraverso la prevenzione di possibili comportamenti abusivi. Sul test di prezzo e le pratiche abusive di *Price Squeeze* (PS) e *Margin Squeeze* (MS) v. ad es. Del. Aut. Gar. Com. 23-9-2010, n. 499/10/CONS di Adeguamento e innovazione della metodologia dei test di prezzo attualmente utilizzati nell'ambito della delibera n. 152/02/CONS "Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa" (G.U. 28 ottobre 2010, n. 253, S.O.).

78 Affronta il problema, trattando dell'abuso di dipendenza economica, ad es. D'AMICO, M.: "La formazione del contratto", in GITTI, G. – VILLA, G.: *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, pp. 62-63.

La circostanza che una parte abbia una posizione dominante sul mercato o un significativo potere non la priva “del diritto di tutelare i propri interessi commerciali ma, in ragione della speciale responsabilità su di essa gravante, la valutazione del comportamento volto al conseguimento dell'utile deve essere svolta alla luce del criterio di proporzionalità, in base a cui l'impresa deve impiegare i soli mezzi necessari al perseguimento di legittimi obiettivi”. Ancora, di regola si ritiene che il rifiuto totale o parziale di vendere o acquistare sia abusivo, qualora sia arbitrario cioè non giustificato da ragioni obiettive. Ma per stabilire se vi sono ragioni di questo ordine, per un verso è necessario sapere come si dovrebbero svolgere relazioni commerciali competitive sul mercato; per altro verso, occorre tenere conto che un'impresa è un bene vivo la cui vitalità consiste essenzialmente nella possibilità, a seconda delle circostanze, di mantenere ovvero modificare o diversificare continuamente la propria strategia produttiva o commerciale. Al riguardo, la giurisprudenza spesso ma non sempre mostra di fare buon governo delle nozioni e indicazioni che derivano dagli studi economici. Sul punto giova ricordare – in una chiave interdisciplinare e multidisciplinare - alcuni principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa in materia di abuso di posizione dominante: essi sono utili anche per accertare eventuali abusi nell'ambito negoziale. Per esempio di regola “il mero intento di escludere il concorrente dal mercato è di per sé irrilevante” e pratiche commerciali quali sconti per incoraggiare la fedeltà dei clienti non integrano un abuso se sono giustificati da specifiche ragioni di efficienza o da altre obiettive giustificazioni economiche⁷⁹.

Una pratica che può integrare un abuso del diritto è la strategia dei prezzi predatori che consiste nella condotta di un'impresa che nel breve periodo deliberatamente abbassa i propri prezzi e soffre perdite o rinuncia a profitti, al fine di eliminare o disciplinare uno o più concorrenti nel medio-lungo periodo. Per la giurisprudenza sono tendenzialmente abusive le politiche di prezzo idonee a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente: parametri di riferimento in uso sono i costi totali medi o il costo incrementale medio di breve periodo che l'impresa sopporta⁸⁰. Come si è già accennato, anche la riservatezza delle

79 Cfr. Cons. Stato sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, caso *Pepsi-Cola vs. Coca-Cola*, relativo al proc. AGCoM A224 7 dicembre 2001. Si tratta di principi espressi in materia di abuso di posizione dominante, ma che sono utili anche per distinguere tra l'esercizio legittimo o invece abusivo di un diritto, ad es., di esclusiva o di concedere sconti ai clienti

80 Cfr. Tar Lazio, 26 giugno 2008, n. 6213, caso *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, nel proc. AGCoM A372, 24 ottobre 2007, secondo cui “in linea di massima sono abusive solo le pratiche di prezzo idonee ad escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, con il benchmark che è rappresentato dai costi che l'impresa dominante sopporta”; a parere del Tar, inoltre, “l'applicazione di prezzi al di sotto dei costi totali medi è indice di comportamento predatorio se fa parte di un piano per eliminare la concorrenza, a differenza dei prezzi al di sotto dei costi medi variabili che si presumono predatori salvo circostanze eccezionali. Ove siano applicati prezzi inferiori al costo totale medio, quindi, è necessario verificare la presenza di un intento predatorio per accertare la sussistenza di un abuso di posizione dominante”. Vedi anche Cons. Stato, 2 ottobre 2007, n. 5068, caso *Diano-Tourist-Caronte-NGI*, proc. AGCoM A267 secondo cui “se il prezzo è inferiore al costo incrementale medio di breve periodo, deve essere considerato di natura predatoria; se il prezzo è superiore al costo incrementale medio di lungo periodo, non può essere considerato di per sé predatorio; se il prezzo è compreso tra i due costi, la valutazione dell'eventuale

informazioni e l'asimmetria informativa (*sub specie* di *adverse selection* e *moral hazard*, a seconda che essa abbia riguardo alla fase *pre* e *post* contrattuale) è un ambito in cui è facile che si generino fallimenti del mercato e abusi. Essi non consentono una allocazione delle risorse in senso paretiano, con conseguente produzione di diseconomie e esternalità negative che incidono sul *surplus* dei consumatori.

La materia è spesso regolata dal punto di vista della concorrenza sleale e degli abusi del mercato, ma vi è spazio anche per l'abuso del diritto nella forma non soltanto ad esempio della frode al contratto, ma anche dell'abuso della fiducia *inter partes* o dell'istigazione di terzi alla rivelazione di informazioni o dati confidenziali a proprio vantaggio e in danno della controparte.

VII. L'ABUSO DEL DIRITTO TRA EQUILIBRIO CONTRATTUALE E "GIUSTIZIA" DEL CONTRATTO.

Un recente filone giurisprudenziale e dottrinale⁸¹, come accennato, ha offerto cittadinanza - anche nel nostro ordinamento - all'istituto della c.d. *Verwirkung*, elaborato ed utilizzato da tempo soprattutto da parte della dottrina e dalla giurisprudenza tedesche (che lo fondano sul par. 242 B.G.B.), ma che sin qui non aveva trovato accoglienza presso i nostri giudici, sebbene non fosse sfuggito all'attenzione della dottrina (già un cinquantennio fa).

In base a questa costruzione, viene individuata una causa "atipica" di estinzione dell'obbligazione, o comunque (come talora si legge) di "inesigibilità" di un diritto di credito (relativamente al quale non sia ancora maturato il termine di prescrizione), allorché il creditore abbia omissso di esercitare il proprio diritto per un periodo di tempo considerevole e tale da ingenerare nel debitore l'affidamento circa la sussistenza di una volontà (tacita) di rinuncia al credito o di remissione del

comportamento predatorio necessita di ulteriori elementi e dell'esame del contesto competitivo in cui esso si inserisce".

- 81 PATTI, S.: *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016, preziosa per l'ampia riflessione critica sulla figura; il primo studio sistematico è di TROIANO, S.: *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005. La giurisprudenza specifica anche il ruolo della buona fede durante la fase dell'esecuzione del contratto, riconoscendo un generale dovere di cooperazione delle parti tra loro, finalizzato al perseguimento dello scopo contrattuale, affermando a più riprese sia nella giurisprudenza di merito che di legittimità che per una corretta applicazione dell'art. 1375 c.c., al fine di raggiungere lo scopo del contratto, le parti devono modificare il proprio comportamento qualora ciò si renda necessario in base alle circostanze di fatto. Un'interessante applicazione della clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto, si rinviene nell'ambito degli obblighi contrattuali delle società assicurative. Tra le numerose sentenze si cita Cass., 5 marzo 1994, n. 2177, in *Arch. circolaz.*, 1994, 844, secondo cui il comportamento dell'assicuratore viola l'obbligo di correttezza e buona fede, implicito nel contratto di assicurazione, non solo quando, avvalendosi del patto di gestione, gestisca la lite in modo da arrecare pregiudizio all'assicurato, "per eccessiva cura dei propri interessi", ma anche "quando decida, senza motivo, di non aderire ad una vantaggiosa proposta di transizione con il terzo danneggiato"; in tale ipotesi si ritiene che l'assicuratore non esegua il contratto di assicurazione secondo un comportamento in buona fede

debito, sì che il “tardivo” esercizio appaia contrario a buona fede (ovvero - detto altrimenti - concreti un “abuso” del diritto).

Già questa descrizione del fenomeno è sufficiente a mettere in evidenza la problematicità dell'accesso ad una siffatta conclusione. E, invero, il mancato esercizio di una pretesa creditoria (anche prolungato per un lasso di tempo relativamente lungo) è suscettibile di essere valutato/qualificato in astratto in modi alquanto diversi.

È possibile, anzitutto, che l'omesso esercizio del diritto di credito (recte: la mancata immediata reazione all'inadempimento del debitore) sia conseguenza di un atteggiamento di mera tolleranza da parte del creditore, atteggiamento che evidentemente non implica, come tale, una volontà di rinunciare al credito o di rimettere il debito, ma esprime soltanto (salvi i casi di “inerzia” dovuti a dimenticanza, trascuratezza, impossibilità di esercizio del proprio diritto, et *similia*) la volontà, che può essere motivata dalle più svariate ragioni (ad es.: rapporti affettivi, di amicizia o familiari, con il debitore; ma anche profili di “opportunità”/interesse, che potrebbero suggerire un atteggiamento di “disponibilità” nei confronti di un debitore “strategico”, con il quale si intrattengono magari altri e più rilevanti rapporti, o si prevede/auspica che essi possano sorgere) di concedere al debitore margini più “elastici” di adempimento del proprio obbligo. In queste ipotesi, nessuno penserebbe - va da sé - di considerare estinto il diritto di credito, anche se non è ancora maturato il termine di prescrizione dello stesso, e pur se manchi assai poco al verificarsi di tale evento.

È anche possibile - certo - che nel mancato esercizio del diritto (specie quando tale comportamento sia prolungato nel tempo) possa intravedersi un'ipotesi di rinuncia tacita al credito, ovvero ancora che in esso si possano ravvisare gli estremi della fattispecie della remissione del debito. Ma, ove ciò avvenga, si sarà verificata una causa “tipica” di estinzione dell'obbligazione; e non c'è certamente bisogno di invocare la buona fede per giustificare un effetto che può e deve essere ricondotto alla volontà del creditore.

Si dirà (e questo sembra essere il pensiero accolto dai giudici della Cassazione, oltre che condiviso da una parte della dottrina) che residuano comunque casi in cui, a prescindere dall'esistenza di una volontà del creditore di rinunciare al proprio credito (o di rimettere il debito), deve ritenersi sufficiente a supportare l'effetto estintivo il semplice fatto che nel debitore si sia ingenerato il convincimento (o l'affidamento) che il diritto di credito non sarà più esercitato dal suo titolare, sì

da giustificare - qualora ciò invece avvenga - un'eccezione di estinzione del diritto (ancorché non sia ancora decorso il termine previsto per la prescrizione⁸²).

Poco più di quindici anni or sono - in quello che è l'unico "precedente" di legittimità sul tema in esame, i giudici del Supremo Collegio avevano mostrato ben altra cautela e prudenza. La massima "ufficiale" di quella pronuncia risultava così formulata: "...il semplice ritardo di una parte nell'esercizio di un diritto (nel caso di specie, diritto di agire per far valere l'inadempimento della controparte) può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo esso ad alcun interesse del suo titolare, correlato ai limiti e alle finalità del contratto, si traduca in un danno per la controparte"; e ancora più "restrittiva" era la massima che accompagnò la sentenza su una delle riviste che ne pubblicarono il testo, massima formulata nei seguenti termini: "Il semplice ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e tale da generare nel debitore un ragionevole affidamento che il diritto non sarà più esercitato, non comporta violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria del diritto, salvo che tale ritardo sia la conseguenza di un'inequivoca rinuncia".

Orbene, anche a fermarsi alla (formulazione scelta nella) massima "ufficiale", non è chi non veda come - ben lungi dal ricollegare la violazione della buona fede alla lesione di un soggetto "affidamento" che possa essersi formato nella mente del debitore (come fanno i giudici del 2021) - la sentenza del 2004 mostra(va) di considerare rilevanti ben altri elementi (oggettivi), e cioè la mancanza di interesse del creditore ad un esercizio tardivo del credito ("correlato ai limiti e alle finalità del contratto"), e l'esistenza di un "danno" per il debitore che derivi da siffatto esercizio tardivo⁸³ (e sia ovviamente ulteriore rispetto a quello consistente

82 Cfr. RODOTÀ, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 214; GAZZONI, F.: *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 172 s.; la tesi è sostenuta anche da coloro che attribuiscono un rilievo generale all'equità, proprio muovendo dall'interpretazione dell'art. 1374 c.c. cfr. ancora GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1987, p. 748 ss., dando conto di un'opinione che definisce minoritaria; MENGONI, L.: "Spunti per una teoria delle clausole generali", *Riv. critica dir. privato*, 1986, p. 5 ss., spec. p. 19. La riflessione più recente su questi temi è raccolta nel volume "Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta", in CABELLA PISU, L. - NANNI, F., Padova, 1998, in cui sono raccolti i contributi di tutti gli studiosi italiani sul tema, con l'apporto di quelli di cultura tedesca, francese e inglese. Cfr. SACCO, R. - DE NOVA, G., *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 416, definisce queste regole d'esperienza come norme di opinione alle quali si è tentato di apparentare la costituzione: RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, 2004, p. 165 ss., p. 180 ss., lo ha fatto per la correttezza e la buona fede; GAZZONI, F.: *Equità e autonomia privata*, Milano, 2019, p. 176, lo ha fatto per l'equità.

12 Cfr. RODOTÀ, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, 2004, p. 165 ss., p. 225.

83 LIBERTINI, M.: "Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale", *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido - Studi in onore di Roberto Pardolesi*, in DI CIOMMO, F. - TROIANO, S., Roma-Piacenza, 2018, pp. 495 ss.; Cfr. Cass., 15 luglio 2016, n. 14432, in *Mass. Foro it.*, 2016: "in materia di interpretazione del contratto, sebbene i criteri ermeneutici di cui agli art. 1362 e ss. c.c. siano governati da un principio di gerarchia interna in forza del quale i canoni strettamente interpretativi prevalgono su quelli interpretativi-integrativi, tanto da escluderne la concreta operatività quando l'applicazione dei primi risulti da sola sufficiente a rendere palese la "comune intenzione delle parti stipulanti", la necessità di ricostruire quest'ultima senza "limitarsi al senso letterale

semplicemente nel dover adempiere al debito, cosa che non può considerarsi - giuridicamente - un "danno").

La cosa più singolare è che tale filone giurisprudenziale tenta di accreditare (come sovente accade alle pronunce della Cassazione, che tendono a dissimulare la carica "innovativa" che esse possiedono) la "continuità" con il "precedente" del 2004, al punto da presentare la soluzione adottata quasi come una (mera) "applicazione" dei principi in esso fissati. Ciò appare *ictu oculi* ben poco persuasivo.

Si è ritenuto che i giudici avrebbero avuto un atteggiamento eccessivamente restrittivo, espressione di una perdurante diffidenza nei confronti dell'utilizzazione delle clausole generali, per gli ampi margini di discrezionalità giudiziale che questa utilizzazione comporta. Si ritiene che questa censura non sia - almeno nel caso di specie - fondata, e che essa possa, in qualche modo, essere ribaltata. Quel che infatti occorrerebbe chiedersi è, semmai, se il principio di buona fede (cui si ispira la teoria della *Verwirkung*) possa essere utilizzato per sovvertire la struttura (e la "logica") rigorosa di una causa di estinzione dei diritti quale la prescrizione (che determina tale effetto - si badi - anche in presenza di una situazione di ignoranza del titolare circa l'esistenza del diritto, da lui non fatto valere). La risposta negativa sembra imporsi, se solo si pensa ai problemi che si porrebbero nel caso in cui si dovesse ragionare in termini di affidamento secondo buona fede, a partire da quello di stabilire per quanti anni debba protrarsi l'inerzia del creditore nell'esercizio del diritto per legittimare il sorgere dell'affidamento del debitore circa il definitivo abbandono della pretesa.

Sollevarne questi dubbi - del resto - non significa affatto negare che, in alcuni casi, l'esercizio tardivo del diritto⁸⁴ possa apparire, per le modalità in cui viene effettuato e/o per le conseguenze che esso è idoneo a produrre - contrario ad una regola di correttezza (ad es. perché costringe il debitore⁸⁵ - come accadeva nel caso deciso dalla Cassazione, nel quale si trattava dell'inadempimento per diversi anni dell'obbligo di pagare i canoni di un contratto di locazione - ad effettuare per intero ed in tempi rapidissimi un pagamento che fisiologicamente sarebbe stato distribuito in un arco temporale più o meno ampio). Ma il rimedio ragionevole (e salvo sempre che nel comportamento pregresso del creditore non sia ravvisabile

delle parole", ma avendo riguardo al "comportamento complessivo" dei contraenti comporta che il dato testuale del contratto, pur rivestendo un rilievo centrale, non sia necessariamente decisivo ai fini della ricostruzione dell'accordo, giacché il significato delle dichiarazioni negoziali non è *un prius*, ma l'esito di un processo interpretativo che non può arrestarsi al tenore letterale delle parole, ma deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore".

84 Cfr. ad es. VETTORI, G.: "L'abuso del diritto. Distingue frequenter", *Obbl. e contr.*, 2010, pp. 166 ss.; BARALDI, M., B., *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, cit., p. 41 ss. Più ampiamente sul tema v. VETTORI, G.: "Autonomia privata e contratto giusto", *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 21 ss.

85 PALMIERI, A. M. - PARDOLESI, R. "Della serie 'a volte ritornano': l'abuso del diritto alla riscossa", *Foro it.*, Piacenza, 2010, p. 97. Sui limiti all'autonomia privata nei contratti asimmetrici, vedi in particolare le riflessioni di CATERINA, R. "Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato", *Riv. dir. civ.*, 2005, II, pp. 771 ss.

una rinuncia tacita al credito⁸⁶) non è, in casi siffatti, quello di ipotizzare una inedita (e “atipica”) causa di estinzione del diritto, ma piuttosto quello di condannare (ricorrendone i presupposti) il creditore a risarcire il debitore dei danni provocati da un comportamento in ipotesi contrastante col dovere di buona fede *in executivis* sancito dall'art. 1375 c.c. In questo contesto, vi è chi concepisce il divieto dell'abuso del diritto come un principio in virtù del quale conciliare il principio di autonomia negoziale con superiori esigenze di socializzazione e moralizzazione del diritto contrattuale; chi lo riconduce in ultima istanza al principio costituzionale di solidarietà sociale; chi prospetta una concezione eminentemente assiologica, permeata su un concetto di meritevolezza intriso dei valori di giustizia ed eguaglianza (sostanziale)⁸⁷.

Secondo una rilettura della storia dell'abuso del diritto, questi orientamenti sarebbero in continuità con l'esperienza delle codificazioni moderne in cui il divieto di abuso del diritto avrebbe consentito il passaggio da una morale dell'economia di stampo liberale a una di tipo sociale⁸⁸, e sarebbe stato uno strumento di progressiva erosione del principio tipico degli ordinamenti borghesi dell'assoluta discrezionalità nell'esercizio dei propri diritti in nome della libertà e autonomia privata. In realtà, quella appena delineata è una lettura parziale che non tiene conto che ove sono coinvolte relazioni contrattuali di impresa, legislazione e giurisprudenza (non sono nel contesto nazionale, ma anche in ambito europeo) hanno teso nel passato e tendono oggi a concepire l'abuso del diritto in termini pragmatici, ancorando la sproporzione a dati obiettivi, secondo un approccio funzionale o teleologico, piuttosto che assiologico o solidaristico⁸⁹.

Già le ipotesi codicistiche tradizionali di tutela del contraente che versa in situazioni di debolezza (vizi della volontà, stato di bisogno e di pericolo, etc.), che oggi si direbbe sanzionano un abuso della libertà negoziale, riflettono una *ratio* di garanzia di effettiva esplicazione dell'autonomia, anziché di protezione eteronoma⁹⁰.

86 Che l'abuso del diritto richieda un accertamento individualizzato considerando le circostanze del caso concreto (evidentemente, salvo in presenza di presunzioni *ex lege*) è tesi condivisa anche da chi concepisce il diritto dei contratti d'impresa sulla base del paradigma della disegualianza sistemica che può manifestarsi nella relazione contrattuale realizzata nel mercato e cioè come rapporto strutturalmente asimmetrico tra parte contrattualmente forte e parte contrattualmente debole: così ad es. DI MARZIO, F: *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., pp. 793-794. Sul tema va ricordato il contributo di ROPPO, V.: “Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma”, *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 780 ss. che, tra i primi, sottolineò la futura germinazione di un “*generale paradigma del contratto con asimmetria di potere contrattuale*”, p. 790.

87 DI CIOMMO, F.: “Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto”, *I Contr.*, 2000, p. 1115 ss.

88 PROSPERI, F.: “Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale”, *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 639 ss.

89 VETTORI, G.: “L'abuso del diritto. Distingue frequenter”, *Obbl e contr.* 2010., pp. 166 ss.

90 CAMARDI, C.: “Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo”, *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 835.

Inoltre, come si è notato in precedenza, la lettura “solidaristica” dell’abuso del diritto non regge nemmeno nel settore dei rapporti di consumo la cui disciplina è volta, al pari di quella dell’abuso di dipendenza economica o dei ritardi di pagamento, a incentivare il buon funzionamento delle relazioni contrattuali avendo come modello ideale il mercato concorrenziale⁹¹.

Nel quadro europeo attuale, anche a voler ammettere una compressione dell’autonomia privata nel contesto dei *soggetti deboli*, essa è comunque orientata da ragioni non di giustizia contrattuale o sociale, bensì da istanze di efficienza del mercato. Questa lettura è oramai condivisa, sia pure con alcune varianti, dalla maggior parte dei giusprivatisti, specie da coloro che si mostrano più sensibili alla *law in action* che, come si è visto, oggi è sempre più permeata dal fenomeno della regolazione dei mercati e dal ruolo delle *Authorities*.

In presenza di squilibri di potere contrattuale⁹² fra le parti, la libera esplicazione dell’autonomia contrattuale del contraente più debole si può attuare solo ove la controparte, nell’esercitare a sua volta il proprio diritto, non ne abusi, per esempio imponendo condizioni che non sarebbero accettate in presenza di alternative⁹³. Detto altrimenti: la repressione dell’abuso della libertà consumato dalla parte forte si legittima – rispetto al generale principio della libertà contrattuale – in quanto garantisce la medesima libertà in capo alla parte debole. In questo senso il divieto di abuso non si pone in contraddizione ma a difesa della libertà d’iniziativa economica e in specie della azione competitiva delle imprese sul mercato: preservando l’esercizio effettivo di tale libertà, si fa regola di governo e custode del mercato concorrenziale.

Uno degli elementi dell’abuso del diritto più criticato e che induce a paventare il rischio di una lettura socializzante e moraleggiante della figura è la mancanza

91 Sulla questione, anche in prospettiva europea, si veda per tutti MAZZAMUTO, S.: “Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea”, *Eur. e dir. priv.*, 2005, pp. 51 ss.

92 Così CAMARDI, C.: “Tecniche di controllo dell’autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo”, *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 843 nota 16, cui si rinvia anche per riferimenti bibliografici. Sottolinea la rilevanza e la promozione degli interessi meta-individuali nell’attività delle *Authorities* ad es. DELFINI, F.: “Il controllo ex art. 4, l. n. 287/1990 dell’Autorità antitrust sul contenuto del contratto”, *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 479 ss.

93 Secondo una lettura restrittiva vi è abuso solo quando dall’esercizio di un diritto segue una notevole sproporzione tra il beneficio del titolare e il sacrificio dell’altra parte la quale versa in una situazione di impossibilità assoluta di impedire un siffatto esercizio o comunque in assenza di ragionevoli alternative: cfr. DELLI PRISCOLI, G.: “Abuso del diritto e mercato”, *Giur. comm.*, 2010, pp. 845.
Si legge in BARASSI, L.: *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, 2 ss., che la buona fede di cui all’art. 1375 c.c., presiederebbe all’attuazione di rapporti obbligatori nascenti da contratto, mentre la correttezza di cui all’art. 1175 c.c. troverebbe la sua fonte in rapporti non aventi origine nel contratto. In BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2002, pp. 68 ss., emerge l’impostazione secondo cui la buona fede presuppone l’esistenza di uno specifico rapporto, mentre la correttezza prescinde da esso.
Più precisamente mentre la buona fede è destinata ad intervenire nella fase ermeneutica ed in quella di attuazione del rapporto obbligatorio, imponendo un atteggiamento di cooperazione nell’interesse altrui, la correttezza si traduce in un comportamento di astensione da indebite ingerenze nell’altrui sfera giuridica. Sulla non coincidenza tra il concetto di buona fede e correttezza vedi anche DELL’AQUILA, E.: *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980.

di criteri per dare contenuto al parametro dell'eccessivo *squilibrio* o *ingiustificata sproporzione*.

L'indeterminatezza di tali parametri metterebbe in pericolo la certezza dei rapporti contrattuali rimettendo la valutazione di abusività degli atti di autonomia privata a circostanze non previamente calcolabili e controllabili⁹⁴.

Senonché l'attenzione allo squilibrio o sproporzione contrattuale non vuole affatto dire *giustizia correttiva*, nel senso di una protezione⁹⁵ equitativa che segue una logica diversa e non tiene conto di quelle che sarebbero le condizioni di equilibrio tra le parti in base al mercato. L'equilibrio o la proporzione di un rapporto contrattuale da questo punto di vista è una manifestazione della *giustizia distributiva* per cui i beni risultano allocati in base al merito: nel caso di specie il merito è la capacità competitiva delle imprese.

Giova rilevare che questa lettura del divieto di abuso del diritto come funzionale a evitare svantaggi sproporzionati che non riflettono disequaglianze nei meriti – insomma l'appropriazione da parte di un'impresa di utilità ultronee che non derivano dalla sua capacità concorrenziale – è condivisa dalla Suprema Corte, secondo la quale il divieto di “abuso del diritto (...) trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengono impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente”.

Divieto di abuso del diritto non significa *trattamento paritario* o egualitario: esso non impone di pareggiare o eguagliare i vantaggi che spettano al titolare del diritto esercitato e l'altra o le altre parti del rapporto; né è abusivo l'esercizio del diritto che sia volto a perseguire un risultato economico più vantaggioso per compensare costi o rischi insiti nell'operazione intrapresa.

Insegnamenti utili sul punto si traggono dalla pratica del diritto della concorrenza, in cui il mercato è concepito come lo spazio ideale d'azione dei fornitori, attuali e potenziali, di un insieme di prodotti e/o servizi che sono effettivamente alternativi

94 Cfr. DI MARZIO, F.: “Abuso di dipendenza economica e clausole abusive. Appunti sul nuovo diritto dei contratti asimmetrici d'impresa”, *Riv. dir. comm.*, 2010, pp. 798; ID: *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, 2010, pp. 491 ss.

95 Cfr. ad es. MAUGERI, M.: *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, cit., pp. 328-329, la quale sottolinea che una proporzione cambia a seconda del parametro di riferimento e si domanda in relazione a cosa si debba valutare la proporzionalità nel caso dell'abuso nei contratti d'impresa: “All'interesse dedotto in contratto? All'entità dell'investimento di controparte? Alla dimensione dell'impresa che recede? Alla dimensione che subisce l'impresa che subisce il recesso? Al rapporto fra entità dell'investimento e dimensione di una delle due imprese? Ai tipi di soggetti coinvolti (...)? A quanto ha ottenuto chi pone in essere l'atto in seguito all'investimento?”.

per la soddisfazione di un certo bisogno economico. Si tratta di uno spazio, sì ideale, ma delimitato da determinate coordinate geografiche e temporali, e che comprende i prodotti o i servizi sostituibili o sufficientemente intercambiabili, in funzione delle loro caratteristiche obiettive, dei loro prezzi, dell'uso cui sono destinati, nonché della struttura della domanda e dell'offerta e delle condizioni competitive.

VIII. BREVI CONCLUSIONI IN UNA PROSPETTIVA RIMEDIALE DELLE IPOTESI DI *EXCEPTIO DOLI GENERALIS*: SULL'AUTONOMIA ASSIOLOGICA DELLA BUONA FEDE RISPETTO ALLA SOLIDARIETÀ COSTITUZIONALE.

Così precisati, attraverso il confronto con l'abuso del diritto, i confini e le modalità operative della buona fede, è possibile esaminare l'opinione diffusa nella giurisprudenza⁹⁶ e nella dottrina⁹⁷ che in essa hanno ravvisato il fondamento di una *exceptio doli generalis* modernamente intesa, che consentirebbe all'interprete di negare efficacia giuridica ad una pretesa che, pur essendo conforme ad una norma di stretto diritto positivo, risulti nel suo esercizio concreto contraria ad una regola di *naturalis aequitas*⁹⁸.

Alla luce delle considerazioni finora svolte è chiaro che la regola di buona fede, traendo contenuto da criteri etici che trovano ingresso all'interno dell'ordinamento giuridico nei limiti dallo stesso stabiliti, non può dare origine a obblighi confliggenti con quelli legislativamente previsti né può legittimare un sindacato giudiziale sulla correttezza di un atto posto in essere in conformità ad una norma di legge. In questo senso, dagli artt. 1175 e 1375 c.c. si deduce non soltanto che la buona fede è ammessa ad operare nel sistema vigente, ma anche che essa opera come fonte di obblighi che integrano rispettivamente il rapporto obbligatorio o contrattuale,

96 Costituiscono decisioni guida sul punto Cass. 8 ottobre 1984 n. 5639, secondo cui l'assicuratore non può negare la copertura assicurativa per mancato pagamento dei premi quando il diniego è contrario a buona fede e Cass. 18 luglio 1989 n. 3362 in tema di fideiussione omnibus, secondo cui la banca non può invocare la garanzia per anticipazioni bancarie accordate in violazione della buona fede. In altre sentenze la giurisprudenza, nell'individuare il fondamento dell'*exceptio doli generalis*, sovrappone la violazione della buona fede con l'abuso del diritto: cfr. tra le più recenti Cass. 21 giugno 2018 n. 16345 con riguardo al contratto autonomo di garanzia.

97 In tal senso, BENATTI, F.: *Disposizioni preliminari, Comm. Cendon sub art. 1175*, Torino, 1991, p. 12 e RANIERI, F.: "Eccezione di dolo generale", *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VII, Torino, 1991, p. 322 ammettono l'operatività nel nostro ordinamento dell'*exceptio doli generalis*, ravvisandone il fondamento negli artt. 1175 e 1375 c.c. In senso analogo, BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Dig. disc. priv. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 154 ss, pp. 172-173 ritiene che l'attuale vigenza dell'istituto in questione sia fondata sul complesso delle disposizioni in materia di correttezza e buona fede, che consentirebbero di correggere i rigori dello *strictum ius*, facendo emergere interessi altrimenti destinati a non acquistare rilevanza in una applicazione formalistica del diritto.

98 L'istituto, come è noto, ha origine nel diritto romano, nel quale costituiva inizialmente un mezzo processuale del convenuto, che veniva concesso dal *praetor* verso la fine del periodo repubblicano. Differenziandosi dall'*exceptio doli specialis seu praesentis* presuppone il dolo inteso in senso molto più ampio " quale esistenza di una circostanza, anche sopravvenuta, che faccia apparire contraria alla bona fides l'insistenza dell'attore nel riconoscimento della pretesa da lui fatta valere in giudizio": così BURDESE, A.: "Exceptio doli (diritto romano)", *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 1074.

senza peraltro mettere in discussione l'applicazione della disciplina legale⁹⁹. Sono invece tipizzate dalla legge le ipotesi in cui una determinata regola non può essere invocata dal soggetto che abbia tenuto un comportamento scorretto. Il sistema vigente non ammette quindi un ricorso generalizzato a criteri etici per adeguare alle esigenze del singolo caso le previsioni astratte del diritto scritto. Tali istanze di giustizia, infatti, non potendo operare nel loro "stato naturale", assumono rilevanza giuridica solo in forza di una previa formalizzazione e positivizzazione all'interno di fattispecie, più o meno ampie ed elastiche, che introducono eccezioni a norme, che non sono individuate dall'interprete, ma dallo stesso legislatore.

In questo senso non è dato riscontrare quel contrasto tra regole rispettivamente riconducibili alla *naturalis aequitas* e *allo strictum ius*, che si configura invece nel sistema di duplicità delle fonti del diritto romano, nel quale gli *edicta* del *praetor* potevano introdurre deroghe alle norme dello *ius civile*. L'*exceptio doli generalis* risulta invece integrata nel diritto positivo come deroga preventivamente stabilita a una disciplina determinata con riguardo a situazioni particolari che, a seconda dei casi, sono in tutto o in parte tipizzate dalla legge¹⁰⁰.

A tal fine, peraltro, non è sufficiente la contrarietà della regola scritta alla *naturalis aequitas*, occorre altresì che la pretesa del comportamento imposto dalla prima sia scorretta. In altre parole non rileva solo che il sacrificio richiesto sia oggettivamente iniquo, ma anche che sia sleale pretenderlo, in base a una valutazione che si estende alla condotta soggettiva di entrambe le parti nel caso concreto. Questa limitazione del controllo di eticità sull'esercizio dei diritti alle ipotesi testualmente previste, lungi dall'essere intrinsecamente contraddittorio¹⁰¹, risulta coerente con l'essenza stessa di un ordinamento scritto, come il nostro, che non può consentire al giudice di censurare le scelte compiute dalla legge in base ad elementi di giudizio tratti direttamente dalla coscienza sociale.

La necessità di circoscrivere e specificare le ipotesi in cui il principio generale di buona fede, codificato nel § 242 BGB, consente di escludere l'applicazione di norme legali sembra peraltro avvertita anche dalla dottrina tedesca che, spinta da evidenti ragioni di certezza del diritto, limita — a suo modo — i possibili ulteriori sviluppi dell'*exceptio doli*, riconducendo all'interno di vere e proprie fattispecie tipiche (*Fallgruppen*) l'ampia casistica giurisprudenziale.

99 La contraria opinione di DOLMETTA, A.: "Exceptio doli generalis", *Enc. giur.*, Roma, 1997, pp. 11-12, secondo cui dalle disposizioni in questione non si potrebbero dedurre i limiti operativi della buona fede è smentita dal testo normativo, che per un verso rinvia ad essa per determinare il comportamento che le parti devono rispettivamente osservare nell'adempimento dell'obbligazione e nell'esecuzione del contratto, per altro verso non fa alcun riferimento a poteri del giudice di introdurre regole destinate a prevalere su quelle stabilite dalla legge.

100 In tal senso si configurano eccezioni che concorrono a determinare il campo di applicazione della regola, solo in apparenza contraddicendo quanto essa stabilisce: cfr. MENGONI, L.: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 129.

101 Cfr. considerazioni simili in PELLIZZI, G. L.: "Exceptio doli (dir. civ.)", *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1968, p. 1075.

Non sembra del resto sottrarsi a tali obiezioni neppure l'opinione secondo cui il ricorso all'*exceptio doli generalis* potrebbe essere esteso "all'intero campo del diritto civile", anche fuori delle ipotesi in cui trova espresso riconoscimento, ove si ritenga che la funzione correttiva della buona fede, di cui è espressione, trovi un "aggancio" nella solidarietà costituzionale¹⁰².

L'*exceptio doli generalis* diverrebbe, infatti, lo strumento cardine attraverso il quale il giudice ordinario potrebbe surrettiziamente sindacare le scelte della legge, esercitando di fatto un potere che il nostro ordinamento riserva alla competenza esclusiva della Corte costituzionale. Non si tratterebbe infatti semplicemente di scegliere tra le diverse interpretazioni possibili dello *strictum ius* quella compatibile con il dettato della Costituzione¹⁰³, ma di escluderne l'applicazione proprio in ragione del contrasto con il dovere di solidarietà sociale, dal quale l'opinione qui criticata pretende di desumere il contenuto della contrapposta regola di *naturalis aequitas* e, al tempo stesso, la ragione della sua prevalenza.

Per altro verso, considerato che ogni norma è comunque destinata a risolvere un conflitto tra interessi contrapposti, direttamente o indirettamente riconducibili a valori costituzionalmente garantiti, anche diversi dalla solidarietà, quali ad esempio la libertà personale, la proprietà e l'iniziativa economica privata, attribuire all'interprete il potere di negare, sia pure con riferimento a singole fattispecie concrete, l'efficacia della norma significherebbe di fatto consentirgli un bilanciamento che spetta al legislatore compiere.

Per di più l'elaborazione giudiziale della regola di *naturalis aequitas*, essendo svincolata dall'interpretazione di una precisa disposizione di legge scritta, finirebbe per essere sottratta a quella valutazione di ragionevolezza e proporzionalità da parte della Corte Costituzionale, alla quale soggiacciono invece gli atti del potere legislativo.

Tale inammissibile sovvertimento delle regole che disciplinano i rapporti tra poteri dello Stato conferma del resto l'incompatibilità con il nostro sistema delle fonti della proposta di concretizzare la clausola generale di buona fede¹⁰⁴, cui

102 Vedi in tal senso la ricostruzione ipotizzata da DOLMETTA, A.: *Exceptio doli*, 2010, pp. 14 s. spec. p. 16, che così sviluppa la tesi proposta da Natoli, L'attuazione del rapporto obbligatorio cit., 36 e BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 154 ss., "per fondare sulla buona fede l'attuale validità dell'*exceptio doli generalis*". Diversamente, secondo MENGONI, L.: "Autonomia privata e costituzione", *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 111, il dovere di solidarietà sociale previsto all'art. 2 Cost. ha piuttosto sollecitato la dottrina del diritto privato a una progressiva rivalutazione di questa clausola generale.

103 Sul concetto e i limiti della c.d. 'interpretazione adeguatrice' al dettato costituzionale cfr. MENGONI, L.: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996 pp. 154 ss.

104 È sufficiente al riguardo rinviare alle considerazioni critiche rivolte da CASTRONOVO, C.: *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, pp. 237 ss. alla tesi di Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto cit., 171 s., che già aveva proposto di utilizzare il principio costituzionale di solidarietà per determinare il contenuto della regola di correttezza, sia pure in funzione integrativa e non correttiva del diritto cogente.

rinvia la legge, attraverso un principio generale che trova riconoscimento nella Costituzione¹⁰⁵, mentre in realtà è quest'ultimo che attraverso la prima dovrebbe trovare attuazione, per potersi tradurre in regole concrete di comportamento.

Non si tratta (sol)tanto della impossibilità di 'spiegare il contenuto di una clausola generale per mezzo di un'altra clausola generale', quanto e soprattutto della ripartizione di ruoli e competenze tra chi è chiamato a interpretare la legge e chi invece a controllarne la conformità alla Costituzione. Agli ostacoli sopra descritti si aggiunga che la solidarietà rinvia a criteri deontologici che non coincidono esattamente con quelli che, in base alla coscienza sociale e alla valutazione tipica della legge, danno contenuto concreto alla regola di buona fede¹⁰⁶. In questo senso l'*exceptio doli generalis*, tanto nelle fattispecie normativamente previste (cfr. ad esempio gli artt. 1460, co. 2, 1993, co. 2, 2384 co. 2, 2941 n. 8, c.c.) quanto nelle concretizzazioni ulteriormente proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza che ne ammettono la generale operatività, si configura come rimedio rispetto a comportamenti che, in considerazione dell'intenzione del soggetto agente o dell'affidamento suscitato nell'altra parte, possono ritenersi scorretti e sleali e non soltanto egoistici o non solidali.

Ciò è particolarmente evidente con riguardo alla c.d. *Verwirkung* elaborata dalla giurisprudenza tedesca, là dove l'estinzione del diritto in seguito al mancato esercizio per un tempo non sufficiente a determinarne la prescrizione, ma comunque tale da suscitare nella controparte il ragionevole affidamento che non sarebbe stato più fatto valere, non può trovare un adeguato fondamento nel dovere di solidarietà. Questa richiederebbe, infatti, di accertare la sussistenza di disparità economiche e di potere contrattuale tra le parti¹⁰⁷, in considerazione delle quali potrebbe al contrario imporre al debitore un sacrificio del proprio interesse a favore del creditore.

Peraltro, una anticipazione dell'effetto estintivo dell'obbligo in ragione del comportamento del creditore e del significato che ad esso abbia attribuito il debitore è contraddetto dalla stessa disciplina della prescrizione nel nostro ordinamento¹⁰⁸, che invero sembra ispirarsi a un principio opposto là dove, per

105 Al riguardo SACCO, R. - DE NOVA, G.: *Il contratto*, Milano, 2016, p. 1396 sottolineano come il richiamo ai valori costituzionali risponda al preciso intento di parte della dottrina di "fornire alle regole di opinione un aumento di vigore".

106 Questa, secondo MENGONI, L.: "Autonomia privata e costituzione", *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. p. 110, 1998, esprime un "dovere di ciascuna parte di assicurare l'utilità dell'altra nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico ", con un autonomo contenuto etico, distinto dal dovere sociale di solidarietà previsto dalla Costituzione quale criterio di " responsabilizzazione dei singoli individui privati per l'esistenza sociale e anzi per il benessere degli altri ".

107 Al riguardo vedi RANIERI, F.: "Il principio di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 2006, III, p. 426., pp. 500 ss., ripercorrendo l'evoluzione dell'istituto, rileva che questo ha trovato un fondamento stabile al § 242 BGB, come manifestazione del principio di buona fede e al tempo stesso del divieto di abuso del diritto.

108 Sulla scarsa praticabilità di tale accertamento cfr. FESTI, F.: "Effetti sui rapporti contrattuali pendenti della legislazione anticontagio", *Giur. It.*, 2020, p. 2358.

un verso, non ammette la pattuizione di un termine più breve di quello legale (art. 2936 c.c.), per altro verso, attribuisce rilevanza giuridica persino al debito già prescritto, escludendo la ripetizione del suo adempimento spontaneo (art. 2940 c.c.).

Ma, al di là di ciò, la figura in esame, stando alla prospettazione fatta da chi ne ammette l'operatività, conferma che la clausola generale di buona fede ha un suo referente assiologico autonomo e distinto rispetto alla solidarietà costituzionale¹⁰⁹ e pertanto neppure sotto tale profilo potrebbe da questa trarre la forza per correggere il diritto positivo.

Tale inadeguatezza della solidarietà come fondamento della regola di correttezza emerge inoltre da alcune pronunce della nostra giurisprudenza, come ad esempio quella che proprio in base al dovere di solidarietà ha escluso che l'investitore, pur essendo il contraente debole protetto dalla nullità, potesse utilizzarla in modo selettivo per trarre un vantaggio ingiustificato nei confronti dell'intermediario finanziario.

In realtà l'eventuale contrasto con il principio consacrato nell'art. 2 Cost. potrà eventualmente dar luogo a una pronuncia di incostituzionalità, che sarà totale o parziale a seconda che l'illegittimità riguardi la norma in tutta la sua portata applicativa ovvero sia apprezzabile soltanto con riferimento a singole fattispecie concrete¹¹⁰, rendendo così irrilevante la ricerca da parte del giudice ordinario di una gerarchia tra valori di cui siano espressione le diverse regole in contrasto, per stabilire quale tra esse applicare, indipendentemente dal fatto che sia compiutamente prevista dalla legge o sia in parte ricavata dalla clausola di buona fede.

Non sarà invece possibile derogare allo *strictum ius*, invocando la regola generale enunciata negli artt. 1175 e 1375 c.c., la quale, se vale sempre ad integrare il diritto positivo mediante l'introduzione di obblighi non espressamente previsti,

109 Così PERLINGIERI, G.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino-Napoli, 1979, 84 s. Fa invece riferimento alla 'solidarietà contrattuale' BIANCA, C. M.: "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 1983, pp. 209-201, il quale declina il canone di buona fede negli obblighi di lealtà e salvaguardia dell'interesse altrui.

110 In tal caso, la Corte si limita a negare la validità della norma nei casi in cui la sua applicazione risulterebbe in contrasto con i principi costituzionali. Il suo intervento, quindi, non genera lacune né crea nuovo diritto e pertanto non costituisce una indebita ingerenza nelle funzioni legislative. L'ammissibilità di siffatte sentenze di accoglimento parziale, come rileva ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 299 ss. e spec. p. 301, è del resto pacificamente riconosciuta, diversamente da altre figure di decisioni manipolative. Non sembra, invece, tenere conto della possibilità di questo tipo di decisioni BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 169., p. 173, la quale ritiene ultronea la caducazione di "norme inderogabili, la cui idoneità a provocare concrete situazioni di sostanziale ingiustizia non le pone in una luce di costante e generalizzato conflitto con "divergenti valutazioni di principio" ". Alla medesima conclusione sembra giungere, al di là delle differenze terminologiche, DOLMETTA, A. A.: "Exceptio doli generalis", *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, p. 190, allorché distingue a seconda che il contrasto tra la regola di solidarietà costituzionale e quella ordinaria si configuri come 'istituzionale' ovvero si ponga 'a livello di singole fattispecie concrete'.

non è di per sé in grado di impedirne le applicazioni che risultino in concreto inique.

Diversamente, ove il rinvio alla buona fede sia disposto da una previsione legislativa che consenta un intervento correttivo del giudice, la regola da essa desumibile potrà prevalere sulla diversa disciplina dettata per una serie più ampia di casi, in quanto *lex specialis* suscettibile di imporsi indipendente mente da valutazioni di conformità ai principi costituzionali della contrapposta disciplina legale.

In conclusione, I repentini mutamenti dell'ordinamento, la rilevanza sempre maggiore del diritto comunitario e l'influenza del mercato sulle relazioni giuridiche comportano la necessità di ripensare ad alcuni istituti civilistici, tra cui quello dell'integrazione contrattuale. Il contratto sta cambiando volto, non essendo più disciplinato soltanto dalla volontà delle parti, ma anche da fonti eteronome, il cui intervento necessita di una rivalutazione. In particolare, equità e buona fede non possono essere più considerate soltanto come fonti suppletive di integrazione, anche secondo le indicazioni che si desumono dall'ordinamento comunitario e dai progetti di redazione del diritto europeo dei contratti.

L'autonomia privata non è più fortezza inespugnabile della signoria delle parti nella regolamentazione dei loro rapporti e, in un mercato sempre più globalizzato, in cui si è assistito a un incremento degli scambi e a una standardizzazione degli strumenti utilizzati rispetto ai primi anni di vigenza del codice civile, risulta importante cercare di tutelare le parti, soprattutto in presenza di una disparità di forza contrattuale.

È certamente comprensibile il timore di un potere del Giudice troppo invasivo sul contratto, ma si ritiene sia necessario ripensare al rapporto in generale tra cogenza e autonomia privata. L'integrazione correttiva, infatti, non deve essere sempre ritenuta negativa e restrittiva dell'autonomia, in quanto l'intervento eteronomo può essere un positivo ausilio per le parti.

Certamente l'essenza del contratto non può essere snaturata, dovendo sempre consistere nella volontà dei contraenti, ma, come evidenziato anche nella sentenza che si annota, deve ritenersi che sia immanente al nostro ordinamento un potere di controllo del Giudice sulle statuizioni negoziali, "al fine di evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro cui appare meritevole di tutela".

BIBLIOGRAFIA

ALPA, G.: "Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano", *Contratto e impr. Eur.*, 1996

ANCEL, M.É.: *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002.

ANELLI, F.: *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Giuffrè, Milano, 1990.

ASQUINI, A.: "Del contratto di trasporto", *Commentario del codice del commercio*, Utet, Torino, 1935.

AULETTA, G.: "Limitazione di responsabilità del vettore marittimo", *Rivista di diritto della navigazione*, 1952, p. 180.

BACHELET, V.: "L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati)", in A.A. V.V.: *Annuario del contratto* (diretto da A. D'ANGELO e V. ROPPO), Torino, 2019.

BARENGHI, A.: "I contratti dei consumatori", in A.A. V.V.: *Diritto civile* (a cura di N. LIPARI e P. RESCIGNO), III, 2, Giuffrè, Milano, 2009.

BAUDIN-MAURIN, M.P.: "Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat. (À partir de l'exemple du contrat Chronopost)", *Revue de la recherche juridique*, num. 4, 2002, p. 1859.

BENATTI, F.O.: *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1971.

BENATTI, F.O.: "Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria", in A.A. V.V.: *Le operazioni bancarie* (a cura di G.B. Portale), I, Giuffrè, Milano, 1978.

BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

BIANCA, C.M., "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca, sub art. 1229 c.c.*, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1967.

BIGLIAZZI GERI, L.: "Buona fede nel diritto civile", *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1988

BIN, M.: "Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)", *Contratto, impresa e Europa*, 1996, p. 444.

BIROCCHI, I.: *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali*, Quaderni fiorentini, 1990.

BJØRKLUND, A.: "Article 25", in A.A. V.V.: *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (a cura di S. KRÖLL, L.A. MISTELIS e M.P. VISCACILLAS), C.H. Beck-Hart, München-Oxford, 2011.

BRECCIA, U.: "Il contratto in generale", III, *Trattato di diritto privato* Bessone, XIII, Giappichelli, Torino, 1999.

CARDOSO-ROULOT, N.: *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2008.

CASTRONOVO, C.: "Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza", in A.A. V.V.: *Le operazioni bancarie* (a cura di G.B. Portale), I, Giuffrè, Milano, 1978.

CHIRONI, P.: "La colpa nel diritto civile odierno", I, *Colpa contrattuale*, 1897, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

CIAN, G.: "Lata culpa dolo aequiparatur", *Rivista di diritto civile*, 1963, p. 177.

COOTE, B.: *Exception clauses: some aspects of the law relating to exception clauses in contracts for the carriage, bailment and sale of goods*, Sweet & Maxwell, London, 1964.

CORRIAS, P.: "Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, II, p. 147.

CURSI, M.F.: *Alle origini degli accidentalia negotii. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi roman*, Index, XXIX, 2001.

D'AMICO, G.: *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

DE NOVA, G.: *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, Assago, 1996.

DELEBECQUE, P.: *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse ronéotypée, Aix-Marseille, III, 1981.

DELOGU, L.: *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2000.

DI GRAVIO, V.: *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Giuffrè, Milano, 1999.

DI MAJO, A.: "Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)", *Commentario del codice civile* Scialoja e Branca, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994.

DOLMETTA, A.: "Exceptio doli generalis", *Enc. giur.*, Roma, 1997

FAUVARQUE-COSSON, B. e MAZEAUD, D.: "L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription", *Revue de droit uniforme*, 2006, p. 114.

FERRI, G.B.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse", *Rivista di diritto commerciale*, 1979, I, p. 1.

FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

FERRI, G.B.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale", *Rivista di diritto commerciale*, 1971, II, p. 81.

GALGANO, F.: *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova, 2010.

GALLO, P.: *Trattato sul contratto*, I. *La formazione*, Giappichelli, Torino, 2010.

GENTILI, A.: *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2006.

GENTILI, A.: "Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico", *Rivista di diritto commerciale*, 1989, I, p. 221.

GIORGI, G.: *Teoria delle obbligazioni*, II, Cammelli, Firenze, 1907.

GROSSI, P.: *Sulla natura del contratto*, Quaderni fiorentini, XV, 1986.

JESTAZ, P.: "L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale", *Mélanges idique de droit des affaires*, 1997, p. 291.

MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012.

MENGONI, L.: "Responsabilità contrattuale", *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano.

MEYER, A.W.: "Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach", *Virginia Law Review*, 1964, vol. 50, p. 1178.

MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

MINERVINI, E., "I contratti dei consumatori", *Trattato del contratto*, IV, Giuffrè, Milano, 2006.

MINERVINI, E.: *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino, 2010.

MONTICELLI, S.: "Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni Unite", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 155.

PATTI, S.: "Abuso del diritto", *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987

PIRAINO, F.: "Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso della responsabilità civile con copertura claims made", *Europa diritto privato*, 2019, p. 1045.

PIRAINO, F.: "Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale", *Europa diritto privato*, 2011, p. 1019.

RESCIGNO, P.: *L'abuso del diritto*, Bologna, 1988, p. 13

RISK, R.C.B.: "Recent Developments in Contracts", *Law Society of Upper Canada Special Lectures*, 1966.

RIVA, I.: "L'ultima parola delle sezioni unite della Cassazione in materia di clausole claims made", *Contratto e impresa*, 2019, p. 9.

ROCHFELD, J.: *Cause et type de contrat*, LGDJ, Paris, 1999.

ROPPO, V.: "Clausole vessatorie (nuova normativa)", *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Il Veltro, Roma, 1996.

SANOGO, A.: *L'obligation essentielle dans le contrat, mémoire de maîtrise*, master I, Dijon, Université de Bourgogne, 2005.

SCHROETER, U.G.: "Article 25", in A.A. V.V.: *Schwenzer&Schlechtriem Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (a cura di I. Schwenzer), 3rd ed., OUP, Oxford, 2010.

SCIANCELEPORE, G.: "Art. 33", *Commentario del codice del consumo*, Ipsoa, Milano, 2006.

SCOGNAMIGLIO, C.: "L'abuso del diritto", *Contratti*, 2012.

SEFTON-GREEN, R.: *La notion d'obligation fondamentale: comparaison francoanglaise*, Persée, Paris, 2000.

WADDAMS, S.M.: "Contracts - Exemption Clauses - Fundamental Breach - Unconscionability", *University of Western Ontario Law Review*, 1978-1979, vol. 17, p. 295.

WILL, M.: "Article 25", in A.A.V.V.: *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (a cura di C.M. BIANCA e M.J. BONELL), Giuffrè, Milano, 1987.



IL RISARCIMENTO DEL DANNO
ALL'AUTODETERMINAZIONE E LE TABELLE PER LA
LIQUIDAZIONE DEL DANNO

*THE COMPENSATION FOR DAMAGE TO SELF-DETERMINATION
AND TABLES FOR DAMAGE CALCULATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 510-549



Stefania PIA
PERRINO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de junio de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla lesione del bene costituzionalmente protetto dell'autodeterminazione nelle cure possono essere risarcite pure in difetto di una malattia nel corpo e nella mente causata dall'operato del medico e dalle prestazioni offerte dalla struttura ospedaliera. Queste sono le conclusioni raggiunte ormai dall'indirizzo giurisprudenziale più moderno e maggioritario, cionondimeno solo nelle più recenti tabelle para-normative si evidenzia l'emancipazione dei criteri di quantificazione delle conseguenze risarcibili dalla personalizzazione del danno dinamico relazionale (già biologico). All'opposto, tale autonomia sembra nuovamente smarrirsi nelle trame delle nuove tabelle delle menomazioni all'integrità psicofisica di lieve e grave entità, di cui agli artt. 138-139 del Codice delle Assicurazioni private, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, applicabili tanto ai sinistri stradali quanto alle fattispecie riconducibili alla medical malpractice. Per tale ragione, l'A. si interroga sul perimetro di applicazione delle nuove tabelle e sulla possibilità di utilizzarle anche per la quantificazione e la liquidazione delle conseguenze pregiudizievoli prodotte dall'inadempimento informativo in ambito terapeutico.

PALABRAS CLAVE: Consenso informato; inadempimento informativo; responsabilità medica; danno non patrimoniale; tabelle.

ABSTRACT: *Damages over self-determination in treatment may be compensated even in the absence of an illness in body and mind caused by the medical malpractice and the breach of the contract with the hospital. These are the conclusions reached by now by the most modern and majority Italian case law, nevertheless only in the most recent para-normative tables the criteria for quantifying the indemnifiable consequences have been emancipated from the personalisation of the dynamic relational damage (formerly biological damage). On the other hand, such autonomy seems to be lost again in the new tables provided to implement artt. 138-139 of the code of private insurance companies, legislative decree no. 209 of 7 September 2005, which apply both to car accidents damages and medical malpractice consequences. For this reason, the author questions the perimeter of application of the new tables and the possibility of also using them for the quantification and settlement of the prejudicial consequences produced by the failure to provide information in the field of treatment.*

KEY WORDS: *Informed consent; duty to inform; medical malpractice; non patrimonial damages; tables.*

SUMARIO.- I. PREMESSA SULL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA.- II. IL DANNO ALL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA.- III. LE TABELLE PER LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO ALL'AUTODETERMINAZIONE NELLE CURE.- I. Le tabelle giudiziali.- 2. Le tabelle RCA.- IV. IL PROBLEMA QUALIFICATORIO DELLA RESPONSABILITÀ DA INADEMPIMENTO INFORMATIVO.- V. RISCONTRI: IL DANNO DA TRATTAMENTO ESTETICO.- VI. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSA SULL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA.

Fino a metà del diciannovesimo secolo¹, il malato soffriva e il medico curava: il primo pativa una condizione umana pressoché ineluttabile², come un testimone impotente³ di un fenomeno, ossia la patologia, causato da fattori esterni complessi, mistici e incontrollabili. Il secondo, in qualità di taumaturgo, esercitava sul paziente una potestà⁴: proponeva e aderiva alla strategia curativa preferibile, quali che fossero i rischi, i vantaggi e i costi. La malattia e la cura, quantomeno per lo sfortunato paziente, si sottraevano all'analisi scientifica per formare oggetto, invece, della "metafisica del male"⁵. Anche se il dottore riusciva a formulare una diagnosi, a prevedere il decorso della malattia e a individuare il trattamento medicale idoneo, l'informazione era estranea al rapporto, così come lo era il diritto. È lo stesso Corpus Hippocraticum che prescrive, nel trattato Sulla Decenza⁶ al medico ippocratico di non condividere le condizioni del paziente e tantomeno la terapia con il malato, per il suo bene⁷. Per converso, il soggetto passivo del rapporto aveva il dovere di accettare l'intervento del sanitario, vista la sua incompetenza e, dunque, la sua inidoneità ad assumere una scelta autonoma. Il "ministro del malato" operava nell'interesse e per il bene esclusivo dell'assistito, come un padre che cerca di persuadere i figli prima di adottare le decisioni. Conseguentemente, l'eventuale responsabilità professionale era prima di tipo religioso, poi semmai di natura etica, con una conseguente condizione di impunità sul piano giuridico.

1 CABGUILHEM, G.: *Sulla medicina*, Einaudi, Torino, 2002, p. 10; FOUCAULT, M.: *Nascita della clinica*, Einaudi, Torino, 1963.

2 NATOLI, S.: *L'esperienza del dolore*, Feltrinelli, Milano, 1987, p. 132.

3 Usa queste parole TOMASI DI LAMPEDUSA, G.: *Il Gattopardo*, Feltrinelli, Milano, 1983, p. 232.

4 NANNINI, U.G.: *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 2; GORGONI, M.: "Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare", *Resp. civ. prev.*, 2008, num. 7-8°, p. 1542; GORGONI, M.: "Il trattamento sanitario arbitrario nella morsa tra diritto vivente e diritto vigente", *Resp. civ. prev.*, 2017, num. 3°, p. 739; TOSCANO, G.: *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 81 ss.; ROTONDO, V.: *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, ESI, Napoli, 2020, p. 65.

5 FOUCAULT, M.: *Nascita*, cit. p. 222.

6 IPPOCRATE: *Opere*, Utet, Torino, 1996, p. 415 ss.

7 LA MONACA, G.-TAMBONE, V.-ZINGARO, N.-POLACCO, M.: *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 33 ss.

• Stefania Pia Perrino

Assegnista di Ricerca Post-dottorale in Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca. E-mail: stefania.perrino@unimib.it

Nonostante l'illustrata condizione di privilegio del medico⁸, il consenso informato aveva già formato parte delle riflessioni di alcuni autori. Difatti, già Platone⁹ proponeva un correttivo al tradizionale assetto paternalistico del rapporto di cura. Si cominciava ad evidenziare l'opportunità di implementare la prassi di informare il paziente: in questo ordine di idee, il medico avrebbe dovuto far capire al paziente le opzioni terapeutiche, senza imporre la cura, e il malato avrebbe dovuto conseguire i dati, senza lasciarsi influenzare nella selezione delle proposte dannose per la propria integrità fisica. E, allora, la carenza informativa rispecchiava non tanto la tradizione quanto l'incompetenza del professionista rispetto al malato.

Il correttivo di Platone non coincide con l'odierna accezione del consenso informato, tuttavia ne costituisce un primo precedente risalente e virtuoso, accantonato almeno fino all'Umanesimo e al Rinascimento, allorché si svilupparono le ideologie autonomistiche e liberali. A partire dalla fine del diciannovesimo secolo, poi, sono emerse le istanze di soggettivizzazione del paziente nelle cure. È così mutato il concetto di persona malata, sono cambiate le accezioni dei concetti di malattia e salute, si è ampliato il numero di soggetti dotati di informazioni e di competenze¹⁰. La medicina è diventata fruibile per un più ampio novero di soggetti e viene intesa come una scienza della natura, idonea ad essere messa in discussione ogni qualvolta i presupposti generali su cui si fonda risultano insufficienti o scorretti. Aumentano gli esami di laboratorio e diminuisce, in parte, la valenza dell'attività diagnostica dell'anamnesi e dell'esame obiettivo svolto personalmente dal sanitario. La salute cambia veste, tenuto conto della nozione elaborata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, per essere intesa come uno stato di benessere fisico, mentale e sociale, non solo l'assenza di affezioni o malattie¹¹. Si diffondono le informazioni e le modalità di elaborazione dei dati, anche grazie ai progressi scientifici e tecnologici¹².

8 LA MONACA, G.-TAMBONE, V.-ZINGARO, N.-POLACCO, M.: *L'informazione*, cit., p. 67.

9 PLATONE: *Tutti gli scritti*, Rusconi, Milano, 1991.

10 LA MONACA, G.-TAMBONE, V.-ZINGARO, N.-POLACCO, M.: *L'informazione*, cit., p. 77. Sul punto, si veda anche RODOTÀ, S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; RODOTÀ, S.: *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in AA.VV.: "Ambito e fonti del biodiritto", *Trattato di Biodiritto* (coordinated by RODOTÀ, S.- ZATTI, P.), Giuffrè, Milano, 2011, p. 211 ss. Sulla soggettivizzazione del paziente nel rapporto terapeutico, si veda NICOLUSSI, A.: "Testamento biologico e problemi di fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?", *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, p. 463 ss.

11 La nuova nozione può essere consultata nel Preambolo alla costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, come adottato dalla Conferenza Internazionale della Sanità di New York, 19-22 giugno 1946. Sul punto, si vedano VETTORI, N.: "Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria", *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1463 ss.; GUARNIERI, A.: "Profili giuridici della fine della vita umana", *Resp. civ.*, 2009, p. 1707 ss.; ROTONDO, V.: *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, ESI, Napoli, 2020, p. 31 ss.

12 Descrive questa "rivoluzione terapeutica" COSMACINI, G.: *Storia della medicina e della sanità nell'Italia contemporanea*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 19 ss.

Avverso la disumanizzazione¹³ della prassi terapeutica, la scienza medica prima e la scienza giuridica hanno perseguito l'obiettivo di considerare il malato oltre la sua condizione patologica, atteso che si tratta di un soggetto¹⁴ al pari di chi è deputato a curarlo. Conseguentemente, il paziente ha maturato una sfiducia nella autorità morale del medico, in precedenza assoluta e incontestabile¹⁵. Sicché, è emersa la necessità di elaborare forme di contestazione della medical malpractice ed è divenuto centrale il dialogo con il paziente, il quale può non aderire al piano terapeutico trattenuto dal sanitario. Così da una responsabilità morale per il cattivo esercizio dell'arte¹⁶, cominciano ad affiorare sanzioni disciplinari fino a inaugurare la rilevanza giuridica della prestazione del professionista della cura, intesa come corretta esecuzione del trattamento, realizzato all'esito di un dialogo con il fruitore.

È a partire dagli anni Novanta¹⁷ che il diritto all'autodeterminazione terapeutica ha assunto i contorni di una situazione giuridica soggettiva, tutelata attraverso la previsione di limiti di validità del consenso¹⁸ e un obbligo giuridico di informare, in capo al personale medico-sanitario¹⁹. Il consenso all'atto medico, che aveva una rilevanza esclusivamente deontologica e contrattuale, diviene l'imprescindibile presupposto per la legittimità del trattamento medico-chirurgico²⁰. La violazione dell'atto di autorizzazione²¹ allo svolgimento della prestazione è attualmente

13 VON WEIZSÄKER, V.: *Der kranke Mensch*, K.F. Koeler Verlag, Stoccarda, 1951, p. 352.

14 SPISANTI, S.: "L'antropologia medica di Viktor v. Witzsäker: conseguenze etiche", *Medicina e Morale*, Inum. 3, 1985, p. 531-543.

15 SHORTER, E.: *La tormentata storia del rapporto medico-paziente*, Feltrinelli, Milano, num. 52-53, 1986, p. 111.

16 Tra i codici di deontologia, il primo che discorre di doveri del medico verso il pubblico e, segnatamente, del consenso informato è il Codice di Etica e di Deontologia dell'Ordine dei Medici della pronuncia di Sassari, che all'art. 4 vantava il concetto di consenso informato al trattamento. Secondo la norma, il medico non può intraprendere alcun atto operativo senza avere prima ottenuto il consenso dall'ammalato e dalle persone dalle quali il paziente dipende, nel caso in cui si tratti di minore o di incapace. In caso di urgenza, il medico può derogare alla regola citata, ma nelle ipotesi particolarmente gravi si prevedeva la richiesta del medico ad un collega per concorrere ed assumere una parte della responsabilità, specie quando si tratta di procurare un aborto terapeutico. Sul punto, si veda PROCINO R.: *I codici deontologici in Italia. Il percorso di una evoluzione*, in FNOMCEO. *Nel cinquantenario della ricostruzione, 1946-1996*, p. 109.

17 POSTERARO, N.: *Il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente*, AA.VV.: "La nuova responsabilità medica. Una ricostruzione giurisprudenziale alla luce della Legge Gelli-Bianco" (coordinated by G. CASSANO), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 34 ss.

18 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972, p. 308 ss.

19 PASQUINO, T.: *Autodeterminazione*, in AA.VV.: *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, Jovene, Napoli, 2018, p. 125-126.

20 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 228 ss.

21 MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Capacità di volere e rifiuto alle cure", *Eur. dir. priv.*, num. 2, 2014, p. 387-454, in particolare p. 432. L'A. sostiene la natura non negoziale sul rilievo che "non impone prestazioni positive, ma solo impedisce o limita l'esercizio di un'attività altrimenti dovuta o comunque sottoposta ad un vaglio di mera discrezionalità tecnica da parte del medico, senza nel contempo vincolare l'autore della dichiarazione". Similmente, v. D'ADDINO SERRAVALLE P.: *Atti di disposizione del corpo a tutela della persona umana*, Camerino, 1983, p. 126 ss. Secondo l'A., il consenso al trattamento non ha alcuna funzione dispositiva: non è idoneo a produrre una modificazione del mondo del diritto, derivante semmai dalla creazione di un regolamento impegnativo di interessi, idoneo a generare la modifica della situazione dell'agente.

idonea a generare, a seconda delle diverse modalità di protezione dei plessi ordinamentali, una responsabilità²² civile, penale e amministrativa.

Grazie alla giurisprudenza²³, prima, e alla diverse legge succedutesi sulla materia, poi, si è giunti ad un rapporto tra soggetti, medico e paziente, fondato sull'alleanza e la proposta terapeutica del primo a favore del secondo²⁴.

Nel contesto attuale, l'alleanza, la relazione terapeutica e gli obblighi informativi trovano una base giuridica nei referenti costituzionali, nella legge sul consenso informato e nelle discipline di settore. Si fa riferimento al diritto di libertà personale, che trova i suoi addentellati negli artt. 2, 13, 24 e 32 Cost.²⁵. Il pensiero corre poi alla l. 22 dicembre 2017, n. 219, che tutela la vita, la salute, la dignità umana, ma anche l'autodeterminazione terapeutica, considerata come bene giuridico in sé, ossia un diritto autonomo suscettibile di lesione pure in difetto di una malattia nel corpo, eziologicamente derivante dal trattamento realizzato dal professionista. Nessun trattamento può essere iniziato senza la previa informazione e l'acquisizione del consenso. Solo nei casi previsti dalla legge, la regola subisce deroga, ossia in presenza di eventi terapeutici straordinari²⁶. E, ancora, la tutela del diritto all'informazione e alla preventiva autorizzazione al trattamento trova ulteriori addentellati nelle norme che regolano la sperimentazione clinica²⁷, l'espianto e il trapianto di organi,

22 FIORI, A.: "Il dovere del medico di informare il paziente: senza più limiti?", *Medicina e Morale*, num. 3, 2000, p. 443.

23 BIONDI, M.: "Obblighi informativi e responsabilità medica", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 3, 2022, p. 522-523.

24 ZATTI, P.: "Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona", *Nuova Giur. Civ. Comm.*, num. 12, 2008, p. 408; GORGONI, M.: "La «stagione» del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello dell'autodeterminazione", *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 488.

25 Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 297; *Foro it.*, 2009, I, c. 1328 ss.

26 Si fa riferimento a due sotto-fattispecie distinte, come si vedrà nel prosieguo: da un lato, l'intervento salvavita, ogniqualvolta il paziente versi in un grave stato di salute e di incoscienza, ostativo alla manifestazione della propria volontà di sottoporsi al trattamento; dall'altro, il TSO. Cfr., Cass., sez. III, 11 gennaio 2023, n. 509, in *De Jure*. Sui trattamenti sanitari obbligatori, si veda GRAZIADEI, M.: *Il consenso informato e i suoi limiti*, in AA.VV., "I diritti in medicina", in *Trattato di Biodiritto* (coordinated by RODOTÀ S.-ZATTI P.) Giuffrè, Milano, 2011, p. 263 ss. Come precisa l'A., in tal caso il medico è esentato dall'obbligo di raccolta del consenso ai trattamenti necessari, tuttavia non è sollevato dall'obbligo di prestare l'informazione adeguata.

27 D.M. 27 aprile 1992, recante le Disposizioni sulle documentazioni tecniche da presentare a corredo delle domande di autorizzazione all'immissione in commercio di specialità medicinali per uso umano, anche in attuazione della direttiva n. 91/507/CEE; D.M. 15 luglio 1997, Recepimento delle linee guida dell'Unione europea di buona pratica clinica per la esecuzione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali; d.l. 23/1998, Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria, conv. in l. n. 187/2000. Sul punto, v. DI MARZIO, M.: *Responsabilità medica. Casistica e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 149 ss.

tessuti e cellule²⁸, la procreazione medicalmente assistita²⁹, la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari³⁰, l'interruzione volontaria della gravidanza, l'accertamento diagnostico del virus HIV³¹, la donazione di cellule riproduttive a favore di terzi, i trattamenti con radiazioni ionizzanti a scopo di ricerca³².

Secondo la Carta fondamentale e le norme in materia, l'autodeterminazione non costituisce un corollario del bene giuridico della salute, di cui all'art. 32 Cost., ma rappresenta un modo di intendere la libertà della persona in un settore specifico dell'ordinamento, ex art. 13 Cost.

II. IL DANNO ALL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA.

Se diverso è il bene, allora la lesione può determinare, previa verifica in concreto, conseguenze pregiudizievoli ulteriori o autonome da considerare nella quantificazione del danno risarcibile. Le condotte omissive e commissive di

- 28 Si tratta delle seguenti leggi: l. 1 aprile 1999, n. 91, recante le disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, che prevedeva l'espianto degli organi in difetto di diversa previsione; l. 2 dicembre 1975, n. 644; d.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito con modificazioni con la l. 9 agosto 2013, n. 98 rubricato *Disposizioni in materia di trapianti*, che ha reintegrato la regola del consenso propedeutica alla esecuzione dell'espianto e del trapianto successivo; d.m. 22 agosto 1994, n. 582, Regolamento recante le modalità di accertamento e la certificazione di morte; l. 6 marzo 2001, n. 52, recante le disposizioni sulla donazione del midollo ed integrante le disposizioni normative in materia di prelievo di cellule staminali, midollari e periferiche; l. 21 ottobre 2005 n. 219, recante la nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati (art. 4); l. 12 agosto 1993, n. 301, sull'innesto della cornea; l. 16 dicembre 1999, n. 483, sui trattamenti per il trapianto parziale di fegato, tuttavia la disciplina si compone di soli due articoli e rinvia alle norme sul trapianto del rene; l. 26 giugno 1967, n. 458, contenente la disciplina sul trapianto del rene tra persone viventi; l. 19 settembre 2012 n. 2012 in materia di trapianto di polmoni, pancreas e intestino (art. 1); D.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, in materia di donazione di tessuti e organi ai fini di trapianto, attuativo della Dir. 2004/23/CE, da cui promana la disciplina comunitaria della donazione e del trattamento dei tessuti e delle cellule umani.
- 29 L. 19 febbraio 2004, n. 40, in particolare art. 6 e ss. Sul punto, si vedano SALVATORE B.: *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, ESI, Napoli, 2012, p. 25; BIANCA M.: *Il best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021; BIANCA M.: "Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni", *Dir. fam. pers.*, 2015, I, p. 186 ss.; SALANITRO, U.: *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Art. 1-18*, in AA.VV.: *Commentario del codice civile. Della famiglia* (coordinated by E. GABRIELLI), Utet, Torino, 2010, p. 1752. Sulla rilevanza del consenso si segnala anche l'interessante riflessione di GRASSO, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 99 ss.
- 30 L. n. 164/1982. Sul punto, si veda POSTERARO, N.: *Il diritto*, cit., p. 47 ss.
- 31 L. 1° giugno 1990, n. 135. L'art. 5, comma 3, l. n. 135/90 - secondo cui nessuno può essere sottoposto al test anti HIV senza il suo consenso, se non per motivi di necessità clinica, nel suo interesse - deve essere interpretato alla luce dell'art. 32, 2 comma, cost., nel senso che, anche nei casi di necessità clinica, il paziente deve essere informato del trattamento a cui lo si vuole sottoporre, ed ha il diritto di dare o di negare il suo consenso, in tutti i casi in cui sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente. Dal consenso si potrebbe prescindere solo nei casi di obiettiva e indifferibile urgenza del trattamento sanitario, o per specifiche esigenze di interesse pubblico (rischi di contagio per i terzi, od altro). Sempre secondo il dettato dell'art. 5, 1 comma, l. n. 135/1990, è onere del personale sanitario dimostrare di avere adottato tutte le misure occorrenti allo scopo di garantire il diritto del paziente alla riservatezza e di evitare che i dati relativi all'esito del test ed alle condizioni di salute del paziente medesimo possano pervenire a conoscenza dei terzi.
- 32 d.l. 17 marzo 1995, n. 230, Attuazione delle direttive 89/618/Euratom, 90/641/EURATOM, 92/3/EURATOM e 96/29/EURATOM in materia di radiazioni ionizzanti; d.l. 187/2000, Attuazione della direttiva 97/43/EURATOM in materia di protezione sanitaria delle persone contro i pericoli delle radiazioni ionizzanti connesse ad esposizioni mediche.

inadempimento informativo o di trattamento sanitario arbitrario possono, dunque, determinare diverse conseguenze.

La giurisprudenza ha sintetizzato efficacemente i diversi danni evento configurabili e, conseguentemente, lo spazio per l'accertamento dei danni conseguenza. In accordo con l'orientamento interpretativo maggioritario possono essere cagionati un danno alla salute e un danno all'autodeterminazione, quando ricorre una omessa o una insufficiente informazione su un trattamento cui il paziente si sarebbe sottoposto comunque alle medesime condizioni. Può, poi, riscontrarsi un danno alla salute derivante da omessa o insufficiente informazione sul trattamento, cui non si sarebbe sottoposto nelle medesime condizioni. Parimenti, si possono configurare un danno alla salute e un danno all'autodeterminazione da condotta non colposa del medico e da inadempimento informativo. Infine, può verificarsi un danno all'autodeterminazione derivante da omissione o inadeguatezza diagnostica, che ha impedito al paziente di optare per un rinvio della procedura o per l'esecuzione di trattamenti o di esami diagnostici specialistici e più attendibili.

L'omessa oppure l'inadeguata esecuzione della prestazione di informazione è idonea a incidere anche solo sul bene della libertà individuale nelle cure e può così generare pregiudizi risarcibili in capo alla persona del paziente, pure in difetto di una lesione alla salute.

Le diverse fattispecie dispongono di diversi livelli di complessità, non solo in punto di accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità³³, ma pure per quanto concerne la quantificazione delle conseguenze risarcibili al paziente, tanto creditore quanto danneggiato.

Quando la condotta del medico e l'inadempimento della struttura ospedaliera sono in grado di produrre una lesione del bene della salute e, conseguentemente, pregiudizi di carattere dinamico relazionali e morali, si ricorre solitamente alle tabelle disponibili, volte alla standardizzazione della liquidazione dei pregiudizi da med-mal. In tal caso, si può riscontrare pure la contestuale lesione del bene dell'autodeterminazione terapeutica: a fronte di questa diversa potenzialità lesiva delle condotte, cionondimeno le conseguenze pregiudizievoli possono essere calcolate più agevolmente dal giudice chiamato alla liquidazione del danno, attraverso il procedimento di personalizzazione³⁴ del danno non patrimoniale, muovendo dal quantum commisurato per il primo tipo di pregiudizio.

33 Sul punto, si consenta il rinvio a PERRINO, S.P.: "La responsabilità da inadempimento informativo terapeutico", *Resp. civ. prev.*, 2023, num. 4°, p. 1344-1362.

34 SALVI, C.: "Diritto postmoderno o regressione premoderna?", *Eur. dir. priv.*, num. 3, 2018, p. 865-882, in particolare p. 874; ZIVIZ, D.: "Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)", *Resp. civ. prev.*, num. 4, 2017, p. 1123-1137, in particolare p. 1136; MONATERI, P.G.-BONA, M.: voce *Danno alla persona*, *Dig. Disc. Priv.*, I agg., Torino, 1997, p. 654-667; TRAVAGLIO,

Diverse considerazioni valgono, invece, per il caso in cui la prestazione medica e l'esecuzione del contratto di ospedalità non determinino alcuna aggressione per il bene salute. Questo è il caso in cui l'omissione o l'inadeguatezza informativa del medico e, conseguentemente, della struttura ospedaliera risultino avere generato una compromissione della libertà di determinazione delle cure. In questa fattispecie, a differenza di quelle prima schematizzate, le tabelle dedicate al c.d. danno biologico non risultano idonee a orientare il giudice. In particolare, e come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo, in un simile caso il giudice non avrebbe alcuna conseguenza patologica per l'individuazione dei punti di invalidità temporanea o permanente, non riscontrandosi postumi, deficit, lassità, sindromi, rigidità, disturbi, perdite, anchilosi, instabilità, esiti di trauma e dolori. In difetto di questo primo passaggio del procedimento di calcolo, al giudice è preclusa pure la quantificazione del danno esistenziale e morale così come la personalizzazione del danno non patrimoniale³⁵, per risarcire in modo pieno³⁶ ed effettivo, tenuto conto delle conseguenze della distorsione informativa. Le conseguenze pregiudizievoli non mancano però: si frustra la possibilità per il paziente di "battersi" consapevolmente per un possibile esito più favorevole della malattia o della sua evoluzione, si impedisce al soggetto di predisporre e organizzare, materialmente e spiritualmente, il proprio tempo residuo³⁷. Si dovrebbe allora, nei casi di c.d. informed consent tort³⁸, ricorrere al criterio equitativo puro³⁹ oppure alle tabelle giudiziali. Tuttavia, il criterio equitativo puro finirebbe per condurre a quantificazioni difformi sul territorio nazionale⁴⁰. Similmente, il ricorso alle tabelle in uso nei tribunali nazionali in astratto previene gli esiti appena citati, tuttavia in concreto questi strumenti non sempre assicurano la conformità dei criteri adottati: difatti, non tutte le tabelle dispongono di uno studio e, conseguentemente, di parametri elaborati per orientare la quantificazione dei danni all'autodeterminazione nelle cure. Inoltre, la loro applicazione per i soli casi in cui si configura esclusivamente un danno da inadempimento informativo e non anche per le fattispecie che si accompagnano al danno alla salute, determinerebbe un irragionevole trattamento diseguale dei pazienti. Si rischia, in effetti, di attribuire un risarcimento pieno in caso di condotta

G.P.: "Responsabilità civile - L'errore senza colpa e il danno psichico", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 2, 2023, p. 268. In giurisprudenza, Cass. civ., Sez. III, 18 febbraio 1993, n. 2008, *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 792.

35 Evidenzia la questione con riferimento al danno psichico, TRAVAGLINO, G.P.: "Responsabilità civile", cit., p. 268 ss.

36 Corte giust., 23 gennaio 2014, c-371/2012.

37 Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in *Nuova giur. civ. comm.*, num. 2, 2020, p. 305.

38 SCHUCK, P.H.: "Rethinking Informed Consent", *Yale Law Journal*, num. 103, 1994, p. 899 ss.

39 Discute di giustizia in luogo di equità, PATTI, S.: "Danno non patrimoniale e valutazione equitativa", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, num. 4, 2022, p. 1029-1046.

40 Come è noto, sin dalla pronuncia c.d. Amatucci si ricorre ai criteri medico-legali riversati dai tribunali nazionali nelle tabelle giudiziali su tutto il territorio italiano per perseguire obiettivi di giustizia sostanziale orizzontale: Cass. civ., sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408, in *Nuova giur. civ. comm.*, num. 11, 2011, p. 1058.

mono-lesiva e, paradossalmente, di corrispondere un risarcimento parziale per i pazienti attinti da un inadempimento pluri-offensivo⁴¹.

Per le ragioni appena evidenziate, si rende necessario comprendere quali tabelle giudiziali considerano il danno all'autodeterminazione terapeutica, quali tabelle trovano applicazione per le conseguenze derivanti dalla medical malpractice e, successivamente, verificare se queste ultime possano trovare applicazione anche per la quantificazione delle conseguenze dell'inadempimento informativo oppure il giudice debba fare ricorso alle prime o, ancora una volta, al criterio equitativo puro.

Il tema, che potrebbe apparire prima facie marginale per il giurista moderno, quantomeno rispetto a quella serie cospicua di casi in cui la condotta del medico si configura come pluri-lesiva, è destinato ad assumere crescente rilevanza. Basterà considerare che si va registrando un progressivo aumento delle informazioni che il medico è tenuto ad offrire al paziente sia per le recenti innovazioni apportate al sistema dalla disciplina del Fascicolo Sanitario Elettronico 2.0.⁴² sia per la progressiva implementazione di robot e sistemi di intelligenza artificiale nell'esercizio dell'attività medica, che si accompagnano necessariamente ad ulteriori dati e informazioni da estendere al paziente per orientarlo nelle scelte consapevoli sulle proprie cure⁴³.

41 BIONDI, M.: "Obblighi informativi", cit., p. 524.

42 La disciplina del fascicolo sanitario elettronico ha recentemente subito interventi di riforma per conformare l'attività di tenuta del fascicolo all'innovazione tecnologica e alla transizione digitale in atto in Italia e all'estero. È stato difatti introdotto il d.m. 7 settembre 2023, ex art. 12 co. 7, d.l. 179/2012, conv. con modifiche l. 221/2012 recentemente modificato dal d.l. 27 gennaio 2021, n. 4, in G.U. 24 ottobre 2023. La disciplina Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE) 2.0 elenca i contenuti necessari del fascicolo, impone la necessaria tenuta del profilo sanitario sintetico per garantire la continuità di cura per l'inquadramento rapido della condizione anamnestica, pure nel rispetto della riservatezza e del diritto all'oblio di dati del paziente. Si prevede, peraltro, nell'alleanza terapeutica con il paziente una sezione dedicata a quest'ultimo, ossia il taccuino personale dell'assistito, il quale è responsabile dei dati inseriti. Per quanto qui interessa, anche la disciplina impatta sugli obblighi informativi del medico: si prevede all'art. 7 l'obbligo di informativa del paziente sul trattamento dei dati personali immessi nel FSE. Sul punto, si vedano POSTERARO, N.: "Sanità digitale, Fascicolo Sanitario Elettronico e PNRR", *Sanità pubblica e privata*, num. 2, 2023, p. 7-23; CORSO, S.: "Il Fascicolo Sanitario Elettronico 2.0. Spunti per una lettura critica", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 1, 2024, p. 334 ss.; RAPISARDA, I.: "Appunti sul fascicolo sanitario elettronico 2.0", *Resp. medica*, 2024, num. 1°, p. 57-58.

43 Sulle tecnologie impiegate in ambito diagnostico e terapeutico, si rinvia a FACCIOLI, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 3, 2023, p. 732 ss.; GRASSO, A.G.: "Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica", *Riv. dir. civ.*, num. 2, 2023, p. 334 ss.; COMANDE, G.: "Tecnologie e metamorfosi del danno e della responsabilità sanitaria", *Danno resp.*, num. 2, 2024, p. 153-160; DI ROSA, G.: *I robot medici*, in AA.VV.: "Smart – La persona e l'infosfera" (coordinated by U. SALANITRO), Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 115 ss.; DATTERI, E.: "Danni senza anomalie: questioni di responsabilità nella robotica medica", *Inf. dir.*, 2010, p. 59 ss.; SALANITRO, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1246; PERLINGIERI, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecnologia dir.*, 2020, p. 1 ss.; PERLINGIERI, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1235 ss.; COLETTI, E.: "Intelligenza artificiale e attività sanitaria. Profili giuridici dell'utilizzo della robotica in medicina", *Riv. dir. eco. trasp. amb.*, 2021, p. 201 ss.; DI CIOMMO, E.: *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, ESI, Napoli, 2003, p. 9; ROTONDO V.: *Responsabilità medica*, cit., p. 173 ss.

III. LE TABELLE PER LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO ALL'AUTODETERMINAZIONE NELLE CURE.

La violazione dell'autodeterminazione terapeutica, lo si è anticipato, può determinare conseguenze risarcibili considerate in via autonoma rispetto al danno alla salute e al conseguente danno dinamico relazionale, c.d. biologico. Dunque, occorre comprendere se pure la liquidazione del danno si caratterizza o, in determinate circostanze, può caratterizzarsi per la medesima indipendenza. Tuttavia, anche con riferimento a tale aspetto si è registrata una evoluzione nel corso del tempo e se ne deve tenere conto per comprendere le criticità attualmente riscontrabili. Per questo, occorre brevemente illustrare le tappe di questo sviluppo.

In un primo momento, caratterizzato dall'incapacità di mettere a fuoco un bene giuridico autonomo dal diritto alla salute, la giurisprudenza concludeva per l'irrisarcibilità delle conseguenze non contestualmente incidenti anche sull'integrità psico-fisica⁴⁴.

Avviatosi l'orientamento volto a configurare un nuovo bene giuridico, ad ogni modo si escludeva la risarcibilità delle conseguenze pregiudizievoli in via autonoma. Il danno conseguenza risultava considerato ontologicamente trascurabile o comunque di entità economica non apprezzabile⁴⁵.

Successivamente⁴⁶, si è proposta una ricostruzione "a contrario"⁴⁷: il danno alla salute è stato usato come un parametro per il danno da consenso invalido perché disinformato⁴⁸. La quantificazione avveniva in misura pari al danno alla salute oppure attraverso l'eventuale "incremento per sofferenza" del risarcimento dovuto, per evitare il risarcimento di un danno *in re ipsa*⁴⁹. Sicché il danno non patrimoniale per il trattamento sanitario arbitrario subito risultava risarcito ma liquidato tenuto conto della somma prevista per risarcire il danno biologico. Tuttavia, anche questa nuova modalità (*rectius*: espediente) di calcolo è andata incontro ad alcune considerazioni critiche: perché sia possibile procedere alla personalizzazione del danno dinamico relazionale occorreva precedentemente individuare i punti di invalidità. Dunque, solo se riscontrato un danno alla salute risultava così risarcibile la lesione al dritto all'autodeterminazione, che, come si è

44 Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, c. 1395.

45 FOGLIA, M.: *Responsabilità medica e risarcimento*, in AA.VV., "Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»", (coordinated by BARBIERATO D.), Jovene, Napoli, 2013, p. 200; FOGLIA, M.: *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

46 Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 751.

47 PUCELLA, R.: *L'illiceità dell'atto medico tra lesione della salute e violazione del consenso*, in AA.VV.: *La responsabilità in medicina. Trattato di Biodiritto*, (coordinate by BELVEDERE, A.- RIODATO S.), Giuffrè, Milano, 2011, p. 171.

48 POSTERARO, N.: *Danni da responsabilità*, cit., p. 881.

49 Cass., sez. III, 8 maggio 2015, n. 9331, in *Ragiusan*, 2016, p. 158; Cass., n. 14638/2004, cit.

detto, può pure riscontrarsi in difetto di una lesione nel corpo e nella mente del paziente sottoposto al trattamento.

Si è giunti, poi, ad affermare l'autonomo "spazio risarcitorio"⁵⁰ al diritto all'autodeterminazione, la produzione di danni patrimoniali e non patrimoniali dall'intervento arbitrario, tra cui un danno morale soggettivo, suscettibile di liquidazione attraverso il criterio equitativo puro⁵¹. Per la sua liquidazione occorre considerare l'intensità della lesione, la gravità dei pregiudizi dinamico-relazionali e la sofferenza interiore provocata in capo al paziente⁵². Anche il criterio equitativo puro, tuttavia, ha presentato criticità. Talvolta, i giudici chiamati ad esercitare il proprio potere hanno quantificato il danno in misura pari a 1.000 euro, talaltra, hanno considerato anche l'età del paziente, l'importanza del tipo di prestazione sanitaria, nonché le carenze informative riscontrate e, per questa via, si è pervenuti a cifre più elevate⁵³ fino a 10.000 euro⁵⁴.

Le citate criticità rilevate sul criterio equitativo puro, in frizione con il principio costituzionale di uguaglianza⁵⁵, hanno reso dunque necessaria l'adozione di specifici criteri per calibrare la giustizia del caso concreto. Allo scopo, sono state predisposte alcune tabelle giudiziali, come le c.d. Tabelle di Verona e Tabelle di Milano, che spiccano, tra quelle diffuse sul territorio nazionale, per essersi dedicate specificamente al danno da intervento arbitrario. A tali tabelle si sono già conformati numerosi giudici di merito nei casi di trattamenti sanitari arbitrari⁵⁶ e danni provocati nelle controversie concernenti la c.d. nascita indesiderata⁵⁷.

I. Le tabelle giudiziali.

Come è noto, la registrazione e l'analisi delle decisioni adottate dai tribunali conduce frequentemente alla elaborazione, talvolta, di tabelle in uso nei tribunali italiani, idonee a guidare l'esercizio della giustizia del caso concreto, ossia la concreta applicazione del criterio equitativo puro. In questo modo, si persegue l'obiettivo di conformare⁵⁸ le decisioni adottate dai giudici nel corso del tempo e, così, evitare trattamenti deteriori o locupletazioni in casi caratterizzati dalle

⁵⁰ Cass., n. 2847/2010, cit.

⁵¹ Trib. Milano, 19 marzo 2014, *De Jure*; Trib. Milano, 4 novembre 2014, *ibidem*; Trib. Trento, 2 novembre 2015, *ibidem*; Trib. Pisa, 30 ottobre 2015, *ibidem*.

⁵² Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, *Foro it.*, 2018, VI, c. 2038.

⁵³ FEDELI, R.: "Quantificazione del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione nelle cure mediche", *Ridare.it*, 31 luglio 2017.

⁵⁴ Trib. Terni, 30 giugno 2022, *Leggi d'Italia*.

⁵⁵ SALVI, C.: *Diritto postmoderno*, cit., p. 875.

⁵⁶ Trib. Bologna, sez. III, 10 marzo 2023, banca dati *De Jure*; Trib. Crotone, 29 agosto 2022, *ibidem*; Trib. Palermo, sez. III, 26 ottobre 2022, banca dati *ONE Legale*.

⁵⁷ App. Catania, 3 febbraio 2022, banca dati *De Jure*.

⁵⁸ Questa finalità che caratterizza le tabelle è stata ascrivita dalla nota pronuncia Dell'Andro, cfr. Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184.

medesime circostanze. Resta, in ogni caso, ferma la possibilità di prevedere spazi di personalizzazione del quantum debeatur, ogniquale volta le circostanze del caso concreto presentano profili di anomalia e abnormità rispetto alle fattispecie ordinarie, registrate e raccolte per l'individuazione del criterio standard applicabile in via generale.

Quanto precede è accaduto per il danno dinamico relazionale derivante dalla *medical malpractice*, quantomeno fino ad alcuni recenti sviluppi⁵⁹, oppure per i danni per la perdita del rapporto parentale⁶⁰.

Recentemente, conseguita l'indipendenza per il danno all'autodeterminazione terapeutica, il procedimento di standardizzazione⁶¹ delle modalità di liquidazione mediante criterio equitativo puro ha interessato anche le conseguenze del trattamento sanitario arbitrario. Tuttavia, vista la recente affermazione dell'autonomia delle conseguenze, solo alcuni tribunali hanno provveduto con l'elaborazione di parametri in materia: tra questi si annoverano il Tribunale di Verona e il Tribunale di Milano.

All'esito della ricognizione dei precedenti relativi agli altri diritti espressivi della dignità della persona, come il diritto all'identità personale e il diritto alla riservatezza, l'Osservatorio di Verona ha individuato un unico cluster per tutti i casi di inadempimento informativo e ha previsto un range di valore tra i 1.000 euro e i 50.000 euro per la quantificazione del danno non patrimoniale. Cionondimeno, considerata questa fascia di valore, il giudice deve preliminarmente considerare il pregiudizio arrecato al diritto alla salute e successivamente calcolare in via percentuale il danno all'autodeterminazione, da un quinto alla metà alla somma prevista per il primo.

Nonostante l'individuazione di un cluster di riferimento e del range di quantificazione in via standardizzata, alla stregua pure di altri diritti della personalità diversi dal bene salute, il metodo sembra non emanciparsi dal danno biologico. In difetto di quest'ultimo, come può pure accadere secondo le indicazioni della giurisprudenza di legittimità e di merito, non sembra residuare spazio per la determinazione di un pregiudizio. Pure considerando il limite minimo di 1.000 euro e il limite massimo di 50.000 euro, lo spazio entro cui si esplica la discrezionalità

⁵⁹ *Infra* § 3.

⁶⁰ *Ex multis*, FRANZONI, M.: "La responsabilità civile in un codice europeo?", *Contr. imp.*, num. 2, 2023, p. 400-401; PONZANELLI, G.: "Danno da relazione parentale: tabelle giudiziali, ruolo della Cassazione e uniformità", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 2, 2023, p. 102 ss.; PONZANELLI, G.: "La Terza Sezione della Cassazione e la responsabilità civile", *Danno resp.*, num. 1, 2024, p. 5 ss.; PARDOLESI, R.-SIMONE, R.: "Guerre tabellari: Milano colpisce ancora", *Danno resp.*, 2022, p. 536 ss.

⁶¹ Discute di sintesi statistica dei casi determinata da una valutazione *ex ante*, PONZANELLI, G.: "Il nuovo statuto del danno alla persona è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 2, 2019, p. 277-278.

del giudice non pare sufficientemente in grado di orientare e conformare i casi di trattamento sanitario arbitrario.

Diverse considerazioni riguardano, invece, le c.d. tabelle milanesi.

L'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano ha proposto, a sua volta, differenti criteri di liquidazione, così da recidere l'intersezione tra danno alla salute e danno all'autodeterminazione, oltre che garantire la prevedibilità e la certezza delle decisioni. Sono state analizzate 200 sentenze italiane in materia, con riferimento al triennio 2018-2021, e il risultato si condensa nel capitolo dedicato alla liquidazione del danno da inadempimento informativo, incluso nelle nuove tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale⁶².

Le tabelle c.d. milanesi prevedono espressamente due sotto-categorie descrittive di danno non patrimoniale da omissione o inadeguatezza informativa: il danno biologico dinamico relazionale, da un lato, e, dall'altro, il danno da sofferenza soggettiva interiore; il valore di ciascuno è stato scorporato e indicato separatamente. Sono stati poi individuati quattro gruppi, differenziati per gravità del pregiudizio patito dalla vittima dell'inadempimento informativo: il danno di lieve, di media, di grave e di eccezionale gravità. Le ricadute dell'inadeguatezza informativa sulla salute rappresentano solo un indice di valutazione del danno conseguenza per i riflessi sulla dimensione morale.

È stata prevista una forbice liquidatoria da 1.000 a 4.000 euro per il danno di lieve entità e per tale si intende il danno cagionato da modeste carenze informative, da un intervento arbitrario ma poco invasivo, senza o con poche alternative trattamentali, con tenue sofferenza e riscontrabile nel caso in cui non si pone la necessità di ricorrere ad altre terapie. Per il danno di media entità si prevede un delta da 4.001 a 9000 euro, a fronte di condizioni in cui non si riscontra la vulnerabilità della vittima, per età e condizioni personali sociali e di salute; questo tipo di danno si riscontra quando vi sono alternative terapeutiche rischiose o poco efficaci e si impone la necessità di ricorrere a trattamenti riparatori. Il danno diviene di grave entità, con una forbice da 9.001 a 20.000 euro, per i casi in cui il trattamento arbitrario si è caratterizzato per la peculiare invasività, la forte carenza informativa a fronte di una condizione di vulnerabilità del paziente, le plurime alternative disponibili, i minori rischi. Infine, è prevista una somma superiore a 20.000 euro per il danno di eccezionale gravità.

62 PARDOLESI, R.-SIMONE, R.: "Le nuove tabelle milanesi e il fascino discreto della para-normatività", *Europa resp.*, 2021, p. 423-432; COLLETTI, E.: "Tabelle di Milano: l'evoluzione paranormativa dei criteri risarcitori tra adeguamenti e nuove prospettive", *Resp. civ. prev.*, num. 4, 2023, p. 1290 ss.; FACCI, G.: "Le Tabelle del Tribunale di Milano del 2021", *Corr. Giur.*, 1 luglio 2021.

Uno speciale trattamento è stato riservato all'inadempimento informativo negli interventi estetici. In tali casi, come si osserverà nel prosieguo, non manca certamente la funzione terapeutica e la rilevanza accordata all'autorizzazione alle cure del paziente. Cionondimeno, si considera in via differente la fattispecie, per la compresenza pure di interessi altri e ulteriori che veicolano il soggetto a sottoporsi a un trattamento di questa natura. E, dunque, l'Osservatorio ha dedicato una sezione separata al danno patito dal paziente all'esito del trattamento estetico: il risarcimento prescinde dai citati cluster e, in caso di inadempimento informativo, si attesta su una somma media di circa 6.000 euro. Dunque, nonostante l'identità dell'obbligo e della funzione assolta dall'adempimento informativo del medico in ogni tipo di diagnosi, intervento e terapia e benché si neghi pure in tale tipo di consenso informato un contenuto conformativo in luogo del più tradizionale autorizzativo, la tabella pare considerare pressoché di lieve entità le conseguenze della violazione dell'obbligo informativo nei casi di trattamento estetico.

Una simile impostazione meriterebbe, però, una revisione critica. Difatti, la salute e l'autodeterminazione, lo si è detto in precedenza, sono beni giuridici che hanno subito una progressiva messa a fuoco da parte dei formanti. Nel tempo, è mutato il concetto di malattia, il ruolo del medico, la posizione del paziente e, soprattutto, la nozione di salute. Conseguentemente, è variato lo spazio di esercizio della libertà nelle cure. Se la salute, allora, è intesa come condizione di benessere fisico e psichico, inclusiva non solo della integrità del corpo ma pure della dimensione di benessere complessivo mentale, allora si deve considerare come la medicina estetica non risulti funzionale al perseguimento di scopi e interessi effimeri⁶³. Al contrario, è oramai acclarata la sua funzione servente rispetto alla salute psichica dell'individuo. E, allora, la funzione è terapeutica anche nella medicina estetica: sussiste una stretta connessione tra il trattamento e la salute dell'individuo; conseguentemente, la tutela dell'autodeterminazione soggiace ai medesimi obblighi informativi; così l'eventuale inadempimento può

63 BILANCETTI, M.: "La responsabilità del chirurgo estetico", *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 519. Cfr. Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394. Sulla distinzione si vedano pure, PLICHI, V.-FOCARDI, M.-NORELLI, G.A.: "Deontologia ed etica in chirurgia plastica: una analisi comparativa", *Riv. it. med. leg.*, num. 6, 2010, p. 903 ss.; BARALE, A., op. cit., p. 1366. In senso opposto, si vedano TRONCONE F.: *Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica*, *Giust., civ.*, 2011, num. 4°, p. 191 ss.; MASSIMELLI, M.-BO, M.-GHIARDI, M.-TAPPERO, P.: "Terapia chirurgica dell'obesità e dintorni: considerazioni medico-legali con particolare riferimento all'ambito assicurativo privato", *Riv. it. med. legale*, 2008, num. 2°, p. 429; PAPI, L.: "La responsabilità medica per difetto di consenso alla luce degli ultimi orientamenti della Cassazione civile: verso un riequilibrio del sistema?", in *Riv. it. med. legale*, 2011, num. 3°, p. 690 ss.; IVONE, V.: *Informazione, consenso ed errore nella medicina estetica: il labile confine tra apparenza e infelicità*, *Riv. it. med. legale*, num. 2, 2016, p. 605. In giurisprudenza, in questo senso Trib. Roma, sez. II, 18 ottobre 2010, n. 3118, banca dati *De Jure*; Trib. Palermo, sez. III, 06 giugno, 2019, n. 2821, ivi: "quando ad un intervento di chirurgia estetica segua un inestetismo più grave di quello che si mirava ad eliminare o attenuare, la responsabilità del medico per il danno derivatone è conseguente all'accertamento che il paziente non sia stato adeguatamente informato di tale possibile esito, ancorché l'intervento risulti correttamente eseguito. Infatti, con la chirurgia estetica, il paziente insegue un risultato non declinabile in termini di tutela della salute, ciò che fa presumere come il consenso all'intervento non sarebbe stato prestato se egli fosse stato compiutamente informato dei relativi rischi, senza che sia necessario accertare quali sarebbero state le sue concrete determinazioni in presenza della dovuta informazione".

procurare pregiudizi in capo alla persona e tali conseguenze non possono essere considerate in astratto trascurabili o, comunque, sempre automaticamente di lieve entità rispetto a quelle derivanti da un trattamento terapeutico di altro genere⁶⁴.

Più recentemente, il citato Osservatorio ha elaborato nuove tabelle per l'anno 2024⁶⁵: le conseguenze della lesione del diritto all'autodeterminazione continuano ad essere considerate in via autonoma, ma sono stati considerati i nuovi indici ISTAT, l'orientamento giurisprudenziale inaugurato dal Progetto sanità del 2019 e ampliato il bacino di pronunce considerate per realizzare la sintesi statistica, emesse da numerosi tribunali italiani⁶⁶. Per questo, sono state previste nuove soglie minime e massime per la liquidazione. Come rilevato dall'analisi, nel 96,36% dei casi è stato liquidato il danno derivante dal trattamento arbitrario in via autonoma rispetto al danno alla salute.

2. Le tabelle RCA.

Le tabelle giudiziali appena esaminate trovano applicazione fintanto che non sussiste un referente normativo specifico in luogo del generale criterio equitativo puro e, conseguentemente, della standardizzazione della giustizia del caso concreto, realizzata con funzione di supplenza dagli osservatori della giustizia civile presso i tribunali nazionali. In presenza di una tabella o di più tabelle nazionali, elaborate dal legislatore italiano o in attuazione del dettato normativo, i criteri di matrice giudiziale appaiono recessivi e cedono il passo ai parametri che costituiscono esercizio della discrezionalità legislativa.

Il legislatore italiano ha esercitato la propria discrezionalità sul punto con l'elaborazione di alcune tabelle applicabili ai pregiudizi che conseguono da determinate attività e prestazioni. Infatti, sono state elaborate o sono in corso di elaborazione alcune tabelle nazionali con riferimento alle conseguenze derivanti dai sinistri stradali così come per i pregiudizi causati dalla responsabilità medica.

Secondo gli artt. 138 e 139 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, ossia del Codice delle assicurazioni private (di seguito, cod. ass.), l'adozione di tabelle nazionali garantisce il diritto delle vittime dei sinistri ad un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e consente di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori.

⁶⁴ *Infra* § 5.

⁶⁵ SPERA, D.: "Le nuove tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale", *Dir. giust.*, 7 giugno 2024.

⁶⁶ Sono state analizzate le pronunce dei tribunali di Tribunali di Alessandria, Ancona, Arezzo, Ascoli Piceno, Avellino, Bari, Biella, Bologna, Busto Arsizio, Caltanissetta, Campobasso, Catania, Como, Crotone, Firenze, Lecco, Livorno, Lucca, Macerata, Milano, Modena, Monza, Napoli, Palermo, Paola, Pavia, Pescara, Pisa, Reggio Calabria, Reggio Emilia, Rimini, Roma, Savona, Sciacca, Siena, Teramo, Torre Annunziata, Trento, Treviso e Trieste, e 5 dalla Corti d'Appello di Milano, Palermo, Roma e Venezia.

L'art. 3 co. 3 legge Gelli Bianco, l.n. 24 del 2017, poi, prevede che la commisurazione del danno da responsabilità medica venga realizzata dal giudice in considerazione delle tabelle di cui ai menzionati artt. 138-139 cod. ass.⁶⁷. Dunque, se la conseguenza origina da una *medical malpractice*, i danni devono essere quantificati alla stregua delle tabelle previste dal Codice delle Assicurazioni private.

Il procedimento di attuazione di tali previsioni, cionondimeno, si è rivelato complesso⁶⁸. Infatti, nel 2003⁶⁹, è stata adottata la tabella nazionale per le micro-lesioni. Allo stato, invece, difetta ancora una tabella nazionale per le macro-lesioni. Dopo ben diciotto anni dalla entrata in vigore della disciplina, la tabella che risulta la più importante nell'economia del sistema, ossia quella relativa alle macro-lesioni, non è stata ancora approvata e, dunque, adottata.

Su entrambi i versanti, però, è dato riscontrare una qualche evoluzione. Per quanto concerne la tabella relativa alle lesioni micro-permanenti, la giurisprudenza ha affermato la necessità di provvedere al risarcimento pieno pure dei pregiudizi morali e, per questo, le indicazioni giurisprudenziali hanno guidato la riformulazione dell'art. 138 cod. ass.⁷⁰. Recentemente, poi, il Governo⁷¹ ha approvato uno Schema di decreto del Presidente della Repubblica per l'adozione del Regolamento recante la tabella unica del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità tra dieci e cento punti, comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso ai sensi dell'articolo 138, comma 1, lettera b), del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. TUN).

La bozza di decreto mira a superare l'incertezza determinata dall'applicazione delle tabelle romane e milanesi per le c.d. lesioni macro-permanenti, di cui all'art. 138 del Codice delle assicurazioni, in difetto di una tabella nazionale unica (T.U.N.). La tabella trova applicazione ai sinistri stradali e, pure, ai danni conseguenti alle attività degli esercenti la professione sanitaria e delle strutture ospedaliere e sociosanitarie, pubbliche e private, per la violazione dell'art. 7 l.n. 24/2017. Lo schema vanta un sistema a punto variabile per la quantificazione del danno biologico, in cui il valore del punto aumenta più che proporzionalmente all'aggravarsi delle lesioni e decresce con l'avanzamento dell'età. Oltre alla previsione di un sistema di

67 SMORTO, G.: voce *Responsabilità medica*, Dig. disc. priv., IV, Torino, 2013, p. 640-672; GELLI, F.-HAZAN, M.-ZORZIT, D.: *Nuova Responsabilità sanitaria e la sua Assicurazione*, Giuffrè, Torino, 2017; PARDOLESI R.-SIMONE R.: "Nuova responsabilità medica", *Foro it.*, 2017, V, c. 161 ss.; PALMIERI, A.-PARDOLESI, R.: "Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria", *Foro it.*, 2017, V, c. 197 ss.; PONZANELLI, G.: *Il nuovo statuto*, cit., p. 283.

68 CANNAVÒ, G.: "Tabelle per la liquidazione del danno di non lieve entità. Tardive, inutili e mortificanti la professionalità medico legale", *Danno resp.*, 2021, 2, p. 180.

69 D.M. 3 luglio 2003, *Tabella delle menomazioni all'integrità psicofisica compresa tra 1 e 9 punti di invalidità*, in G.U., 11 settembre 2003, n. 211.

70 Sul punto, si veda PONZANELLI, G.: *Il nuovo statuto*, cit., p. 277.

71 L'approvazione risale al 16 gennaio 2024, sebbene il termine per l'adozione fosse il 1° maggio 2022.

moltiplicatori biologici e di demoltiplicatori demografici, lo schema consente poi di calcolare in via separata il danno morale con i moltiplicatori per il danno morale: attraverso il calcolo di una componente incrementale, espressa in valori minimi, medi e massimi, si consente di tenere conto delle esigenze di personalizzazione del caso concreto. Sicché occorre che il sinistro o la *medical malpractice* abbiano generato un danno biologico per calcolare la componente morale mediante personalizzazione complessiva della liquidazione, mediante incremento in via percentuale e progressiva per punto.

Nella sua originaria configurazione, lo schema avrebbe dovuto prevedere l'introduzione di una sola tabella per le menomazioni all'integrità fisica non lievi. Tuttavia, questa impostazione è stata disattesa e lo schema reca due distinte tabelle: la prima interessa le menomazioni all'integrità psico-fisica tra i dieci e i cento punti di invalidità; la seconda tabella riguarda, invece, il valore pecuniario da attribuire ai singoli punti di invalidità, ivi compresi i coefficienti di variazione per l'età del danneggiato. Ciascuna prevede, per la sua adozione, un meccanismo di concertazione tra vari ministeri: la prima è proposta dal Ministro della Salute, in concerto con il Ministro delle imprese e del made in Italy, con il Ministro del Lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della Giustizia. Diversamente, la seconda è proposta del Ministro delle imprese e del made in Italy, in concerto con il Ministro della Giustizia, sentito l'IVASS.

Lo schema, tuttavia, non è stato ancora approvato, in difetto del parere obbligatorio del Consiglio di Stato. In specie, il giudice amministrativo ha recentemente sospeso⁷² l'adozione del parere per diverse ragioni inerenti al procedimento di adozione dello schema. In primo luogo, si sospende il parere per un'adeguata rinnovazione dell'attività di concertazione interministeriale. In secondo luogo, si censurano i moltiplicatori (biologico, demografico e per il danno morale), correlati alla percentuale di invalidità: tali meccanismi sono stati determinati, come si legge nella relazione illustrativa della Amministrazione procedente, nel rispetto delle caratteristiche del mercato assicurativo, onde evitare effetti di maggior onere per il settore e per i consumatori. Inoltre, sono stati elaborati alla stregua di una programmatica imposizione di un vincolo dell'ammontare complessivo dei risarcimenti pari all'importo pagabile con riferimento al danno biologico secondo le tabelle milanesi, ossia un ammontare stimato nel 2020. Si tratta di una operazione che, seppure non arbitraria e tecnicamente necessitata, muove dall'uso di dati non adeguati e non aggiornati che emergono dalla nota tecnica dell'IVASS, senza considerare gli ultimi dati disponibili relativamente alla consistenza numerica e alla distribuzione frequenziale dei sinistri e degli eventi dannosi in un congruo e

72 Cons. Stato, sez. cons., 13 febbraio 2024, n. 194, *Danno resp.*, num. 2, 2024, p. 190 ss., con nota di PONZANELLI, G.: "La Tabella Unica Nazionale ex art. 138 Codice delle Assicurazioni: il Consiglio di Stato boccia la bozza di Decreto del Governo".

significativo lasso temporale tanto nel contesto stradale quanto in quelli sanitario e socio-sanitario. Basti solo considerare che, a conferma delle osservazioni del Consiglio di Stato, le tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale considerano le pronunce in materia nel segmento temporale che va dal 2018 al 2021. Sicché si basano su dati più aggiornati di quelli considerati dal Governo per la redazione del TUN e, conseguentemente, prevedono criteri per la determinazione di un risarcimento idonei a compensare in misura superiore il danno patito.

Vi è un'ulteriore obiezione mossa allo schema del Governo: la redazione della tabella unica nazionale avrebbe dovuto seguire due direttrici, ossia la pienezza della tutela dei danneggiati e la sostenibilità del sistema considerata la tenuta del mercato assicurativo e delle istanze dei consumatori. Cionondimeno, il Governo non ha predisposto una tabella unica e, inoltre, non ha considerato prioritaria la prima direttrice rispetto alla seconda. Così procedendo, la prima risulta compromessa dalla eccessiva rilevanza accordata alla seconda, visto che l'ammontare del risarcimento del danno suscettibile di liquidazione con le tabelle contenute nella bozza si attesta su un livello assai inferiore a quello garantito dalle tabelle giudiziali. Il dato è stato evidenziato pure dalle associazioni di consumatori che aveva osservato come il risarcimento previsto per le lesioni macro-permanenti si avvicinasse più ad un indennizzo che a un congruo e pieno risarcimento del danno patito⁷³.

Tali argomentazioni, seppure poste a fondamento di una sospensione, impongono una nuova concertazione e necessariamente l'uso di dati più aggiornati. Ciò richiederà alle Amministrazioni competenti la riattivazione del procedimento amministrativo per la TUN o, per come tratteggiata dal Governo, per le due tabelle relative alle lesioni di non lieve entità, con un ulteriore spostamento in avanti del termine per la loro adozione.

Tra le considerazioni critiche a margine dello schema, però, se ne devono rintracciare altre. Come è stato già osservato dai primi commentatori, la tabella non considera il danno arrecato alle vittime per la violazione della relazione parentale, sicché la liquidazione resta allocata sulle tabelle giudiziali, il cui utilizzo in materia ha generato notevoli oscillazioni in giurisprudenza⁷⁴. Ancora, il TUN prevede il risarcimento del danno biologico e del danno morale: il secondo è liquidato alla stregua di una percentuale del primo entro un range del 30% e il 60%. Nulla quæstio quando la condotta del medico e così pure della struttura risultano pluri-offensive: calcolato il danno dinamico relazionale, i pregiudizi che incidono sulla vita dell'individuo sono già oggetto della standardizzazione e con l'eventuale personalizzazione si può calcolare un danno morale nei limiti delle percentuali

⁷³ PONZANELLI, G.: "La tabella", cit., p. 195.

⁷⁴ PONZANELLI, G.: "La tabella", cit., p. 195.

anzidette. Benché ciò possa determinare una contrazione del risarcimento del danno all'autodeterminazione, tale affermazione non è vera in senso assoluto, ben potendosi superare con la personalizzazione le soglie già analizzate e previste nelle tabelle milanesi. Diverse considerazioni, invece, riguardano il caso in cui la prestazione curativa abbia avuto un esito fausto, ma si sia fondata su una informativa inadeguata e un consenso invalido: in tal caso, lo schema e i suoi parametri non paiono accordare spazi per il risarcimento del danno concretamente subito dal paziente.

Tali tabelle, allora, non valorizzano il trattamento sanitario arbitrario né le conseguenze risarcibili derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica qualora manchi un danno biologico per lesione della salute o per causazione di un danno iatrogeno differenziale o incrementale⁷⁵.

La considerazione appena svolta può condurre l'interprete a chiedersi: dunque, l'inadempimento dell'obbligo informativo del medico e della struttura rientra nello spazio applicativo della legge sulla responsabilità medica? Per risarcire il danno derivante dal trattamento sanitario, occorre seguire il criterio equitativo puro oppure le tabelle giudiziali sempre oppure solo quando le conseguenze non concorrono insieme a quelle derivanti dalla *med-mal*?

IV. IL PROBLEMA QUALIFICATORIO DELLA RESPONSABILITÀ DA INADEMPIMENTO INFORMATIVO.

La soluzione dei quesiti appena posti passa attraverso la qualificazione della prestazione informativa, in primo luogo, e, successivamente, l'individuazione del regime giuridico applicabile.

Sulla qualificazione della prestazione in commento sono state sostenute diverse ricostruzioni: talune ne hanno valorizzato la natura di prestazione di risultato e altre di mezzi. Non sono mancate poi quelle ricostruzioni che hanno negato rilevanza alla distinzione, individuando comportamento e risultato⁷⁶, seppure con

75 Si tratta dell'aggravamento delle condizioni di salute in un paziente, derivante dalla condotta imperita, negligente o imprudente del medico, che si va a sommare a una lesione già procurata alla vittima da parte di soggetti terzi e in precedenza rispetto al trattamento medico in cui è emersa la conseguenza iatrogena. Costituisce una classica ipotesi di concorso di cause, che impone il risarcimento in via solidale del medico e del terzo danneggiante. La fattispecie configura due problemi interpretativi: il primo riguarda la valutazione dell'efficienza eziologica tra la condotta del medico e la conseguenza lesiva; il secondo quesito riguarda la quantificazione del danno biologico allorquando sia stato domandato il solo danno "differenziale" o nel caso di regresso tra condebitori. Sul punto, si veda BENEDETTI, M.-BENEDETTI, A.: "Cause preesistenti e sopravvenute all'evento lesivo nella responsabilità medica", *Merito*, 2017, num. 12°, p. 11; CASSANO, G.-DE GIORGI, M.: "Intervento del medico e pregiudizio alla salute, il tribunale di Milano personalizza il danno iatrogeno", *Vita notarile*, 2014, p. 151; LAGHEZZA, M.: "Danno iatrogeno, danno differenziale e criteri di calcolo: una via d'uscita dalla selva oscura?", *Foro it.*, 2022, I, c. 223.

76 NICOLUSSI, A.: "Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obblighi di risultato e di mezzi", *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 797.

diverse intensità, in ciascun rapporto obbligatorio, rendendo così vana, oltre che dannosa, la distinzione e pure le conseguenze tracciate dalla giurisprudenza con alterne vicende.

In accordo con la prima ricostruzione, si pone, in capo al medico e alla struttura nosocomiale, un obbligo giuridico di risultato⁷⁷ e di prestazione⁷⁸, avente natura legale⁷⁹, a prescindere dall'inquadramento del rapporto tra medico/struttura e paziente entro il paradigma negoziale o meno. Si valorizzano, in questo senso, i numerosi obblighi informativi, declinati, per intensità e contenuti, dalle leggi, oltre che la diversa collocazione topografica della disciplina del consenso informato rispetto alla disciplina della responsabilità del medico. A prescindere dalle competenze tecniche che occorrono al professionista per realizzare la prestazione di cura e per individuare il trattamento più idoneo da consigliare al paziente, la comunicazione delle informazioni necessarie per orientare la scelta del paziente vi è estranea⁸⁰. E, ancora, a prescindere dal risultato della prestazione di cura, il paziente si aspetta e vuole quanto configurato nell'informativa: si deve realizzare l'intervento concordato, si possono configurare i rischi e le complicità spiegate poiché circoscritte nel raggio di prevedibilità, si subiscono gli effetti a cui era stato preparato il malato⁸¹. Il risultato sperato non è la guarigione, bensì quello della riduzione della asimmetria informativa, per l'organizzazione della propria esistenza.

Similmente all'intermediario finanziario⁸², il medico è obbligato dalla legge a mitigare l'asimmetria tra competenze delle parti del rapporto. In caso di distorsione informativa, l'intermediario e il medico non hanno offerto quei dati rilevanti per la controparte e indirizzano la scelta della parte debole del rapporto verso quanto ritenuto unilateralmente più opportuno. In entrambi i casi, si ravvisa un obbligo legale; in entrambi i casi c'è un'asimmetria, che la legge considera e dalla quale il legislatore richiede di riscattare tanto il paziente quanto il risparmiatore; in entrambi

77 Cass. civ., sez. III, 12 giugno 1982, n. 3604; Cass. civ., sez. II, 8 agosto 1985, n. 4394; Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027; Cass. civ., n. 18853/2004, cit.; Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2011, n. 11005. Sul punto, si veda MAUTONE, P.: *Responsabilità sanitaria e risk management*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 530.

78 CASTRONOVO, C.: "Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica", *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 847; PIRAINO, F.: "Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile", *Eur. dir. priv.*, num. 1, 2008, p. 83.

79 GRISI, G.: *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Napoli, 1990, p. 472.

80 SALVATORE B.: *Informazione*, p. 164-165.

81 Sul punto, si veda PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.-FEOLA, M.: *Diritto delle obbligazioni*, ESI, Napoli, 2020, p. 387 ss., in particolare p. 390. L'A. rileva come l'inquadramento della prestazione informativa come obbligazione di risultato caratterizzi non solo l'ordinamento italiano ma pure quello francese.

82 Sono numerose le disposizioni di legge che si sono succedute sull'obbligo di informazione dell'intermediario finanziario: art. 6 l. 2 gennaio 1991, n. 1; art. 17 d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415; art. 23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. TUF); d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, in attuazione della Dir. 2004/39/CE che modifica la Dir. 85/611/CEE. Sul punto, si veda RIMINI, E.: *Le regole di condotta*, in AA.VV.: "Il Testo Unico Finanziario" (dir. per M. Cera-G. Presti), Zanichelli, Bologna, 2020, p. 427 ss.; INZITARI, B.-PICCININI, V.: *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Cedam, Padova, 2008, p. 36 ss. Per un parallelismo tra consulenza medica e finanziaria, si veda GIUSTI, A.: *Il consenso informato oggi e il dovere di informazione per la corretta esecuzione della prestazione nel diritto sanitario e nel diritto del mercato finanziario*, ESI, Napoli, 2023, p. 101 ss.

i casi si individua una diversa prestazione rispetto all'adempimento informativo, quella curativa per il medico e quelle relative al contratto di intermediazione per l'intermediario finanziario.

Si badi, però, è sul piano morfologico-strutturale della prestazione informativa che si scorgono similitudini tra informazione terapeutica e finanziaria. Cionondimeno, non si possono e non si vogliono obliterare le differenze funzionali tra le due prestazioni così come tra le fattispecie suscettibili di osservazione sul piano fenomenico. In ambito finanziario e pure assicurativo, è già sul piano della ingegnerizzazione del prodotto che si delinea la portata del flusso informativo, che deve essere tarato secondo il target market. Se l'informazione e il prodotto stesso risultano inadeguati per il loro destinatario finale, allora, non è ammessa la distribuzione del prodotto, pena la responsabilità della parte forte del rapporto. In ambito medico, invece, i dati e le informazioni vengono erogati e coinvolgono aspetti fondamentali dell'individuo, esulano dall'esercizio dell'autonomia negoziale e sfiorano momenti sensibili e spesso tragici per la vita umana. La prestazione informativa è volta a consentire al paziente di raggiungere la consapevolezza, ma la prestazione curativa successiva mira a presidiare le condizioni di salute dell'individuo. Dunque, frequentemente, il medico non può arrestarsi se il compendio di dati offerto è inadeguato, ma deve eseguire uno sforzo in più per raggiungere l'alleanza con il paziente e riuscire a curarlo, compatibilmente con le decisioni di quest'ultimo.

Sempre ricorrendo al citato parallelismo, nessuno dubita che per l'intermediario finanziario sussista una distinzione tra il momento acquisitivo delle informazioni per la scelta del migliore strumento per il cliente e il momento informativo in senso proprio, entro cui si esplica l'obbligo della parte forte di fornire, in via chiara, esaustiva e trasparente, i dati per orientare la scelta della parte debole. Si fa riferimento alle articolazioni dell'informazione c.d. passiva e dell'informazione c.d. attiva⁸³.

Nell'informazione c.d. passiva, l'intermediario deve raccogliere ogni elemento necessario per ricostruire le caratteristiche del risparmiatore e la sua propensione al rischio. Le domande le pone il primo, le risposte le offre il secondo, ma il flusso di dati proviene dal risparmiatore e arricchisce il panorama conoscitivo del professionista. Nell'informazione c.d. attiva, invece, si offrono dati relativi al prodotto proposto all'investitore, al suo meccanismo di funzionamento e all'idoneità del medesimo a raggiungere il risultato anelato dal risparmiatore⁸⁴. Si devono allora distinguere i piani: l'inesatta individuazione della patologia o la scorretta selezione

⁸³ RIMINI, E.: *Le regole di condotta*, cit., p. 45 ss.

⁸⁴ INZITARI, B.-PICCININI, V.: *L'attività di negoziazione degli strumenti finanziari: violazione degli obblighi di condotta tra nullità virtuale ed inadempimento contrattuale*, *Tutela del risparmio, authorities e governo societario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 249-311, in particolare p. 253.

del trattamento applicabile divergono non poco dall'adempimento dell'obbligo informativo, che muove però da una tempestiva diagnosi e da una corretta scelta del trattamento. Nel primo caso, si pone la necessità di verificare la colpa nella responsabilità professionale, mentre solo nell'ultimo caso, il medico realizza un autentico trattamento arbitrario, poiché cela al paziente le opzioni e pure i dati per pervenire ad una soluzione difforme da quella proposta. E allora è solo nel secondo caso che il medico si comporta al pari di un intermediario finanziario inadempiente, che, pure obbligato dalla legge a mitigare l'asimmetria tra competenze, tace sulle informazioni rilevanti e indirizza la scelta della parte debole verso quanto ritenuto unilateralmente più opportuno. In quest'ultima ipotesi, solo, l'obbligo di informare costituisce un risultato primario e non strumentale.

Si aggiunga che tanto nell'adempimento dell'obbligo informativo del medico quanto per quello dell'intermediario finanziario si impone la sequela del canone di adeguatezza dell'informazione⁸⁵. Dunque, non è sufficiente la mera disclosure, ma occorre una vera e propria investor protection⁸⁶. Non si dubita, poi, che la prestazione sottesa risulti rischiosa e resti tale rispetto al conseguimento dei risultati sperati, senza eliminare il necessario adempimento della prestazione informativa-finanziaria⁸⁷.

Non è mancato poi chi⁸⁸ ha superato la distinzione tra prestazione di cura e prestazione informativa, con inediti risultati. In specie, è stato sostenuto che il consenso informato consentirebbe di trasformare l'obbligazione di mezzi del professionista, parametrata alla diligenza di cui all'art. 1176 co. 2 c.c., in una obbligazione di risultato, atteso che il medico non si impegna a tenere un comportamento soltanto, ma con l'informazione e il consenso del paziente, si impegna con quest'ultimo al conseguimento di un determinato outcome concordato. Sicché informazione preventiva e risultato post-terapeutico devono coincidere. Tuttavia, come è stato osservato⁸⁹, si corre il rischio di trasformare il consenso autorizzativo in un consenso conformativo, in cui si smarrisce l'atto giuridico in senso stretto per intraprendere la via del negozio con funzione autorizzativa e conformativa del rapporto, in cui non è la legge a stabilire gli effetti giuridici dell'atto ma vi concorre la volontà.

85 INZITARI, B.-PICCININI, V.: *La tutela del cliente*, cit., p. 46-47.

86 RIMINI, E.: *Le regole di condotta*, cit., p. 430 ss.

87 LA ROCCA, G.: *Autonomia privata e mercato dei capitali. La nozione civilistica di "strumento finanziario"*, II ed., Giappichelli, Torino, 2009, 286 ss.; INZITARI, B.-PICCININI, V.: *La tutela del cliente*, cit., 12 ss.; TROIANO, V.: *Sistemi di negoziazione. Mercati regolamentati*, in AA.VV.: "Il Testo Unico Finanziario", cit., p. 1007. Sul parallelismo tra informazione e prestazione contrattuale, si vedano pure Trib. Milano, 18 ottobre 2006; Trib. Venezia, 4 maggio 2006; Trib. Catania, 21 ottobre 2005; Trib. Mantova, 14 aprile 2005.

88 NATOLI, R.: "Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation ed esigenze di deterrente", *Danno resp.*, 2000, p. 733-734

89 PIRAINO, F.: "Obbligazioni «di risultato»", cit., n. 88.

Entro una diversa prospettiva⁹⁰, gli obblighi informativi costituiscono parte integrante della prestazione cui è tenuto il medico e posta in capo all'ospedale. L'obbligo costituisce, come specifica la l.n. 24/2017, un momento di cura e gli obblighi informativi sono attuativi ed esecutivi, anche se preliminari, del trattamento terapeutico complessivamente inteso. Quindi, l'assistenza sanitaria, l'appropriatezza organizzativa della clinica e la completezza delle informazioni fornite compongono l'oggetto della prestazione realizzata dal medico e per cui risponde l'A.O. Ne discende che se la prestazione è intesa come obbligazione di mezzi o a risultato intermedio, lo è pure l'adempimento informativo⁹¹. Pur evidenziandosi fasi diverse e strutturalmente distinte nella prestazione terapeutica in senso stretto e nel momento relazionale-informativo, "entrambe divengono oggetto di indagine laddove si tratti di valutare l'adeguatezza della prestazione resa. Dunque, l'erroneità del processo di acquisizione del consenso è espressione indiscussa di negligenza, se imputabile al medico"⁹², quale profilo costitutivo di una prestazione complessa⁹³. Si valorizza, in questo senso, l'impossibilità di eliminare dal rapporto medico-paziente, pure attraverso la corretta comunicazione propedeutica all'intervento, l'asimmetria informativa tra i soggetti.

Una ulteriore impostazione interpretativa ha rintracciato la matrice del dovere di informazione nella buona fede contrattuale, ex artt. 1175, 1337, 1375 c.c.⁹⁴. È stata qui rievocata l'ulteriore articolazione delle obbligazioni di protezione e delle obbligazioni di prestazione⁹⁵. In specie, è stato sostenuto che l'informazione e l'avviso del medico costituiscono doveri accessori ma integrativi dell'obbligo primario di prestazione, ancorati ai principi di buona fede. Si tratterebbe quindi di obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento. La fattispecie di inadempimento informativo-terapeutico costituiva anzi una "tipica ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione dell'obbligo di informazione

90 Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394, *Foro it.*, 1986, I, c. 121 ss.; Cass. civ., 19 settembre 1999, n. 9617, *Danno resp.*, 2000, p. 730. Sulla questione, si veda GREGIGNI FRANCINI, L.: "Danno extracontrattuale "da mancato consenso informato" ed identificazione del sanitario responsabile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, num. 1°, p. 250 ss. Sulla natura dell'obbligazione di mezzi e non di risultato ascritta alla prestazione informativa, si veda TOSCANO G.: *Informazione, consenso*, cit., p. 29 e p. 80-81.

91 PARADISO, M.: "La responsabilità medica dal torto al contratto", *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 343. La responsabilità unitaria è valorizzata da DE MATTEIS, R.: "La responsabilità del medico dipendente: dalla violazione di obblighi di protezione all'inadempimento di un obbligo di protezione", *Contr. impr. Europa*, 2010, p. 81 ss.

92 PUCELLA, R.: *L'illiceità*, cit., p. 200.

93 In questo senso, Trib. Milano, 18 giugno 2003, *Giustizia a Milano*, 2003, p. 51.

94 SCOGNAMIGLIO, C.: "Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale", *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 142; STEFANELLI, S.: *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Roma, 2011, p. 137 ss.; ROTONDO V.: *Responsabilità medica*, cit., p. 147 ss.; BIRKHOFF J.M.: *Informare il paziente psichiatrico sul suo disturbo mentale e sulle cure possibili: dovere o facoltà?*, in AA.VV.: "La responsabilità professionale dello psichiatra" (coord. per U-Fornari-S. Jourdan), Centro Scientifico Editore, Torino, 2006, p. 15 ss. Per una analisi delle diverse impostazioni che valorizzano gli artt. 1337, 1375 e 1175 c.c., si veda BIONDI M.: *Obblighi informativi e responsabilità medica*, cit., p. 523-524.

95 CASTRONOVO C.: "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", *Eur. dir. priv.*, 2009, 3, p. 679 ss.

gravante sul medico nella fase che precede la conclusione del contratto”⁹⁶. Questa impostazione, come è evidente, risente e viene superata dall'evoluzione normativa. Se in un primo momento, non vi erano congegni ordinamentali in grado di imporre al medico la prestazione informativa, per cui occorreva richiamare il canone di buona fede per rintracciarne il fondamento, in un secondo segmento temporale sono intervenute più leggi, che hanno, da un lato, positivizzato l'obbligo e, dall'altro, hanno normato la responsabilità medica lasciando fuori l'inadempimento dell'obbligo di informare, per evitare che ciò determinasse una condizione di stallo in Parlamento.

Tra le varie opzioni, si ritiene, in primo luogo, di dover dare corso a quella riflessione dottrinale che esclude spazi applicativi per una articolazione interna e dicotomica nello statuto giuridico del rapporto obbligatorio, in ragione dell'unità⁹⁷ della disciplina delle obbligazioni e, pure, della disciplina dell'inadempimento “contrattuale”. La distinzione, come è stato rilevato da autorevole dottrina maggioritaria, è artificiosa e inconsistente sul piano dell'impianto e della struttura⁹⁸, oltre che sprovvista di referenti normativi in grado di giustificarne la persistenza nel dibattito giuridico⁹⁹. Si evidenzia, poi, una sovrapposizione poco chiara tra risultato e interesse del creditore¹⁰⁰, oltre che la carenza di precisione laddove la teoria non considera la relatività dei concetti di mezzi e risultato¹⁰¹. Poi, anche laddove si considera rilevante il binomio, si ammette pure che l'articolazione delle obbligazioni di mezzi, a differenza di quelle di risultato, non dispone del grado di tipizzazione raggiunto nelle altre, perché il risultato intermedio o strumentale non consente di individuare a priori la serie teleologica necessaria per circoscrivere¹⁰². Semmai, occorre che il contenuto della prestazione sia dettagliato, mediante l'indicazione delle modalità di adempimento, con tendenziale prospettazione del risultato anelato. Infine, come è stato autorevolmente rilevato, “l'equivoco che aduggia la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è (...) conseguenza della mancata consapevolezza (della) funzione residuale della colpa nella responsabilità del debitore”¹⁰³.

96 SCOGNAMIGLIO, C.: “Responsabilità precontrattuale”, cit. p. 142. In senso critico, TOSCANO G.: *Informazione, consenso*, cit., p. 27.

97 OSTI, G.: “Revisione critica della teoria della impossibilità della prestazione”, *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209 ss.

98 MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*, III ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 354; NATOLI, U.: *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in *Tratt. Dir. civ. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1984, p. 47-53; BIANCA, C.M.: *L'obbligazione. Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 74; BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scaloja-Branca, sub art. 1174* (coord. por F. Galgano), Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 33 ss.; CASTRONOVO, C.: “Profili della responsabilità medica”, *Vita notarile*, 1997, p. 1225 ss.; CASTRONOVO, C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 560 ss.

99 BIGLIAZZI GERI, L.: *Della risoluzione per inadempimento*, II, artt. 1460-1462, in *Comm. Scaloja-Branca*, Zanichelli, Roma, 1988, p. 71.

100 NICOLUSSI, A.: “Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e di mezzi”, *Danno resp.*, num. 8-9, 2008, p. 874.

101 NICOLUSSI, A.: “Il commiato”, cit., p. 800.

102 PIRAINO, F.: “Obbligazioni «di risultato»”, cit., p. 95.

103 NICOLUSSI, A.: “Il commiato”, cit., p. 804.

Si prende atto, tuttavia, che la partizione è ancora in uso alla giurisprudenza, come si apprezza nell'orientamento compatto della Terza sezione, sublimato nel decalogo c.d. Sconditti, per le conseguenze sul piano probatorio. Sicché, a questo esclusivo scopo, non può che avallarsi la teoria che ascrive all'obbligo informativo la natura di obbligazione di risultato e di prestazione, attesa la sua raggiunta autonomia rispetto alla prestazione di cura e il suo indipendente regime giuridico tracciato dalla l.n. 219/2017. Come è stato osservato¹⁰⁴, l'adempimento degli obblighi di informazione e di acquisizione del consenso consapevole da parte del paziente non hanno incidenza sulla prestazione terapeutica. Solo quest'ultima è governata dalle *leges artis*, non anche le prime.

Ricostruita la natura della prestazione e la sua autonomia rispetto a quella curativa¹⁰⁵, si può pervenire al pertinente regime giuridico da applicare in caso di inadempimento: l'inadempimento in esame non soggiace, infatti, al sistema tratteggiato dalla legge Gelli Bianco, ma obbedisce alla l. n. 219/2017, alle leggi di settore e al paradigma codicistico dell'inadempimento contrattuale.

Conseguentemente, per quanto qui rileva ai fini della quantificazione del danno conseguenza, non può farsi applicazione delle tabelle di cui agli artt. 138-139 cod. ass., non potendosi fare applicazione dell'art. 3 co. 3 l.n. 24/2017. La liquidazione del danno deve avvenire, allora, ricorrendo al criterio equitativo puro e, alle tabelle giudiziali che consentono di procedere ad una quantificazione standardizzata del danno non patrimoniale. Tabelle che, in taluni casi e a differenza di quelle di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass., considerano autonomamente le conseguenze dell'inadempimento informativo rispetto a quelle derivanti dalla *medical malpractice*.

V. RISCONTRI: IL DANNO DA TRATTAMENTO ESTETICO.

L'inadeguatezza delle tabelle esaminate deriva e risulta confermato proprio dall'esame di una sottocategoria descrittiva delle conseguenze determinate dal trattamento sanitario arbitrario svolto all'esito di un inadempimento informativo: il pensiero corre, infatti, al danno determinato in occasione di un trattamento estetico.

¹⁰⁴ PIRAINO, F.: "Obbligazioni «di risultato», cit., p. 102. Ciononostante, l'A. sostiene che l'inadempimento dell'obbligo informativo produttivo di un danno all'autodeterminazione non dovrebbe condurre a esigere una tutela risarcitoria, quanto piuttosto la responsabilità penale. L'A. reputa eccessivo configurare una responsabilità da inadempimento in capo al sanitario che abbia omesso di informare il paziente, atteso che ciò finirebbe per esprimere una visione rimediabile pan-risarcitoria. Si stigmatizza, così, l'equazione inadempimento-responsabilità contrattuale.

¹⁰⁵ Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2018, n. 10608, in *Pluris*; Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2018, n. 11749, *ivi*; Cass. civ., sez. III, 26 agosto 2020, n. 17806, *ivi*.

Come è noto, la Corte di Cassazione¹⁰⁶ ha da tempo inaugurato un orientamento interpretativo per il quale una lesione dell'integrità estetica della persona può cagionare sia un danno patrimoniale che un danno non patrimoniale. Nel primo caso, vengono in rilievo le conseguenze che si ripercuotono sulle attività lavorative, già svolte o future, potendo precluderne renderne maggiormente difficoltoso il conseguimento, in ragione dell'età, del sesso e delle circostanze personali del danneggiato. Invece, sul piano dei pregiudizi non patrimoniali, il danno estetico non può essere considerato una voce di danno alla persona autonoma ulteriore rispetto a quello biologico, perché ne costituisce una componente. Se sussistono più lesioni occorre fare applicazione della c.d. formula di Balthazard¹⁰⁷, ovverosia un calcolo riduzionistico che non somma tutte le lesioni ma considera la complessiva incidenza sulla validità del danneggiato con tecnica valutativa a scalare. Cionondimeno, il danno estetico così considerato costituisce una conseguenza della lesione del diritto alla salute e i pregiudizi considerati nella formula dipendono dal medesimo fatto dannoso, ossia dal trattamento chirurgico estetico eseguito scorrettamente. Si tratta, dunque, di un pregiudizio diverso da quello determinato da un eventuale inadempimento informativo, idoneo a provocare una lesione al diverso bene giuridico dell'autodeterminazione nelle cure e, eventualmente, conseguenze pregiudizievoli non patrimoniali ulteriori e diverse da quelle dinamico-relazionali già considerate.

Obbligo informativo e consenso alle terapie variano a seconda del tipo di trattamento, atteso che i contenuti dei due obblighi devono essere sagomati attorno alle specificità della fattispecie. L'accezione della salute ha, infatti, una dimensione diversa da quella ascritta in precedenza e, dunque, ciascun trattamento avrà diversi aspetti, oggetto di rilevanza, nel compendio informativo. Il medico non ha un obbligo più forte o più debole a seconda dei casi, non ha una responsabilità più grave o più lieve a seconda del settore, ma ciò che varia è il perimetro dei dati da fornire e, con esso, pure l'eventuale spazio di rilevanza dell'inadempimento.

In questo senso, si pone l'obbligo informativo e la prestazione medica nel settore della medicina estetica¹⁰⁸. Anzi, è proprio in questo campo che la libertà in ambito terapeutico ha assunto un rilievo autonomo rispetto al diritto alla salute¹⁰⁹. È proprio con riferimento alle vicende relative all'omissione del medico

106 Ex multis, Cass. civ., sez. IV, 9 settembre 2022, n. 26584; Cass. civ., sez. III, 8 luglio 2020, n. 14246; Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27482; Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 1998, n. 4677; Cass. civ., Sez. III, 7 novembre 2014, n. 23778; Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513.

107 MINICANGELI, P.: "Il danno estetico tra personalizzazione del danno biologico e principio riduzionistico", *Danno resp.*, num. I, 2023, p. 77.

108 ROSSETTI, M.: "I doveri di informazione del chirurgo estetico", *Danno resp.*, 2001, p. 719-1169; BARALE, A.: "La responsabilità del chirurgo estetico", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, num. 4, 2005, p. 1359; BIONDI, M.: *Obblighi informativi*, cit., p. 526 ss.

109 BILANCETTI, M.: "La responsabilità", cit., p. 519. L'Autora ricorda al lettore che la più compiuta tra le elaborazioni giurisprudenziali del consenso informato si rintraccia nel caso di un trattamento chirurgico di mastoplastica a favore di una danzatrice esotica, la quale si lamentava dinanzi al giudice delle cicatrici

nei trattamenti, chirurgici e non, di tipo estetico che la giurisprudenza italiana ha avviato la propria riflessione attorno all'inadempimento dell'obbligo di informare il paziente e alla responsabilità per il trattamento arbitrario, anche laddove la prestazione di cura risulta correttamente eseguita dal professionista.

Anche in questo settore, il professionista è chiamato ad integrare un diverso tipo di informazioni da fornire al paziente: si descrivono, con nozioni adeguate alle competenze del destinatario, la natura dell'intervento, le conseguenze, le alternative, i rischi, i costi. Non solo, perché il medico deve pure prospettare la probabilità con cui sarà possibile ottenere un effettivo miglioramento dell'aspetto fisico¹¹⁰, così come sperato dal paziente. È vero che alcuni trattamenti estetici possono essere necessari e utili per il superamento delle condizioni patologiche che affliggono il corpo, ma è altresì corretto considerare anche tutte quelle procedure che il paziente vuole far eseguire, che non sono necessariamente indicate dal medico e che sono invece funzionali all'ottenimento di una certa configurazione del proprio aspetto fisico. Questa seconda categoria risulta prodromica al conseguimento di una condizione di generale benessere psichico e nella vita di relazione dell'individuo. Anche in tale spazio di indagine si rintraccia una funzione terapeutica, così come intesa a valle di quella lunga evoluzione che ha caratterizzato il bene giuridico nella salute, visto che il "trattamento di chirurgia estetica andrebbe a scemare od eliminare un dismorfismo foriero di stati psicoreattivi patologici"¹¹¹.

Quanto precede non vuole ridurre a esigenza voluttuaria¹¹² quella sottesa ai trattamenti estetici, per impedirne l'esecuzione o svilirne la funzione, né si vuole affermare la maggiore ampiezza dell'obbligo informativo in capo al chirurgo estetico. Anzi, si conviene con l'interrogativo che si sono posti alcuni studiosi in dottrina: "[c]ome è possibile sostenere che l'obbligo informativo del chirurgo a cui ci si rivolge per intraprendere un intervento, per esempio, finalizzato al rimodellamento del seno, sia da considerarsi più ampio rispetto a quello a cui è tenuto l'oncologo chiamato ad asportare una grave formazione tumorale?"¹¹³. Semmai si vuole evidenziare il diverso contenuto dell'obbligo informativo a fronte di un trattamento talvolta richiesto dallo stesso paziente, il quale potrebbe essere

evidenti e della asimmetria riscontrata, tale da incidere sulla propria attività professionale. Sul punto, si veda pure STEFANELLI, S.: *Autodeterminazione*, cit., p. 129 ss.

110 Cass. Civ., 8 agosto 1985, n. 4394, *Pluris*: "dovere di informazione, limitato in genere per il terapeuta ai possibili rischi ed effetti delle terapie suggerite o degli interventi chirurgici proposti (...) e gravante invece sul chirurgo estetico in ordine alla conseguibilità di un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente sulla vita professionale e sulla vita di relazione del paziente". Così pure Trib. Roma, 14 febbraio 1995, *Giust. civ.*, 1995, p. 643, secondo cui "Il medico chirurgo è responsabile del risultato peggiorativo di un intervento di chirurgia estetica qualora violi il dovere d'informazione collegato ad una attività preliminare di diagnosi e diretto ad ottenere un consapevole consenso del paziente". In via adesiva, Cass. civ., sez. III, 6 giugno 2014, n. 12830.

111 MASSIMELLI, M.-BO, M.-GHIARDI, M.-TAPPERO, P.: "Terapia chirurgica", cit., p. 429.

112 Sulla accezione della salute e sulle esigenze sottese al trattamento estetico, si veda BILANCETTI, M.: "La responsabilità", cit., p. 511 ss.

113 BARALE, A.: "La responsabilità del chirurgo estetico", cit., p. 1366.

portato a svolgere la procedura, per raggiungere il proprio fine, senza valutare adeguatamente le conseguenze e i rischi della stessa. E, allora, la funzione citata e la tipologia del trattamento finiscono per determinare un differente oggetto dell'obbligo di informazione posto in capo al medico e alla struttura sanitaria. In altri termini, l'esigenza informativa diviene inversamente proporzionale alla necessità tecnica del trattamento per il miglioramento delle condizioni di salute. Difatti, si possono distinguere tre tipi: chirurgia riparativa, ricostruttiva, correttiva¹¹⁴. Le procedure di chirurgia riparativa si sostanziano negli interventi di chirurgia plastica per il ripristino di una condizione somatica antecedente, determinata da una precedente lesione. Le procedure di chirurgia ricostruttiva sono propedeutiche alla correzione di imperfezioni gravi. Infine, si annoverano gli interventi esclusivamente correttivi, ossia per la modifica di imperfezioni lievi¹¹⁵. Sicché nell'ultima categoria si apprezzerà la massima eterogeneità nei contenuti dell'informazione terapeutica¹¹⁶. Oltre a diagnosi, prognosi, trattamenti possibili, modalità di esecuzione della procedura desiderata, organi e funzioni attinti, possibili esiti positivi e negativi, bisogna pure considerare gli eventuali inestetismi residuali e gli esiti cicatriziali, il decorso post-operatorio, l'incidenza sulla vita di relazione rispetto alle aspettative del paziente, il *follow-up* necessario per il conseguimento del risultato concordato e pure la correlazione logico-funzionale tra i diversi trattamenti pianificati per lo scopo. Si sostiene, infatti, che l'informazione deve essere capillare¹¹⁷. Sicché pure a fronte di una corretta esecuzione del trattamento, si può riscontrare una responsabilità per la non coincidenza degli esiti promessi in sede informativa e l'outcome concretamente ottenuto.

Queste differenze hanno una importante ricaduta applicativa. Si può considerare che la varietà di informazioni occorrenti sia idonea ad assumere incidenza sulla valutazione del nesso di causalità. A fronte di un trattamento privo di urgenza e con una minore rilevanza per il miglioramento delle condizioni di salute, l'eventuale configurabilità di esiti negativi e di rischi potrebbe indurre più agevolmente il paziente a non proseguire. Più precisamente, secondo la

114 BARALE, A.: "La responsabilità del chirurgo estetico", cit., p. 1360.

115 Sulla tripartizione, si rinvia a BILANCETTI, M.: *La responsabilità del chirurgo estetico*, cit., p. 519. Cfr. Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394. Sulla distinzione si vedano pure, PULICH, V.-FOCARDI, M.-NORELLI, G.A.: "Deontologia ed etica in chirurgia plastica: una analisi comparativa", *Riv. it. med. legale*, num. 6, 2010, p. 903 ss.

116 BILANCETTI, M.: "La responsabilità", cit., p. 520, il quale obietta come la funzione sia sempre terapeutica e l'ampiezza dell'obbligo informativo non sia in alcun modo incisa. Semmai c'è un limite di fondo nel correttamente intendere la funzione e la natura dell'intervento estetico, come si evidenziava nella giurisprudenza sul punto che descriveva la prestazione sanitaria del chirurgo estetico alla stregua di obbligazione di risultato e non di mezzi. Si sottolinea allora un approccio penalizzante nei confronti della chirurgia estetica rispetto agli altri ambiti della medicina. Così pure BARALE, A.: "La responsabilità del chirurgo estetico", cit., p. 1366. In senso opposto, si vedano TRONCONE, F.: "Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica", *Giust., civ.*, 2011, 4, p. 191 ss.; MASSIMELLI, M.-BO, M.-GHIARDI, M.-TAPPERO, P.: "Terapia chirurgica", cit., p. 429; PAPI, L.: "La responsabilità medica", cit., p. 690 ss.; IVONE, V.: "Informazione, consenso ed errore nella medicina estetica: il labile confine tra apparenza e infelicità", *Riv. it. med. legale*, num. 2, 2016, p. 605. In questo senso Trib. Roma, sez. II, 18 ottobre 2010, n. 3118, banca dati *De Jure*; Trib. Palermo, sez. III, 06 giugno, 2019, n. 2821, ivi.

117 MASSIMELLI, M.-BO, M.-GHIARDI, M.-TAPPERO, P.: "Terapia chirurgica", cit., p. 429.

presunzione giurisprudenziale generale, che serve a valutare l'eziologia tra omessa informazione e danno all'autodeterminazione, si assume che il paziente presti il consenso al trattamento indicato dal medico per il superamento della condizione patologica. Infatti, il soggetto debole del rapporto aderisce solitamente alla proposta terapeutica del professionista, così determinando una presunzione di consenso. Per converso, qui vige o sembrerebbe trovare applicazione una presunzione di dissenso all'intervento¹¹⁸.

Al netto di tale considerazione, che può assumere rilievo sul versante processuale dell'inadempimento, l'omessa o inadeguata informazione del chirurgo estetico ai danni del paziente produce o può produrre una lesione all'autodeterminazione nelle cure funzionali alla tutela della salute psichica dell'individuo. La condizione del paziente, allora, non diverge troppo da quelle in cui versa la vittima di altro inadempimento informativo terapeutico che si sottopone alle cure per il superamento di una condizione patologica nel corpo.

Eppure, se si dovesse fare applicazione delle tabelle per la medical malpractice, della formula di Balthazard e della personalizzazione del danno, difficilmente si potrebbe accedere a un risarcimento del danno per il trattamento estetico eseguito senza valido consenso. Diversamente, se si dovesse fare applicazione delle tabelle milanesi, invece, in ragione della diversa qualificazione della responsabilità da inadempimento informativo, quantomeno un *range* di riferimento sarebbe previsto¹¹⁹. Sicché, per quanto qui interessa, le nuove tabelle nazionali non sembrano considerare, se non in sede di personalizzazione, come proponevano le tabelle veronesi, il danno estetico senza danno biologico. E, allora, una nuova considerazione critica pare sommarsi a quelle già spese dal Consiglio di Stato a margine della TUN: il risarcimento del danno, secondo lo schema previsto dalle nuove tabelle, si attesta ben al di sotto dei criteri previsti dalle tabelle para-normative e per la sua liquidazione si evidenziano notevoli lacune, poiché risultano escluse dallo spazio di applicazione tutte quelle fattispecie in cui manca una lesione nel corpo o nella mente dell'individuo attinto dalla prestazione curativa del medico¹²⁰.

118 MATTINA, L.: "Chirurgia estetica: la cassazione tra consenso informato e "dissenso presunto" del paziente", *Danno resp.*, 2015, p. 246 ss. Sul punto, si veda pure ROSSETTI, M.: "I doveri di informazione del chirurgo estetico", *Danno resp.*, 2001, p. 719-1169. Secondo l'A. "se è configurabile un danno da omessa informazione in virtù dei presupposti teorici sui quali la tesi in esame si fonda, deve concludersi che esso è un danno di per sé, cioè un danno che si aggiunge a quello patrimoniale, a quello morale, e a quello biologico. Ma allora se così è, in caso di omessa informazione il paziente avrà diritto: a) al risarcimento del 'danno da omessa informazione' in ogni caso; b) al risarcimento del danno biologico, patrimoniale e morale soltanto ove se ne accertino i presupposti, primo fra tutti il nesso causale tra la condotta del medico ed il peggioramento dello stato di salute del paziente".

119 Cionondimeno, i parametri offerti dalle tabelle giudiziali risultano ancorati ad una obsoleta considerazione del diritto alla salute e della funzione terapeutica della medicina estetica.

120 TRAVAGLINO, G.P.: "La responsabilità civile", cit., p. 268 ss.

VI. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

La recente messa a fuoco del diritto all'autodeterminazione terapeutica non si è accompagnata ad una considerazione autonoma della prestazione informativa del medico nel rapporto di cura, della responsabilità da inadempimento e delle conseguenze pregiudizievoli che originano dalla distorsione informativa. Quanto precede è confermato dalla scarsità di tabelle giudiziali in grado di valorizzare il danno non patrimoniale che consegue dall'inadempimento informativo terapeutico.

La mancata considerazione del danno all'autodeterminazione nelle cure nelle tabelle sui danni micro-permanenti e nello schema della tabella nazionale per i danni macro-permanenti può avere, tuttavia, due diverse chiavi di lettura.

Si cominci con la prima. Si può attribuire, come si è fatto in passato, una considerazione marginale alla fattispecie di trattamento sanitario arbitrario, nonostante la protezione costituzionale ascritta al bene giuridico. Perpetuando il ruolo ancillare della fattispecie e delle conseguenze che può generare, allora la concertazione citata dovrebbe considerare nel danno non patrimoniale da *med mal* anche le conseguenze da inadempimento informativo. Dunque, i pregiudizi ordinari della distorsione informativa dovrebbero confluire nelle tabelle nazionali alla stregua di quanto previsto dalle tabelle para-normative milanesi sul danno non patrimoniale. Ciò determinerebbe o potrebbe determinare un ulteriore ritardo nella adozione della tabella nazionale per l'uso di dati non precedentemente considerati nella elaborazione dello schema già illustrato. In difetto di una sezione autonoma dedicata al danno da distorsione informativa, le conseguenze dell'intervento arbitrario potrebbero essere valorizzate con la personalizzazione. Tuttavia, la personalizzazione è ammessa a fronte di un riscontrato danno biologico e, inoltre, tale meccanismo, da sé solo, pare troppo debole per la tutela effettiva del diritto all'autodeterminazione terapeutica. Per questa via, le previsioni sugli obblighi di informazione e per la raccolta della determinazione dei pazienti verrebbero ridotte a contenuto programmatico. Vieppiù che, pure volendo ammettere il ricorso a tale stratagemma, per la personalizzazione occorre che sussista una conseguenza anomala e abnorme. Così non è per le conseguenze dell'inadempimento informativo: lo smarrimento, il tradimento, lo stato d'ansia e di paura non sono esiti eccentrici del trattamento sanitario ma costituiscono o possono costituire gli effetti pregiudizievoli di un intervento o una terapia eseguita in via arbitraria.

In definitiva, la prima prospettiva potrà trovare verosimilmente spazi di applicazione, ma per i profili di criticità evidenziati non pare persuasiva e ciò conduce ad esaminare la seconda impostazione.

La lacuna evidenziata nelle pagine precedenti conferma – insieme ai numerosi ulteriori argomenti a sostegno richiamati - l'indirizzo esegetico dell'autonomia della responsabilità da inadempimento dell'obbligo informativo in ambito terapeutico rispetto alla *medical malpractice*. Una volta chiarito lo schema giuridico applicabile alla prestazione e alla responsabilità da distorsione informativa, allora si deve fare riferimento per la liquidazione al criterio equitativo puro oppure, ove previste, alle tabelle giudiziali milanesi. Le tabelle RCA non forniscono alcun parametro dirimente proprio perché le conseguenze di un trattamento arbitrario non coincidono e non possono coincidere con quelle della *medical malpractice*. Conseguentemente, i parametri tabellari para-normativi, alla stregua della sintesi statistica, sono gli unici ad oggi idonei a orientare il giudice nella quantificazione delle conseguenze pregiudizievoli prodotte dall'asimmetria informativa, non solo a Milano ma su tutto il territorio nazionale.

BIBLIOGRAFIA

BARALE, A.: "La responsabilità del chirurgo estetico", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, num. 4, 2005, p. 1359.

BENEDETTI, M.-BENEDETTI, A.: "Cause preesistenti e sopravvenute all'evento lesivo nella responsabilità medica", *Merito*, num. 12, 2017, p. 11.

BIANCA, C.M.: *L'obbligazione. Diritto civile*, Giuffré, Milano, 2019, p. 74.

BIANCA, C.M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scaloja-Branca*, sub art. 1174, 1979, p. 33 ss.

BIANCA, M.: *Il best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021.

BIANCA, M.: "Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni", *Dir. fam. pers.*, num. 1, 2015, p. 186 ss.

BIGLIAZZI GERI, L.: *Della risoluzione per inadempimento*, II, artt. 1460-1462, in *Comm. Scajola-Branca*, Roma, 1988, p. 71.

BILANCETTI, M.: "La responsabilità del chirurgo estetico", *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 519.

BIONDI, M.: "Obblighi informativi e responsabilità medica", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 3, 2022, p. 522-523.

CABGUILHEM, G.: *Sulla medicina*, Einaudi, Torino, 2002.

CANNAVÒ, G.: "Tabelle per la liquidazione del danno di non lieve entità. Tardive, inutili e mortificanti la professionalità medico legale", *Danno resp.*, num. 2, 2021, p. 180.

CASSANO, G.-DE GIORGI, M.: "Intervento del medico e pregiudizio alla salute, il tribunale di Milano personalizza il danno iatrogeno", *Vita notarile*, 2014, p. 151.

CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 560 ss.

CASTRONOVO, C.: "Profili della responsabilità medica", *Vita notarile*, 1997, p. 1225 ss.

CASTRONOVO, C.: "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", *Eur. dir. priv.*, num. 3, 2009, p. 679 ss.

CASTRONOVO, C.: "Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica", *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 847.

COLETTI, E.: "Intelligenza artificiale e attività sanitaria. Profili giuridici dell'utilizzo della robotica in medicina", *Riv. dir. eco. trasp. amb.*, 2021, p. 201 ss.

COLLETTI, E.: "Tabelle di Milano: l'evoluzione paranormativa dei criteri risarcitori tra adeguamenti e nuove prospettive", *Resp. civ. prev.*, num. 4, 2023, p. 1290 ss.

COMANDÈ, G.: "Tecnologie e metamorfosi del danno e della responsabilità sanitaria", *Danno resp.*, num. 2, 2024, p. 153-160.

CORSO, S.: "Il Fascicolo Sanitario Elettronico 2.0. Spunti per una lettura critica", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 2, 2024, p. 334 ss.

COSMACINI, G.: *Storia della medicina e della sanità nell'Italia contemporanea*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1994.

D'ADDINO SERRAVALLE, P.: *Atti di disposizione del corpo a tutela della persona umana*, ESI, Napoli, 1983.

DATTERI, E.: "Danni senza anomalie: questioni di responsabilità nella robotica medica", *Inf. dir.*, 2010, p. 59 ss.

DE MATTEIS, R.: "La responsabilità del medico dipendente: dalla violazione di obblighi di protezione all'inadempimento di un obbligo di protezione", *Contr. impr. Europa*, 2010, p. 81 ss.

DI CIOMMO, E.: *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, ESI, Napoli, 2003.

DI MARZIO, M.: *Responsabilità medica. Casistica e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2023.

DI ROSA, G.: *I robot medici*, in AA.VV.: "Smart – La persona e l'infosfera" (coordinated by U. SALANITRO), Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 115 ss.

FACCI, G.: "Le Tabelle del Tribunale di Milano del 2021", *Corr. Giur.*, 1 luglio 2021.

FACCIOLI, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 3, 2023, p. 732 ss.

FEDELI, R.: "Quantificazione del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione nelle cure mediche", *Ridare.it*, 31 luglio 2017.

FIORI, A.: "Il dovere del medico di informare il paziente: senza più limiti?", *Medicina e Morale*, num. 3, 2000, p. 443.

FOGLIA, M.: *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

FOGLIA, M.: *Responsabilità medica e risarcimento*, in AA.VV.: "Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»" (coordinated by A. BARBIERATO), Jovene, Napoli, 2013, p. 200.

FOUCAULT: *Nascita della clinica*, Einaudi, Torino, 1963.

FRANZONI, M.: "La responsabilità civile in un codice europeo?", *Contr. imp.*, num. 2, 2023, p. 400-401.

GELLI, F.-HAZAN, M.-ZORZIT, D.: *Nuova Responsabilità sanitaria e la sua Assicurazione*, Giuffré, Torino, 2017.

GIUSTI, A.: *Il consenso informato oggi e il dovere di informazione per la corretta esecuzione della prestazione nel diritto sanitario e nel diritto del mercato finanziario*, ESI, Napoli, 2023.

GORGONI, M.: "Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare", *Resp. civ. prev.*, num. 7-8, 2008, p. 1542.

GORGONI, M.: "Il trattamento sanitario arbitrario nella morsa tra diritto vivente e diritto vigente", *Resp. civ. prev.*, num. 3, 2017, p. 739.

GORGONI, M.: "La «stagione» del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello dell'autodeterminazione", *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 488.

GRASSO, A.G.: "Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica", *Riv. dir. civ.*, num. 2, 2023, p. 334 ss.

GRASSO, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022.

GRAZIADEI, M.: *Il consenso informato e i suoi limiti*, in AA.VV.: "I diritti in medicina", in *Trattato di Biodiritto* (coordinated by RODOTÀ S.-ZATTI P.), Giuffré, Milano, 2011, p. 263 ss.

GREMIGNI FRANCINI, L.: "Danno extracontrattuale "da mancato consenso informato" ed identificazione del sanitario responsabile", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 1, 2007, p. 250 ss.

GRISI, G.: *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Napoli, 1990, p. 472.

GUARNIERI, A.: "Profili giuridici della fine della vita umana", *Resp. civ.*, 2009, p. 1707 ss.

INZITARI, B.-PICCININI, V.: *L'attività di negoziazione degli strumenti finanziari: violazione degli obblighi di condotta tra nullità virtuale ed inadempimento contrattuale, Tutela del risparmio, authorities e governo societario*, Giuffré, Milano, 2008.

INZITARI, B.-PICCININI, V.: *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Cedam, Padova, 2008.

IPPOCRATE, *Opere*, Utet, Torino, 1996.

IVONE, V.: "Informazione, consenso ed errore nella medicina estetica: il labile confine tra apparenza e infelicità", *Riv. it. med. legale*, num. 2, 2016, p. 605.

LA MONACA, G.-TAMBONE, V.-ZINGARO, N.-POLACCO, M.: *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Giuffré, Milano, 2005.

LA ROCCA, G.: *Autonomia privata e mercato dei capitali. La nozione civilistica di "strumento finanziario"*, II ed., Giappichelli, Torino, 2009.

LAGHEZZA, M.: "Danno iatrogeno, danno differenziale e criteri di calcolo: una via d'uscita dalla selva oscura?", *Foro it.* 2022, I, c. 223.

MASSIMELLI, M.-BO, M.-GHIARDI, M.-TAPPERO, P.: "Terapia chirurgica dell'obesità e dintorni: considerazioni medico-legali con particolare riferimento all'ambito assicurativo privato", *Riv. it. med. legale*, num. 2, 2008, p. 429.

MATTINA, L.: "Chirurgia estetica: la cassazione tra consenso informato e "dissenso presunto" del paziente", *Danno resp.*, 2015, p. 246 ss.

ROSSETTI, M.: "I doveri di informazione del chirurgo estetico", *Danno resp.*, 2001, p. 719-1169.

MAUTONE, P.: *Responsabilità sanitaria e risk management*, Giuffré, Milano, 2020.

MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*, III ed., Giappichelli, Torino, 2017.

MINICANGELI, P.: "Il danno estetico tra personalizzazione del danno biologico e principio riduzionistico", *Danno resp.*, num. 1, 2023, p. 77.

MONATERI, P.G.-BONA, M.: voce *Danno alla persona*, *Dig. Disc. Priv.*, I agg., Torino, 1997, p. 654-667.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Capacità di volere e rifiuto alle cure", *Eur. dir. priv.*, num. 2, 2014, p. 387-454.

NANNINI, U.G.: *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffré, Milano, 1989.

NATOLI, R.: "Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation ed esigenze di deterrente", *Danno resp.*, 2000, p. 733-734.

NATOLI, S.: *L'esperienza del dolore*, Feltrinelli, Milano, 1987.

NATOLI, U.: *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in *Tratt. Dir. civ. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1984, p. 47-53.

NICOLUSSI, A.: "Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obblighi di risultato e di mezzi", *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 797.

NICOLUSSI, A.: "Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e di mezzi", *Danno resp.*, num. 8-9, 2008, p. 874.

NICOLUSSI, A.: "Testamento biologico e problemi di fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?", *Eur. dir. priv.*, num. 2, 2013, p. 463 ss.

OSTI, G.: "Revisione critica della teoria della impossibilità della prestazione", *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209 ss.

PALMIERI, A.-PARDOLESI, R.: "Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria", *Foro it.*, 2017, V, c. 197 ss.

PARADISO, M.: "La responsabilità medica dal torto al contratto", *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 343.

PARDOLESI, R.-SIMONE, R.: "Guerre tabellari: Milano colpisce ancora", *Danno resp.*, 2022, p. 536 ss.

PARDOLESI, R.-SIMONE, R.: "Le nuove tabelle milanesi e il fascino discreto della para-normatività", *Europa resp.*, 2021, p. 423-432.

PARDOLESI, R.-SIMONE, R.: "Nuova responsabilità medica", *Foro it.*, 2017, V, c. 161 ss.

PASQUINO, T.: *Autodeterminazione*, in AA.VV.: "Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo", Jovene, Napoli, 2018, p. 125-126.

PATTI, S.: "Danno non patrimoniale e valutazione equitativa", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, num. 4, 2022, p. 1029-1046.

PERLINGIERI, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1235 ss.

PERLINGIERI, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecnologia dir.*, 2020, p. I ss.

PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972.

PERRINO, S.P.: "La responsabilità da inadempimento informativo terapeutico", *Resp. civ. prev.*, num. 4, 2023, p. 1344-1362.

PIRAINO, F.: "Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile", *Eur. dir. priv.*, num. I, 2008, p. 83.

PLATONE: *Tutti gli scritti*, Rusconi, Milano, 1991.

PLICHI, V.-FOCARDI, M.-NORELLI, G.A.: "Deontologia ed etica in chirurgia plastica: una analisi comparativa", *Riv. it. med. leg.*, num. 6, 2010, p. 903 ss.

PONZANELLI, G.: "Danno da relazione parentale: tabelle giudiziali, ruolo della Cassazione e uniformità", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 2, 2023, p. 102 ss.

PONZANELLI, G.: "Il nuovo statuto del danno alla persona è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 2, 2019, p. 277-278.

PONZANELLI, G.: "La Tabella Unica Nazionale ex art. 138 Codice delle Assicurazioni: il Consiglio di Stato boccia la bozza di Decreto del Governo", *Danno resp.*, num. 2, 2024, p. 190 ss.

PONZANELLI, G.: "La Terza Sezione della Cassazione e la responsabilità civile", *Danno resp.*, num. I, 2024, p. 5 ss.

POSTERARO, N.: *Danni da responsabilità medica*, in AA.VV.: "Il danno alla persona" (coordinated by G. CASSANO), II ed., Milano, 2022, p. 880.

POSTERARO, N.: *Il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente*, in AA.VV.: "La nuova responsabilità medica. Una ricostruzione giurisprudenziale alla luce della Legge Gelli-Bianco" (coordinated by G. CASSANO), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2020.

POSTERARO, N.: "Sanità digitale, Fascicolo Sanitario Elettronico e PNRR", *Sanità pubblica e privata*, num. 2. 2023, p. 7-23.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.-FEOLA, M.: *Diritto delle obbligazioni*, ESI, Napoli, 2020.

PROCINO, R.: *I codici deontologici in Italia. Il percorso di una evoluzione*, in *FNOMCEO. Nel cinquantenario della ricostruzione, 1946-1996*, p. 109.

RAPISARDA, I.: "Appunti sul fascicolo sanitario elettronico 2.0", *Resp. medica*, num. 1, 2024, p. 57-58.

RIMINI E.: *Le regole di condotta*, in AA.VV.: "Il Testo Unico Finanziario" (coordinated by M. CERA-G. PRESTI), Zanichelli, Bologna, 2020, p. 427 ss.

RODOTÀ, S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

RODOTÀ, S.: *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in AA.VV.: "Ambito e fonti del biodiritto", in *Trattato di Biodiritto* (coordinated by S. RODOTÀ-P. ZATTI), Giuffré, Milano, 2011, p. 211 ss.

ROSSETTI, M.: "I doveri di informazione del chirurgo estetico", *Danno resp.*, 2001, p. 719-1169.

ROTONDO, V.: *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020.

SALANITRO, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1246.

SALANITRO, U.: *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Art. 1-18*, in AA.VV.: *Commentario del codice civile. Della famiglia* (coordinated by E. GABRIELLI), Utet, Torino, 2010, p. 1752.

SALVATORE B.: *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, ESI, Napoli, 2012.

SALVI, C.: "Diritto postmoderno o regressione premoderna?", *Eur. dir. priv.*, 2018, num. 3°, p. 865-882.

SCHUCK, P.H.: "Rethinking Informed Consent", *Yale Law Journal*, 1994, 103, p. 899 ss.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale", *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 142.

SHORTER, E.: *La tormentata storia del rapporto medico-paziente*, Feltrinelli, Milano, 1986.

SMORTO, G.: voce *Responsabilità medica*, *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 2013, p. 640-672.

SPISANTI, S.: "L'antropologia medica di Viktor v. Witzsäker: conseguenze etiche", *Medicina e Morale*, num. 3, 1985, 531-543.

TOMASI DI LAMPEDUSA, G.: *Il Gattopardo*, Feltrinelli, Milano, 1983.

TOSCANO, G.: *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Giuffré, Milano, 2006.

TRAVAGLINO, G.P.: "Responsabilità civile - L'errore senza colpa e il danno psichico", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 2, 2023, p. 268.

TRONCONE, F.: "Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica", *Giust., civ.*, num. 4, 2011, p. 191 ss.

VETTORI, N.: "Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria", *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1463 ss.

VON WEIZSÄKER, V.: *Der kranke Mensch*, K.F. Koehler Verlag, Stoccarda, 1951.

ZATTI, P.: "Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona", *Nuova Giur. Civ. Comm.*, num. 12, 2008, p. 408.

ZIMZ, D.: "Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)", *Resp. civ. prev.*, num. 4, 2017, p. 1123-1137.

MARCO JURÍDICO ESENCIAL DE LOS PECIOS Y CASOS
PARA LA REFLEXIÓN

*ESSENTIAL LEGAL FRAMEWORK FOR SHIPWRECKS AND CASES
FOR CONSIDERATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 550-623

José Luis
MOREU
BALLONGA

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: El trabajo se inicia, anteponiendo algunos apuntes históricos ilustrativos, con una explicación muy sumaria por el autor de su interpretación del marco jurídico actual sobre los pecios tanto estatal como internacional. Se critica también la técnica muy estatista y rígida de la legislación española sobre los pecios, tanto la del siglo XX como la hoy vigente. Para mostrar la concreta visión del autor sobre el régimen jurídico de los pecios, se estudian algunos de esos pecios que se descubrieron o que se buscaron en aguas territoriales españolas y, también, pecios en principio españoles descubiertos en aguas territoriales de otros países. Al final del trabajo se critica la tradicional desidia de todos los gobiernos españoles, con solo una excepción, la del pleito de la Fragata N^o Sra. de las Mercedes, para defender e intentar recuperar para el país, con respeto a las reglas de la arqueología, los pecios de origen y propiedad españoles y sus cargas o tesoros.

PALABRAS CLAVE: Bienes abandonados; tesoro; naufragio; aguas territoriales; buques de Estado; patrimonio arqueológico; patrimonio cultural subacuático.

ABSTRACT: *This article begins with some illustrative historical notes followed by a very concise explanation by the author of his interpretation of the current domestic and international legal framework applicable to shipwrecks. The author then subjects to critique the very rigid and statist nature of both the 20th-century Spanish shipwreck legislation and that currently in force. To corroborate his specific view on the set of rules and laws that apply to shipwrecks, he subsequently examines certain shipwrecks that were discovered or searched for in Spanish territorial waters, as well as others that were found in the territorial waters of other countries. Finally, the author animadverts on the long-standing neglect by all Spanish governments to defend and try to recover for Spain (while adhering to the rules of archaeology) the shipwrecks of Spanish origin and property and their cargoes and treasures save for one exception: the lawsuit regarding the frigate N^o Sra. de las Mercedes.*

KEY WORDS: *Ownerless property; treasure; shipwreck; coastal waters; State ships; public domain; archeological heritage; submarine cultural heritage.*

SUMARIO.- I. BREVE EXPLICACIÓN Y VALORACIÓN SOBRE EL MARCO JURÍDICO, DE ORIGEN ROMANISTA, ESTATAL E INTERNACIONAL SOBRE LOS PECIOS.- 1 El criterio romanista sobre los pecios inspirador de la tradición histórica española y del Derecho internacional convencional.- 2 Interrupción de la tradición normativa española por la Ley franquista 60/1962 y recuperación del criterio tradicional con la vigencia del Convenio de la ONU de 1982.- II. REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE ALGUNOS PECIOS ESPAÑOLES O EXTRANJEROS.- 1. El caso del pecio en Finisterre del buque “Douro” y su valiosa carga.- 2 El caso del pecio del galeón San Diego en Filipinas.- A) *La localización y recuperación del pecio y el tesoro del galeón español San Diego.*- B) *Reflexión jurídica sobre el pecio y el tesoro del galeón San Diego.*- 3. El caso de las búsquedas en aguas territoriales españolas del barco M/V Louise.- 4. El caso del hallazgo del pecio y tesoro del Oriflame en la costa chilena.- 5 Una posible reflexión sobre recuperación de pecios de la batalla de Trafalgar.- III. LA MALA POLÍTICA LEGISLATIVA Y EJECUTIVA NACIONAL SOBRE LOS PECIOS.

I. BREVE EXPLICACIÓN Y VALORACIÓN DEL MARCO JURÍDICO, DE ORIGEN ROMANISTA, NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LOS PECIOS.

I. El criterio romanista sobre los pecios, inspirador de la tradición normativa española y del Derecho internacional convencional.

El Derecho histórico español sobre los naufragios, aunque muy raramente se advierte entre nosotros, pese al llamamiento del art. 3 CC. a los antecedentes históricos, ha estado fuertemente influido por el Derecho romano¹. En las fuentes romanas se hizo desde cierto momento predominante la idea de la protección de la propiedad privada de los restos de los naufragios, idea coherente con la aportación que fue el concepto mismo de propiedad privada al conjunto de la civilización occidental por el Derecho romano. Y con esa idea de la enérgica protección de la propiedad privada (quiritaria primero, generalizándose el concepto después, desde la aparición de la propiedad bonitaria, protegida por el Pretor; y con la tendencia finalmente lograda a refundirse ambas), y como corolario suyo, se explicó la diferencia entre cosas derelictas, perdidas o extraviadas y tesoro (creo que muy bien definido por Paulo, como hallazgo valioso antiguo: D. 41.1.31.1^o), lo

¹ En el presente trabajo parte del contenido está tomado de otros varios trabajos míos anteriores: uno de 2003, otro de 2012; dos de 2018, otro de 2021 y, al terminar este trabajo, tengo otro en prensa que se prevé que aparezca en la primavera de 2025, trabajos que vienen citados, los ya publicados, en la bibliografía final. Tras bastantes años estudiando esta cuestión de lo pecios, no he encontrado apenas ningún jurista o autor español que haya señalado ese entronque que afirmo en el texto entre el Derecho romano y el Derecho español histórico y actual y el Derecho internacional sobre los pecios. La conexión de nuestro tema con el Derecho romano y que este había establecido la perpetua propiedad sobre el pecio del barco naufragado, pero dentro de una descripción bastante vaga y sucinta, y sin cita de concretas normas romanas ni españolas históricas, sí la explicaron FARIÑA, F. y ALFÍN y DELGADO, F.: *Nueva Ley sobre salvamentos y hallazgos en el mar*, Instituto Francisco de Vitoria, CSIC, 1964, pp. 168 a 174. La doctrina sobre pecios, tanto europea como anglosajona, tiene el reto de rastrear, o continuar rastreando, en el estudio de la jurisprudencia existente y futura esas raíces romanas del tema.

que conllevaba también la idea romana de que la propiedad se podía proteger al margen de la protección de la posesión y la de que, por tanto, no se pierde por no uso. Aunque esta idea tiene compleja relación con la gestación desde el Derecho romano de las ideas de prescripción y de usucapión y ha seguido, en general, una trayectoria compleja y con diferencias en las diversas naciones europeas, creo que aparece especialmente útil y verdadera en el estudio de los hallazgos y del tesoro oculto. Un barco naufragado, salvo derelicción, era una peculiar cosa perdida. Un texto de Calistrato afirmaba que un bien perdido en un naufragio permanece de su dueño, pues no puede tenerse por bien abandonado (D. 14. 2. 4. 8º). Los problemas de las cosas perdidas y halladas fueron un buen punto de vista para llegar a considerar que la propiedad era, a diferencia de los demás derechos reales, un derecho tendencialmente perpetuo, incluso si desde el Derecho justiniano se llegó a considerar la prescripción como una figura muy amplia o general.

La preocupación del Derecho romano por proteger a las víctimas de los naufragios se hizo especialmente intensa en la época imperial, cuando el comercio había crecido mucho, para proteger tanto la propiedad privada como el comercio mismo². Por otra parte, lo que más trascendió y se hizo muy conocida en el Derecho moderno en muchos países, como España, es la famosa partición adrianea del tesoro hallado en tierra por mitades entre el dueño del lugar en que estaba el tesoro y el descubridor extraño y casual.³ Y el Derecho romano trató sobre si debía admitirse en ciertos casos o no la adquisición de tesoros descubiertos en tumbas o sepulcros, llegando a la conclusión afirmativa, respetando los cadáveres allí existentes, en su caso⁴.

La regulación del Digesto en su libro 14, título 2º, leyes 1ª a 10ª, fue especialmente amplia en su regulación de los hallazgos relacionados con los naufragios en el título 9º de libro 47 del Digesto, cuyo contenido y su acogida en las leyes de Partidas, que también regulaban el Corso (P.5.9.10 a 13º, entre otras), los he recordado brevemente en otros trabajos míos anteriores⁵. Cabe afirmar

2 Contamos desde hace unos años con el valioso trabajo de la romanista y profesora italiana MEROLA, G. D., quien ha explicado, además en un correcto español, los problemas de los naufragios en el Derecho romano, viniendo a confirmar y completar lo que desde 2012 vengo explicando yo respecto de los pecios de la época. Recojo en el texto algunas de sus ideas. Vid. de la autora: "La "Ley del mar": la legislación romana en tema de naufragios", *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. 34, 2017, pp. 241 a 261.

3 Aunque ha quedado algo antiguo puede citarse sobre tesoros y hallazgos terrestres el buen libro de HILL, G., con mucha información histórica antigua, incluyendo el Derecho romano, y de Derecho comparado de diversas épocas y zonas del mundo, titulado: *Treasure trove in law and practice from the earliest time to the present day*, Oxford, at the Clarendon Press, 1936, 311 pp. También, en el Derecho romano, AGUDO RUIZ, A.: *Régimen jurídico del tesoro en el Derecho Romano*, Prólogo FERNÁNDEZ de BUJÁN, A., Universidad la Rioja, 2005, 143 pp.

4 Sobre este último punto, vid. el libro de HILL, G.: *Treasure trove*, cit., pp. 15 a 17. Y explica que la misma solución adoptó el Derecho español de Indias en relación a las tumbas de los indios, pp. 123 a 125.

5 Vid. mi trabajo "Tesoros y otros restos de buques o aeronaves hundidos en el mar", en AA.VV.: *Estudios de Derecho marítimo*, (dir. J.L. GARCÍA-Pita y LASTRES y otras), Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 863 a 868. O mi comentario al art. 617 del CC, en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. A. CAÑIZARES y otros), Thomson Aranzadi, 2016, vol. II, pp. 89 a 94, trabajo que alude ya a la LNM de 2014. La enumeración

que las reglas medievales castellanas sobre los naufragios, luego con las magníficas Ordenanzas de Bilbao de Felipe V a partir de 1737, alcanzaron una importancia enorme y universal al haber inspirado a la postre la posición legal del Imperio Español, que duró casi cuatro siglos y bajo cuyo dominio se realizaron muchos transportes marítimos de importantes riquezas de, entre otras mercancías, plata y oro por la que se ha llamado a veces la Carrera de Indias, y donde están hoy muchos de los pecios más importantes cuya existencia conocemos en espera de su descubrimiento. Algunas de estas reglas castellanas sobre naufragios fueron recogidas en el Novísima Recopilación de las Leyes de España de Carlos IV, de 1805 (en libro IX, capítulo VIII).

Está estudiada y se conoce la especial diligencia que pusieron los reyes españoles, en ocasiones ayudados por la Iglesia, en el cumplimiento de estas normas castellanas, que en la etapa de los Borbones bien podemos llamar ya españolas, sobre los naufragios, en parte para defender las riquezas de propiedad de la Monarquía que llegaban precisamente de sus posesiones en América y que, con frecuencia, eran muy necesarias en las guerras⁶. Y los criterios e ideas romanos sobre los naufragios se encuentran también en la Ley de 1288 del Rey de Aragón Alfonso II, en las Constituciones de Cataluña (Libro IX, tit.II).

Que costumbres germánicas o señoriales o feudales, que se dieron tanto en las costas mediterráneas como atlánticas y, en particular, en las británicas, dejaran a los dueños de las riberas del mar los despojos de los naufragios pudo originarse, seguramente reproduciendo una antigua realidad social ya existente en los orígenes primitivos del Derecho romano, por la ilícita posibilidad de forzar los naufragios desde las orillas con fuegos nocturnos engañosos que desorientaban a los navegantes y les hacían naufragar⁷, posibilidad que ya criticó o intentó combatir el Derecho romano, sobre todo o con más fuerza en la etapa del Derecho imperial. O pudo ser a la inversa y establecerse la costumbre para los naufragios digamos que casuales o por tormentas o errores en la navegación, o a consecuencia de

más completa que he realizado de las normas sobre pecios de los siglos XIX y XX la incluí en mi trabajo "Derecho estatal e internacional sobre los pecios y el galeón San José", en la revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, Hispania Nostra y Fundación Montemadrid, núm. 22, 2018, pp. 134-135. Vid. también mi trabajo "Ley de navegación marítima de 2014, restos arqueológicos y tesoros subacuáticos", en AA.VV.: *El Derecho marítimo de los nuevos tiempos* (GARCÍA PITA y LASTRES y otras), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 943 a 948.

6 Vid., explicando esa diligencia del Estado español, aunque el autor no cita en su interesante libro las mencionadas normas castellanas sobre naufragios, PÉREZ MALLAÍNA BUENO, P.E.: *Naufragios en la Carrera de Indias durante los siglos XVII y XVIII*, Ed. Universidad Sevilla (EUS), 2015, pp. 115 a 132.

7 PÉREZ MALLAÍNA BUENO, P.E., afirma la existencia en toda la Europa medieval de una "costumbre ancestral", que en cierto momento hicieron suya, al menos en cierta medida, los señores feudales, de que las poblaciones de las que denomina "costas bárbaras" pudieran quedarse como suyos los despojos de los naufragios sucedidos en sus costas, en detrimento de los propietarios de los barcos naufragados o de sus mercancías. Aunque reconoce que las Costumbres o Roles de Olerón (siglo XII) castigaban duramente estas prácticas, no solo si las llevaban a cabo los lugareños, sino también si las realizaban los nobles. Vid. *Naufragios en*, ob. cit., pp. 199 a 212. Omite el autor que tanto en eso como en otras cuestiones que atribuye a la regulación de las Roles de Olerón, única norma jurídica importante que cita en el libro y de limitada aplicación a los supuestos que estudia, eran ideas provenientes del Derecho romano.

combates navales, pero entonces con la probable consecuencia de tentar a los habitantes de las riberas rocosas del mar de, abusando de su derecho, intentar provocar los naufragios. Una acepción de “pecio” en el Diccionario de María Moliner es el de “derecho que cobraba el señor de un territorio a los dueños de naves que llegaban náufragas a sus costas”, en lo que se puede ver acaso un residuo de las viejas costumbres antes aludidas. Y aunque la Monarquía española siempre persiguió e intentó evitar los saqueos de los naufragios, no pudo erradicarlos del todo ni siquiera en el siglo XVIII⁸.

He estudiado en mi tesis doctoral de 1980⁹, con enfoque doctrinal sobre los conceptos y no sobre las normativas de los reinos hispánicos, el régimen del tesoro y de los hallazgos o mostrencos encontrados en tierra firme en el Derecho común o intermedio y en el “Droit coutumier” francés de los siglos XVI a XVIII, normas estas últimas que son un buen ejemplo de Derecho señorial o “feudal”. Tanto en ese libro mío como en el de George Hill, citado en nota, quedó ampliamente demostrado que, hasta donde alcanzó la influencia romanista, la perpetuidad atribuida al dominio heredado del antiguo ocultante excluía durante muchísimo tiempo, por la fuerza de las leyes o de las sentencias judiciales, el concepto de tesoro terrestre y la aplicación de sus reglas particulares. Y no tienen razón quienes sostienen que estas realidades históricas no sirvan para reflexionar sobre los hallazgos arqueológicos submarinos¹⁰. Desde mi tesis de 1980 pasaron dos décadas sin ocuparme de los pecios y quiero dejar aquí constancia de los requerimientos o impulsos que me llevaron a estudiar también esta materia¹¹.

8 Vid. en tal sentido BRU, J. y TORRES, R.: *La Armada Real*, Desperta Ferro, 2024, p.35.

9 Allí expliqué cómo la doctrina europea del Derecho intermedio no cuestionó casi nunca que el tesoro oculto (terrestre) debiera ser “vetus” o antiguo, lo que significaba que la propiedad privada parece que había que entender que no prescribía o que no se extinguía por no uso. Y la idea fue seguida por muchos en los derechos modernos codificados, de modo que el tesoro no podría dejar de reivindicarse “incluso miles de años después” por los herederos del ocultante, como afirmó, con indudable exageración pero con intención pedagógica, CARRESSI. Solo en el siglo XIX esta idea se enturbió un tanto en algunos países, como en el nuestro. Vid. mi tesis: *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Prólogo de LACRUZ BERDEJO, J.L., Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pp. 81 a 101 y 362 a 369. En las pp. 333 a 339 sí estudié la amplia polémica de la doctrina italiana sobre el hallazgo en 1887 de una estatua romana de interés histórico sumergida en las aguas de una playa, que se denominó la “Fanciulla d’Anzio”.

10 Sin razón alguna afirma FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., que la definición del tesoro del jurista PAULO carece actualmente de utilidad para discurrir sobre los tesoros de los pecios. Vid.: *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Ed. Reus, Madrid, 2010, p. 13.

11 El 2001 fui invitado por profesores de Historia del Derecho de la Universidad de Salamanca para ser ponente en el “Tercer Encuentro Interdisciplinar sobre la Historia de la Propiedad” a celebrar entre los días 28 y 31 de mayo de 2002. Estos profesores fueron Salustiano DE DIOS; Javier INFANTE y Eugenia TORTIJANO, discípulos de Francisco TOMÁS y VALIENTE. Mi colega Mariano ALONSO PÉREZ (q.e.p.d.) me había recomendado. El Encuentro fue un buen Congreso con unos 80 asistentes, incluyendo algunos extranjeros. Mi trabajo se tituló “Patrimonio arqueológico y etnográfico en la legislación estatal”, en AA.VV.: *Historia de la propiedad. Patrimonio cultural*, (coord. S. DE DIOS, y otros), Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 319 a 405. Mi ponencia tenía 86 páginas, de las que unas 20 páginas las dediqué, por primera vez, a reflexionar sobre los pecios. El segundo impulso me vino del profesor José Luis GARCÍA PITA y LASTRES, prestigioso mercantilista, que ha coordinado al menos tres libros colectivos sobre Derecho marítimo, asistido por sus discípulas Angélica DÍAZ de la ROSA y M^a ROCÍO QUINTÁNS. El profesor GARCÍA PITA y LASTRES conocía la existencia de mi tesis y tuvo la certera intuición de que el tema de los pecios era sobre todo civil, antes que mercantil o administrativo. Me invitó a participar en los tres citados libros colectivos, que aparecieron en 2012, 2018 y 2021. Cuando empecé a trabajar en el tema no tenía tan claro su carácter iusprivatista. Con todo, poco a

Aunque la que todavía es principal regulación internacional de los pecios se dictó por primera vez en el Convenio de la ONU de Jamaica de 1982, las técnicas capaces de localizar y recuperar pecios de los fondos marinos se debieron o fueron efecto de los avances tecnológicos que provocaron las dos Guerras Mundiales del siglo XX, y como consecuencia de que las batallas navales afectaron mucho en ambas guerras a barcos de países neutrales o terceros y de la necesidad de proteger los barcos, todos los países, contra las flotantes minas explosivas¹², utilizadas ya junto a los primeros submarinos en la Primera Guerra, y más tarde sobre todo contra los torpedos de los submarinos, técnica de guerra ya muy generalizada en la Segunda Guerra¹³. Los EEUU ayudaron a la derrota de Alemania en las dos guerras mundiales, apoyaron la regulación convencional de los mares en las cuatro conferencias de Ginebra de 1958, y ese mismo año pusieron en circulación el “Nautilus”, su primer submarino atómico.

En los siglos XIX y XX las normas españolas sobre naufragios y pecios a tener en cuenta aquí, que son el antecedente de la Ley 60/1962, vigente más de medio siglo, y de la vigente Ley de Navegación Marítima (LNM, en adelante) de 2014, y cuyo contenido esencial he recordado, para las normas principales, en los mismos trabajos anteriores ya citados en nota¹⁴, se van a recordar aquí muy levemente

poco me fui persuadiendo de que las cuestiones nucleares de esta materia eran de Derecho privado y civil, como desde el principio bien intuía el profesor GARCÍA PITA y LASTRES. Dejo aquí constancia de tal lucidez y de mi agradecimiento a sus sucesivas invitaciones.

- 12 Vid. PCHÉDECKI, Elías, quien explicó, cuando estaba en su plenitud la Primera Guerra Mundial, que las minas explosivas y flotantes, que a veces podrían desplazarse con las corrientes marinas, ponían en peligro los equilibrios consuetudinarios alcanzados sobre derecho internacional marítimo por las naciones y la idea proveniente de Hugo GROCIO (en polémica con SELDON) de la libertad de los mares, causando con frecuencia graves daños esas minas a barcos de países neutrales. Recuerda un doble intento de las principales potencias en Londres de 1908-1909, y otro de 1914, de codificar unas mínimas reglas sobre Derecho marítimo, que ambas fracasaron al final, tras varias vicisitudes y porque, cuando estaban a punto de aprobarse la Declaración de Londres de 1914, estalló la guerra. La conclusión del autor en su libro es pesimista y propugnaba al final que el incierto Derecho marítimo consuetudinario se sustituyese por una Conferencia internacional. *Le Droit international maritime et la Grande Guerre*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1916, pp. 15 a 28; pp. 104 a 165; y pp. 263-264. Vid. Hugo GROCIO: *De la libertad de los mares* (“*Mare liberum*”), Estudio Preliminar de GARCÍA ARIAS, L., traductor junto a BLANCO GARCÍA, V., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, 174 pp. Un caso de barco hospital británico importante que se hundió al estallar una mina alemana el 21 de noviembre de 1916 fue el gran barco Britannic, hermano menor del Titanic y construido poco después del mismo. Se hundió cerca de la costa griega de Kea y quedó su pecio a unos 137 metros de profundidad. BALLARD R., inspeccionó el pecio en 1995 con pequeños sumergibles y alta tecnología. Vid. BALLARD, R. y Mc CONNELL, M.: *La gran aventura del mar. Los mundos de National Geographic*, Barcelona, 2002, pp. 198 a 200.
- 13 Cabe recordar que, cuando Inglaterra se enfrentaba sola a la Alemania nazi, en 1941, y dependía de los convoyes que venían de EEUU, logró hundir, sobre todo gracias a un certero torpedo y cañoneando después el buque dañado, al gran y poderoso acorazado alemán Bismarck el 27 de mayo de 1941, provocando que de los 2206 tripulantes del acorazado solo se salvaran 115, recogidos por los buques británicos. Vid. BALLARD, R. y Mc CONNELL, M.: *La gran aventura*, cit., pp. 162 a 171.
- 14 Vid. mi trabajo *Tesoros y otros restos*, cit., pp. 863 a 868. Afirmé erróneamente allí que Antonio MAURA estaba en el Gobierno en 1925, lo que he rectificado posteriormente. O vid. mi comentario al art. 617 CC, en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. A. CAÑIZARES y otros), Ed. Thomson Aranzadi, 2016, vol. II, pp. 89 a 94. Y el Estado hacía suyos, antes de la Ley 60/1962, los restos (o mejor, su valor económico, tras venderlos en pública subasta, una vez pagados los gastos realizados por la Administración por las tareas de extracción o remoción de los pecios, en su caso con explosivos) de los barcos que se hubieran hundido en los puertos o que obstaculizaran la navegación. Así se regulaba en el Título Adicional de la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina, Ley ya derogada por el art. 1072 del Código de Justicia Militar de entonces. Ese Título Adicional expresamente mantenido vigente provenía del Real Decreto Ley de 10 de julio de 1925 sobre

por razones de espacio. La norma básica sobre hallazgos de pecios y sus cargas, antes de la Ley 60/1962, había sido el Título Adicional de la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina aprobado por el Real Decreto Ley de 10 de julio de 1925, dictado bajo la Dictadura de Primo de Rivera, con inspiración muy estatista, que no llegaba a excluir del todo la contemplación de objetos o pecios extranjeros en nuestras aguas territoriales. RDL de 1925 suprimido luego en la Segunda República y repuesto por el franquismo por una ley de 9 de abril de 1941. Y por cierto que la disposición derogatoria única de la Ley 60/1962 se limitó a derogar ese Título Adicional del RDL de 10 de julio de 1925.

Toda la tradición del Derecho romano y del Derecho castellano histórico, que incluía la noción de los bienes mostrencos, o incluso de la Corona de Aragón, inspirada en el reconocimiento de la perpetuidad del derecho de propiedad sobre los pecios, frente a las costumbres bárbaras o feudales de los lugareños, ha venido a coincidir con el que considero precepto fundamental en el régimen jurídico actual de los pecios en el mundo, que está recogido en el art. 303 del Convenio de la ONU de Bahía Montego (Jamaica) acordado el 10 de diciembre de 1982, que en nuestro país la mayoría citamos, por sus siglas en español como el CNUDM (Convenio de Naciones Unidas de Derecho del Mar)¹⁵. Este principio y algún otro que se deduce del mismo precepto del CNUDM (el principio de ocupación, incidencia de autorizaciones de exploración de los estados, etc.), o de otros preceptos relacionados con aquél (arts. 2, 3, 33, 86 a 89, 149, 300 ó 311) permiten construir un sólido sistema iusprivatista internacional sobre los pecios. Sin embargo, está además matizado ese sistema iusprivatista, para ciertos Estados parte del mismo, por el extenso y prolijo tratado o Convenio de la UNESCO de París de 2001, de fuerte inspiración iuspublicista y que pretende en teoría controlar lo más posible la protección de la “cultura de la Humanidad” en esta materia de los pecios nada menos que en todas las zonas de los mares y océanos de todo el planeta. Se inspira en la reducción máxima de las búsquedas o recuperaciones de pecios por las empresas o estados. Este segundo Convenio de 2001 solemos citarlo en nuestro país por los acrónimos de sus siglas inglesas como el CPUCH (Convention; Protection; Underwater; Cultural; Heritage).

Los dos tratados internacionales señalados sobre pecios están ratificados, como vamos a ver, por España. El CNUDM, es mucho más importante y está enraizado,

Puertos, que se había derogado durante la República y restituido por la Ley de 29 de marzo de 1941, y que había sido reformado por el Real Decreto Ley de 17 de junio de 1979. Vid. FARÍÑA, F., *Auxilios y salvamentos en la mar*, Instituto Francisco de Vitoria (CSIC), Madrid, 1960, pp. 239 a 242 y 249.

15 Sobre los antecedentes históricos del CNUDM de 1982, véase PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 24ª ed., 2020, pp. 364 a 374. Recuerda el autor, que intervino en la elaboración del Tratado, entre otras cosas, que la Unión Soviética y los países de la Europa Oriental firmaron el Convenio ya el 10 de diciembre de 1982. Parte importante de la documentación previa a la aprobación del CNUDM la recogió en un libro MIGLIORINO, L.: *Il recupero degli oggetti storici ed archeologici sommersi nel Diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, pp. 197 a 227.

aunque sucintamente, en algunas de las ideas clave de la Ilustración europea del siglo XVIII y de la revolución burguesa¹⁶, a diferencia del CPUCH, que parece inspirado en la mera utopía de un orden mundial, que algunos han querido atribuir de inicio a Francisco de Vitoria, y que hoy parece históricamente inviable. Ninguno de los dos tratados ha considerado la posibilidad de establecer alguna forma de difícil publicidad, prudente y con filtros sobre la información precisa, de pecios descubiertos o incluso recuperados que pudiera facilitar sus reclamaciones de los pecios o sus cargas a los "propietarios identificables" de los mismos (arg. art. 303-3° CNUDM), cuando los halladores o recuperadores solo pudieran invocar sus actividades por ser el objeto de las mismas, según ellos, meras cosas faltas de dueño. La falta de esa difícil publicidad acaso vendrá atenuada por los medios de difusión, en una sociedad tan interconectada como la actual, y acaso también, si así lo fuera estableciendo la futura jurisprudencia nacional e internacional, por las regulaciones de los estados costeros sobre el régimen jurídico de las autorizaciones que los mismos tengan o establezcan para posibilitar en sus aguas territoriales búsquedas o recuperaciones de pecios. En última instancia, quizás se puede aventurar que la futura jurisprudencia internacional sobre pecios acaso debería introducir una potestad jurisdiccional o incluso obligación vinculante de los jueces, de posibilitar la participación en un juicio sobre la propiedad de un pecio, cuando hubiera en el mismo indicios importantes de que el dueño o estado propietario identificable no había comparecido acaso por desconocer la existencia del pleito. Podría quizás ampliarse con el mismo fin la institución del "amicus curiae". O reconocer a favor del reclamante del pecio algún tipo de acción "ad exhibendum". Hay pecios tan famosos que es notorio quién sea dueño de los mismos. Todo esto no está en el CNUDM, pero acaso podría aportar a la ocupación o salvamento de pecios una conveniente nota de licitud, llevándola más allá de las meras ocupaciones posesorias.

Interrupción de la tradicional normativa española por la Ley franquista 60/1962 y recuperación del criterio tradicional con la vigencia del Convenio de la ONU de 1982.

Los dos primeros tratados internacionales, CNUDM y CPUCH, ambos creo que retroactivos en lo que toca a sus criterios civiles por contemplar sobre todo pecios antiguos o muy antiguos, tienen supremacía sobre nuestras leyes ordinarias sobre pecios. Esta supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes estatales, con la salvedad en principio de la Constitución de cada Estado, tiene hoy el importante apoyo de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados

16 Las primeras 216 pp. de mi tesis doctoral están dedicadas a la gestación histórica del concepto amplio de ocupación de nuestro CC., concepto que proviene de los códigos italianos preunitarios, recibido a través del Código civil italiano de 1865. Sobre los componentes romanistas, iusnaturalistas y antifeudales de esa noción de ocupación, vid.: *Ocupación, hallazgo y tesoro*, cit., capítulo 1º, pp. 17 a 40 y, en particular, pp. 37 y 38.

Internacionales y otros Acuerdos Internacionales (LTOAI, en adelante), así como el de la buena doctrina internacionalista (Pastor Ridruejo, J.A.; ó Martín y Pérez de Nanclares, J.; ó Casanovas, O. y Rodrigo, A.J.; ó Casado Raigón, R.) o especialista en Derecho marítimo (Arroyo Martínez, I.; García-Pita y Lastres, J.L.)¹⁷. Hoy esa supremacía de los tratados se recoge también con carácter general, por primera vez para el Derecho marítimo y con sumo acierto, en el art. 2-1º de la Ley de Navegación Marítima (LNM) de 2014. Convendría a la seguridad jurídica en nuestra materia que los 170 estados (incluida la UE) del CNUDM explicitaran también, si no lo han hecho aún, su supremacía sobre sus leyes marítimas.

De forma casi telegráfica explico aquí algunas de las conclusiones principales a las que me ha conducido la reflexión sobre los pecios de más de dos décadas en varios trabajos. Las normas españolas del siglo XX, cierto que en un contexto tecnológico muy atrasado y sin regulación convencional internacional aplicable, tuvieron un marcado carácter estatista, aislacionista y retrógrado, al proceder de las dos dictaduras que rigieron el país durante ese siglo y, por desgracia, las normas que sustituyeron a esas (de 1925 y de 1962), incluso tras la llegada de la democracia a partir de 1978, normas dictadas en 1985, 2014 y 2020, han mantenido en gran medida ese carácter demasiado nacionalista, estatista y retrógrado. Veámoslo.

En el siglo XIX, entroncando con la noción castellana de los bienes “mostrencos”, las diversas normativas sobre los pecios (de 1802; de 1835; o de 1873)¹⁸ siempre impusieron una atribución parece que en propiedad de los mismos al Estado, tras su hallazgo casual o deliberado, pero estableciendo una publicidad al pecio hallado

17 Vid. sobre la prevalencia del CNUDM y otros tratados internacionales, y de las normas de la UE, respecto de la LNM de 2014, PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 364 y 99-100, 114 a 116 y 183 a 186. Y también MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., con cita de otra doctrina solvente en la misma línea, “La Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales: una regulación para disciplinar una práctica difícil de ignorar”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, 2015, pp. 35-36 y 32 y ss. Y CASANOVAS, O., y RODRIGO, A.J.: *Compendio de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 12ª ed., 2024, pp. 157 a 161 y 147 a 151. Y lo mismo hoy el propio art. 2-1º de la LNM. ARROYO MARTÍNEZ, I., hace casi dos décadas incluía ya el CNUDM entre las leyes estatales y destacaba la gran influencia en el Derecho marítimo de la contratación marítima. Vid.: *Curso de Derecho marítimo*, 2ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 63 a 66. Y este autor, en la 3ª edición de su obra, de 2015, insiste en la primacía normativa de los tratados internacionales sobre las leyes estatales y la propia LNM de 2014, aunque no aluda allí (sí en otros lugares) a las reglas sobre los pecios del CNUDM y del CPUCH. Vid. ob. cit., pp. 96-97. Vid. también, aunque omite la cita del art. 2-1º de la LNM, CASADO RAIGÓN, R.: *Derecho internacional*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2024, pp. 188-198 y 230 a 236.

18 Los textos decimonónicos fueron la Ordenanza de matrículas de mar de CARLOS IV de 12 de agosto de 1802, que contemplaba los pecios o restos de barcos como mostrencos o bienes vacantes, y establecía la intervención del Subdelegado de Mostrencos, pero admitiendo también, con ciertos requisitos, la ocupación de pecios o restos. También la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835, con planteamiento más estatista y favorable al erario, pero también con respeto inicial de la propiedad perdurable de los dueños sobre sus pecios. En esta Ley, extrañamente, se califica en algún momento como “ocupación” a la adquisición por ley del bien mostrenco por el Estado, pero en el marco del “Derecho civil común”, puesto que esta Ley, hecha ya fallecido FERNANDO VII, tiene ya progresiva inspiración liberal burguesa. El discutible fuerte estatismo de esta Ley de 1835 se inspiró en el art. 539 del CC. francés de 1805, que atribuyó al Estado las “épaves”. Y finalmente, volviendo a un planteamiento más parecido al de 1802 y más inclinado a aceptar más margen para la ocupación, la Instrucción de 4 de junio de 1873, dictada en el Sexenio progresista. No conozco doctrina sobre esta materia de los mostrencos y el mar. La legislación de mostrencos fue muy abundante durante los reinados de CARLOS III y CARLOS IV. Vid. mi comentario al art. 617 CC, en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, cit., vol 2º (dir. por A. CAÑIZARES y otros), pp. 89 a 92.

y dando un plazo para que el posible dueño que hubiera sufrido el naufragio o extravío del pecio pudiera presentarse para recuperarlo. Estas regulaciones, evidentemente, presuponían de inicio la prolongada o secular vigencia del criterio romanista tradicional de la perpetuidad del dominio y su no extinción por no uso, aunque supusieran también, a la vez y tras el hallazgo, un modo de posible extinción de esa originaria propiedad sobre el pecio con ciertos requisitos (en la Ley de Mostrencos de 1835, los requisitos de la usucapión por el Estado, recogidos, sobre todo, en las Partidas). Y esas adquisiciones estatales de la propiedad del pecio mostrenco, históricamente entroncaban o tenían precedentes en algunas de las atribuciones de los tesoros terrestres a favor del Fisco romano, atribuciones que en ciertas épocas y conectadas a la noción romana de los “bienes vacantes” habían sido automáticas o directas a favor del mismo¹⁹.

La primera norma del siglo XX, dictada durante la dictadura de Primo de Rivera, y norma apenas estudiada por nadie, fue en efecto una ley o norma, bastante detallada y muy nacionalista o estatista, aunque hacía alguna pequeña concesión a posibles derechos de extranjeros sobre objetos o pecios hallados en aguas territoriales españolas. Se trató del Real Decreto Ley de 10 de julio de 1925, que contenía el llamado Título Adicional de la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina. Tendía a atribuir al Estado español la propiedad de cualquier objeto o pecio aparecido en las aguas territoriales españolas. Era norma con 51 artículos, más otro estableciendo una retroactividad muy excepcional (la irretroactividad genérica de las normas ya estaba confirmada por el CC), lo que era una diferencia significativa con la ley que comento a continuación.

La misma inspiración genérica estatista siguió la Ley franquista 60/1962, de 24 de diciembre, sobre Auxilios, Salvamentos, Hallazgos y Extracciones Marítimas (LASHEM), aunque ésta declaró retroactivamente (arg. art. 29 y disposición transitoria 1ª) la propiedad del Estado español de todos los pecios hundidos en España durante un plazo de tres años en sus aguas territoriales o “jurisdiccionales” y fuera cual fuese la antigüedad del pecio: siglos o milenios, o la causa del naufragio producido: accidentes, tormentas o combates navales²⁰. La idea o noción de aguas

19 Las pretensiones del fisco romano a los tesoros terrestres se materializaron ya en la época imperial y solo ya superada la etapa republicana. Vid. AGUDO ORTIZ, A.: *Régimen jurídico*, cit., pp. 71 a 81. Sobre las pretensiones del fisco a los tesoros en el antiguo Derecho castellano, vid. GIBERT., R.: *La adquisición del tesoro en el antiguo Derecho español*, Prelección, Granada, 1958, 14 pp.

20 La LASHEM de 1962 ha sido poco estudiada en nuestra doctrina y aun quienes le han dedicado alguna atención, como RUIZ MANTECA, R., no han percibido la importancia teórica de la radical retroactividad de esta Ley en contra de la experiencia romanista y secular, o han cometido serios errores, como este autor, al dar gran importancia a una Orden ministerial de 9 de junio de 1947, sin entender que en 1962 ya estaba vigente el principio de jerarquía normativa por la Ley Orgánica de la Administración del Estado de 1957 (art. 23 y Exposición de Motivos), por lo que esa Orden de 1947 quedó derogada en 1962. En el propio CC (arts. 4º, 5º y 348) estaba insinuada la jerarquía normativa desde 1889 y fue confirmada al reformar el Título Preliminar en 1973-1974 (art. 1-2º). Vid. del autor *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional público y privado*, vol. 2º, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 753 a 766.

territoriales fue de base consuetudinaria durante siglos, con origen poco estudiado y difícil de precisar, pero que existió durante muchísimo tiempo. Esa reforma de 1962 estatista y radical y retroactiva suprimió, sin la exigencia conceptual tradicional de que ocurriera el hallazgo del pecio y se diera alguna publicidad, y contra la lógica profunda del Derecho internacional, el criterio romanista y tradicional en España y en otros países. Aunque tal supresión no produjo apenas efectos prácticos ni en nuestras aguas territoriales, ni aun menos en la tradición consuetudinaria propia de las aguas internacionales y libres, donde el principio de libre ocupación de los pecios ocupó un lugar de creciente importancia en el siglo XX, confirmado al fin por el CNUDM²¹. Así se llenó el absoluto vacío que el silencio de la Ley de 1962 había dejado más allá de nuestras aguas territoriales o “jurisdiccionales”. En estas últimas, esa Ley no mencionó pecios “nullius” ni ocupables, ni ocupación lícita posible.

La Ley franquista de 1962 sobre los pecios tenía un Preámbulo muy inconsistente y poco convincente (deficiente uso del término “prescripción”; no invocación de la soberanía del legislador y solo del interés de la economía; etc), que he comentado en otras ocasiones. Parece claro que sus autores (y lo mismo cabría afirmar de los de la norma algo similar ya de 1925), probablemente todos iuspublicistas, no conocían los antecedentes romanos y castellanos de la cuestión. Y por eso, viniendo a coincidir con algunas de las soluciones impuestas por el Derecho romano a los tesoros a favor del Fisco romano, soluciones que tampoco debían de conocer esos legisladores, impusieron así retroactivamente un criterio muy radical y anacrónico y muy poco coherente con la buena y útil tradición romanista y castellana o con la regulación internacional convencional que, en la línea de esta última, pronto empezaría a fraguarse.

La radical solución estatista y nacionalista de 1962, que literalmente prescindía de toda reciprocidad con derechos a pecios de otros países hallados en nuestras aguas territoriales, duró hasta el 14 de febrero de 1997, cuando se produjo la ratificación y publicación en el BOE del CNUDM de Jamaica de 1982, Tratado trabajosamente elaborado en el seno de la ONU y en el que intervino por España, entre otros, el joven profesor aragonés Pastor Ridruejo, hoy maestro de internacionalistas. El Tratado creo que, restituyendo el principio tradicional español de origen romano del carácter perpetuo de la propiedad de los pecios, afectó decisivamente al art. 29 de la LASHEM de 1962, que debió entenderse desde 1997 al menos parcialmente ineficaz, y no solo ese precepto, sino también, más tarde, la errónea continuidad del mismo en las leyes posteriores como la LNM de 2014 (arts. 374 y 375, con la excepción para los buques de Estado del art. 374-1º); y en ciertos preceptos del Decreto 371/2020, de 18 de febrero, sobre

21 Vid. la amplia explicación en ese sentido de MIGLIORINO, L.: *Il recupero degli oggetti*, cit., pp. 89 a 99.

extracciones marítimas (arts. 9 y 14-2º, entre otros relacionados con estos).²² Tales preceptos legales o reglamentarios no pudieron sobrevivir, con su normal vigencia, al preferente CNUDM. Este Convenio, vigente genéricamente desde el 16 de noviembre de 1994, sabemos que está en vigor aquí desde el 14 de febrero de 1997. Desde hace más de un cuarto de siglo el CNUDM es en España y en casi todo el mundo la norma suprema para los pecios. Es Tratado que recoge en parte la sabiduría de los juristas romanos del emperador Adriano al regular el tesoro terrestre.

De los varios preceptos importantes del CNUDM, que debió entenderse que dejaron ineficaces las normas anteriores y las posteriores a su entrada en vigor en España en el 14 de febrero de 1997, el principal es el art. 303-3º, referido a los “objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar” y que afirma: “Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del derecho marítimo o las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales”. Se restableció, por tanto, la propiedad perpetua romanista y las normas “sobre salvamento u otras normas de derecho marítimo”, donde entraron, por el evidente sentido amplio del término “salvamento”, las normas de búsqueda y recuperación u ocupación de pecios, tanto de la tradición mundial y europea continental como las más consuetudinarias o jurisprudenciales, pero vigorosas, de la tradición del Derecho del Almirantazgo británico (“salvage of law”; o “law of finds”)²³. La versión inglesa del precepto alude a “the law of salvage or other rules of admiralty,...o sea, “el derecho de salvamento u otras regulaciones del almirantazgo”. Naturalmente, los “derechos de los propietarios identificables” (“the rights of identifiable owners”, en la versión inglesa) serán en la práctica, mediando siglos desde el hundimiento de la nave,

22 Sin embargo, algunos, pese a reconocer en teoría la supremacía de los tratados internacionales conforme al art. 2-1º de la LNM, muestran todavía ilógica conformidad absoluta con el criterio franquista de adquisición (LASHEM de 1962 y todavía LNM de 2014: arts. 374 y 375) por usucapión de tres años por el Estado de todo buque que se hunda en aguas territoriales españolas. Vid. GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Compendio de Derecho marítimo español*, Marcial Pons, Madrid, etc., 2016, pp. 19-20 y 198. O también MARTÍN OSANTE, J.M.: “Bienes naufragados o hundidos”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, (dir. por A.B CAMPUZANO y E. SANJUAN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 403 a 407. Y también ARROYO, I.: *Curso de Derecho marítimo*, 3ª edición, 2015, pp. 749 a 754. En mi trabajo de 2012 había criticado yo duramente los criterios de la Ley 60/1962, con la aspiración, que resultó infructuosa, de que se modificaran algunos de esos criterios que aparecían en un Anteproyecto de LNM de diciembre de 2008. Vid. ese trabajo mío “Tesoros y otros restos”, cit., nota 41, pp. 894-895.

23 El art. 303-3º del CNUDM fue interpretado de forma muy diferente a la que aquí propongo, en 2004, por AZNAR GÓMEZ, M.J., entendiendo el precepto citado como poco claro, inconcluyente, sometido a la legislación estatal de protección del patrimonio arqueológico, o incluso afirmando que no aportaba nada nuevo. Vid. *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con referencia especial al caso español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 94 a 96, 128 a 134, y 295-296. Vigente ya en ese momento el CNUDM, esta interpretación, que veo ahistórica, no me convence nada. También RUIZ MANTECA, R., ignorando al parecer que el art. 303-3º tiene tras sí una tradición secular que arranca del Derecho romano, trata en vano, poco convincentemente, de desvirtuar el enorme alcance del precepto. Vid. *El régimen jurídico*, cit., pp. 198 a 204. Más favorable al precepto analizado es la opinión de AJELLO, N., quien señala bien que el precepto reconoce tácitamente la idea de libertad, en “La ricerca archeologica nell'evoluzione del mare”, en AA.VV.: *Ritrovamenti e scoperte di opere d'arte* (dir. V. PANUCCIO), Giuffrè, Milano, 1989, pp. 163 a 165. Lo mismo, MIGLIORINO, L., que ve la libre ocupación de pecios como principio general en la alta mar: *Il recupero degli oggetti*, cit. 89 a 99.

difíciles de probar, y acaso podrán corresponder a varios y diversos antiguos propietarios, lo que quizás incline a la jurisprudencia futura a considerar lo general o más ordinario la aplicación del derecho adquirido por los salvadores u ocupantes de esos objetos o pecios²⁴. El CNUDM de 1982, apoyado por 130 votos, con 4 en contra y 17 abstenciones, acertó plenamente, extendiendo además esa solución de síntesis jurídica histórica a todos los mares y océanos y a todas sus zonas, al entroncar en la tradición jurídica romanista los criterios y principios jurídicos básicos (propiedad, ocupación, libertad de los mares) frente al gran reto de la regulación de los pecios²⁵.

El art. 303-3º CNUDM afirma también que “nada de lo dispuesto en este artículo afectará” a “otras normas de derecho marítimo”. ¿Cuáles serán estas otras “normas de derecho marítimo” que el precepto entroniza en este artículo presentado en el Tratado como la cumbre máxima del régimen de los pecios para los 170 estados (incluida la UE) que han ratificado el CNUDM?. El interés de estas normas de tan alto rango y relieve será el de que puedan en cierta medida o en ciertos casos limitar los otros dos grandes principios o normas que los preceden en la enumeración del art. 303-3º CNUDM. O sea, esas normas de Derecho marítimo, tendrán que respetar esencialmente la propiedad identificable de los pecios hallados y su sistema de adquisición por salvamento u ocupación²⁶. Pero podrán matizar tales normas decisivas con otras normas internacionales (como el Convenio de Nairobi de 2007 sobre pecios peligrosos o que dificultan la navegación, p.e., al menos respecto de los estados acogidos, entre los que no está España), o con leyes estatales marítimas dictadas por los estados ribereños con base en el artículo 2 del CNUDM. Este precepto, reconociéndoles plena “soberanía” en sus aguas territoriales, les otorga amplia competencia legislativa y

24 Pensemos en un tesoro encontrado en un pecio que, por la información histórica disponible, se supiera que había sido buque pirata o corsario, y que podría llevar monedas o joyas arrebatadas a dueños diversos y ya imposibles de determinar hoy en día. Lo lógico sería, entonces, admitir actualmente la adquisición de la propiedad de ese tesoro por los descubridores y ocupantes de ese pecio. El principio jurídico de la ocupación tendría una fuerza expansiva, fuerza que no parece posible en un caso así, atribuir a la propiedad identificada de un único dueño, privado o estatal, o de unos de los varios dueños “identificados”. El fenómeno del corso, influyente durante siglos, solo se pudo prohibir genéricamente en una llamada Declaración de París de 1856. España no la ratificó hasta septiembre de 1907. Vid. AZCÁRRAGA y BUSTAMANTE, J.L.: *El corso marítimo*, Instituto de Francisco de Vitoria, CISC, Madrid, 1950, pp. 372 a 374 y 380 a 382. El autor fue catedrático de Historia del Derecho en Zaragoza.

25 El texto definitivo y más relevante del art. 303-3º del CNUDM en su versión inglesa es el siguiente: “Nothing in this article affects the rights of identifiable owners, the law of salvage or other rules of admiralty, or laws and practices with respect to cultural exchanges”. Las versiones anteriores a la definitiva que existieron durante la negociación las recogió MIGLIORINO, L.: *Il recupero degli*, cit., pp. 201 a 204. La versión en español del mismo precepto en la “Legislación marítima” de Tecnos en 2009, es la transcrita en el texto. Un panorama de las legislaciones europeas, a falta entonces aún de ley italiana, y norteamericanas anteriores al CNUDM en AJELLO, N.: “La ricerca archeologica”, cit., pp. 118 a 132.

26 Se sabe que en la elaboración del art. 303-3º del CNUDM hubo importantes presiones de EEUU, Reino Unido y Holanda para limitar el ámbito de las aguas territoriales de los estados y para incluir en el precepto las regulaciones tradicionales del Derecho del Almirantazgo británico. Vid. BOU FRANCH, V.E.: *La flota imperial española y su protección como patrimonio cultural submarino*, Ed. Minim, Valencia, 1ª ed., 2005, pp. 205 a 2015 y 228-229. EEUU, sin embargo, no ratificó en 1982 el Tratado ni lo ha hecho después.

ejecutiva sobre dichas aguas y sobre la columna de aire sobreestante y el suelo y subsuelo (2-2°) de su fondo marino.

Por ejemplo (arg. arts. 2, 303-2° y 33 CNUDM), los estados ribereños acogidos al CNUDM podrán regular las autorizaciones para buscar o recuperar pecios tanto a nacionales como a extranjeros y tanto a empresas nacionales o no como a estados extranjeros, incluso no vinculados estos por el CNUDM. O por ejemplo, estas leyes estatales y “marítimas” de los estados ribereños podrían establecer una parte como adquisición suya en propiedad por accesión de parte de un pecio (la mitad, por ejemplo), al menos cuando el mismo fuera calificable como con antigüedad suficiente para considerarse “objeto arqueológico” (arg. art. 303-3° CNUDM). Sin afectación sustancial a la propiedad de pecios identificables o al principio de salvación u ocupación, podrán establecerse en las mencionadas leyes marítimas limitaciones o matizaciones, por ejemplo, a pecios de especial interés histórico o cultural, o a pecios de buques de Estado; etc. Que en el preferente CNUDM se haga alusión a las autorizaciones para buscar o extraer pecios hace ver, en mi opinión, que las autorizaciones reguladas en la LNM (art. 376 y ss. y 383) lo han sido de forma excesivamente restrictiva y acogiendo el ya señalado lastre anacrónico y nacionalista de la LASHEM de 1962. Las autorizaciones administrativas de exploración de pecios, deberán ser más bien regladas y tener unos mínimos límites imperativos y razonables²⁷.

El que “lo dispuesto en este artículo 303 del CNUDM” no perjudique “en ningún caso” los preceptos o principios civiles recogidos en el art. 303-3° del propio Convenio presupone que la protección a los pecios hallados por razones culturales y de protección de un llamado “patrimonio común cultural de la humanidad” (arts. 303-1° y 4°, y 149 del CNUDM) no pueden prevalecer sobre o afectar a, esencialmente, aquellos principios civiles del art. 303-3° CNUDM. Este sería el primer argumento, junto a otros, de la supremacía jurídica en materia de pecios del CNUDM sobre el CPOCH²⁸. Y lo mismo la irretroactividad de este (arg. art. 6-3°).

El Convenio UNESCO para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (CPOCH) se firmó en París el 2 de noviembre de 2001. Reunidas las 20 ratificaciones

27 Explica PASTOR RIDRUEJO, J. A., escribiendo respecto de los tratados internacionales y de la distinción entre potestades regladas y discrecionales, que la creciente interdependencia entre los Estados va incrementando las primeras en detrimento de las segundas. *Vid.: Curso de Derecho*, cit., pp. 312-313.

28 Un problema difícil que plantea el CNUDM, y que excede de las posibilidades de este trabajo, es el de saber cuándo subsistan derechos u obligaciones surgidos sobre pecios de convenios internacionales anteriores suscritos por estados que también se hayan acogido al CNUDM. Atienden al problema sus arts. 296 y 311. Por ejemplo, nuestro rey CARLOS III firmó, tras la Guerra de los Siete Años, un tratado en París el 10 de febrero de 1763 con Francia y Gran Bretaña, en el que, al parecer, renunciaba a todos los pecios españoles hundidos en las costas de los pronto surgidos EEUU (el 4 de julio de 1776). Este tratado ha sido invocado alguna vez por tribunales norteamericanos en pleitos sobre pecios españoles de origen. *Vid. SAN JUAN, V.: Cazatesoros y expolios de buques sumergidos*, Nowtilus, Madrid, 2020, pp. 70-71, y 180-181, y 168 a 171.

preceptivas entró en vigor genéricamente el 2 de enero de 2009 y en España, tras su publicación en el BOE, el 5 de marzo de 2009 (arg. arts. 27 CPUCH y 96-1º de nuestra Constitución). Tuvo 84 votos a favor, 4 en contra y 15 abstenciones. El 17 de octubre de 2024, más de dos décadas después de su firma, lo han ratificado 78 Estados, casi el 40% de los estados de la ONU.

La introducción o exposición de motivos del CPUCH, recogiendo una idea afirmada en el art. 149 CNUDM para toda “la Zona” (art. 1º-I del CNUDM), afirma que el Patrimonio Cultural Subacuático (PCS) forma “parte integrante del patrimonio común cultural de la humanidad”, imputando a todos los Estados, según una idea más genérica del art. 303-1º CNUDM, la responsabilidad de su conservación o protección²⁹. El aspecto imperativo que parece dar al “patrimonio común cultural de la humanidad” el art. 311-6º del CNUDM, en relación con su art. 149, debiera excluirse para las normas civiles sobre los pecios. La prolija y difícil normativa del CPUCH se dicta diferenciadamente para las diversas zonas del mar (mar territorial; zona contigua; zona económica exclusiva y plataforma continental, y la Zona, que incluye a las zonas anteriores distintas de la “jurisdicción nacional”, y el alta mar)³⁰, incluyendo su vigilancia administrativa expresamente, y en tendencial contradicción con la libertad de los mares (arts. 86 ss. del CNUDM), alcanzando tal vigilancia sobre pecios la alta mar o la totalidad de la Zona (art. 1-I CNUDM).

Mientras el CNUDM lo han aceptado o ratificado, en 17 de octubre de 2024, 170 estados (incluida la UE) sobre los 193 de la ONU, el CPUCH, gestionado por la UNESCO, solo 78 lo han aceptado o ratificado en 25 de julio de ese año. De la propia letra de ambos tratados se deduce que tiene supremacía el primero sobre el segundo³¹. Desde mi trabajo de 2012 definiendo que España denuncie y se separe de este Convenio de París de 2001, que veo como un tratado de técnica deficiente y poco realista y que creo contrario al espíritu y letra del CNUDM y a nuestros intereses estratégicos. El papel de la UNESCO, si consigue afianzar “auctoritas” en esta materia, debería ser más bien de consulta, o mediación, o asesoramiento

29 Afirma y explica AJELLO, N., creo que con razón, que el art. 149 CNUDM tiene excesiva ambigüedad y técnica bastante criticable. Vid. “La ricerca archeologica”, cit., pp. 165 a 170. En la misma línea MIGLIORINO, L.: *Il recupero degli oggetti*, cit., pp. 99 a 104.

30 Esta zonificación del mar resulta en la práctica muy difícil de concretar, y muchos estados costeros, y entre ellos España, están en proceso de extender sus competencias sobre los recursos marítimos submarinos (no, parece, sobre pecios) más allá de la llamada “plataforma continental”. Vid. el libro de GARCÍA PÉREZ, R.: *La ampliación de la plataforma continental de España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 31 a 36 y 41 a 65. La ministra Teresa RIBERA ha sacado el Decreto 150/2023, de 28 febrero, que apoya en la Directiva 2014/89/UE, de 23 julio y en la L. 41/2010, de 29 diciembre, sobre planes de las cinco zonas marítimas y sus fondos, Decreto extraño de muy poco contenido normativo y que ni siquiera menciona el CNUDM y su compleja concreción en España, ni la LNM de 2014, que es supletoria de este Convenio en el que se inspira ampliamente.

31 Lo afirma PASTOR RIDRUEJO, J.A., quien añade también que el CPUCH de 2001 no deroga disposición alguna del CNUDM, y que debe aplicarse en su contexto. Vid. *Curso de Derecho internacional*, cit., p. 374. CASADO RAIGÓN, R., puntualiza que no existe relación jerárquica entre las normas internacionales y que el tratado y la costumbre tienen una misma fuerza jurídica y un valor derogatorio recíproco. Y que lo que existe es que la norma posterior deroga a la anterior, pero no si (creo que es lo que ocurre en nuestro caso) la norma posterior reconoce su subordinación a la anterior. Vid.: *Derecho internacional*, cit, pp. 169-170.

sobre arqueología subacuática. Pero la UNESCO no tiene dinero ni verdadero poder político, por lo que los teóricos y severos poderes que le reconoce el CPUCH, creo que, no representando una auténtica “potestas”, nunca deberían dirigirse a cuestionar, por ejemplo, los poderes de los particulares o los estados originarios propietarios de un pecio ni a discutir o limitar en exceso el ámbito en la regulaciones que los estados costeros quieran fijar a las autorizaciones de búsqueda o recuperación de pecios en las aguas territoriales suyas o en su Zona contigua³². El CPUCH abarca mucho, todos los mares y océanos y sus zonas, pero no podrá apretar mucho, sino poco, en su designio de dificultar las búsquedas de pecios, y cabe que sea utilizado torticeramente por algunos estados costeros acogidos al mismo. Pretende este Convenio reducir el alcance de la ocupación o salvamento de pecios (art. 4); una discutible sobreprotección administrativa (no civil, me parece) para pecios de buques de Estado³³; y, en general, se diría, poner puertas al campo.

En cuanto a la LNM de 2014³⁴, aparte del lastre de haber seguido por error el art. 29 de la LASHEM de 1962, hay que advertir que, respecto del alta mar, la LNM no recogió los artículos 11 y 12 del CPUCH, lo que crea una especie de gran vacío o laguna, que he defendido debe llenarse con la normativa civilista y preferente del CNUDM³⁵. Esta LNM de 2014, que recibe amplia inspiración

32 El programa “Informe Semanal” de la 1ª cadena de TVE del día 31 de agosto de 2024, que acaso no se emitiera por primera vez, informó sobre la situación del pecio fenicio Mazarrón II (hubo otro pecio descubierto en la misma playa unos años antes pero peor conservado), descubierto a poca profundidad en la costa de Murcia por casualidad en el año 1994, y pecio de 2.600 años de antigüedad. El programa informó de que, tras consultas con la UNESCO y una reunión internacional de arqueólogos subacuáticos, se decidió extraer y tratar para su conservación (muy cara; sobre todo en la madera), por temor a que las tormentas o las corrientes marinas hicieran desaparecer este importante pecio. Estos arqueólogos han discurrido más y mejor que los autores muy radicales del CPUCH, que habían impuesto con suma rigidez el criterio de la conservación “in situ” de los pecios. Habían anatematizado, sin razón, la búsqueda y la extracción de pecios. Ahora algunos rectifican o, al menos, interpretan flexiblemente el CPUCH. Está bien que los arqueólogos subacuáticos, frente a la realidad, aprendan algo de oceanografía y hasta estaría bien que aprendieran algo de Derecho civil o de Derecho internacional. Nuestra materia es pluridisciplinar. El periódico El País de 11 de noviembre de 2014 informó de que la extracción del pecio se había llevado a cabo con éxito.

33 No veo razones para no atribuir a la vajilla artística y variada del siglo XVIII que portaba el pecio del Oriflame (buque comercial) la misma protección legal en sentido cultural y museístico que a las casi 600.000 monedas de plata, todas idénticas, que llevaba el pecio de la fragata la Mercedes (buque de guerra).

34 Desconozco si se han conocido públicamente los autores concretos de esta LNM, pero en materia de pecios se ha reconocido como uno de ellos AZNAR GÓMEZ, M.J., autor del libro citado sobre la materia en 2004, señalando su intervención en la LNM en un trabajo posterior de 2018. En concreto, en “Expolio del Patrimonio Cultural Subacuático: los casos de La Mercedes y del Louisa”, en AA.VV.: *Expolio de Bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo* (dir. por C. GUISASOLA LERMA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 52, nota 99. Este profesor publicó en El País un artículo, el 14 de enero de 2012, con su pensamiento esencial, en el que manifestaba su rechazo a aplicar el Derecho privado a los pecios y afirmaba, muy optimistamente, que España lideraba en el mundo la lucha contra los “cazatesoros”, sin mencionar el CNUDM. Mantengo serias diferencias de opinión con este coautor de la LNM. Una muestra de las mismas puede verse en mi trabajo “Una concepción historicista y iusprivatista del marco jurídico estatal e internacional de los pecios”, en AA.VV.: *El Derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso* (dir. J.L. GARCÍA-PITA y LASTRES y otras), Tomson-Reuters-Aranzadi y Gobierno de España, 2021, nota 37, pp. 123-124.

35 Un pecio muy famoso y que ha producido polémicas jurisprudenciales sobre objetos recuperados en ocasiones del mismo es el del Titanic, hundido en 1912 y que está en aguas internacionales a 3798 metros de profundidad, en las costas de Terranova. Aunque creo que, por su retroactividad, hubiera podido acaso

del CPUCH y no menciona nunca en cambio al CNUDM, este de técnica muy superior, da además trato diferente y protección exagerada (arg. art. 382-1º LNM) a los pecios de buques de Estado o de guerra (la LNM no precisa la distinción con claridad), pensando solo, parece, en su posible inmunidad soberana y en una supuesta costumbre internacional que hace suya la LNM³⁶. Implícitamente niega la LNM la protección civil dada al resto de los pecios con o sin tesoros. Creo que esto es un claro error y lo he argumentado con cierto detenimiento en un trabajo reciente que está en este momento (otoño de 2024) en prensa³⁷. Sostengo allí que la protección que debe darse a la propiedad de los pecios y sus cargas en cualquier zona del mar o de los océanos es, como regla, la misma para todos, sean los barcos de Estado, o tengan función comercial, o de transporte de contenedores o de mercancías, o de pasajeros, o barcos hospital durante las guerras o en la paz, o sean barcos de pesca, o de investigación, o de salvamento, o deportivos, etc. (arg., entre otros, art. 303-3º CNUDM, vista su literalidad y su conocida gestación).

El art. 382-1º LNM ni puede excluir la reivindicación de pecios españoles que no sean de buques de Estado, ni pretender que 169 estados y la UE acepten una idea de dominio público y aplicable a todas las cargas de nuestros pecios, ni nuestra idea de inalienabilidad, imprescriptibilidad o inmunidad de jurisdicción. Aquí late aún el rancio nacionalismo de la Ley de 1962 y sus ilógicas aspiraciones de máxima exclusión del Derecho internacional. Es norma rotunda pero que debilita los derechos de España a sus pecios en casi todos los mares del mundo, y el art. 382-3º exagera nuestras potestades de Estado costero sin base en el Derecho internacional.

ser aplicable el CNUDM a la jurisprudencia posterior a la existencia y vigencia de este Tratado, ratificado por el Reino Unido el 25-7-1997, no consta que haya sido así. Aunque es cierto que la jurisprudencia existente parece sobre todo norteamericana, y los EEUU no han ratificado, ni será fácil que lo hagan, el CNUDM. El Derecho tradicional del almirantazgo británico, asumido en términos generales por los EEUU, parece que ha debido ser, con todo, predominante en los pleitos sobre el pecio del Titanic. Vid. ARROYO, I.: *Curso de Derecho marítimo*, 3ª ed., 2015, pp. 259-260. O también AZNAR GÓMEZ, en su libro citado: *La protección internacional...*, de 2004, pp. 58 a 63.

- 36 Niega la discutible costumbre, invocando la inmunidad de jurisdicción, a favor de la recuperación de los pecios de buques de guerra, CARRERA HERNÁNDEZ, F.J.: *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005, pp. 72 a 75. En la misma línea, pero reconociendo su poco entusiasmo por la técnica de las inmunidades de jurisdicción, aunque en el caso que analizaba (y no cerrado aún en ese momento) vino muy bien a los intereses españoles, su trabajo "El caso de la Fragata de Nuestra Señora de la Mercedes (Odyssey)", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 2009, 17 pp.
- 37 El trabajo lo he titulado "Normas estatales sobre pecios sometidas a tratados internacionales", y saldrá publicado, en dos partes sucesivas, dada su extensión, en la revista de *Patrimonio Cultural y Derecho*, Hispania Nostra, nº 28 y nº 29, en 2025 y 2026. Una similar explicación, menos elaborada, puede verse ya en mi trabajo "Derecho estatal e internacional sobre los pecios y el galeón San José", en la misma Revista, nº 22, 2018, pp. 181 a 185. Una posición anterior y contraria a la mía, que coincide bastante con la regulación de la LNM, y que ha confirmado su autor en su citado trabajo de 2018, contiene las ideas de AZNAR GÓMEZ, M.J., en su libro *La protección internacional*, cit., pp. 176 a 205, en una explicación con mucha y valiosa información pero, creo, no convincente y ahistórica. En la página 619 de ese libro presenté una propuesta (suya, parece, y que no se aprobó oficialmente) de Interpretación oficial del CPUCH, donde insiste (nº 3), y lo ha mantenido creo que siempre en varios trabajos, en la protección civil solo, y basada en una supuesta costumbre, de los buques de Estado. No hace, curiosamente, en su extensa y prolija propuesta ninguna expresa mención al CNUDM.

Otro punto importante en la práctica es que ni la LASHEM de 1962, ni la LNM de 2014, ni el D. 371/2020 sobre extracciones de pecios, presentado por la Ministra de Presidencia Carmen Calvo Poyato, han presentado una lista de infracciones administrativas tipificadas, lo que deja, ante los tribunales, en una preocupante situación de debilidad a la Armada y a la Guardia Civil, que tienen la competencia administrativa de vigilar y sancionar a las empresas o estados buscadores de pecios en las aguas territoriales españolas e incluso en las de la llamada Zona contigua (arg. arts. 25-1º de la Constitución y 303-3º y 33 CNUDM)³⁸, o incluso más allá, de creernos, lo que no resulta fácil, la letra al respecto del CPUCH. Omisión legal lamentable, puesto que el artículo 17 del CPUCH, ya ratificado por España, ordenaba taxativamente, y en coherencia con los arts. 303-2º y 33 CNUDM, desde hace casi un cuarto de siglo, que los estados parte tipificaran sanciones en la materia. El art. 383-2º LNM puede verse como una infracción importante y muy genérica, pero es claro que muy insuficiente. Hay que tener en cuenta también que, por la actual inmadurez doctrinal en esta materia de los pecios, la precisa tipificación de estas sanciones no resultará nada fácil de elaborar. *Vid.* también los arts. 89 y 90 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo.

Una recomendación a nuestro legislador para la redacción de esas futuras infracciones tipificadas de las empresas o estados, españoles o extranjeros, buscadores o recuperadores de pecios en aguas de la responsabilidad de nuestro Estado sería, además del recordado art. 25-1º CE, el respeto debido a la propiedad privada o pública de los pecios españoles o extranjeros (art. 303-3º CNUDM), y de los barcos exploradores, propiedades para las que se hará necesario respetar también la protección constitucional al dominio (art. 33 CE) y la reserva legal al mismo que impone el art. 53-1º CE. Igualmente, habrá que considerar también que las empresas o estados que busquen o quieran recuperar pecios tienen que estar protegidos por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE, en relación con los arts. 303-2º, 2, 3 y 33 del CNUDM), lo que debe significar un margen de libertad razonable para desarrollar esas actividades. También protegen la libertad de empresa y el derecho de propiedad, por supuesto, los artículo 16 y 17 de la Carta de Niza de 2000, vigente en España desde 2008, y que contiene la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁹.

38 CASADO RAIGÓN, R., reconoce derechos soberanos a España sobre los recursos en la plataforma continental de todo su litoral, pero cita una sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 21 de abril de 2022 que afirma que el art. 303 del CNUDM es aplicable solo en las primeras 24 millas desde la línea de costa. *Vid. su Derecho internacional*, cit., p. 349, nota 94 y pp. 342-343.

39 Sobre protección penal de yacimientos arqueológicos, puede consultarse, entre otros de interés para los pecios, el trabajo de NÚÑEZ SÁNCHEZ, Á.: "La nueva regulación penal del delito de expolio de yacimientos arqueológicos", en AA.VV.: *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo* (dir. por C. GUIASOLA LERMA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 165 a 198. A la problemática de los pecios no alude directamente, en cambio, el libro de YAÑEZ, A., relativo a sanciones administrativas, titulado *Patrimonio arqueológico y Derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 284 pp.

Por lo demás, las sanciones futuras deberán ser graduadas según la gravedad mayor o menor de las irregularidades cometidas en la búsqueda o en la extracción del pecio o de su carga. Cabe que ciertas irregularidades se puedan sancionar con multas razonables, sin llegar a convertir la ocupación de un pecio en inválida o ineficaz. Creo que del CNUDM sería bueno deducir una idea general de la libertad de extracción de las cargas de los pecios cuando estas existan aún. Y que el CPUCH no debería prohibir rígidamente la extracción provisional del pecio, para poder estudiarlo, aunque se impusiera luego la posible restitución del mismo, para conservarlo, al fondo marino⁴⁰.

La LNM copia el concepto de “hallazgo” (art. 368) de la LASHEM (arts. 19 y 20) y le da rígido trato similar a esta, igual que vuelve a excluir como regla (art. 374) la posibilidad de que existan en aguas jurisdiccionales españolas ocupaciones lícitas de pecios. El liberal art. 379 de la LNM, que aplica el término “salvamento” a los pecios⁴¹, se acerca al CNUDM, pero encaja mal con otros artículos de su Sección. Nuestro Derecho tiene pendiente el reto de soltar el lastre del espíritu y letra de la LASHEM, que se mantuvo, en gran parte, por la hoy solo parcialmente aplicable, para los pecios, LNM. Hay que adaptar esta, con rigor y cuanto antes, al CNUDM. Mientras no se haga, los jueces españoles están ya obligados, y será difícil, a aplicar este Tratado con preferencia a la LNM (arg. art. 218-1º LEC: “iura novit curia”).

II. REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE ALGUNOS PECIOS ESPAÑOLES O EXTRANJEROS.

I. El caso del pecio en Finisterre del buque Douro y su valiosa carga.

Antes de comenzar el comentario sobre algunos casos de pecios concretos, recordaré que he comentado en ocasión anterior⁴² el caso de los intentos de la

40 La arqueología, según el Diccionario de la Lengua Española, es la “ciencia que estudia las artes, los monumentos y los objetos de la antigüedad, especialmente a través de sus restos”. Pero los “restos” de los objetos antiguos de un pecio no son, necesariamente, todo lo que llevaba el buque y que se encuentre allí todavía, sino puede que baste para la ciencia arqueológica una parte del tesoro, sin que necesariamente tenga sentido aplicarle a la otra parte el concepto de nuestras leyes de “dominio público”. Una opinión claramente crítica con la idea del CPUCH de mantenimiento de los pecios “in situ”, es la de MIRANDA GONÇALVES, R.: “Presente y futuro de la legislación del patrimonio cultural subacuático en España a raíz de la Convención de 2001 de la UNESCO”, en AA.VV.: *Tutela jurídica del patrimonio cultural* (coord. M.J. Roca y O. Godoy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 98 y 124.

41 En la doctrina europea continental el “salvamento” se suele referir solo a buques en peligro y no a pecios. Vid. la monografía de BERLINGIERI, G.: “Salvataggio, assistenza, ricupero e ritrovamenti di relitti della navigazione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Vol XVI, 1969, pp. 342 a 661.

42 Vid. mi trabajo “Una concepción historicista..”, cit., pp. 120 a 131. Mi explicación es crítica al estudiar las búsquedas del Sussex con la torpe actuación de España y del Reino Unido, a diferencia de las explicaciones de otros autores allí citados (RUIZ MANTECA, R., AZNAR GÓMEZ, M.J.; o BOU FRANCH, V.E., etc.) que consideraron acertada la actuación de España y fueron en cambio muy críticos con la actuación de la empresa norteamericana Odyssey. No critiqué entonces la explicación de SAN JUAN, V., todavía más crítica con esta empresa que la de estos autores antes citados, ya que llega el autor a afirmar que el Sussex era solo un pretexto o un “buque fantasmal”, para descubrir y ocupar la Fragata de “la Mercedes”, y

empresa Odyssey por descubrir, entre 1999 y 2007, el pecio del HMS Sussex, buque británico y de guerra naufragado en febrero de 1694 cerca de Gibraltar con un importante tesoro, como muy ilustrativo caso del Derecho español bajo la Ley 60/1962 y el CNUDM.

Un pecio que aquí propongo considerar es el Douro, barco transatlántico británico⁴³, que fue abordado casualmente por otro barco español y vasco, el "Irlurac Bat", y se hundieron ambos tras el choque, un día de niebla y marejada, cerca de la costa gallega en Finisterre el 1 de abril de 1882, pereciendo ahogadas en total 73 personas (42 de ellas, tripulantes del Douro). El Douro volvía de Brasil cuando naufragó. Mucho después se supo que el buque Douro quedó en el fondo marino a 355 metros de profundidad, sin conocerse a qué distancia de la costa española. Un siglo largo después, en 1986, la Sociedad Comex solicitó a la Comandancia de Marina de la zona autorización para extraer objetos de este y otros barcos hundidos en la zona; surgieron dudas competenciales y oposición social a que se concediera la autorización, y finalmente, cuatro años después, en 1990, se denegó la autorización de extracción. Sin embargo, el 6 de junio de 1995 el sueco Sverker Hallstrom, que disponía de dos barcos, el Scorpio y el Deep Sea Worker, sí obtuvo la autorización para buscar genéricamente barcos hundidos en una zona próxima a la costa delimitada entre ciertas coordenadas que proponía la solicitud y que aceptó la Autoridad española de Marina⁴⁴. Hallstrom localizó el pecio del Douro en 1995, parece que ayudado por un buzo local y con tecnología sofisticada, y sirviéndose de planos del barco proporcionados por la aseguradora "Lloyd's" para localizar en el pecio la caja fuerte, extrajo y recuperó un importante tesoro. Sin avisar a la Autoridad de Marina del descubrimiento ni de la extracción del tesoro e impidiendo o no colaborando en cualquier supervisión de lo hallado por dicha Autoridad. La carga, según la versión de la Guardia Civil, comprendía

para engañar a la vez, acaso, a los gobiernos español, portugués e inglés. No es convincente en absoluto este razonamiento de quien ignora tanto la ley española de 1962 como la vigencia sobre tales hechos del CNUDM. Es del todo inverosímil que el Reino Unido pactara con una empresa experta como Odyssey la búsqueda del pecio de un barco sin estar muy seguro este Estado de la existencia del pecio de ese buque de guerra, de su tesoro y de la zona aproximada donde naufragó. Vid. *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 192 a 197. Existe como una competencia doctrinal poco razonable para ver quién presenta a la empresa Odyssey como con más designios ilegales, malvados o maquiavélicos. Y no veo que nadie mire hacia la negligencia de nuestro Estado.

43 La información sobre el Douro la extraigo, por una parte, de tres autores diferentes, que han publicado dos trabajos en AA.VV.: *El expoliar se va a acabar* (editores A. YAÑEZ e I. RODRÍGUEZ TEMIÑO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Los trabajos son los siguientes: PENA PUENTES, R.C.; y DÍAZ OTERO, A.: "El expolio en Galicia en el marco legal del Patrimonio arqueológico", pp. 250-251; y GUASCH GALINDO, J.A.: "La Guardia Civil y la lucha contra el expolio arqueológico subacuático", pp. 414-415. Por otra parte, se ha ocupado del caso Douro, con versión sobre los hechos algo diferente de la que doy aquí y acaso con información jurídica menos consistente, también SAN JUAN, V.: *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 221 a 228.

44 La diversa explicación de SAN JUAN, V., parece negar que los buscadores del pecio y recuperadores del tesoro carecieron de permiso del Gobierno español, lo que no parece cierto. Vid.: *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 226 a 228.

26.000 monedas de oro, 350 kilos de oro en lingotes y obras de arte, como esculturas y otras⁴⁵.

Tras la recuperación de la carga, el capitán del barco recuperador, Paul Barbary, se despidió con un fax (en inglés, y parece que tardó meses en traducirse formalmente) agradeciendo las facilidades dadas a las autoridades españolas, declarando que el hallazgo se hizo a 18 millas de la costa en aguas internacionales, y que la recuperación se había hecho conforme a las prescripciones de la Asociación de Salvamento de Londres, que era representante del propietario de la mercancía. El tesoro o cargamento se depositó en una Isla del Canal de la Mancha y luego se empezó a vender su contenido por Internet, hasta que en 2013 la Guardia Civil consiguió cerrar esa página web. Se supo también de la subasta de bienes del Douro en conocidas casas de subastas de Londres. Las autoridades españolas y el público conocieron el suceso bastante después, el 9 de febrero de 1997, por un programa de la Segunda Cadena de la TV española, que no precisaba el lugar de la recuperación del pecio, pero que se hizo evidente en el programa con lo manifestado en imágenes y datos que se trataba del Douro. Se iniciaron entonces, en 1997, unas diligencias penales, que acabaron archivándose.

Lo primero que debemos preguntarnos es si el pecio y su carga, caso de haber sido hallados en aguas territoriales españolas, eran propiedad del Estado español. Desde el punto de vista de la letra de la ley (art. 29 LASHEM), y sin haber entrado aún en vigor para España, en el momento del hallazgo (sucedido durante el año 1995), el CNUDM de 1982, hubiera sido claro que sí⁴⁶. Sin embargo, esa parece una solución bastante simple e injusta en sí misma y contraria al CNUDM, cuya aplicación retroactiva hubiera sido defendible al naufragio de abril de 1882 pero solo desde la entrada en vigor del Tratado en España el 14 de febrero de 1997. Había al menos indicios, aparte del contenido del fax de despedida del capitán del barco recuperador, de que acaso estaban detrás de la operación de recuperación, que se inició además con respeto a la legalidad española, porque debió considerar el Sr. Hallstrom que el pecio podría estar en aguas territoriales españolas, personas con derechos de propiedad bien fundados sobre la carga del pecio ("propietarios identificables": art. 303-3º CNUDM, precepto que al menos tenía ya en 1995 autoridad moral). O sea, que era defendible que hubiera habido detrás del intento de recuperación, propietarios al menos de la carga y también del pecio hallado diversos del Estado español. Hundido el barco en 1882, y acaso financiando esa recuperación, podrían estar detrás esas personas con derechos:

45 El valor de la carga del Douro parece bastante reducido en la versión de SAN JUAN, V., ya que alude a que el barco transportaba oro en lingotes y monedas por valor de 53.000 libras esterlinas. *Vid.: Cazatesoros y expolios*, cit., p. 222.

46 En opinión, de SAN JUAN, V., que no es jurista y no menciona nunca en su libro el CNUDM, esta simplista opinión basada en el art. 29 de la LASHEM era la claramente aceptable y el pecio y el tesoro se habrían hecho tras tres años de naufragado el Douro de propiedad del Estado español. *Vid.: Cazatesoros y expolios*, cit., p. 226.

un hijo o nieto del dueño del barco o de la carga, o causahabientes de ellos, o la aseguradora "Lloyd's" si se había subrogado en los derechos de aquellos, por ejemplo.

Así que, según el planteamiento tradicional de inspiración romanista del Derecho español, que acaso dejó cierta inercia en las autoridades españolas, lo lógico hubiera sido reconocer los derechos de estos extranjeros en desgracia y permitirles recuperar sus bienes del pecio heredados o adquiridos de otra manera (desde ese planteamiento tradicional la mercancía o tesoro del pecio era vendible por sus dueños, acaso al propio Sr. Hallstrom). Además, los abogados de este Señor que recuperó la carga esencial del pecio siempre hubieran podido oponer al Estado el art. 33-3º de la vigente Constitución española y alegar que el art. 29 de la Ley 60/1962 era inconstitucional, incluso originariamente (arg. arts. 30 y 32 del franquista Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, no reformado en esto por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967), por confiscatorio de una propiedad privada. Bien es cierto que estas dos explicaciones tampoco eran seguras y parece un indicio de algún tipo de irregularidad el que los bienes se empezaron pronto a vender por Internet. Y parece un comportamiento desleal (pero no está claro que ilegal, si no se les exigió claramente en la autorización administrativa) con la Administración española, esta desde luego que demasiado pasiva, el que los recuperadores no comunicaran el descubrimiento del pecio y solo se despidieran después de asegurarse la posesión del tesoro recuperado⁴⁷.

De modo que podemos concluir con varias apreciaciones. Primero, fue poco considerado tardar cuatro años (1986 a 1990) en contestar a la empresa Comex sobre la solicitud de autorización de extracción de objetos valiosos de un pecio extranjero, para además denegar la autorización y por presiones sociales de discutible justificación. Segundo, lo conveniente al interés español hubiera sido que la Autoridad de Marina, al instruir el expediente administrativo de recuperación del barco, que creo debió autorizar (una embestida de un barco español, en fin, es lo que había echado a pique al Douro, aunque la culpa del accidente no estaba del todo clara)⁴⁸, hubiera afirmado que en principio la propiedad del barco hundido y de su carga eran o debían presumirse del Estado español conforme a la ley española de 1962, y que hubiera ido recabando dicha Autoridad la mucha información fiable que faltaba a nuestra Administración sobre la cuantía y titularidad de los bienes cargados en el pecio; y que hubiera impuesto, acaso bajo una fuerte fianza, condiciones estrictas para controlar los resultados de la búsqueda del pecio, y

47 En la versión de SAN JUAN, V., el ocultamiento y la mala fe de los rescatadores del tesoro fueron indudables. Vid.: *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 226 a 228.

48 La descripción del accidente y del doble naufragio está muy detallada en la explicación de SAN JUAN, V., que denota a lo largo de su libro tener bastantes y precisos conocimientos marinos o incluso históricos. Vid. *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 222 a 224. Explica también el autor que el naufragio tuvo en su momento gran repercusión en la prensa y que incluso fue mencionado en uno de los libros del gran escritor británico (polaco, de origen), con gran experiencia vital marinera, Joseph CONRAD.

su identificación, y para saber si se realizaba su hallazgo en aguas españolas (12 m.n. desde la línea de costa) o internacionales. O sea, en suma, que la Autoridad hubiera vigilado y “acompañado” las operaciones de extracción de la carga del pecio, lo que no se desprende como obligación suya con suficiente claridad de la Ley 60/1962.

Lo mejor habría sido que nuestro Estado se hubiera hecho, a través de eficaces condiciones impuestas en la autorización y eficaz y puntualmente exigibles en su cumplimiento, con la posesión del tesoro y hubiera declarado de entrada su propia y presunta propiedad patrimonial (arg. art. 29 LASHEM). Entonces, se hubiera obligado, sobre todo habiendo sido el hallazgo en aguas territoriales españolas, a los reclamantes a probar su propiedad del pecio o carga al menos ante la Administración y, en caso dudoso, ante los jueces españoles, y a probar en suma la suficiente consistencia de sus propios títulos jurídicos. De probar los reclamantes que el hallazgo se hizo en aguas internacionales, los jueces hubieran podido o no condenar al Estado a la entrega del tesoro a los reclamantes. Lo segundo, ya por su adquisición por ocupación ya, acaso mejor, por la suficiente consistencia de sus posibles títulos jurídicos de propiedad (argumento importante por la retroactividad del artículo 303-3° CNUDM, no vigente todavía al producirse el hallazgo en 1995, pero ya existente y con mucha autoridad moral e histórica). De conceder la razón los tribunales al Estado español, probado que el hallazgo fue en aguas territoriales españolas (12 m.n.) o sin poder probarse en qué aguas se produjo este, con base en el art. 29 de la LASHEM, otorgándole la propiedad del barco y de su carga, hubiéramos tenido jurisprudencia seria sobre esta en teoría importante Ley de 1962, aunque acaso ello hubiera deteriorado un tanto la imagen de España en el exterior. Se perdió una buena ocasión de crear jurisprudencia sobre pecios sumergidos y aumentar la seguridad jurídica en la materia. No llegó a haber un juicio civil serio y el penal iniciado fue más bien ilusorio y voluntarista. Se ha afirmado, con cierta exageración, que en este caso el Gobierno español hizo un “ridículo espantoso”⁴⁹.

Los tres funcionarios españoles que nos informan sobre el supuesto “expolio” del Douro están convencidos de que fue un caso paradigmático de “expolio” ilegal. Pero ya se ve que la diligencia del Estado resultó sumamente mejorable para el difícil caso, y que, con regulación tan defectuosa como la de la Ley 60/1962, que ignoraba del todo cualquier idea de reciprocidad en este tipo de relaciones internacionales, las cosas no eran tan sencillas, habiéndose planteado además ya el conflicto bajo la vigencia de la Constitución de 1978 (arg. arts. 9, 33 y 93 y ss.). Y además, y en otro sentido, puesto que el tesoro estaba en una caja fuerte, este caso puede ser un ejemplo de que se puede en algunos o muchos supuestos recuperar la carga de un pecio sin, acaso, causar apenas daño al pecio y a su

49 Vid. SAN JUAN, V.: *Cazatesoros y expolios*, cit., p. 228.

valor o información históricos. Contra la idea, por cierto, que inspira el Convenio UNESCO de París de 2001. Se recobró el tesoro sin llegar a usar explosivos o sin perforar el casco del pecio. De todos modos, nadie se interesó en el caso del Douro, que se sepa, por la información histórica que pudiera haber proporcionado el pecio.

2. El caso del pecio del galeón español San Diego en Filipinas.

A) *La búsqueda y recuperación del galeón y el tesoro del San Diego.*

La lejanía del archipiélago filipino quizás aconseja entre nosotros empezar recordando, con breves pinceladas, la historia de la pertenencia de ese archipiélago a la Monarquía española que duró desde 1521 hasta 1898⁵⁰. Se inicia esta etapa española de Filipinas cuando Fernando de Magallanes⁵¹, portugués al servicio del Rey de España (negoció el viaje con Cisneros, ausente Carlos I), desembarcó (1521) en la Isla de Cebú, situada en este archipiélago entre el mar de China y el Pacífico. Inicialmente, hubo una compleja y difícil negociación con Portugal sobre las rutas utilizables por cada una de estas potencias marítimas del momento. La situación se fortaleció a favor de España cuando, en 1565, Miguel López de Legazpi consiguió, saliendo de México y atravesando el Pacífico, llegar a Cebú. En la isla de Luzón estaba Manila, un importante centro comercial, donde comerciaban malayos, chinos, hindúes y población de origen árabe. Se ha aludido a veces a que en ese momento se renovó la antigua “ruta de la seda”, de tanta importancia histórica, siendo por entonces potencias mundiales de primer orden tanto China como España. En 1571 se había fundado por López de Legazpi Manila como ciudad. En 1593 Felipe II había dado ya unas ordenanzas de cierta importancia. Las dificultades de España para mantener su dominio del archipiélago fueron importantes solo cuando en 1896 hubo una insurrección en Luzón, seguida de otras varias que llegaron a empalmar con la guerra sobre Cuba con EEUU. En agosto de 1898 capituló Manila ante los insurgentes. Y el Tratado de París de 10 de diciembre de 1898 puso fin al dominio español en Filipinas. Todavía un puñado

50 Me apoyo en la explicación de GARCÍA FERNÁNDEZ, M., en el concepto “Filipinas”, del Tomo 5º de AA.VV.: *Enciclopedia de Historia de España* (dir. M. ARTOLA), Diccionario temático, Tomo 5º, Alianza Editorial, 1991, pp. 523 a 524, y allí mismo, NAVA RODRÍGUEZ, M.T., sobre el concepto “Tratado de límites”, pp. 1156 a 1158. De interés son también el Prólogo de DESROCHES, J.P., y el apartado “Los galeones” de ORTÍZ ARMENGOL, P., en AA.VV.: *El San Diego, un tesoro bajo el mar* (coord. J.P. DESROCHES y F. GODDIO), Elf-Cooperación española-CEPSA, 1995, pp. 22 a 34. En este libro, véase también la explicación histórica de Franck GODDIO, muy culto arqueólogo submarino y principal artífice del descubrimiento y recuperación del galeón San Diego, en las pp. 38 a 55. También hay información sobre la historia de Filipinas y la organización institucional de la colonia española allí en la Gran Enciclopedia LAROUSSE, Ed. Planeta, tomo 9º, 1988, pp. 4364 a 4367. En un enfrentamiento con los indígenas de Filipinas perdió la vida MAGALLANES, como se sabe. GODDIO empezó sus trabajos de arqueólogo submarino hacia el fin de la dictadura de Ferdinand MARCOS (1965-1986).

51 En septiembre de 2022 hemos celebrado en España la terminación de la primera vuelta al mundo protagonizada por MAGALLANES y culminada por el vasco Juan Sebastián ELCANO. Un resumen de la hazaña y de las vidas de ambos ilustres marinos puede consultarse en AA.VV.: *Enciclopedia de Historia de España* (dir. M. ARTOLA), tomo 4º, Diccionario biográfico, en voces redactadas por RUIZ JIMÉNEZ L. y por GARCÍA FERNÁNDEZ, M., pp., respectivamente, 515-516, y 271-272.

de españoles prolongaron una resistencia heroica en la Iglesia de Baler. Fueron “los últimos de Filipinas”.

Los galeones españoles transportaron durante 250 años (1565 a 1813) mucha plata extraída en Méjico y Perú (Potosí), por una vía muy extensa y peligrosa, donde hubo muchos accidentes y naufragios. La batalla naval hispano holandesa que produjo el hundimiento del galeón San Diego se produjo, reinando ya Felipe III, el 14 de diciembre de 1600, muy cerca de la pequeña isla Fortuna, situada en el archipiélago de las Filipinas. Sobre esta batalla veremos que hubo históricamente dos versiones bastante distintas sostenidas, respectivamente y ante todo, por los dos hombres que mandaron las dos flotas enfrentadas aquel día algo trágico para los intereses de España, en teoría vencedora en la batalla. Estos dos hombres fueron Olivert de Noort, holandés, y el español Antonio de Morga Sánchez Garay. Cada uno de ellos escribió un libro de éxito en el que recogió su versión de lo sucedido el 14 de diciembre de 1600 junto a la isla Fortuna. El primero tituló su libro “Descripción del penoso viaje” (1602) y el segundo incluyó su versión de la batalla en el libro “Sucesos de las islas Filipinas” (1609).

Olivert de Noort (1558 ó 1559 – 1627)⁵² era dueño de una taberna en Rotterdam, marino con experiencia, y aventurero que había participado en expediciones marítimas que mezclaban el comercio y, ampliamente, la piratería⁵³. Una flota financiada por comerciantes de Rotterdam y de Amsterdam, de cuatro navíos, de la que Olivert de Noort era, sin que se sepan bien las razones de ello, el almirante, partió de Amsterdam el 13 de septiembre de 1598. Los cuatro barcos de esta flota fueron el “Mauritius”, que era el nombre del Gobernador y navío almirante de 275 toneladas; el “Hendrik-Frederik”, barco vicealmirante de 350 toneladas; y dos navíos más pequeños, llamados “yates”, de unas 50 toneladas cada uno: el “Eendracht” (Concordia) y el “Hope” (Esperanza). Se embarcaron unos 250 hombres. A este peculiar almirante se le había hecho un empréstito de 200.000 florines y la recomendación, que no cumplió, de que procurara no perjudicar a España, para no poner en peligro la paz que con esta se esperaba tener desde las dos pujantes ciudades holandesas citadas.

Olivert de Noort había llegado, tras muchas peripecias, con solo parte de su flota (dos barcos) a las Filipinas el 16 de octubre de 1600 y la había anclado en el bahía de Albay, en la costa este de Luzón. Quizás esperaba atacar el galeón que iba a venir de Acapulco, el Santo Tomás, que se suponía portaría riquezas y un importante tesoro. Tras diversas vicisitudes, su llegada a Albay se conoció en Manila. La noticia de la flota holandesa, aunque ya solo con dos barcos, causó

52 Vid.: *El San Diego*, cit., pp 52 a 56.

53 Vid. SAN JUAN, V., quien presenta a Olivert de Noort sobre todo como pirata y bastante duro y cruel.: *Cazatesoros y expolios*, cit. pp. 49 y 50.

temor en Manila y esta se dispuso a defenderse. La Audiencia, con competencias para ello que compartía con un Capitán general o Gobernador, ordenó armar una flota y ordenó prepararla para perseguir y rendir o terminar con los holandeses.

Aquí interviene el segundo protagonista principal de nuestra historia, Antonio de Morga Sánchez Garay (1559-1636). Felipe II le había nombrado, el 18 de agosto de 1593, consejero y lugarteniente del gobernador de Filipinas, Francisco Tello, cuando Morga tenía 35 años⁵⁴. Morga, primeramente, al saber que había sido nombrado como almirante de la flota que se preparaba el competente marino Juan Ronquillo de Castillo, intrigó ante el gobernador para desacreditar a este. Aspiraba a sustituirlo. Morga, en teoría con grandes dotes de organizador, se encargó luego de preparar la flota que habría de perseguir a los holandeses. Entre otras medidas, requisó el San Diego, galeón mercantil y desarmado de unas 300 toneladas, que pertenecía a los comerciantes Luis de Bolver y Antón Thomas. El San Diego fue armado para el combate con 14 cañones de bronce y su munición, y lo mismo se hizo con otro barco de menor tamaño (unas 50 toneladas), recién construido y que se bautizó como el San Bartolomé; a este se le pusieron diez cañones. Además, se embarcó gran cantidad de provisiones, de municiones y de pólvora. Aunque Morga no era militar ni tenía experiencia en combates navales, consiguió, con intrigas, que Tello, el gobernador, le nombrara almirante en secreto y sin publicidad alguna.

El 11 de diciembre de 1600 comenzó el embarque en los dos mencionados barcos. El San Diego fue elegido por Morga como navío almirante y en el mismo se embarcaron más de 450 personas, entre las que la mayoría eran soldados (algunos mercenarios), pero también 150 nobles y oficiales de la aristocracia española de Manila, así como tres eclesiásticos. El 12 de diciembre de 1600 levó anclas la flota de los dos barcos con el apoyo de dos embarcaciones indígenas. Se había instruido a Morga para que persiguiese a los barcos piratas lo más rápidamente posible. La flota permaneció anclada toda la jornada del 13 de diciembre, y Morga dio órdenes al capitán Alceda, con el que estaba enemistado, y que mandaba en el San Bartolomé, de que siguiera al San Diego y procurara atacar junto con él a la nave almirante de los barcos holandeses piratas, nave que era el "Mauritius", habiendo quedado a sus órdenes y las de Noort el "Eendracht".

Sobre la batalla naval sucedida entre españoles y holandeses ha habido una versión o explicación oficial, que se sabía discutida por algunos, y que fue elaborada sobre la base de las declaraciones de Morga, y que, aceptada por Felipe III, prevaleció durante casi cuatro siglos⁵⁵. Y otra versión reciente y bastante

54 Sigo sobre todo la magnífica y creíble explicación de GODDIO, F.: *El San Diego*, cit., pp. 56 a 59.

55 Vid. esta primera versión oficial de la batalla, que figuró durante cuatro siglos en muchos libros, el resumen que ofrece GODDIO, F.: *El San Diego*, cit., pp. 64-65, y 74-75.

diferente, que las investigaciones sobre todo de Franck Goddio alumbraron, y versión deducida de las declaraciones secretas de testigos directos de los hechos que se encontraban en los archivos de la Casa de Contratación de Sevilla, y con datos de otros archivos holandeses o españoles (Biblioteca del Museo Naval de Madrid, y archivo de Simancas en Valladolid). Esta segunda versión de la batalla coincidió en esencia con las declaraciones o escritos de Olivert de Noort, del capitán Alceda, y de alguna autoridades de Manila del tiempo de la batalla.

Veamos primero la versión oficial y tradicional durante casi cuatro siglos del combate del San Diego. La flota española anclada en el puerto de la isla de Mariveles levó anclas al alba del día 14 de diciembre de 1600. El San Diego alcanzó al "Mauritius", lo cañoneó y abordó, iniciándose un duro y furioso combate con su tripulación que duró seis horas. El capitán Alceda, desobedeciendo las órdenes recibidas del almirante, no abordó al "Mauritius" y se limitó a perseguir al "Eendracht", que huyó hacia el sur. El almirante Morga dirigió toda la batalla desde el puente de mando del San Diego y acudiendo a todos los lugares en los que fue requerido o necesario. Sobre las 14 horas se declaró una vía de agua, probablemente porque el navío se habría dislocado por los numerosos cañonazos que había disparado durante la batalla. Además, hacia el final del encarnizado combate, se declaró un incendio en el "Mauritius", por lo que el almirante español dio orden de cortar las amarras de abordaje que unían a los dos barcos, con el fin de salvar a sus hombres y la artillería, y pensando llegar a la isla Fortuna, situada a dos leguas del lugar de la batalla. Sin embargo, tras navegar algunos centenares de metros, el San Diego, se fue a pique. El almirante Morga fue el último en arrojar al mar y nadó durante cuatro horas llevando en sus manos los dos estandartes arrebatados al enemigo. Un centenar de hombres logró salvarse alcanzando a nado la isla Fortuna y evitando los disparos de arcabuz y los cañonazos que con saña les disparaban los holandeses desde el "Mauritius".

Franck Goddio nos cuenta que investigó por encontrar en la versión oficial y tradicional de la batalla, que se conoció históricamente como la "Jornada de los holandeses", contradicciones y oscuridades y hasta una poco verosímil descripción del lugar exacto donde se dio la batalla⁵⁶.

Resumiendo un tanto la batalla naval, conforme a la versión de Goddio⁵⁷, cabe afirmar que Antonio de Morga, que había estudiado en la Universidad

56 Vid. de GODDIO, F., para su versión, fruto de una brillante investigación histórica, de la "Jornada de los holandeses": *El San Diego*, cit., pp. 38-39, 62-63 y 65 a 73.

57 El importante libro de 1995 de GODDIO, F., y otros sobre el galeón San Diego no lo había citado hasta ahora en mis trabajos anteriores, dado que lo compré en una librería de viejo en 2021 y desconocía su existencia. Además, he comprobado que no lo había citado ninguno de los otros autores españoles de trabajos sobre pecios que he venido manejando en los últimos años. Y finalmente, no conozco ningún libro o trabajo de historiador o de jurista español preocupado por los pecios que haya acogido la compleja versión sobre la batalla que ocasionó el hundimiento del San Diego y que, tras trabajosa investigación de GODDIO, F., puede darse hoy por segura en su verdad histórica esencial. Aunque el libro de este prestigioso autor y de

de Salamanca, pero que no era militar ni tenía experiencia alguna en combates marítimos, tomó varias decisiones erróneas antes y durante la batalla. Lastró mal el San Diego, pese a la aglomeración de personas, animales y pertrechos que dificultaban moverse por el barco, siendo el lastre desequilibrado, lo que, en el momento del enfrentamiento con el “Mauritius”, comandado por Olivert de Noort, parece que creó alguna dificultad en el uso eficiente de los cañones, que apenas se utilizaron desde el San Diego.

El San Diego levó anclas en plena noche sin prevenir al San Bartolomé de su salida, por lo que este segundo barco salió con retraso y llegó algo tarde a la batalla con el “Mauritius”. El San Diego buscó el abordaje del “Mauritius”, pero antes de alcanzarlo recibió dos andanadas de la artillería de este barco, que parece le dañaron seriamente. Finalmente, el San Diego sí que abordó al “Mauritius” pero no con acercamiento de costado, para echarle los garfios y sujetarlo bien, sino chocando de frente, lo que dificultó el abordaje y pudo ocasionar o agravar los daños del San Diego. Los holandeses, que no eran más que 59 y se supone que fatigados después de un viaje extenuante de más de dos años, al ver en el San Diego a unos 300 hombres muy armados y algunos con armaduras, se refugiaron todos bajo la cubierta. Hay que suponer que, como para descender bajo cubierta, los ocupantes españoles pasados al abordaje al “Mauritius”, que fueron solo unos treinta, hubieran debido bajar de uno en uno o de dos en dos, ese descenso hubiera sido, en principio, peligroso y no fácil de lograr con pleno éxito o con pocas bajas. En todo caso, los españoles se dan cuenta de que han ocupado el barco y se sienten vencedores, además de arrancar los pabellones holandeses de sus mástiles y de poner en uno de ellos el pabellón español, proclamando, entre gritos de ¡España! ¡España!, y afirmando Naveda, el Secretario de Morga, desde el San Diego, que el “Mauritius” ya pertenecía al Rey de España.

Por entonces, el San Bartolomé, al mando del capitán Alceda, ya había alcanzado el lugar de la batalla y, poniéndose al otro lado del “Mauritius”, le disparó con sus cañones una andanada a bocajarro, aunque los españoles que estaban en el puente de ese barco les pidieran que no dispararan más y les transmitieron la orden de Naveda, Secretario de Morga, de que el San Bartolomé perseguiera al “Eendracht”, que había huido y se encontraba ya a unas dos leguas de allí.

otros colaboradores suyos tendrá, cuando este trabajo vea la luz, tres décadas de existencia, es curioso y significativo que obras sobre la materia mucho más modernas sigan fieles a la versión errónea y tradicional de la batalla. Véanse, por ejemplo, FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I.: *Los tesoros del mar*, cit., pp. 165-166; o también SAN JUAN, V.: *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 45 a 48. He comprobado también que la Gran Enciclopedia LARROUSE, en su versión española, en el “concepto “Filipinas”, ni en su tomo 9, 1ª edición. 1988, ni en el tomo 1º de Suplemento de 1993, no menciona tampoco ni el galeón San Diego, ni la importante batalla del 14 de diciembre de 1600, en la que se hundió el barco. La Wikipedia ofrece algunos datos ciertos sobre la batalla del 14 de diciembre de 1600, pero para nada explica que durante cuatro siglos se aceptó oficialmente una versión de la misma que hoy sabemos sustancialmente falsa. La versión verdadera de la batalla sí puede encontrarse en un libro francés, pero de un colaborador de GODDIO, F., lo que resulta lógico. Vid. DESROCHES, J.P.: *Trésors des galions*, Ed. Réunion des Musées Nationaux, París, 1994, pp. 31 a 33. La buena investigación histórica requiere la localización y estudio serio de los mejores libros o documentos.

Algunos de los ocupantes del barco holandés volvieron a pasar al San Diego con intención de entregar al almirante Morga los pabellones holandeses ocupados y de recibir órdenes del mismo. Sin embargo, se sorprenden cuando encuentran a Morga escondido y protegido entre unos colchones de kapok, lívido y prostrado e incapaz de impartir orden alguna. Acaso por miedo o por la impresión de los cañonazos recibidos y del duro choque de los dos barcos. Durante cinco horas Morga es incapaz de emitir orden alguna y ni los suboficiales se atreven a sustituirle, ni los soldados intentan nada aún al paso de tanto tiempo. Morga estuvo todo ese tiempo mudo, y los holandeses, que habían llegado a ofrecer la rendición y a solicitar gracia, se fueron envalentonando y hasta empezaron a disparar a los españoles.

En cierto momento, tras esa prolongada parálisis de tan singular batalla, se corre el rumor de que se ha abierto una vía de agua en el San Diego, acaso por el choque de los dos barcos o por haber alcanzado alguno de los cañonazos recibidos al barco por debajo de la línea de flotación. La vía de agua es importante y los oficiales informan pronto de que es imposible repararla, en parte por la gran cantidad de objetos que atiborran las bodegas, en las que resulta casi imposible moverse con cierta agilidad. Además, el "Mauritius" empezó a arder; según Goddio, porque probablemente Oliviert de Noort recurrió a esta antigua argucia marinera de escapar de un abordaje provocando un incendio del propio barco y asustando así a los enemigos. Solo en este momento Morga sale parcialmente de su prolongada postración y ordena cortar las amarras entre el San Diego y el "Mauritius", con la idea de que el primero se dirija rápidamente hacia la isla Fortuna. El padre jesuita Diego de Santiago, al escuchar esa orden, le advierte a Morga de que lo procedente sería apropiarse del todo del "Mauritius" y pasar allí a todos los hombres desde el San Diego para salvar sus vidas. Sin embargo, Morga, poco lúcido aún, repite la orden fatal de cortar las amarras entre los dos barcos, y así se hace.

Uno de los testigos presenciales de la batalla, que había pasado al "Mauritius", declaró que, una vez cortadas las amarras, y "desempotrados de nosotros", el San Diego navegó unas 120 brazas hacia la isla Fortuna y se hundió en seguida "como una piedra". Se ahogaron más de 350 personas, algunas sin tiempo de quitarse sus armaduras, y de las que unas 60 personas pertenecían a la más alta nobleza española de Manila. Muchos intentaron subir al "Mauritius" inútilmente, pues fueron todos muertos, cruelmente, con lanzas o a tiros por los holandeses.

Se salvaron, alcanzando a nado la isla Fortuna unas cien personas y entre ellas, Antonio Morga, quien habiendo sido uno de los primeros en saltar al agua, fue ayudado por su secretario y otros dos marineros a llegar hasta la mencionada isla. Morga había tenido buen cuidado de llevar consigo los estandartes holandeses del

“Mauritius” arrebatados por sus hombres. Goddio nos explica que temía por su vida. Sabía bien que la cobardía frente al enemigo podría llevarle, si se probaba, al patíbulo⁵⁸. Desde un promontorio de la isla pudo contemplar en la distancia que el capitán Alceda, al mando del San Bartolomé, y tras una persecución de dos horas al “Eendracht”, se había hecho con este barco, tras abordarlo, derrotar a los holandeses en combate, matar a muchos y conseguir la rendición de los demás, bajo palabra de respetar sus vidas. Era falsa, por tanto, la imputación de desobediencia de las órdenes de Morga por el capitán Alceda, que parece se incorporó a la versión oficial de la batalla, y en todo caso, la valerosa victoria de este aquel día parece que le libró de todo procesamiento penal. Por otra parte, Olivier de Noort logró extinguir el incendio que él mismo había provocado y huyó con un aparejo improvisado para el “Mauritius”, encantado del feliz desenlace de la batalla tras el increíble cambio de la situación sucedido en su beneficio. Consiguió después culminar su vuelta al mundo, tras esta peculiar batalla naval, y otras que no narro, llegando a Rotterdam el 28 de agosto de 1601, con solo otros 8 supervivientes en el “Mauritius”⁵⁹.

El poder español en Filipinas quedó debilitado por la pérdida sufrida de militares, soldados y cañones (algunos se habían sacado de la fortaleza), tras la “Jornada de los holandeses”. Se robusteció y consolidó con una nueva batalla naval en Playa Honda, al norte de Manila, en la que los barcos holandeses fueron hundidos por los barcos españoles, dirigidos por el ya viejo pero experto marino y militar, que fue Juan Ronquillo, aquel que Antonio de Morga había, con sus intrigas, desechado o excluido años antes como incompetente⁶⁰. Según Pedro Ortiz Armengol las agresiones marinas holandesas a España en Filipinas solo terminaron cuando España reconoció en 1648 la independencia de Holanda.

Antes de 1985 Goddio nos cuenta que, colaborando al parecer con las autoridades de Filipinas, había realizado, durante 8 años, búsquedas, estudios y recuperaciones de varios juncos chinos de los siglos X al XVI, de galeones españoles del siglo XVII que solían dirigirse a Acapulco con valiosas cargas, y de

58 Vid. PÉREZ MALLAÍNA BUENO, P.E., quien explica que durante los siglos XVI y XVII solo se ejecutó a algún general marino (como en 1634, a don Juan de BENAVIDES, por su poco valor y pericia en una batalla frente a una flota holandesa, que le derrotó) por cobardía ante el enemigo, que había conducido a una derrota de las armas y barcos del Rey. Pero en muchos otros casos de negligencias en naufragios o incluso de abandono del buque en peligro antes de tiempo, hubo bastante benevolencia de los tribunales por pertenecer los altos militares a la aristocracia y tener grandes vínculos e influencias personales. Vid.: *Naufragios en la Carrera*, cit, pp. 179 a 196.

59 GODDIO, F., se interesó ampliamente también por la vida de los dos principales protagonistas de la batalla del 14 de diciembre de 1600, hasta su muerte, materia de interés pero que excede de los propósitos de este trabajo. Vid.: *El San Diego*, cit, pp. 76 a 79. Antonio de MORGa acabó siendo en un destino o cargo posterior en Perú, un personaje poderoso, vicioso y algo corrupto, como explica DESROCHES, J.P.: *Trésors des galions*, cit., pp. 64-65. En esa misma obra el autor incluye a Olivert de NOORT entre otros aventureros de los mares, sin llegar a calificarlo como pirata, vid.: pp. 35-36.

60 Es incierta, por tanto, la afirmación de FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., de que desde la batalla naval de diciembre de 1600 los holandeses ya no volvieron a atacar el dominio español en las Filipinas. Vid.: *Los tesoros del mar*, cit., p. 166.

un navío de la Compañía inglesa de las Indias perdido en 1761. En 1985 Goddio, ya inmerso en esta tarea, fundó el Instituto Europeo de Arqueología Submarina. En 1989 en una conversación suya con Gabriel Casal, entonces Director del Museo Nacional de Filipinas, decidieron buscar el galeón San Diego.

En el libro de 1995 sobre el San Diego, Goddio dedica el capítulo segundo a la búsqueda y descubrimiento del pecio, bajo el título de “Misión científica”. Goddio había sobrevolado la isla Fortuna en 1986, que todavía estaba desierta. Cuando volvió en 1990 ya había un faro en su parte más alta y un complejo turístico. La isla Fortuna tiene una milla de larga con tres pequeñas cúspides y una única playa de arena coralina blanca en la parte sur-este de la isla. La cara oeste es un acantilado en picado sobre el mar. La zona circundante de la isla tiene escasa profundidad (unos setenta metros) y un fondo fangoso y con corales y abundante fauna marina. Goddio, hijo de un marino, llegó en 1990 a la isla con el catamarán “Kaimiloa”, adaptado para tareas de arqueología submarina. Antes de iniciar la expedición Goddio había conseguido que la Fundación Elf, en concepto de mecenazgo, ofreciera la financiación de la apasionante empresa de la búsqueda del San Diego.

El libro de 1995 sobre el San Diego nos enseña que cinco años de pasión y dura labor de un equipo franco filipino liderado por Franck Goddio consiguió la admirable recuperación del pecio del galeón y de su preciosa carga⁶¹. Además, una de las enseñanzas importantes que nos muestra el libro es el gran valor que tienen los archivos históricos, no solo, como ya he explicado, para restituir la verdad histórica cuando ésta ha sido interesadamente falsificada, sino para delimitar y acotar con gran precisión, en algunos casos como este, la zona en la que buscar un pecio, acotación precisa que facilita su hallazgo, acaso incluso es lo que lo hace posible, y abarata el coste económico y el de esfuerzos y peligros de toda la operación.

En efecto, de haberse partido de las afirmaciones creídas durante cuatro siglos de que Morga había nadado durante cuatro horas para recorrer las dos leguas que él afirmó que había desde el lugar de la batalla hasta la playa de la isla Fortuna, quizás Goddio hubiera debido fijar como zona de búsqueda una de entre ocho o quince kilómetros de ancha y tres de larga, acaso con zonas ya de profundidad mayor a la de 70 metros que había de promedio en los alrededores de la isla. O sea, una extensión a explorar de entre 24 y 45 kilómetros cuadrados, como digo con subzonas acaso de importante profundidad (cerca de Filipinas hay alguna fosa de más de diez mil kilómetros de profundidad). Esa hubiera sido una búsqueda de gran dificultad. En lugar de ello, la extensión de búsqueda fue acotada por Goddio como una zona paralela a la isla Fortuna de forma rectangular y de tres kilómetros de largo por dos y medio de ancho (o sea, 7,5 kms. cuadrados). Morga había

61 Vid.: *El San Diego*, cit, pp. 27, y pp. 82 a 103.

indicado que la batalla se libró a legua y media o dos leguas de la isla. En aquella época había varios tipos de legua: inglesa, francesa, portuguesa y española, esta última larga o corta. Goddio⁶² calculó que incluso tomando la legua más corta de todas, el naufragio se habría producido al menos a 8 kilómetros de la isla Fortuna. Y la costa de Luzón quedaba a solo dos kilómetros. No tenía sentido que para no ahogarse los náufragos nadaran 8 kilómetros en aguas bastante movidas pudiendo salvarse nadando solo dos. Además, el piloto del San Diego, que se había salvado, dio testimonio de que el naufragio había sido a media legua de la isla y no a dos. Tampoco era creíble que 59 holandeses hubieran podido hacer frente durante cinco horas a 350 oficiales y soldados que seguían en el San Diego cuando se abrió una vía de agua y el galeón se fue a pique.

El “Kaimiloa” llegó al lugar de la prospección el 23 de marzo de 1991 dotado, entre otros instrumentos, de potentes magnetómetros de resonancia magnética nuclear ultrasensibles, desarrollados por la Comisaría de Energía Atómica, que medirían de continuo el campo magnético terrestre e intentarían detectar las más de mil balas de cañón de hierro colado y los cañones de bronce. Se usaron también potentes bombas succionadoras de agua o de sedimentos, cuyos residuos eran evacuados mediante unos tubos anchos y de doce metros de largo. Las personas del equipo de búsqueda eran seis, dos de ellas proporcionadas por el Museo Nacional de Filipinas. Tras cuatro semanas de búsquedas, que ofrecieron diversas enojosas dificultades, sobre todo si las corrientes marinas se mostraban muy fuertes, el descubrimiento se produjo en la primera quincena de abril de 1991. El San Diego yacía, un tanto disgregado pero sin haberse partido, a cincuenta metros de profundidad y a un kilómetro doscientos metros de la costa este de la isla Fortuna.

El 15 de enero de 1992 se iniciaron las operaciones de extracción de objetos. Hubo dos etapas en la excavación y recuperación del pecio. La primera, desde enero de 1992 hasta mayo de 1992, pero continuando varios meses la labor de limpieza, inventario, estudio y restauración de los objetos recuperados del pecio. La segunda etapa, en la que aparecieron nuevos barcos de apoyo al “Kaimiloa” duró hasta abril de 1993. Intervinieron inicialmente, submarinistas y, en total, 52 personas de muy diversas profesiones, incluidos cineastas. Las labores de buceo se encomendaron sobre todo a especialistas franceses del Instituto Europeo de Arqueología Submarina. Hubo bastantes filipinos también, pero parece que ningún español. El “Kaimiloa” estuvo asistido en la primera etapa por un remolcador grande y otro más pequeño (el Cargo Lift) y por un pequeño submarino de dos plazas (el Smal). En la segunda etapa (1993) de recuperación del pecio, se usaron los barcos Río Das Contas, fletado en Singapur, y el pequeño remolcador Solmar.

62 Vid.: *El San Diego*, cit., pp. 65-66.

Mucho de ello se puede ver bien fotografiado en el libro de 1995. Para las fotografías y la filmación se usó un robot submarino teledirigido y atiborrado de cámaras y proyectores de iluminación. Los trabajos de búsqueda del galeón se hicieron siempre de día, tras comprobar que la búsqueda de noche resultaba impracticable. En la excavación submarina, no faltaron momentos de peligro y sustos. Uno de los submarinistas tuvo deficiencias en el equipo de inmersión y fue encontrado en coma por un compañero, aunque consiguió salvarse. No se van a describir aquí las tareas del fondo marino y los métodos muy cuidadosos de la extracción de los objetos hallados, por razones de espacio, y me detendré un poco más en la carga que se fue extrayendo del pecio del San Diego.

El galeón yacía en el fondo marino sobre un montículo de coral, habiéndose disgregado un tanto. Cientos de jarras o tinajas esparcidas formaban como una corona alrededor de los restos del San Diego, siendo visibles muchos otros objetos irreconocibles al estar, de momento, cubiertos de sedimentos, y entre ellos algunos cañones sí reconocibles por su forma característica. Según frase de Goddio, “pocas piezas de cerámica estaban rotas y el conjunto era majestuoso”. Fueron apareciendo porcelanas de China de la época Ming, del reino del emperador Wanli (1573-1620)⁶³; cerámicas de España y de Filipinas; medallones y monedas de plata o de bronce; joyas de oro; empuñaduras de espadas españolas o de sables japoneses; morriones de bronce; candelabros; platos y fuentes de plata; elementos del cordaje; poleas y piezas de plata; etc. Se encontraron todos los cañones que estaban documentados. Se encontró el astrolabio de a bordo intacto (solo hay unos sesenta en todo el mundo). Y se encontró un instrumento de navegación con una brújula. También se encontró el timón de la nave y varias importantes piezas de madera. La quilla y el fondo de carena estaban en un estado de conservación excepcional. Llegó el momento de la limpieza del balastro y del estudio de la arquitectura naval del fondo de carena. Se fueron exhumando, día tras día, los vestigios de madera del galeón. Se hicieron tomas de muestras de cotas y de muestras de madera y elementos de madera del galeón. Había resultado imposible intentar dibujarlos bajo inmersión. Pero una vez estudiadas estas piezas de madera, y dibujadas, en la superficie, se bajaban luego al fondo para preservarlas y se cubrían de arena. Y esto porque la madera mucho tiempo sumergida en agua salada, si no se somete a un tratamiento muy complejo, se deteriora irremediablemente al contacto con el aire.

También se encontraban, en el pecio, de vez en cuando, huesos humanos, pero más bien pocos. Se concluyó al respecto que los huesos humanos encontrados

63 No conocemos en Occidente muchos pecios con colecciones de porcelana china valiosa. Uno interesante es el pecio del barco holandés “Geldermalsen”, hundido frente a las costas de Sicilia en 1707 y descubierto hacia 1985 por el marino inglés Michael HATCHER, quien ocupó el tesoro con total libertad, también con lingotes de oro, y lo vendió en gran parte mediante subastas en la empresa “Christie’s” de Amsterdam. Narra estos hechos, en tono muy crítico, AZNAR GÓMEZ, M.J. en su libro: *La protección internacional*, cit., pp. 76 a 79.

debían de pertenecer; como máximo, a 19 cadáveres de personas ahogadas en el naufragio o hundimiento del buque⁶⁴. O sea, 19 de las 350 personas que se sabe que se habían ahogado. Esto tiene explicación, dado que, si se recuerda lo narrado sobre la batalla, al hundirse muy rápidamente el San Diego, la mayoría de los que estaban en el mismo intentaron salvarse nadando, pero no todos, ni mucho menos, pudieron lograrlo, además de que algunos, como vimos, intentaron subirse al “Mauritius” para no ahogarse, y fueron muertos por los holandeses⁶⁵.

Objetos del pecio se habían disgregado por causa de las “bromas” (moluscos vermiformes que devoran los bosques sumergidos), de la corrosión, de las corrientes, de los ataques corrosivos químicos y electrolíticos. Al finalizar esta parte del libro sobre el San Diego (capítulos 1º y 2º), Goddio califica el descubrimiento y recuperación del pecio de este barco histórico de “ejemplar”⁶⁶.

A partir del capítulo tercero del libro, se dedican 250 páginas (pp. 128 a 378), escritas por cualificados especialistas, a ir describiendo y explicando el valor artístico e histórico, adornados con espléndidas fotografías y esquemas, de la construcción de los galeones y del San Diego, en particular (cap. 3º); a la vida a bordo de ese barco y las diversas monedas que se encontraron con el pecio (cap. 4º); al armamento, incluidos los hermosos cañones del San Diego (cap. 5º); a las especias transformadas y transportadas (cap. 6º); a las artes de mesa, joyas y objetos de devoción con la influencia, en casos, de la cultura de Méjico (cap. 7º); y a las preciosas porcelanas chinas (cap.8º)⁶⁷. La última parte de nuestro libro está dedicada a informar sobre los archivos (parte de gran interés, encargada a Patrick

64 Sobre esta cuestión de los ahogados, su número y la forma en que sucedió, con el hundimiento del San Diego, véase el libro: *El San Diego*, cit., p. 95 y sobre todo, p. 175.

65 El libro sobre el San Diego de 1995 da incluso información sobre los huesos de animales que se encontraron en el pecio, donde incluye los huesos de, por ejemplo, cerdos, bueyes y gallinas, a veces como carne guardada en vasijas. *Vid. El San Diego*, cit.: p. 184.

66 Franck GODDIO es una autoridad mundial en arqueología submarina, temo que no suficientemente reconocido por los arqueólogos españoles (quien esto escribe, jurista, también ha tardado mucho en conocer alguno de sus trabajos). Ofrezco algún dato sobre su trayectoria. Queda explicado en el texto que en 1985 creó, como persona jurídica privada o asociación sin ánimo de lucro, el Instituto Europeo de Arqueología Submarina (IEASM). El libro sobre el San Diego de 1995, que aquí se ha utilizado, se publicó con ocasión de la Exposición realizada en Madrid entre mayo de 1995 y octubre de 1995, con parte de los tesoros del galeón y en estrecha colaboración con el Museo Nacional de Manila, propietario al parecer de muchas de las piezas exhibidas. Otra Exposición parecida había organizado GODDIO en París en 1994-1995; otra en Nueva York (noviembre de 1996-febrero de 1997); otra en Berlín (junio a octubre de 1997); y otra en Manila (de febrero a abril de 1998). Con ocasión de la Exposición de Madrid, GODDIO recibió el 22 de abril de 2008 la insignia de Caballero de la Legión de Honor, impuesta por el entonces embajador de Francia en España Don. Bruno DELAYE. En el año 2000, en la Bahía de Abukin, a 6,5 kilómetros de la costa egipcia, descubrió GODDIO la ciudad sumergida de Tonis Heraclion. Y ha seguido con otras expediciones e investigaciones en esa misma bahía, y en Alejandría y, de nuevo, en Filipinas. En 2003 GODDIO cofundó el Centro de Arqueología Marítima de Oxford (OCMA), que forma desde entonces parte de la Universidad de Oxford, en la que ha ejercido como profesor visitante. Muy elogiosamente se refiere a GODDIO también SAN JUAN, V.: *Cazatesoros y expolios*, cit, pp. 52 a 54. No falta alguno para quien GODDIO es uno más de los “cazatesoros”. De haberse informado jurídicamente, acaso habría debido considerar el pedir permiso a España para el rescate del pecio.

67 Sobre la importancia y circunstancias del comercio de las valiosas porcelanas chinas en el siglo XVI, cuando tanto China como España era potencias poderosas, *vid. DESROCHES, J.P.: Trésors des galions*, cit., pp. 82 a 97.

Lize (pp. 371 a 375)); sobre el estado de los lugares arqueológicos; y a las técnicas de restauración de los diversos objetos (parte igual de gran interés y calidad: pp. 378 a 383). Hay también una importante bibliografía al final del libro. Bajo el mencionado concepto de “archivos”, Patrick Lize da una valiosa información de la que disponía por entonces sobre casi cuatro mil barcos de diversos países naufragados por accidentes, tormentas o batallas navales. Explica que cuando fue contratado en 1985 tenía ya una lista de más de 250 barcos perdidos en las costas de Filipinas.

B) Reflexión jurídica sobre el pecio y el tesoro del galeón San Diego.

El libro colectivo de 1995 sobre el San Diego, incluidas la explicaciones introductorias firmadas por diversas personalidades y autoridades en el inicio del libro, no entra en absoluto en cuestiones jurídicas, ni llega a afirmar claramente a qué Estado o empresa se atribuyó la totalidad o la parte principal de la propiedad del pecio y de su carga (esta, como de costumbre, lo más valioso e interesante).

Se ha sostenido⁶⁸, con parte de razón, que de la carga del San Diego, el 70% fue depositado en el Museo Naval de Madrid y el 30% fue depositado en el Museo Nacional Filipino, salvo algunas piezas llevadas al Museo Guimet de París.

Con mayor exactitud cabe afirmar que hubo⁶⁹ un contrato entre “World Wide First Company” (WWF, tras la que estaba Goddio), con financiación de la empresa petrolera Elf, que se reservó, la primera, el 70 % del material recuperado del naufragio, y el Museo Nacional de Filipinas (NMP), que se reservó como cotitular el 30% restante (ese 30% estaba integrado por los hallazgos de especial singularidad). Del 70% de WWF todavía 100 piezas de cerámica se donaron al Museo Guimet de arte asiático de París y algunas piezas más se donaron al Museo Naval de Madrid Sothby's. De ese 70% se hizo una valoración para Caja Madrid (hay que suponer que hoy sucedida por Caixa Bank, que absorbió a Bankia en 2010-2011) y para la Comunidad Autónoma de Madrid (con división en 17 lotes), tras la cual Caja Madrid (Caixa Bank, al final) adquirió por compraventa dos terceras partes de los hallazgos y la Comunidad Autónoma una tercera parte de ese porcentaje. Con las excepciones señaladas, por algunas donaciones hechas,

68 Vid. FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: *Los tesoros del mar*, cit., p. 165. Existe en internet un reportaje de 27 de junio de 1999 del periodista Juan FRANCÉS, en *El País*, según el cual la Fundación Caja de Madrid y el Gobierno autonómico madrileño habrían invertido 5,8 millones de dólares, unos 800 millones de pesetas de esa época, para la compra en 1998 del tesoro del San Diego, y se añade que el 70% del gasto procedió de la citada entidad financiera. En la Resolución 33/2007, de 12 de marzo, de la Subsecretaría de Defensa se publica un Convenio de depósito provisional en el Museo Naval de Madrid de algunos restos del San Diego entre el Ministerio de Defensa y la Comunidad Autónoma de Madrid, en BOE, nº 68, de 20 marzo de 2007. Y veremos más datos, coherentes con estos, que me ha remitido el Director del Museo Naval de Madrid.

69 En septiembre de 2024 escribí, con error, a D. Marcial GAMBOA PÉREZ PRADO, Director del Museo Naval de Madrid, y al poco tiempo obtuve la respuesta con la información que reflejo en el texto y que recibí, en carta muy amable y supongo que por orden del nuevo Director, del funcionario D. José María MORENO MARTÍN. Se me indica que al llegar mi solicitud el Director era ya el Almirante D. Enrique TORRES PIÑERO.

el dominio del tesoro se repartió entre NMP (30%), Caja Madrid (46,66 %) y la CA de Madrid (23,33%). Ninguna ventaja económica obtuvo la empresa Elf, que financió el rescate. El Museo Naval de Madrid es hoy depositario de los hallazgos de las dos entidades españolas propietarias, según unos convenios de 12 de abril de 1999. La Comunidad Autónoma de Madrid inició el 2 de junio de 1999 un expediente de declaración de los hallazgos como Bienes de Interés Cultural, que no está concluido todavía. Hay una "anotación preventiva" en el Registro del Ministerio de Cultura.

La idea del reparto, muy compatible con las nociones pragmáticas del tradicional Derecho del almirantazgo británico y norteamericano, chocaría en cambio con una pretensión de que alguna ley o tratado internacional pretendiera atribuir a la carga del San Diego la naturaleza de bien de lo que en el Derecho español y en otros derechos, se califica como "dominio público", que debe entenderse siempre inalienable por el Estado titular. Pero parece claro en los hechos que para el Estado filipino y Goddio el rescate fue un caso de ocupación según el Derecho del almirantazgo y por "salvage law", y sin "dominio público" alguno. Para nada se tuvo en cuenta la posible propiedad de España sobre el pecio y su carga. Se nos privó a los españoles de "nuestro" pecio con exquisito respeto a las reglas arqueológicas.

Una cuestión que tiene utilidad proponer es la de si España pudo plantearse con fundamento una reivindicación o reclamación judicial, pongamos que en 1991-1994, contra el Estado filipino o contra Goddio, o contra ambos, sobre el pecio y la carga extraída del galeón San Diego.

El descubrimiento del pecio sucedió, como vimos, en abril de 1991. Podría inicialmente parecer más bien que, en esos momentos, no tendría fundamento serio esa reclamación del pecio de España contra el Estado filipino o contra Goddio. No, desde luego, desde la LASHEM de 1962, que no contemplaba en absoluto pecios españoles situados en aguas territoriales de otros estados. Y por otra parte, en aquellos momentos todavía no obligaba ni reconocía derechos el CNUDM de 1982 (art. 303-3°) ni a España ni a Filipinas, pese a su vigencia general (logro de 60 ratificaciones) desde el 16 de noviembre de 1994. Y ello, dado que para España solo supuso derechos derivados de ese tratado desde su ratificación en el 14 de febrero de 1997; e igualmente, para Filipinas, solo podría haber supuesto obligaciones (la de restitución del pecio o de su carga) desde el 16 de noviembre de 1994, momento de inicio de su vigencia general, y sabiendo que este Estado lo había ratificado poco antes, el 8 de mayo de 1994. El art. 303-3° CNUDM no era invocable en 1991-1994 por España contra el Estado filipino. Sin embargo, a partir el 14 de febrero de 1997, entiendo que sí hubiera sido ya aplicable retroactivamente el art. 303-3° CNUDM a una reivindicación de

España, de intentarse, como explicaré posteriormente. La táctica procesal más útil a España habría sido esperar a ratificar y publicar en el BOE el CNUDM y luego plantear la reivindicación judicial. Además, el CNUDM sí había alcanzado vigencia genérica, como he advertido, desde el 16 de noviembre de 1994, fecha desde la que vinculaba ya al Estado filipino, ya miembro del Tratado.

Por otra parte, la Ley española 60/1962, atribuyendo al Estado español todos los pecios hundidos en las aguas jurisdiccionales españolas tras tres años del hundimiento del barco (arts. 29, 30 y disposición transitoria 1ª), dejaba sin solución alguna la suerte de un pecio de origen y dominio español pero hundido a muchos miles de kilómetros de la actual España. Tampoco alcanzaba al lejano pecio del San Diego la declaración, ya vigente en 1991, de los artículos 40-1º y 44 de la LPHE de 1985, de pertenecer al PHE, y acaso como bienes de “dominio público” inalienables, los muebles de “interés histórico o arqueológico” que se encontraran en el “mar territorial” español o en su “plataforma continental” (12 m.n. ó 200 m.n., respectivamente, desde la línea de costa).

Además, el San Diego se había descubierto en aguas territoriales filipinas, concepto de antiguo origen consuetudinario ya existente antes de la vigencia concreta del CNUDM. Y lo que hubiera dejado solo como posible título jurídico al Estado español para la reivindicación del San Diego, incluso antes del 14 de febrero de 1997, sería la discutida costumbre jurídica internacional (no mencionada en absoluto en la Ley española 60/1962) según la cual los buques de Estado y de guerra gozarían de inmunidad de jurisdicción y, por tanto, serían reclamables por sus estados dueños. Pero, incluso frente a ese discutible argumento, parece además que aún más discutible en 1991 que hoy en día, todavía cabría alegar, por parte del Estado filipino, que en el libro de 1995 sobre la Exposición en Madrid relativa a la carga del pecio del San Diego, en sus primeras páginas de prólogos, se recogen unas declaraciones de SM. el Rey D. Juan Carlos, y del Ministro de Defensa, D. Julián García Vargas, ambos víctimas de la política española de desidia y de sus inspiradores, declaraciones de congratulación por la celebración de la Exposición, pero que bien hubieran podido interpretarse en un proceso judicial civil como una derelicción de la propiedad del San Diego y su tesoro por parte de España, o de reconocimiento tácito de la propiedad del galeón a favor del Estado filipino.

En otro sentido, cabe afirmar que en el momento en que escribo este trabajo (diciembre 2023 a otoño 2024) Filipinas no ha ratificado el Convenio UNESCO de 2001, con lo que no le habrían afectado en 1991, ni antes, las engorrosas y discutibles obligaciones que este Convenio impone a los que lo ratifican, como la de la obligación genérica de dejar “in situ”, en el fondo del mar, en principio, los pecios descubiertos y, según algunos, incluso sus cargas.

Algo dudoso puede resultar hoy saber cuál pudiera ser en 1991 el título jurídico del Estado filipino para adquirir el pecio y carga del San Diego. En Filipinas en el año 1949, poco después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial y la consiguiente ocupación por Japón del Archipiélago, se dictó una ley (Ley n° 386 de la República) en la que se publicó un Código civil casi idéntico a nuestro C.C. de entonces⁷⁰. Pero sabemos que en muchas parcelas importantes ese C.C. no sigue ya vigente, al haber sido desplazado por jurisprudencia al estilo y con los conceptos propios del “common law” estadounidense y aún más, a nuestro efectos, del Derecho del Almirantazgo, ya que los EEUU, como se sabe, es potencia culturalmente hegemónica en aquel lejano país desde hace más de un siglo. En tres generaciones se ha perdido allí casi por completo el uso del castellano. Hoy Filipinas es un interesante laboratorio de la fusión gradual del Derecho continental europeo o “civil law”, con su tendencia todavía allá a poner por escrito las normas, y del “common law”, consuetudinario y jurisprudencial. En los artículos 713 a 720 de ese C.C. filipino (CF), completados para el tesoro oculto por los arts. 438 y 439, se copió por completo nuestro C.C., pero omitiendo la copia de nuestro actual art. 617, que precisamente contiene una remisión genérica a los hallazgos realizados en el mar, tema que el C.C. filipino, por tanto, pareció dejar sin regulación específica.

De modo, que si no se ha impuesto en Filipinas ya la doctrina del “salvage law” o del “law of finds” (que viene a ser la versión anglosajona de nuestro principio de ocupación), podríamos conjeturar, que el Estado filipino representado por los halladores materiales (Goddio y su equipo) adquirió el San Diego o por ocupación (art. 713 CF, igual a nuestro art. 610 CC) o como descubridor de un tesoro, en un caso en el que parece no existía “dominus loci” (arts 438 y 439) ni acaso “casualidad” del hallazgo, y en el que la cuota del descubridor (la mitad) se habría expandido por ley a todo el tesoro hallado. La idea romana de la accesión también podría haberse invocado, algo forzosamente, en defensa del Estado filipino, como idea invasiva o ampliada que, desviándose en parte del sentido romano que la circunscribía a los hallazgos “nullius” o sin dueño hallable, llegaba a aplicarse tras el hallazgo incluso a cosas, como el San Diego, todavía, al menos desde febrero de 1997, con dueño conocido (arg. art. 303-3° CNUDM)⁷¹. Los cuatro siglos del pecio en el suelo de sus aguas territoriales habrían provocado, incluso teniendo el pecio dueño (Estado español), razonando así, que la cosa accesoria siguiera en el dominio

70 Antes de la traslación normativa a Filipinas de nuestro CC. hay que recordar que la situación política, tras la ocupación japonesa del Archipiélago en la Segunda Guerra Mundial, se basó en el Tratado de Manila de 1946 entre EEUU y la República de Filipinas, Tratado denominado de Relaciones Generales y Protocolo, que se firmó el 4 de julio de 1946. Tras la dictadura de Ferdinand MARCOS desde 1973, se pudo instaurar una Constitución democrática en 1987, tras lograr varias revueltas que MARCOS tuviera que partir para el exilio.

71 Para la doctrina romanista mayoritaria la parte de los tesoros terrestres hallados atribuida en el Derecho romano al dueño del lugar le correspondía precisamente en base al principio de accesión. Vid. AGUDO RUIZ, A.: *Régimen jurídico*, cit., pp. 121 a 126. Y algo parecido ocurre en España, y en muchos otros países europeos o americanos, con la doctrina mayoritaria de los mismos. Para la doctrina española, vid. mi tesis: *Ocupación, hallazgo y tesoro*, cit., pp. 369 a 404.

a la propiedad de la cosa principal (propiedad del suelo de la zona devenida de “aguas territoriales”)⁷². Además, la idea de accesión podría unirse, forzosamente, a la de la existencia indudable de un “interés histórico arqueológico” (arg. art. 149 CNUDM) de Filipinas en la propiedad y protección del pecio del San Diego.

Volviendo ahora a la cuestión de un posible reparto, que sabemos se dio con diversos porcentajes, del tesoro del San Diego, entre Filipinas, España e incluso Francia, obsérvese que ese tesoro tanto podría calificarse legalmente de “interés histórico” para España como para Filipinas. No para Francia. El art. 149 del CNUDM distingue algo oscuramente, solo respecto de los objetos arqueológicos hallados en “la Zona”, más allá de las aguas jurisdiccionales propias (no solo en la Zona contigua: a 24 m.n. de la línea de costa), y pretendiendo además que se conserven en beneficio de “toda la humanidad”, los pretendidos “derechos preferentes” del Estado “de origen”; o del Estado “de origen cultural”; o del “Estado de origen histórico y arqueológico”. El tesoro del San Diego nos muestra bien que tales diferencias de los objetos arqueológicos resultan algo oscuras o vidriosas, y sobre todo, que su alcance es más bien administrativo, y que pueden existir esas razones de caracterización de un concreto pecio simultáneamente en dos o más Estados. Véase en relación con esto el art. 383-1º de la LNM de 2014.

Y si pensamos ahora que ese “interés” especial arqueológico para, por ejemplo, Filipinas, podría fundar legalmente el carácter de ese tesoro como cosa de “dominio público” e inalienable, pues la consecuencia habría de ser que ese posible reparto del tesoro entre varios sujetos públicos o privados habría devenido prohibido por ley e imposible. Pues bien, esta consecuencia ha de rechazarse como poco razonable. Los repartos, en su caso convencionales, de los tesoros de los pecios y de sus cargas se han aceptado tradicionalmente en el Derecho del Almirantazgo británico y norteamericano, y yo he sostenido siempre en mis anteriores trabajos, y ratifico de nuevo en este, que esa es sin duda la mejor solución, no descartable tampoco jurídicamente en el Derecho español actual⁷³. Otra cosa es que los

72 En el último subepígrafe de este trabajo, en nota, se alude al pleito por el galeón español N° Sra. de Atocha, en el que el descubridor y ocupante, Mel FISHER, ganó el pleito sobre el pecio y su tesoro tanto al Estado de Florida como, al final, al mismo Estado Federal y ante la Corte Suprema de apelaciones de EEUU. No se han estudiado a fondo entre nosotros los argumentos de ese pleito que me da la impresión de que, por parte del Estado de Florida y del Estado Federal, no incluyeron el principio romano de la accesión, sino más bien argumentos iuspublicistas. Pero la cuestión merece estudiarse bien. Quien más ampliamente ha explicado ese pleito en nuestra doctrina acaso es RUIZ MANTECA, R.: *El régimen jurídico del patrimonio*, cit., pp. 81 a 84 y 984. Se habría concretado en este supuesto la idea de DE CUPIS, A., de que el Derecho, como la naturaleza, “aborrece el vacío”, y por ello tiende a llenar la ocupación cualquier vacío de titularidad. El principio de ocupación se expandió o se sobrepuso a otras ideas. Vid.: “Teoría dell’acquisto per invenzione”, en *Scritti giuridici in onore di A. SCIALOJA*, vol. II, Bolonia, 1953, p. 177. En la explicación del pleito del galeón N° Sra. de Atocha de MIGLIORINO, L., se destaca que la argumentación del Estado federal fue la de basar su posible adquisición del pecio en una “prerrogativa soberana”. Vid.: *Il recupero degli oggetti*, cit., pp. 27 y 134 a 140.

73 En nuestra doctrina hay autores que critican como inmorales esos pactos de reparto de los tesoros arqueológicos extraídos del fondo marino. Pero se admiten sobre todo, aunque no solo, en la cultura anglosajona, y razonablemente, en mi opinión. El pacto suele ser entre el Estado dueño del pecio y la empresa recuperadora, o entre esta y la compañía de seguros que ha pagado el naufragio y se ha subrogado en los derechos del anterior dueño. Los contratos suelen serlo de arrendamiento de servicios o, más bien,

pecios de dueño “identificable” a los que alude el art. 303-3° del CNUDM, hay que entender como regla general que tendrán, en el conjunto de todo el planeta y de todos sus estados (al menos, los acogidos al CNUDM), un solo dueño cada uno, en principio, en cuanto al pecio y a su carga. Fuera de la indivisión en la copropiedad, una sola cosa solo puede tener en el mundo un dueño pleno. Por lo demás, el propio art. 303-3° del CNUDM pone al mismo máximo nivel de protección que los “derechos” (propiedad privada o pública) sobre los antiguos pecios identificables, las “leyes y prácticas sobre intercambios culturales”, frase de significado no muy claro, pero que acaso cabría considerar como una protección a las disposiciones sobre pecios y cargas por sus dueños, con la muy razonable intención de hacer “intercambios culturales” definitivos.

También puede plantearse la pregunta de si hoy procedería con fundamento suficiente una actual y parcial reivindicación por el Estado español del pecio y, sobre todo, carga, del galeón San Diego, si consideramos que en parte importante (30%) quedó en posesión del Estado filipino. Pero lo razonado a continuación solo valdría en la medida en la que la carga del San Diego no hubiera sido ya comprada por España, como se ha dicho que ocurrió en cierta medida (70%); o si se pensase como no prescrita aún la acción real de España (arg. 464-1°, 1955 y 1962 CC.).

En principio, ya vimos que la situación para una tal reivindicación sería algo diferente a la que hubo en 1991-1994, dado que hoy en día el CNUDM de 1982 ya estaría ratificado tanto por España (14 febrero 1997) como por Filipinas (8 de mayo de 1994). Como el San Diego estaría sobradamente identificado como barco de guerra español, sobre todo tras las investigaciones minuciosas de Frank Goddio, que cabría aportar al proceso, parecería aplicable, mejor que la invocación de una mera inmunidad de jurisdicción, como afirmaría alguna de la actual doctrina española, una reivindicación como acción real sobre la propiedad basada en el art. 303-3° del CNUDM y art. 348 C.C. español, norma la primera de alto rango en el régimen jurídico internacional de los pecios y aprovechable acaso

de arrendamiento de obra. Estos útiles contratos presuponen y son del todo compatibles con el principio tradicional romanista de la perpetuidad de la propiedad del pecio, que no se pierde por no uso. Y son contratos, en sí mismos, sustancialmente compatibles con el respeto pleno de las reglas de la arqueología subacuática. También hay a veces pactos, incluso entre estados (en casos, tratados internacionales), antes o tras el descubrimiento o incluso extracción de un pecio, para gestionarlo o repartirlo de forma convencional. *Vid.*, por ejemplo, la dura crítica de AZNAR GÓMEZ, M.J., cuando comenta las búsquedas por la empresa Odyssey del pecio del Sussex, conforme a un pacto de esta empresa con el Reino Unido firmado el 27 de septiembre de 2002. Véase en su citado libro *La protección internacional*, la explicación dada en las páginas 199-200 y 368 a 380, y muy en particular pp. 376 a 378. Incluso transcribe en inglés el autor allí el acuerdo de septiembre de 2002 (pp. 602 a 604). Muy crítico también, y con retorcidos razonamientos, con ese contrato citado, SAN JUAN, V.: *Cazatesoros y expolios*, cit. pp. 192 a 194. O también, en la misma línea crítica general sobre dichos contratos, RUIZ MANTECA, R.: *Evolución histórica del concepto de bien Cultural Sumergido en el Derecho internacional y en Derecho interno*, Patrimonio Cultural y Derecho, Hispania Nostra, 2018, pp. 231 a 235. Véanse hoy el art. 2, párrafos 1° y 2°, y el amplio art. 379 de LNM. Por lo demás, existieron desde antiguo (al menos en los siglos XVI y XVII) formas más o menos perfiladas de seguro marítimo o de “préstamos a riesgo” o “a cambio”, que provocaban muchos pleitos y en los que existían a veces fraudes o picaresca, no muy distintos de los de hoy en día. *Vid.* PÉREZ MALLAÍNA BUENO, P. E.: *Naufrajos en la Carrera*, cit., pp. 233 a 247.

por España. La norma internacional y preferente de reclamación de la propiedad de pecios, además, no señala plazo a la posibilidad de esa reivindicación. Cabría así pensar que, llevando el pecio en el fondo marino filipino cuatro siglos, igual debería poderse reivindicar acaso varias décadas después de descubierto. La reivindicación no cabría, en cambio, con base en el art. 374-2º LNM, porque ni el pecio lo habría adquirido el Estado por usucapión, ni sería propiedad de “españoles”, ni se habría hallado en “alta mar”.

A la misma posible reivindicabilidad apunta otra norma de “rango” inferior al CNUDM sobre la que no contamos con jurisprudencia y que plantea dudas considerables, como es el artículo 382, partado 1º, de la LNM de 2104, norma referida solo a los buques de Estado o de guerra naufragados o hundidos, tanto si hace poco tiempo como si hace varios o muchos siglos. Este art. 382-1º podría resultar ley más especial que excluyese la prescripción del CC. Según esta norma, que hace salvedad de otros supuestos de salvamento que no nos interesan aquí (arts. 358-4º y 359 LNM), dichos buques naufragados o hundidos, si son españoles, “cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren,...sus restos y los de sus equipos y carga, son bienes de dominio público estatal, inalienables, imprescriptibles e inembargables y gozan de inmunidad de jurisdicción”. La letra del precepto es amplísima e incluye, como sugiere también el apartado 2º del propio artículo 382, incluso pecios hallados en aguas territoriales de otros Estados que hayan ratificado el CNUDM, como sería el caso del Estado filipino. Y véase también el art. 50 de la LNM. El art. 382, 1º, de la LNM tiene indudable alcance retroactivo, alcanzando a pecios de buques naufragados hace mucho tiempo, y sin limitar la letra del precepto el plazo de la reclamación, que más bien, declarados por ley los bienes de dominio público (cfr. art. 132-1º de la Constitución) e “imprescriptibles”, parece que habría de tratarse de una reivindicación para siempre y en todo tiempo, incluso ante los tribunales filipinos.

Luego, según esto, para el caso del galeón San Diego y su carga extraída, cabría una reivindicación y acción real hoy todavía de esa carga frente al Estado filipino y su Museo Nacional, inmediato poseedor en concepto de dueño de parte de la carga. O incluso, con resultados prácticos parecidos, cabría acaso invocar la inmunidad de jurisdicción para forzar la inhibición de jurisdicción de los tribunales filipinos (a salvo, en su caso, lo que puedan afirmar allí sus leyes procesales o su jurisprudencia, acaso ya de signo anglosajón) y traer la petición de reivindicación ante la justicia española, si el Estado filipino se oponía a la restitución.

Como esta reivindicación actual de parte del pecio o de la carga, calificados literalmente para los buques de Estado, por el art. 382-1º LNM, como bienes de “dominio público” e “inalienables”, me parece solución poco razonable (pensemos

en el caso mismo del San Diego, como ejemplo), creo que debería buscarse una mejor interpretación de esta norma que redujese o suprimiese su enorme alcance literal. Hay varias líneas argumentales para ello, aunque no susceptibles del todo de acumularse todas a la vez. Por ejemplo, proponer una reducción teleológica al interpretar el art. 382-1º LNM sistemáticamente con los arts. 15-5º, 40-1º y 44-1º de la LPHE de 1985, en el sentido de que solo debieran considerarse de “dominio público”, según vengo defendiendo en mis trabajos anteriores⁷⁴, y esos sí, de los hallados en cualquier zona del mar (art. 382-1º LNM), los bienes hallados de “interés arqueológico” útiles o que se necesitasen en los museos españoles para su exhibición al público, debiendo considerarse los restantes bienes hallados y recuperados, y no útiles para los museos españoles, como propiedades patrimoniales del Estado y alienables y usucapibles. Ello sería coherente con la posibilidad de que los derechos sobre pecios puedan ser siempre susceptibles, por los Estados, de “prácticas en materia de intercambios culturales” (art. 303-3º CNUDM).

Entonces, para los bienes de la carga de un pecio alienables, podría haber actuado en contra de la reivindicación la usucapción de muebles tanto ordinaria como extraordinaria, que en el caso del C.C. de Filipinas de 1949 operaría, con buena fe y justo título, a los 4 años de posesión civil, y a los 8 años de posesión civil sin ningún otro requisito (arg. art. 1132 y 1117 y 1118, de ese C.C. filipino, copiados con un año de aumento de los plazos de posesión, de los arts. 1955, 1940 y 1941 de nuestro C.C.). Todo ello, entiéndase bien, si no están estas viejas aunque sabias normas españolas, trasladadas en 1949, desplazadas por jurisprudencia de los tribunales filipinos inspirados en las tradiciones norteamericanas. En la misma línea de intentar limitar los efectos de una reivindicación tardía de un pecio o parte del mismo, o de su carga, cabría en casos oponer el principio de protección a la buena fe y de la prohibición del abuso de derecho (arg. art. 300 CNUDM). O también se podría intentar acaso argumentar en esta línea propugnada desde el reconocimiento de que el dominio público de un pecio de un buque de Estado podría haberse “desafectado” en todo o en parte (art. 132-1º Constitución española). O todavía cabría alegar, que las declaraciones solemnes y escritas por SM. el Rey D. Juan Carlos o el Ministro español de Defensa en los prólogos del libro de 1995 sobre el galeón San Diego, siendo parte de su carga bienes alienables, habrían supuesto un formal derelicción o abandono del pecio contemplada en la LNM (arg. art. 373-1º).

El art. 382 LNM ha querido robustecer, al recoger respecto de los pecios y como ley estatal española, la idea aceptada por una pequeña parte de la doctrina

74 Aunque debo reconocer que la doctrina administrativa suele reconocer el carácter de dominio público de los arts. 40-1º y 44-1º de la LPHE muy ampliamente como caracterizador de cualquier bien descubierto y recuperado con los caracteres de hallazgo arqueológico, sin reducción teleológica alguna. Y esa idea podría enlazarse hoy con el art. 382-1º de la LNM, como he indicado en el texto.

española de la existencia de una costumbre internacional sobre los buques de Estado o de guerra, que en realidad no se encuentra claramente recogida en el CNUDM (cfr. arts. 29 a 32; 95 y 96; y 236). Y en el moderno Derecho internacional tienen en principio preferencia los tratados sobre las costumbres⁷⁵.

La primera idea que parece mostrar la historia de la recuperación del galeón San Diego es la de que es bastante discutible que el Convenio UNESCO de 2001 haya establecido como regla general, y muy exigente, el que el principio general sobre los pecios sea que los mismos y sus cargas queden “in situ” en el fondo del mar, casi indefinidamente.

El caso del pecio del San Diego nos permite cuestionar o relativizar otra idea que se maneja a veces o que incluso se ha recogido expresamente en el art. 2-7º de la CPUCH de 2001, idea que consiste en que las excavaciones o investigaciones de los pecios deben respetar “debidamente los restos humanos situados en las aguas marítimas”. Quizás pensaba en ello el art. 382-1º de la LNM de 2014, al aludir a que “los restos de sus equipos” (equipos humanos, parece pensar) son “bienes de dominio público estatal, inalienables, imprescriptibles e inembargables y que gozan de inmunidad de jurisdicción”. Se ve el pecio como un “cementerio marítimo”, y muchas veces con cadáveres de militares, pero la forma en que muchas veces se produce el naufragio desmiente esta idea que parece contemplar a todos los ahogados dentro del casco del pecio hallado. Hoy también véase la misma idea en el art. 31 del Decreto 371/2020.

En el naufragio del San Diego sabemos que, al hundirse rápidamente el buque, los pasajeros y militares salieron nadando en varias direcciones, o hacia la isla Fortuna o hacia el barco enemigo, donde fueron tiroteados. Sabemos que de los 350 ahogados solo los huesos encontrados en el pecio correspondían a 19 cadáveres. Los demás, o se dispersarían por el fondo marino o serían arrastrados por las corrientes. Algo parecido sabemos que sucedió también en el hundimiento del Titanic. Además, sabemos que se han localizado pecios de buques esclavistas (en estos sí que estarían acaso sus cadáveres encadenados en las bodegas del pecio) o pecios de tiempos prehistóricos, en los que parece improbable que queden ni siquiera huesos humanos. En 1602 un barco de guerra holandés destruyó una galera española⁷⁶ en cuyas bodegas iban, como esclavos encadenados, prisioneros de guerra holandeses y otros aliados suyos, que se ahogaron todos con sus cadenas. Como se ve, en este pecio, de encontrarse, habría acaso algunos huesos de marinos españoles, pero sobre todo, y con seguridad, habría más huesos de

75 Vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 67 a 70, y 168-169. Respecto del Derecho español conviene recordar aquí también una vez más el actual art. 2-1º de la LNM de 2014, que da prioridad a los tratados internacionales vigentes en España y a las normas de la UE sobre los preceptos de la propia LNM.

76 Vid. BALLARD, R., y Mc. CONNELL, M.: *La gran aventura del mar*, cit., pp. 175 a 177.

holandeses sujetos acaso por sus cadenas. La titularidad del pecio sería española, en principio, pero la mayoría de los restos de cadáveres serían de presos holandeses.

Así que esta idea de los cementerios marinos contenidos en los pecios parece bastante inconsistente y un tanto romántica o aun religiosa, pero poco realista. No me parece verosímil, cuando en todas partes crece la práctica de la incineración, que se dé un futuro pleito sobre pecios para disputarse solo la propiedad de huesos humanos o sobre el respeto debido a esos huesos. Y calificar estos huesos humanos como dominio público estatal parece poco convincente. Nadie, me parece, haría esa afirmación de los huesos de los cementerios ordinarios y allí enterrados. En este trabajo se verá el caso del naufragio del *Oriflame*, en el que sabemos que durante la travesía habían muerto por escorbuto la mayoría de los tripulantes (68) y habían sido sus cadáveres sucesivamente arrojados al mar. Por lo demás, el Mediterráneo se ha llenado en los últimos años de huesos y cadáveres humanos de muchos miles de personas migrantes que no cabrá afirmar que tengan cerca pecio alguno (cayucos o barcas muy frágiles casi siempre rotas y dispersas) en el fondo marino. A todos estos grupos de fallecido y ahogados cabría hoy reconocerles la dignidad de sus personas.

Otra enseñanza útil que podemos extraer del libro de 1995 sobre el galeón *San Diego* es la de que no siempre si un barco naufraga y lleva un gran tesoro con muchas monedas o lingotes de oro o de plata y de joyas, cuando luego se encuentra el pecio se habrá encontrado siempre allí en su bodega o en su entorno el tesoro. En efecto, cuenta el libro aquí estudiado⁷⁷ que el pirata Oliviert de Noort intentó y consiguió ocupar al abordaje el pequeño patage denominado “El Buen Jesús” en la costa chilena (isla de Santa María), buque que llevaba cuatro toneladas de oro. Antes de rendirse a los barcos piratas, el capitán español del Buen Jesús, prefirió tirar al mar todo el oro que llevaban. El barco fue capturado por un decepcionado Oliviert de Noort, parece que matados todos o varios de los tripulantes, y tiempo después, en Valparaíso, el Buen Jesús fue quemado por él con sebo y hundido.

3. El caso de la búsquedas en aguas territoriales españolas del barco *M/V Louise*.

Veamos ahora otro supuesto, sucedido también bajo la vigencia de la *LASHEM* de 1962, de intento fraudulento por una empresa recuperadora de pecios frustrado por las resoluciones judiciales del Tribunal Internacional de Derecho Marítimo (en adelante, *TIDM*) de fechas 23 de diciembre de 2010 y de 28 de mayo de 2013 dando la razón a España frente a la empresa, que era la “*Sage Maritime Scientific Research*” (“*Sage*”, en adelante), y que había utilizado, sobre todo, los barcos “*M/V Louise*” (en adelante, “*Louise*”) y “*Gemini III*”, y los servicios de dos

77 Vid.: *El San Diego*, cit., p. 55. Los hechos los narra también SAN JUAN, V.: *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 49-50.

profesionales de los llamados a veces “cazatesoros”⁷⁸. La empresa norteamericana había obtenido autorizaciones administrativas de la Dirección General de Costas para realizar supuestamente estudios submarinos de formaciones geológicas marinas para búsquedas de gas o hidrocarburos, pero en una zona, dentro de aguas territoriales españolas, en la que se cree existen importantes pecios y alguno con importantes tesoros al parecer; siendo además tanto la preparación de la tripulación como el instrumental de los dos barcos no aptos para estudiar geología marina y solo aptos, en principio, para buscar pecios submarinos.

En particular, el primero de los dos barcos tenía bandera de San Vicente y las Granadinas, pequeño Estado independiente de ascendencia colonial británica que engloba unas cuantas pequeñas islas en el mar Caribe o de las Antillas, y el segundo barco señalado (el “Gemini III”) no se aclaró en el pleito internacional bajo qué bandera navegaba (la norteamericana, parece: según la sentencia penal española de 2019 que posteriormente comento). El segundo de los barcos llevaba instalados unos deflectores que, con agua a presión, conseguían remover el fondo marino más o menos fangoso. El 29 de octubre de 2004 el “Luisa” atracó en el muelle comercial de El Puerto de Santa María y allí se quedó durante mucho tiempo, aunque al parecer custodiaba restos arqueológicos dispersos (pocos: balas de cañón y poco más) que el “Gemini III”, más apto para ello, extrajo del fondo marino. El Estado de San Vicente era miembro del Convenio de la ONU desde octubre de 1993 y del Convenio UNESCO de 2001 desde noviembre de 2010.

Tras vigilar un tiempo los movimientos de los barcos de la empresa “Sage” la Guardia Civil promovió querrela criminal contra la empresa el 14 de octubre de 2005, antes de que obligase al Estado de San Vicente el CPUCH de 2001 (solo le obligaría desde el 8 de noviembre de 2010), ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Cádiz. El Juez requisó el 1 de febrero de 2006 el “Louisa” y el “Gemini III” y detuvo a los tripulantes de los mismos acusados de expolio y de tenencia ilegal de armas de guerra (unos fusiles de asalto que llevaban se supone que para su defensa, pero cuya tenencia no habían declarado a la Autoridad al tramitar sus autorizaciones administrativas ni después). No se afirma o prueba inicialmente que con el uso de deflectores sobre el fondo marino se hubieran causado daños probados en “yacimientos” sumergidos o pecios acaso descubiertos.

78 Vid. la información sobre el caso en AZNAR GÓMEZ, M.J.: “Patrimonio cultural subacuático español ante tribunales extranjeros o internacionales: los casos de la Mercedes y del Louisa”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Vol 19, 2015, pp. 47 a 77. Ha tratado también este asunto, siguiendo las explicaciones del autor anterior o coincidiendo con ellas, y sin oponer ningún inconveniente posible, DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.: *Transmisión de bienes culturales y resolución extrajudicial de conflictos*, Dykinson, Madrid, s.f. (parece de 2014), pp. 122-123. AZNAR GÓMEZ volvió a publicar su trabajo en “Expolio del patrimonio cultural subacuático español: los casos de la Mercedes y del Louisa”, en AA.VV: *Expolio de bienes culturales* (dir. C. GUIASOLA LERMA), cit, pp. 17 a 58.

En fechas 15 de octubre y 23 de noviembre de 2010 el Estado de San Vicente y las Granadinas, miembro ya en tal momento tanto del CNUDM de 1982 como del CPOCH de 2001, con sus dos barcos inmovilizados, promovió ante el TIDM demanda contra España solicitando medidas provisionales y la entrega inmediata de sus barcos y pertrechos al Estado del pabellón y una indemnización por daños de unos 40 millones de euros. Alegaba incumplimiento de los artículos 73, 87, 226, 227, 245, 303, 304, y 300 del CNUDM de 1982 y del artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (LEC crim.) española de 1882. España aceptó la jurisdicción del TIDM para el conflicto el 19 de julio de 2012, y se opuso a todos los argumentos de la demanda, oponiendo y pretendiendo la falta de competencia del TIDM en el caso.

La resolución del TIDM de 23 de octubre de 2010 rechazó la medida cautelar solicitada por la parte demandante y la de 28 de mayo de 2013 desestimó la demanda, al negar, dando la razón a España, su competencia para resolver un asunto sustancialmente penal y competencia esta, entendió, exclusiva de España como Estado costero competente en sus aguas. El profesor Aznar Gómez, que fue abogado de España ante el TIDM, no ve dificultades en que se iniciara un juicio penal; ve convincentes las razones procesales que llevaron a desestimar la demanda, explicando la inapropiada aplicación, en su opinión, de varios de los artículos del CNUDM y del art. 561 de la LECrim. de 1882. Considera un éxito de España, aparte de suyo personal como Abogado, esta Sentencia que, según el autor, reconoce y acaso refuerza hacia el futuro sus competencias como Estado costero.

La explicación de Aznar Gómez no alude nunca a la LASHEM, siendo que hubo preceptos de la misma que fueron los indirectamente o con fraude vulnerados, como el que regula la “concesión” por la Autoridad de Marina (discrecional, parece) de una “extracción” de buque hundido (art. 56 y 58), puesto que, dados lo hechos, resulta muy extraño que se otorgara autorización a “Sage” para trabajos submarinos de búsqueda de hidrocarburos en una zona de conocidos yacimientos arqueológicos submarinos⁷⁹. Quizás lo que hubiera debido investigarse era si hubo algún soborno a los funcionarios sobre costas o negligencia suya grave. La

79 Detecto dos errores de cierta entidad en la explicación de AZNAR GÓMEZ. El primero cuando afirma que el artículo 369-3° de la LNM de 2014 “por primera vez” excepciona las reglas sobre el PCS respecto de la regulación genérica del salvamento (vid. p. 74, nota 102). No es así, dado que ya hizo esa misma excepción el art. 59 de la LASHEM, regla sobre la que, como argumenté en mi citado trabajo “Una concepción historicista y iusprivatista del marco jurídico estatal e internacional sobre los pecios” (vid. pp. 116 a 118 y referencias allí en notas), otros hemos tenido que reflexionar bastante. El segundo error, es que, al final de su trabajo, desde la idea razonable de que los daños causados a un yacimiento subacuático son difíciles de fijar con precisión, se dedica a proponer la modificación del art. 76-2° de la LPHE de 1985. Es erróneo porque ese precepto ha sido derogado en todas o casi todas las comunidades autónomas españolas desde los años noventa por las numerosas leyes de patrimonio cultural dictadas en las mismas. Tiene pues el precepto solo valor supletorio teórico, que casi nunca se concreta o aplica. Para Andalucía, que era nuestro caso, vid. las leyes de patrimonio cultural 1/1991, de 3 de julio (arts. 109 y ss.) y 14/2007, de 26 de noviembre (arts. 106 a 113). Se suelen exigir en estas leyes de patrimonio cultural o histórico, con acierto, de forma diferenciada las multas y los daños causados. Además, de existir normas sobre daños

Administración española parece haber sufrido un engaño demasiado burdo⁸⁰. Hubiera bastado, lo que creo cabía en la LASHEM, dar la autorización o “concesión” para operar en la zona condicionada a inspecciones de los barcos esporádicas y libres para la Autoridad española, para controlar efectivamente lo que se iba a hacer. O sea, pactar con la empresa una especie de autorización que supusiera algo así como una renuncia a la protección que otorgaba el art. 561, párrafo 1º, de la LECrim. de 1882⁸¹. En todo caso, la imagen que dio otorgando esa autorización España fue, en mi opinión, la de un Estado poco serio.

Me ofrece alguna duda el acierto de la decisión del Tribunal (TIDM) de rechazar la aplicación del art. 561 LECrim. (si el capitán del barco se oponía al registro había que solicitarlo al cónsul de la nación de su pabellón), precepto razonable con algún matiz procesal y de Derecho internacional (arg. art. 27-1º, 2º y 3º del CNUDM, convenio éste del que San Vicente sabemos era Estado miembro) y que se entiende mejor leyendo algunos de los preceptos próximos (arts. 567 y 568, p. e., LE Crim. de 1882), sobre todo si sabemos que en los puertos de países subdesarrollados o aun corruptos, una de las formas clásicas, desde hace siglos, de sacar dinero a los capitanes o armadores de buques es reteniéndoles sus buques con algún pretexto burocrático, dado que esto causa a las empresas graves perjuicios y prefieren pagar el chantaje⁸². Por otro lado, los cargos penales contra la Empresa recuperadora de pecios parecían, en esencia, endebles, dado que el art. 323 del Cod. penal castigaba por entonces (la querrela de la Guardia civil es de 14 de octubre de 2005 y en febrero de 2006 se requisaron los dos barcos de “Sage”) solo el daño causado a los “yacimientos arqueológicos” (terrestres, se suponía), que aquí no constaba que se hubieran descubierto, y solo después de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se modificó (irretroactivamente: art. 9-3º y 25-1º CE) el texto del Cod. penal incluyendo los yacimientos arqueológicos “terrestres”... “o subacuáticos”.

Y que el buque portara armas parece, al menos, prudente, dado que en la costa gaditana hay abundante tráfico de drogas practicado con potentes lanchas a motor y en las que no es raro que sus tripulantes, gente poco fiable, lleven armas, aunque puedan acaso tirarlas al mar un poco antes de su detención por la policía. Además, en la LASHEM entonces vigente no se habían tipificado conductas que se pudieran sancionar ni administrativamente ni tampoco, por supuesto, penalmente (arg. art.

para un caso así en el Derecho internacional o en el CNUDM, estas últimas reglas hubieran debido ser preferentes por aplicación del art. 304 CNUDM.

80 Conviene recordar que la LPHE de 1985 si contempla (arts. 40 y 41) junto a los hallazgos interesantes para el PHE las posibles excavaciones subacuáticas para investigaciones geológicas.

81 Posteriormente este art. 561, párrafo 1º, de la LECrim. de 1882 ha sido derogado por la LNM de 2014, en su Disposición derogatoria única, letra b). Pero el precepto decisivo, y bastante complejo, al respecto es el art. 27 del CNUDM de 1982, al que se remiten, en esencia, los arts. 12, 44 y 48 de la LNM de 2014.

82 Antecedente histórico del art. 27 del CNUDM era el Convenio Internacional sobre Competencia penal en materia de abordajes, de Bruselas de 10 de mayo de 1952, ratificado por España (BOE de 4 de enero de 1954).

25 CE). O sea, la Guardia Civil acaso debió prever que la legalidad de cualquier sanción en el caso parecía difícil de sostener judicialmente y muy improbable⁸³.

Conocemos ya la Sentencia penal que resolvió este caso, que es la de la Audiencia Provincial (AP) de Cádiz 94/2019, 5 de abril (ARP/2020/144). La Sentencia está bastante trabajada pero solo con la perspectiva estrictamente penalista y en absoluto atiende a la normativa de la LASHEM ni de los tratados internacionales implicados. No percibe la AP, en mi opinión, la complejidad interdisciplinar del problema y adopta la perspectiva simplista y la terminología impropia, sin respeto al Diccionario de la Lengua Española, de la mera persecución de los “cazatesoros”. No presta en absoluto consideración a los daños infligidos a la empresa procesada por la Administración española, de comportamiento culpable o, al menos, manifiestamente mejorable. Y razona, discutiblemente, que el párrafo 1º del art. 561 LECrim. no era aplicable por no ser el buque “mercante” (el precepto solo distinguía dos: mercantes y de guerra). Se decomisó el material de búsqueda de restos de pecios o naufragios a la empresa procesada. Se condenó a diez de los intervinientes o tripulantes (no al Capitán) por expolio del art. 323 del Cod. pen. a solo ciertas multas, dada la incidencia de una atenuante de excesiva prolongación del proceso. Pero se condenó desde un grave error que fue basarse en la versión del art. 323 Cod. pen. posterior a su reforma de 2015 (la sentencia incluso lo transcribe) aplicando el precepto retroactivamente y con error a hechos anteriores en casi una década (arg. art. 25-1º Const.)⁸⁴. De revisarse ante el TS o, en su caso, ante el TC, parece seguro que, alegada esta razón, la Sentencia 94/2019 sería, al menos en parte, casada o anulada. Pero parece que por unas pequeñas multas no cabe la casación. La Sentencia de la AP de Cádiz de 5 de abril de 2019 incurrió en un grave error.

83 Contamos con un buen trabajo reciente de URBINA, J.J., titulado expresivamente “Seguridad marítima e interceptación de buques en la represión de actividades ilícitas en el Derecho del mar”, en *Revista Española de Estudios Internacionales*, núm. 41, 2021, pp. 1 a 36. El autor, que nunca se refiere a los recuperadores de pecios, da mucha información doctrinal y jurisprudencial y práctica sobre esta interesante cuestión, y sobre los límites de los agentes de la policía en el uso de la fuerza y los métodos coercitivos frente a la resistencia que acaso encuentran a veces. En esto último explica que se suelen aceptar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Explica que el CNUDM fue algo ambiguo en esta importante cuestión, contemplando su reflexión sobre todo los poderes de la policía en las aguas territoriales, y concluye que se ha abierto paso en la práctica el uso de la fuerza, pero en los ejemplos que propone se ve que se trata de sospechosos delitos de mucha gravedad (tráfico de drogas, o de personas, terrorismo, tráfico de armas, etc.) y llega a proponer que se aplique en cierta medida la costumbre. Pero ya se entiende que la costumbre no podrá servir para tipificar estrictamente conductas sancionables ni delitos. Sostiene que Francia tiene mejor regulada que España esta cuestión. El autor olvida el decisivo art. 25 CE en su interesante reflexión sobre la cuestión. Y el art. 23-4º, letra e, de la LOPJ de 1985, en cuestiones de seguridad marítima se ve también que contempla delitos muy graves y además acaba remitiéndose a los tratados internacionales suscritos por España (o sea, CNUDM, sobre todo). Así que la interceptación de buques extranjeros por cuestiones sobre pecios debería ser algo bastante excepcional. Vid. sobre un recurso de amparo desestimado, en un caso de detención en alta mar de un buque dedicado al tráfico de drogas, la STC 21/1997, 10 de febrero, (RTC, 1997, 5482).

84 Sobre la nueva regulación penal de los yacimientos subacuáticos de 2015, vid. NÚÑEZ SANCHO, A.: “La nueva regulación penal del delito de expolio de yacimientos arqueológicos”, en AA.VV.: *Expolio de bienes culturales* (dir. C. GUISASOLA LERMA), cit, pp. 165 a 198, y en particular, con visión bastante crítica de la nueva reforma legal, cuya necesidad defiende, pp. 13 a 196.

Y en cuanto a la posesión de armas de guerra los imputados fueron absueltos, al ir encerradas las armas en un armario, que la Guardia civil tuvo que romper, y no encontrándose la llave, no se pudo probar a disposición de quién estaban allí efectivamente esas armas. Pudo influir también en los jueces el conocimiento de que los norteamericanos compran armas ligeras con suma facilidad y las tienen en casa y acaso las llevan en su barco con toda naturalidad. Los daños al “yacimiento arqueológico submarino” (en realidad, los tripulantes del barco habían trabajado durante años a lo largo de una zona de costa bastante extensa y solo habían extraído unos 40 objetos arqueológicos heterogéneos y de poco valor: no encontraron un verdadero pecio ni un “yacimiento” arqueológico) se estimaron por la Sentencia en solo tres mil euros. La Sentencia parece castigar más la actividad de búsqueda de pecios, no tipificada hoy como delito ni como falta administrativa, que los daños a un “yacimiento arqueológico”, sí tipificados hoy como delito, pero que, como digo, no parece aquí que tal “yacimiento” se llegara nunca a descubrir (arg. arts. 1-2º, 15-5º, 41, 43 y 44-1º de LPHE). Quizás hubo más bien una mera tentativa de delito (arg. art. 16 C.pen.). Prescindiendo del claro error técnico jurídico de la Sentencia de la AP de Cádiz de 2019 citada, el mensaje de futuro que ésta envió a las empresas recuperadoras de pecios fue de severidad y rigor en la vigilancia de nuestras costas, lo que sin duda parece, en abstracto, oportuno.

No obstante, conviene advertir todavía que San Vicente y las Granadinas es Estado ubicado en el mar de las Antillas (no lejos de Jamaica) y miembro del CNUDM, convenio que ratificó el 1 de octubre de 1993, y también del CPUCH, que ratificó el 8 de noviembre de 2010; y que este archipiélago marino y con muchos pequeños puertos acaso tenga establecida la práctica (si no acaso hasta alguna normativa) de ceder su bandera o tomar otra como bandera de conveniencia (la de EEUU, en el caso, pero esto, por desgracia, es práctica muy extendida) y tenga en ello una fuente de ingresos, por lo que su dañado “prestigio” en ese negocio y la severa inmovilización aquí en España de los dos barcos de su cliente, puede ayudar a entender que, acaso con ayuda financiera de este, iniciara el Estado de San Vicente el caro pleito contra el Reino de España ante el TIDM.

En fin, la Sentencia del TIDM de 28 de mayo de 2013 es cierto que respaldó la labor abnegada (y acaso mal orientada) de la Guardia Civil, que trabajó meses, con indudable gasto de dinero público, en el caso y realizó grabaciones telefónicas, pero me parece menos claro que beneficie a la larga a España. Basta pensar, recíprocamente, en que en el futuro una expedición española intentase recuperar un antiguo pecio español con su tesoro en las aguas territoriales de San Vicente y Granadinas, lo que entra dentro de lo posible. En tal caso, aun suponiendo, que ya es suponer, la irreprochable honestidad de los funcionarios de las costas o puertos de ese pequeño país, si quisieran ellos oponer normas penales suyas para obstruir tenazmente la recuperación del pecio español en sus aguas territoriales,

el precedente de la Sentencia del TIDM de mayo de 2013, que propone hacia el futuro el negar admisión de juicio fundado en las normas penales y aun procesales de matiz internacional internas dentro de las aguas territoriales de un Estado (siempre con competencias legislativas muy amplias, incluidas las penales: art. 2 CNUDM), le podría dificultar bastante, o hasta impedir, a España, en detrimento del art. 303-3° CNUDM, la recuperación de ese antiguo pecio de su propiedad y acaso muy valioso y de gran interés para su Patrimonio arqueológico o histórico.

Pecio al que, sin embargo, en buena doctrina, España podría tener perfecto derecho de plena propiedad según el art. 303-3° del CNUDM y el Estado de San Vicente estricta obligación, por el mismo precepto, de colaborar y de entregarlo⁸⁵. Podría nuestro Estado, por ejemplo, ser procesado penalmente desde la interesada o maliciosa duda de si no buscaba acaso cualquier otro pecio con tesoro. Por otra parte, si el Estado de San Vicente hubiera demandado a España ante los tribunales de ésta los 40 millones de euros por responsabilidad patrimonial, acaso estos tribunales hubieran tenido dificultad para no reconocer algo de indemnización, dada la señalada torpeza de la Administración española en la gestión de los controles a la empresa “Sage” y sin que fuera seguro que la deficiencia de nuestras leyes sobre pecios amparase en eso a la Administración.

Vista así, a largo plazo, la victoria de España en el caso del M/V Louise parece un tanto pírrica y aun discutible⁸⁶. Si cualquier Estado ribereño prefiere, más allá de medidas administrativas, enseñar enseguida los dientes de los procedimientos penales, con ello vemos que el Derecho internacional se retrae o retrocede, lo que no es bueno porque el Derecho marítimo se mueve o se debería mover con un civilizador impulso de mejorar la uniformidad a nivel mundial de las soluciones jurídicas (arg. art. 2-2° LNM). Por lo demás, el complejo art. 23 de la LOPJ (aptdo. 1° y 4°, letra d.) parte de que la competencia jurisdiccional en nuestro territorio, incluidas las aguas territoriales, incluye ampliamente delitos y faltas, y que ya fuera de territorio español sólo interesan delitos muy graves y cualificados, y con respeto siempre a los tratados internacionales.

4. El caso del hallazgo del pecio y tesoro del Oriflame en la costa chilena.

Un buen ejemplo de mi pensamiento argumentado en otros trabajos anteriores contra el trato jurídico o legal diferenciado, tanto en el CPUCH como en la LNM, de los buques de Estado como pecios, respecto de los pecios en general con o sin tesoros, es el relativo al pecio del navío comercial “Oriflame”, pecio y carga

85 La situación sería entonces, la inversa de la que, pensando en el CNUDM, ha regulado el art. 382 de la LNM de 2014. Aquí San Vicente y las Granadinas sería titular de su soberanía sobre aguas territoriales y España intentaría legítimamente recuperar en ellas un antiguo pecio suyo, acaso con importante tesoro.

86 La Sentencia del TIJM sobre el caso del barco Louise, la ha recogido, sin llegar a valorarla, PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 654-655.

que con base solo en el CPUCH o en la LNM (arts. 382-3º y 374-Iº) no podría ser reclamado o reivindicado por España, según esos cuerpos jurídicos, al no ser buque de Estado o de Guerra, y que, sin embargo, podría serlo con toda claridad por aplicación del vigente y preferente art. 303-3º del CNUDM. Y podrían serlo no solo los pecios, con o sin tesoros o cargas valiosas, de buques comerciales como el Oriflame, sino los de buques de transporte de pasajeros o turistas, o de contenedores, o de pesca, o de investigación, o de salvamento, etc.

El Oriflame fue un navío español cuando naufragó en julio de 1770 en aguas territoriales de Chile y casi en la misma costa, con una importante y muy valiosa carga de cristalería y vajilla de lujo construida en España, que era propiedad de la Monarquía (Carlos III). El pecio, descubierto en febrero de 2001, ya vigente el CNUDM en Chile, y que cuando escribo este trabajo todavía en su mayor parte no se ha extraído, ha sido objeto de un pleito entre el Estado chileno y una empresa chilena recuperadora de pecios, pero lamentablemente, y como de costumbre, España no se ha personado en el juicio ni ha emprendido un juicio propio, que hubiera tenido y aun tendría hoy, amplias posibilidades de ganar⁸⁷.

El Oriflame fue avistado por el navío español Gallardo el 23 de julio de 1770 sin rumbo y a la deriva⁸⁸. Se le acercó lo que pudo el Gallardo los días siguientes hasta reconocerlo y, en la idea de conocer su problema o situación y ayudar a la gente del Oriflame, se acercó un bote con unos pocos hombres que llegaron a subir por una escala a la cubierta. Al llegar allí presenciaron una escena dantesca. El que parecía mandar, que no consta con seguridad quién era y si era o no el capitán, les explicó que 68 hombres habían muerto y se habían arrojado sus cadáveres al mar; muchos otros estaban enfermos o moribundos (por escorbuto, aunque no se conocía entonces la causa de la enfermedad, muy frecuente entre aquellos marinos, y derivada, como hoy sabemos, de la falta de vitamina C) y tirados en la cubierta muy enfermos y pestilentes; y al parecer solo unos pocos hombres estaban disponibles para poder trabajar, pero eran muy insuficientes para manejar

87 El caso del Oriflame, alias del navío Nuestra Señora del Buen Consejo y San Leopoldo, lo conocemos muy bien, porque le ha dedicado un trabajado libro el profesor VICENTE RUIZ GARCÍA, que no es jurista, pero que ha intentado razonar sobre la propiedad del pecio y ha llegado a demostrar cumplidamente que la carga más valiosa con mucho que contiene el pecio, y al parecer presumiblemente muy bien conservada en el fondo marino, pertenecía a la Monarquía española. La propiedad del buque era de unos armadores españoles particulares, que llevaban la mercancía ajena para venderla por encargo de la Monarquía. Pero siendo hoy imposible reconocer a los herederos de los dueños del buque ahogados en el naufragio (los restos del buque serían lo menos valioso con seguridad de este pecio), es seguro que, por falta de herederos conocidos, incluso la propiedad del pecio entero habría pasado a la Monarquía española u, hoy diríamos, al Estado, por aplicación, cuando menos, de los actuales artículos 956 a 958 CC. Estos artículos estaban ya en el C.C. de 1889 y su idea central, antes, en la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835 (arts. 2 y 7). Y antes que en la Ley de Mostrencos, en el Derecho castellano vigente en 1770. O sea, en la ley 1ª del Título XXII del libro X de la Novísima Recopilación de CARLOS IV, relativa a la adquisición como mostrenco por la Corona de los bienes sin herederos e intestados. Y veáanse en esa Recopilación también las leyes 1ª y 3ª del título XX del mismo libro X sobre herederos abintestato. Vid. del autor: *El navío Oriflame y su tiempo. Un patrimonio cultural de España en la costa de Chile*, CSIC, Sevilla-Madrid, 2022, 372 pp., y para las dubitativas indagaciones jurídicas de su autor, pp. 267 a 309.

88 Vid. RUIZ GARCÍA, V.: *El navío Oriflame*, cit., pp. 229 a 239.

el barco. Desde el Gallardo se pensó en volver a pasar con un bote más grande y con hombres de refuerzo y alimentos, víveres y agua, pero cuando se iniciaba este segundo trasbordo, se desencadenó una furiosa tormenta que puso las aguas muy alteradas y, al parecer, imposibilitó del todo el intento de auxilio al Oriflame. Durante la fuerte tormenta el Gallardo perdió de vista al Oriflame. En la costa chilena, la Guarda costera sí vió llegar un barco en muy malas condiciones y casi del todo desarbolado, que encalló y se partió en dos en las rocas, pero, como la furiosa tormenta seguía, resultó imposible prestar ayuda a la tripulación del barco, que se hundió a pocos metros de la costa la noche del 17 de julio de 1770, y perecieron los 125 hombres que, como máximo, todavía quedaban esa noche con vida en el barco.

En la costa chilena⁸⁹ se organizó un dispositivo con soldados para evitar los robos y los saqueos y se recogieron algunos objetos y cajas con vajilla que quedaron desperdigadas por la costa. Incluso se recurrió a “buzos de pecho”, que se sumergían intentando, con escaso éxito en este caso⁹⁰, recuperar del fondo marino algunas mercancías perdidas del pecio. Siempre se intentó respetar, conforme a las Leyes de Indias, la propiedad sobre la carga del pecio del Rey de España (Carlos III). En varios intentos de recuperación de mercancías, solo se pudieron recuperar, al final, un puñado de cajones de la vajilla transportada. El virrey de Perú, Manuel Amat, se puso en contacto con España y adoptó diversas disposiciones, pero pronto cerró el caso, que con el tiempo se fue olvidando por los chilenos.

El Oriflame había ido a parar a la playa de la Trinchera, enclave en la Costa de Chile en la región de Maule, entre los ríos Huenchullami y Mataquito⁹¹. En febrero de 2001, los hermanos Edmundo y Rodrigo Martínez, con medios rudimentarios y una moto acuática, pero con información proporcionada por el historiador Mario Guisande, que había estudiado el naufragio del Oriflame, ya por entonces convertido en leyenda, se pusieron a buscar el pecio bajo las aguas de la playa de la Trinchera y sus proximidades. La sorpresa de los hermanos Martínez fue que lo que parecía la mayor parte del pecio y de su carga pareció encontrarse, a nueve metros de profundidad, bajo la arena de la playa de la Trinchera. Al parecer, la dinámica de los aportes marinos de arena y los aportes fluviales con sedimentos de los ríos cercanos habían provocado que la línea de costa ganara terreno al mar y que lo que en el siglo XVIII había sido agua, en 2001 hubiera pasado a ser tierra

89 Vid.: *El navío Oriflame*, cit., pp. 246 a 256.

90 Esto de los buceadores sin ayuda de escafandra ni mecanismo alguno de protección, para recuperar objetos del pecio de un naufragio reciente sucedido en la orilla del mar, puede extrañar, pero lo cierto es que existió, al parecer, durante siglos, y ha dado fe de ello PÉREZ MALLAÍNA BUENO, P.E.: *Naufragios en la Carrera*, cit., pp. 225 a 232.

91 Vid.: *El navío Oriflame*, cit., 2022, pp. 267 a 269 y 277.

o arena. Aun así, después del terremoto en Chile de 2010 el lugar volvió a ser cubierto por las aguas y las olas del mar, con una nueva alteración de la orografía.

Tres meses después del hallazgo del pecio, el 8 de mayo de 2001, surgió y se constituyó una sociedad anónima con la finalidad de buscar pecios en la zona, la Oriflama S.A.⁹². Es curioso y significativo que aquí no vino a por nuestro tesoro una empresa recuperadora de pecios de EEUU, sino que se constituyó una empresa con empresarios adinerados de la zona, que se decían un grupo de amigos, y que habían buscado ya antes del pecio del Oriflame, aunque sin éxito, el pecio de una fragata que había naufragado también por esa zona. En años posteriores, aparte de gestiones burocráticas, sobre 2006 y 2007, se hicieron sondeos y penetró un buzo especializado por un tubo introducido en la tierra de 1,20 metros de anchura, a través del cual se pudieron extraer monedas, restos de cristal, metales, maderas y hasta semillas de pimienta, todo en un óptimo estado de conservación, debido a la presión y protección de la arena que se había ido acumulando sobre el pecio y carga del Oriflame. Esta sociedad privada, visto el buen estado de los objetos encontrados, activó los permisos de las autoridades de la región, obteniendo sustanciales preacuerdos con ellas, que pensaban en el incremento del turismo, y especulando los empresarios con muy gananciosas ventas en subastas públicas de los bienes de las vajillas españolas, hasta estimar que las mismas podrían llegar a valer unos 30 millones de dólares americanos. Los cálculos se hacían partiendo de que todavía está hoy en activo la Real Fábrica de Cristales de la Granja de San Ildefonso, que se sabe elabora piezas artesanales que individualmente oscilan entre los 49.000 a 70.000 pesos chilenos (de 700 a 1000 euros). Suponían los socios de Oriflama S.A. que estos precios se incrementarían en las futuras subastas.

Ruiz García narra en su libro una prolongada batalla jurídica en Chile sobre el pecio que no se había resuelto al acabar su libro de 2022 y que acaso sigue todavía abierta⁹³. Resumo brevemente esta batalla judicial escrita por un autor que no es jurista. Tras la activación por la empresa privada de permisos de extracción de las autoridades regionales, intervino el Estado chileno a través del Consejo de Monumentos Nacionales del Ministerio de Educación, recordando a Oriflama S.A. que los restos del pecio requerían, para su exploración o extracción, del permiso previo del Consejo de Monumentos Nacionales. Se invocaba la Ley 17.288 de 1970 y su Reglamento de 1990, inspirados en recomendaciones de la UNESCO (no en el CPUCH de 2001, no ratificado todavía hoy por Chile), de modo que, al declararse el pecio del Oriflame “patrimonio arqueológico” de Chile, el Estado reclamaba la posesión preferente o la competencia o, en algunos momentos posteriores, incluso la propiedad por ministerio de la ley del pecio en disputa, como “bienes nacionales” de Chile. El problema se complicó, entre otras

⁹² Vid.: *El navío Oriflame*, cit., 2022, pp. 269-270.

⁹³ Vid.: *El navío Oriflame*, cit., pp. 270 a 277 y 369 a 372.

razones, por surgir un conflicto de competencias administrativas, ya que mientras el Consejo de Monumentos nacionales siempre negó, en repetidas ocasiones, la autorización a Oriflama S.A. para explorar o extraer el pecio o su carga, lo contrario hizo inicialmente la Dirección General del Territorio Marítimo (DIRECTEMAR), organismo que sí había otorgado en julio de 1999 al profesor Mario Guisande una autorización de extracción del pecio o de su carga. Al menos hasta 2003 se sucedieron resoluciones administrativas contradictorias sobre el pecio en disputa y sobre los requisitos administrativos para otorgar una autorización a Oriflama S.A. De la Ley de 1970 se deducía que a la empresa privada que extrajera el pecio o parte del mismo se le podrían conceder hasta un máximo de un 25% de lo extraído del pecio.

Por otra parte, Oriflama S.A. interpuso un pleito civil en el que obtuvo una importante victoria ante el Juzgado de Letras de Curepto, que, en Sentencia de 27 de enero de 2005 declaró la propiedad de la empresa demandante sobre todos los restos del Oriflame por “prescripción adquisitiva ordinaria” (¿?). No, pues, por descubrimiento, ni por ocupación, ni por accesión. Poco después, DIRECTEMAR otorgó a la empresa privada en septiembre de 2006 un permiso de extracción del pecio. Pero todavía esta Sentencia civil de 2005 fue desautorizada por un Informe prolijo del Consejo de Defensa del Estado que consideró el pecio como un “bien nacional” por su propia naturaleza y que solo hubiera podido extraerse con autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, y no con ningún otro permiso administrativo y siempre respetando el límite del 25% de lo atribuible a quien legalmente hubiera conseguido la extracción del pecio. A continuación se abrió una fase de negociaciones entre la empresa Oriflama S.A. y el Consejo de Monumentos Nacionales, buscando algún tipo de reparto del pecio, negociaciones que todas fracasaron.

Ante la enésima denegación del permiso de extracción del pecio por la Comisión de Monumentos Nacionales a la empresa privada, ésta decidió acudir de nuevo a los tribunales, que por dos veces confirmaron la resolución administrativa denegatoria de la autorización de extracción. La primera Sentencia, más argumentada, fue la (se omite la fecha) de la Corte de Apelaciones de Talca, Tribunal que entiendo es de jurisdicción contencioso administrativa y que resolvió un recurso denominado de “protección” y de naturaleza solo “cautelar”. Desestimó la demanda de Oriflama S.A., que alegaba, entre otras razones, su propiedad privada sobre el pecio; la libertad de empresa; y la arbitrariedad de la resolución administrativa impugnada.

Las razones de la Sentencia de la Corte de Talca fueron, me parece, en esencia, la inoponibilidad contra el Estado de los efectos de la Sentencia del Juzgado de Curepto de enero de 2005 por los efectos relativos de la cosa juzgada, ya que

se conocía la aspiración del Estado chileno a la propiedad como “bien nacional” del pecio en disputa, y que el Estado no había sido convocado a comparecer en el pleito civil ante este Juzgado de Curepto. En el Fundamento 8º la Sentencia parece dejar abierta la cuestión civil de la propiedad del pecio del Oriflame, y acaso tácitamente, la posible actuación o virtualidad aquí del principio civil de la ocupación. La segunda y última Sentencia, fue la de la Sala Tercera, de la Corte Suprema, de Santiago de Chile de 29 de agosto de 2016. Esta Sentencia, según al menos la versión recogida en el libro de Ruiz García, se limitó a declarar que “no ha lugar a los alegatos” solicitados por Oriflame S.A. Como se ve, en suma, en Chile, como en España, tienen fuerza y arraigo los muy discutibles argumentos de los arqueólogos fundamentalistas, al menos en los ámbitos administrativos, pese a que Chile no ha ratificado el CPOCH de la UNESCO de 2001.

Veamos ahora cómo, según advertía con anterioridad, si España reivindicara el pecio y carga del Oriflame tendría muchas posibilidades de ganar el pleito. La clave está en que los dos países han ratificado el CNUDM. En España tiene vigencia desde el 14 de febrero de 1997 y en Chile desde el 25 de agosto de 1997. De modo que España podría sostener y reivindicar su propiedad privada sobre un pecio ya perfectamente identificado como buque de comercio español (y el libro de Ruiz García ya le tiene hecha casi del todo la demanda), y Chile tendría una obligación internacional de cumplir su compromiso de entregarle su pecio o la carga del mismo, si España se conformara con esta última, que es la que podría darle bastante dinero y unos objetos valiosos y perfectamente adecuados para sus museos arqueológicos⁹⁴.

El art. 303-3º CNUDM sería la clave del derecho de propiedad de España sobre el pecio (propietaria de ese “objeto de propietario identificable”) y también de la obligación de Chile para su entrega y reconocimiento de la propiedad española. Una sentencia civil chilena que resolviera el pleito no podría oponer eficazmente las aspiraciones del Estado chileno a la propiedad como “bien nacional” del pecio del Oriflame, frente a España, porque el CNUDM obliga, se supone, al Estado chileno por encima de sus propias leyes y sentencias (además de que las sentencias dictadas hasta ahora parece que no han cerrado en firme la cuestión civil de la propiedad del pecio y de su carga, como ya advertí), y porque el art. 296-2º del mismo Convenio, también parte del principio procesal casi universal de que las sentencias que se dicten conforme al CNUDM tienen efecto solo entre las partes

94 RUIZ GARCÍA, que no es jurista, no cita en ningún momento en su libro el CNUDM, tratado fundamental para entender el régimen jurídico de los pecios, ni probablemente conoce o puede entender el difícil contenido del CPOCH. Reúne muchas pruebas, trabajosamente extraídas de diversos archivos históricos españoles, para justificar la propiedad por el Estado español al menos de la carga del Oriflame, pero al final no llega a defender claramente que España reivindique su pecio ni su carga, algo impresionado el autor por las discutibles ideas de los arqueólogos más fundamentalistas que están detrás del CPOCH y que sostienen la rigurosa permanencia “in situ” de los pecios en el fondo marino.

y para la concreta controversia resuelta. Ninguna sentencia chilena ya dictada supondría obstáculo serio, parece, a la reivindicación por España del Oriflame.

Curiosamente, Chile encontraría algunos argumentos estimables (acaso útiles para forzar una negociación y un reparto del tesoro). Por ejemplo, el de alegar que el art. 382-1° LNM, “a sensu contrario”, deja fuera al Oriflame, buque comercial. O podría basarse, precisamente en el hecho desgraciado para España de que ésta ha ratificado el CPUCH. Esto podría dar a Chile, acaso, los argumentos de que España habría incumplido, ante una demanda directa contra Chile, sus obligaciones de informar antes a otros Estados relacionados (acaso Francia, país constructor del Oriflame, p.e., o el propio Chile, en cuyas aguas territoriales se dio el hallazgo del pecio) o al Director General de la UNESCO; o su compromiso como Estado Parte del CPUCH de cumplir la discutible regla general de este Convenio de que todos los Estados parte procuren hacer permanecer el pecio “in situ”, en el fondo marino, para no perjudicar supuestamente la futura cultura de la Humanidad que pretendidamente se sustentará en el “Patrimonio Cultural Subacuático” con preferencia éste siempre sumergido en todos los mares y océanos. Pero no es seguro que estos peculiares y “arqueológicos” argumentos pudieran aducirse por Chile, que no ha ratificado, en definitiva, el CPUCH. En efecto, parece preferible pensar, como ha razonado doctrina internacionalista muy autorizada⁹⁵, que cuando en una controversia uno de los Estados sea parte de un Tratado y el otro Estado lo sea de dos tratados, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el Tratado en el que los dos Estados sean parte (el CNUDM, aquí, por tanto).

El contraargumento de España contra posibles argumentos como estos de Chile sugeridos estaría, en esencia y en su caso, en que la “ratio” o finalidad de todo el CPUCH y de la LNM de 2014, está en que al explorar, o estudiar, o extraer los pecios o sus cargas, todo ello se haga aplicando las “técnicas arqueológicas” que eviten los daños a los elementos de valor cultural o arqueológico de los pecios. Pero la interpretación de las leyes debe ser teleológica (arg. art. 3 CC). La extracción de la valiosa y aun delicada carga del Oriflame debería hacerse, desde luego, con esmerada atención a las técnicas arqueológicas, acaso con la colaboración de Chile, pero es que a eso está obligada España al menos desde la LPHE de 1985 (arg. arts. 40, 41, 42 y 44-1°), desde que ratificó el CNUDM (arg. arts. 149 y 303-1°) y el CPUCH y desde que está vigente la LNM de 2014 (arg. arts. 358-3°, 369-3°, 381 y 383, que contienen remisiones a la propia LPHE de 1985). La idea o finalidad de protección a la cultura actual y futura de la Humanidad no la ha inventado el CPUCH y estaba ya, al menos, en el CNUDM. Además, podría ser útil a España⁹⁶, una antigua e interesante Sentencia chilena de 1869 sobre el

95 Vid. al respecto, PASTOR RIDRUEJO: *Curso de Derecho*, cit., p. 116; y CASANOVAS, O., y RODRIGO, A.J.: *Compendio de Derecho*, cit., p. 112; y, en fin, CASADO RAIGÓN, R.: *Derecho internacional*, cit., p. 170.

96 Vid. RUIZ GARCÍA, V.: *El navío Oriflame y su tiempo...*, pp. 287-288.

pecio de la fragata inglesa “Cape Horn”, en la que el tribunal autorizó extraer la carga del barco mencionado, susceptible de dominio privado, mientras que el pecio mismo se declaró Monumento Histórico. La doctrina de esta lúcida y pragmática Sentencia quizás podría prestar utilidad en el futuro a España. En fin, que los hallazgos de interés histórico artístico tanto terrestres como marítimos los califiquen algunas de nuestras leyes como siempre y necesariamente de dominio público es idea que he criticado en varios de mis trabajos⁹⁷, aparte lo explicado sobre que esa calificación puede acaso entenderse excluida, en casos, para los pecios marítimos, razonando desde el CNUDM y su art. 303-3º.

5. Una posible reflexión sobre la recuperación de pecios de la batalla de Trafalgar.

Puesto que desde hace bastante tiempo defiendo la intervención de las empresas privadas recuperadoras de pecios, convenientemente vigiladas por los Estados, me ha interesado la noticia⁹⁸ de un “Proyecto Trafalgar” que habría promovido el Centro de arqueología subacuática de Cádiz, con el respaldo de la Junta de Andalucía, para constituir una Fundación sin ánimo de lucro, con sede en Florida y con la colaboración de la revista “National Geographic”, del que se afirma que sus primeros pasos en la investigación de los restos de la famosa batalla estaban previstos para los meses de mayo y junio de 2004, pero del que más de dos décadas después nada más se ha sabido, al parecer. La revista “National Geographic” publicó en castellano en 2002 un muy buen libro sobre arqueología submarina de Robert. D. Ballard y Malcom Mc. Connell, titulado “La gran aventura del mar”, ya citado en este trabajo. Conocido el ambiente tan crítico con los mal llamados “cazatesoros” que tenemos en la doctrina española iuspublicista interesada por los pecios, más bien me extraña poco que ese interesante Proyecto Trafalgar fracasara pronto, acaso por las grandes diferencias de criterio e ideas de estos extranjeros prestigiosos cultivadores de la arqueología submarina con las personas de aquí a las que encargara las negociaciones la Junta de Andalucía.

Pero la noticia me sugiere una breve propuesta de reflexión al lector de este trabajo. Imaginemos que el Reino Unido y España, quisieran imitar la experiencia del Vasa, navío sueco que se hundió el 10 de agosto de 1628 junto al puerto de Estocolmo nada más iniciar su primer viaje, y que hoy brilla con luz propia en el “Vasamuseet” de esa misma ciudad, visitado por cientos de miles de turistas⁹⁹. Se ha

97 Vid. mi trabajo “Una síntesis histórica y dogmática sobre las leyes españolas de hallazgos histórico artísticos”, en la revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 17, 2013, pp. 155 a 158.

98 Tomo la noticia del libro de AZNAR GÓMEZ: *La protección internacional*, cit., p. 426, nota 967.

99 En 2012 el Vasa había sido visitado en su Museo de Estocolmo por veinte millones de personas desde que fue rescatado en 1961. El descubrimiento del pecio del buque se logró en agosto de 1956. La escasez de oxígeno de las aguas salobres del mar Báltico y el abundante fango parece que protegieron bastante bien al pecio. En 1957 la Marina sueca y la empresa “Neptunbolaget” se hicieron cargo de su salvamento o extracción. El 24 de abril de 1961, tras 333 años en el fondo del mar, y tras cruzar gruesos cables por debajo de la nave sumergida, se logró su recuperación. La vuelta a la superficie del Vasa ese mismo día fue transmitida por la prensa, la radio y la televisión en casi todo el mundo. Durante cinco años los buzos

sugerido alguna vez, por persona que conocía las inquietudes de la Administración andaluza¹⁰⁰, que el recuerdo de la batalla de Trafalgar de octubre de 1805 ha pesado mucho sobre la conciencia de los españoles, lo que acaso explicaría la persistente desidia de sus gobiernos sobre los pecios.

Podrían los dos Estados hacer un pacto incluso sustancialmente público y respetuoso de las leyes y técnicas arqueológicas para recuperar para un Museo famoso de cada uno de ellos dos de los pecios de la batalla de Trafalgar (los mejor conservados de los varios que se pudieran encontrar) y hacer el gasto necesario para proteger y fortalecer los pecios y restos recuperados, en homenaje a la gran tradición marinera de estas dos viejas potencias, a los mismos marinos y militares fallecidos en aquella batalla, y esperando además atraer turismo con esos barcos recuperados, aunque aquí no habría tesoros en sentido estricto, pero sí objetos de importante valor histórico, como los cañones, con interés para un museo.

Puestos de acuerdo los dos Estados aliados y amigos, les bastaría con los arts. 303-3° y 311 del CNUDM como cobertura jurídica de la operación y les sobrarían todas o casi todas las normas estatales teóricamente vigentes en ambos países. Y si recuperaban cuatro pecios y querían que tanto en el museo español como en el británico, hubiese un pecio de barco propio junto a otro pecio de barco ajeno, o sea, uno de cada bando de la batalla, no creo que fuera razonable intentar impedir esa permuta de pecios so pretexto de que lo impedirían las nociones como la de “dominio público” o la de “inalienabilidad” del pecio (art. 382-1° LNM) o la prohibición de trueque, venta o comercialidad que impondría a España el CPUCH (arts. 2-7°, 14 y norma 2 Anexo). Cabría oponer a esas endeble objeciones que la permuta de pecios era un interesante y justificado “intercambio cultural” de los que protege expresamente el Derecho marítimo internacional de alto nivel (arg. art. 303-3° CNUDM). La idea de los legisladores de proteger con la noción de “dominio público” la cultura como algo identitario y “nacional” es propia del nacionalismo del pasado siglo, y pocos advierten que esa lógica es contraria a la que preconiza el CNUDM, que desde su supremacía normativa alude a un “interés” de ciertos estados (varios a la vez, acaso) sobre los pecios (art. 149) y recomienda los “intercambios culturales”. Y se abre el CNUDM, Tratado inspirado en la idea de búsqueda y mantenimiento de la paz, a la aplicación flexible de las normas y al arbitraje (arts. 293 y 287). Y *vid.* art. 379 LNM. Cabe recordar también los valores del relativismo y el carácter casi siempre dispositivo, con el límite de muy pocas normas imperativas, del Derecho internacional¹⁰¹.

estuvieron sacando objetos antiguos, como estatuas y otros, de los que se inventariaron unos 14.000, un verdadero tesoro. *Vid. Vasa*, impreso por “Davidsons Tryckeri”, Estocolmo, 2012, 49 pp.

100 *Vid.* CASADO RIGALT, D.: *El arqueólogo enamorado*, La esfera de los libros, 3ª ed., 2009, pp. 247-248.

101 *Vid.* CASADO RAIGÓN, R.: *Derecho internacional*, cit., pp. 85 a 91.

Siguiendo con nuestro ejemplo teórico, hay que advertir que, mientras el Reino Unido no estaría vinculado por el CPUCH al no haberlo ratificado (sí lo hizo con el CNUDM), España sí lo estaría y ello le acarrearía una serie de obligaciones algo engorrosas. Hacer llegar información del Proyecto Trafalgar a todos los Estados Parte (siempre a Francia, Estado Parte y que tiene también pecios suyos de la batalla en la zona) del CPUCH y al Director General de la UNESCO; acaso tener que aceptar decisiones o controles de otros Estados Parte o del Estado Coordinador que hasta podría ser (sería uno solo) otro diferente de España; o tener que aceptar “medidas acordadas” por otros Estados Parte; o respetar la confidencialidad de la información con esos otros Estados: o recibir una inspección o instrucciones de la Autoridad de los Fondos Marinos Internacionales invitada por el Director General de la UNESCO; etc. Toda esta burocracia, de cuya utilidad cabe seriamente dudar, acaso hubiera evitado ya de raíz el Proyecto Trafalgar que se hubiera diseñado, porque cuesta creer que el Reino Unido se hubiera querido someter a toda esta vigilancia indirecta, que al mismo no obligaba directamente por no ser Estado Parte, y vigilancia que sería contraria a las tradiciones liberales de este Estado y a su escaso gusto por las intervenciones administrativas puntillosas y extranjeras.

III. LA MALA POLÍTICA LEGISLATIVA Y EJECUTIVA NACIONAL SOBRE LOS PECIOS.

El carácter interdisciplinar de la materia de los pecios suele admitirse, al menos en teoría, por muchos, y creo que tiene un paralelismo con el Derecho marítimo, al que se puede entender que, concebido este en sentido amplio, pertenece. Nos explica Ignacio Arroyo¹⁰² que “el maritimista ha de convertirse en el “jurista por excelencia”, en alguien que debe conocer en profundidad la historia, los avances de la tecnología, y las nuevas tendencias del Derecho general, si no quiere proponer la aplicación de un Derecho superado”. Este Derecho general incluye desde luego al Derecho civil que es el Derecho común (art. 4-3º CC y art. 2-1º LNM), y que, como dejó escrito en más de una ocasión el profesor Díez Picazo y Ponce de León, es el “Derecho de los principios generales”. Como bien dice Ignacio Arroyo¹⁰³, el “derecho marítimo se aparta de los principios generales, pero sin rotura, buscando completar y desarrollar el Derecho general”.

Aunque algunos autores recientes tienden a presentar nuestra materia como muy nueva e inician su exposición con referencias a pleitos famosos sobre pecios de las dos últimas décadas del siglo pasado, yo creo que, para abarcar mejor el fenómeno y para intentar diagnosticar su futuro, es mejor remontarse, conociendo la historia, a principios del siglo XX, momento en el que se dan ya

¹⁰² Vid. su *Curso de Derecho marítimo*, cit., 2005, p. 59.

¹⁰³ Vid. su *Curso de Derecho marítimo*, cit., 2005, pp. 24 y 25.

las primeras recuperaciones de pecios sumergidos¹⁰⁴ y momento que nos ayuda a entender las enormes transformaciones que en ese siglo XX ha experimentado el Derecho marítimo, como consecuencia, en buena medida, aparte del desarrollo tecnológico, de las dos guerras mundiales habidas.

De la Conferencia de Derecho del Mar de Bahía Montego afirma Arroyo¹⁰⁵ que es “el Convenio más importante de la historia del Derecho marítimo, y quizás, junto con la Declaración de Derechos Humanos de 1948, el más trascendental para el desarrollo de la uniformidad jurídica universal”. Está por ver cómo evoluciona el mundo y el Derecho marítimo, pero no parece verosímil que las grandes potencias industriales renuncien a explotar las riquezas naturales de los mares y, en particular, de su Zona Económica, como demostró ya el Acuerdo de 1994 de modificación mediante Anexos del CNUDM, en su Parte XI. Este Acuerdo lo ha estudiado entre nosotros el profesor Nicolás Navarro¹⁰⁶, explicando de paso el alcance problemático del nuevo concepto de “Patrimonio Común de la Humanidad”¹⁰⁷ y los previos enfrentamientos entre países pobres y ricos del que

104 Al inicio de este trabajo (nota 8) he recordado la amplia polémica doctrinal italiana que estudié en mi tesis doctoral de 1980 y que surgió con ocasión de una estatua romana (la “Fanciulla d’Anzio”) encontrada bajo las aguas de una playa italiana en 1887. Vid. también ALFÍN y DELGADO, F., quien recuerda muchos antiguos hallazgos submarinos y algunos recuperados, como el muy famoso de una nave romana cerca de la costa de Túnez, hallado casualmente en junio de 1907 por unos pescadores cerca de Madhia, y que se logró recuperar en parte en unas primeras excavaciones entre 1908 y 1913, y otra parte por COUSTEAU, ya con mejores medios, cuarenta años después. *El mundo submarino y el Derecho*, CSIC, 1959, pp. 168 a 175. Otro de los primeros pleitos muy importantes fue el del buque Egipt, que se hundió al chocar con otro barco un día de niebla en el Canal de la Mancha el 20 de mayo de 1922, y quedó hundido a 130 metros de profundidad, causando la muerte de 89 personas y la pérdida de un valioso tesoro. El descubrimiento del pecio se hizo el 30 de agosto de 1930, pero la total recuperación del tesoro no culminó hasta 1935 (ó 1939, según otra versión). Del tesoro se recuperó mucho oro y otros objetos valorados en 1.183.000 libras esterlinas. La Compañía “Lloyds” de Londres, que antes había pagado la indemnización del seguro sobre el pecio y su carga, se quedó con el 37,5%; otros intervinientes en el rescate con el 12,5 %; y la empresa italiana “Sorima”, que realizó el principal esfuerzo económico y técnico del rescate, se quedó el resto (más de medio millón de libras esterlinas). El caso lo ha explicado, sin aludir a un pleito que existió, SAN JUAN, V.: *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 229 a 237. Diez de las personas que trabajaban para “Sorima” fallecieron por la explosión el 7 de diciembre de 1930 de un buque próximo por causas desconocidas, sin que se sepa si sus familiares fueron indemnizados de algún modo. Y hubo un pleito, iniciado por una empresa francesa que descubrió el pecio pero que carecía de los medios técnicos para recuperarlo, y que se resolvió a favor de la empresa “Sorima” por Sentencia de la Alta Corte Suprema de fecha 21 de octubre de 1932. Sobre esta Sentencia, vid. BERLINGIERI, G.: “Salvataggio, assistenza,” cit., p. 443 y nota 1. El autor no aclara si la Corte Suprema era la italiana o la francesa. No he encontrado, lamentablemente, esa Sentencia, tras consultar sus cuidados índices, ni en el repertorio del *Foro Italiano*, ni en el *Recueil* semanal *Dalloz*, ni en los tomos de 1932 ni en los de 1933. Con todo, parece que la Sentencia no impidió el cumplimiento de un contrato previo que debió existir entre la aseguradora “Lloyds”, que había pagado la indemnización y se subrogaría en la propiedad del pecio, y “Sorima”, principal destinataria de medio tesoro y que cumplió la condición contractual de recuperar casi todo el tesoro del pecio. Por el convenio previo a 1935 “Sorima” se pudo llevar el 50% del tesoro, por contrato o “traditio” y gracias a su lograda “occupatio”, y la empresa “Lloyds” pudo retener el 37,5 % de la propiedad sobre el tesoro. Algunos ven en estos pactos un contrato de servicios y otros un contrato de obra. Este contrato lícito y voluntariamente cumplido, sobre un pecio extraído en aguas lejanas de las italianas territoriales, sin duda era acorde a lo regulado en el Derecho del almirantazgo británico, y sería una de las primeras experiencias que marcó el camino que seguiría siendo normal, sobre todo en el ámbito anglosajón, durante todo el siglo XX.

105 Vid. para tal afirmación su *Curso de Derecho marítimo*, 2005, cit., p. 105.

106 Vid. de este autor: *Fondos marinos y Patrimonio Común de la Humanidad*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000, 198 pp.

107 Sobre el Patrimonio Común de la Humanidad incluyendo los pecios, vid. también la elogiosa exposición de RUIZ MANTECA, R., creo que poco convincente en sus razones, que históricamente pueden valer para los

surgió el Acuerdo. Estos enfrentamientos se han reorientado o recrudecido con la aparición de una nueva dirección ideológica de base ecosistémica o ecologista, que cuestiona la lógica de la zonificación de los mares y océanos y la consistencia de esa concepción que está en la base del CNUDM y que representó en 1982 la cristalización de un liberalismo universalista¹⁰⁸. En el CNUDM las normas sobre pecios eran romanistas y/o costumbres¹⁰⁹, mientras en el CNUCH es casi todo es más nuevo e ideológico.

Juicios morales, ideológicos o jurídicos aparte, que Odyssey consiguiera en 2007 encontrar y extraer de las aguas atlánticas internacionales un pesado tesoro situado a 1.100 metros de profundidad es un alarde de capacidad técnica. La empresa eligió bien su nombre, con la alusión a la Odisea de Homero. La tecnología, que incluirá la llamada Inteligencia Artificial, no se va a detener y su avance incide en la reflexión jurídica solvente. Los países más industrializados y avanzados en tecnología, y sus empresas, en lo que queda de siglo, han de hacer sin duda una gran cosecha con los pecios más interesantes y valiosos económicamente que les están esperando¹¹⁰.

Es mayoritaria y acertada entre nuestros estudiosos la opinión de que España ha mantenido durante la segunda mitad del siglo XX una casi total desidia y desinterés por la protección o por la recuperación de sus pecios históricos y sus tesoros. En 2008 criticó esta desidia el prestigioso historiador Gonzalo Anes Álvarez de Castrillón, varias veces reelegido Director de la Real Academia de la Historia. Y lo mismo han hecho algunos estudiosos de los pecios (Claudio Bonifacio, por ejemplo, o Manuel Trigo Chacón, quien pide a España que “despierte de su letargo de dos siglos”, al final del trabajo aquí citado). Esta desidia es poco respetuosa con nuestra muy digna historia como potencia naval¹¹¹. Los famosos pleitos de

“recursos”, pero mucho menos para los pecios: “El Patrimonio Cultural Subacuático ¿un Patrimonio para la Humanidad?”, revista *Patrimonio Cultural y Derecho*, Hispania Nostra, núm. 19, 2015, pp 63 a 84.

108 Vid. Aunque sin alusión ninguna a los pecios ni a la LPHE de 1985, el libro de GARCÍA PÉREZ, R.,: *La ampliación de la plataforma*, cit., pp. 37 a 40 y 199 a 206.

109 Así lo afirma CASADO RAIGÓN, R.: *Derecho internacional*, cit., pp. 331-332.

110 Véase el reportaje periodístico de Carlos Manuel SÁNCHEZ, que titula “La Armada Invencible de los Cazatesoros”, en *XL Semanal*, n° 1892, 28 de enero al 3 de febrero de 2024, pp. 22 a 25. Empresas muy ricas y poderosas, como “Ocean Infinity” (en Austin, Texas) y “Southampton” (Reino Unido) han encargado a astilleros de Italia y Noruega 23 barcos no tripulados y con la más alta tecnología, incluida la inteligencia artificial, para buscar pecios, así como sofisticados drones submarinos. Los dirigentes de las empresas recuperadoras de pecios, son conscientes de la necesidad de respetar las leyes y el Derecho internacional y van a saber ganar respetabilidad. Buscarán no solo pecios sino, al servicio de la cultura, también datos geográficos marinos y datos históricos. Seguirá rigiendo la ley de las profundidades. El primero que llega se lleva de momento lo hallado (ocupación u ocupación salvamento) y luego no se eludirán las intervenciones de los tribunales. Buscarán, siempre que sea posible, asociarse con los estados. Tendrán buenos abogados. El empresario Anthony CLAKE gestiona para estos fines, se narra, 62.000 millones de dólares.

111 A lo largo del siglo XVIII, guiada por eficientes ministros y políticos nombrados por los Borbones, y con un auténtico esfuerzo nacional sostenido en el tiempo, que hasta reactivó ciertas parcelas de nuestra economía, España construyó una eficiente Armada Real, que contribuyó decisivamente al mantenimiento del Imperio en América, aunque al final del siglo, por la gran crisis económica y la guerra contra NAPOLEÓN, esos barcos carecieron del dinero necesario para su mantenimiento y se fueron deteriorando y echaron a

La Juno y La Galga (1998 a 2001)¹¹² y del caso de La Mercedes (2007-2012) se han visto por algunos como un síntoma de que va a mejorar la situación y de que España va a adoptar una actitud más activa en esta materia. Los tratadistas de nuestro tema hacia la mitad del siglo pasado pensaban sobre todo, y con ello continuaban una tradición de siglos, como ha demostrado Pérez Mallaína Bueno para la época de los Austrias, en una recuperación de los tesoros de los pecios por su valor económico. En las antípodas de eso está la doctrina española de las dos últimas décadas, inspirada en un cierto puritanismo cultural y arqueológico. En este grupo de autores solo piensan en la protección cultural y administrativa y soslayan la cuestión de los tesoros que contienen algunos pecios. O sea, la cuestión de Derecho privado, en la que se ubican también las fundaciones y asociaciones culturales, patrocinios, y el coleccionismo privado, medios complementarios, eficaces y lícitos de protección a la cultura en una sociedad liberal¹¹³.

Entre los juristas actuales parece que somos pocos, y más aún entre los arqueólogos, los que pensamos que la recuperación por España de sus pecios debe incluir los tesoros también, que son riqueza solo en parte con “interés arqueológico”, además de la protección rigurosa de la información histórica, y con énfasis en la protección tanto civil como administrativa. Así lo vengo defendiendo desde 2003. Para la mayoría de nuestros actuales juristas estudiosos del Derecho

perder en buena medida. Lo ha demostrado el libro de BRU, J., y TORRES, R.: *La Armada Real*, cit., 135 pp., “in totum”.

- 112 El importante asunto de las fragatas “La Juno” y “La Galga” lo ha tratado y descrito con minuciosidad en varias ocasiones, valorando muy positivamente, y con razón, el sentido de su resolución definitiva, favorable a España, AZNAR GÓMEZ, M. J., como en su citado libro: *La protección internacional ...*, donde además transcribe al final la decisiva Sentencia de la Corte de Apelación de Virginia de 21 de julio de 2000. Vid. de ese libro las pp. 189 a 192; 348 a 361, y para la citada Sentencia, pp. 605 a 618. Tanto la empresa halladora “Sea Hunt” como el Estado de Virginia recurrieron en “certiorari” esa Sentencia de 2000 al T.S. de EEUU, que inadmitió ambos recursos y no entró en el fondo del asunto en su Sentencia de 20 de febrero de 2001. Observe el lector que ni en este asunto ni en el de “La Mercedes” contamos con una resolución de fondo y firme de dicha Corte o T.S. norteamericano. En cambio, en el caso del galeón N° Sra. de Atocha, se cuenta con la Sentencia de la Corte Suprema de apelaciones, de fecha de 13 de marzo de 1978, aceptando la adquisición del tesoro por “law of finds”, frente a reclamación del Estado Federal. Vid. RUIZ MANTECA, R.: *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático*, 2013, pp. 81 a 84. El galeón N° Sra. de Atocha había naufragado en los Cayos de Florida el 6 de septiembre de 1622 y fue hallado, tras más de dos décadas de búsquedas, y en la parte principal del tesoro, en junio de 1985, por la empresa “Treasure Salvors”, creada por Mel FISHER, hombre aventurero y con estudios de ingeniería. Hubo unas difíciles búsquedas, con iniciales hallazgos parciales y modestos. Por hundimiento de uno de sus barcos, hubo cuatro muertos, entre los que estuvieron uno de sus hijos y su nuera. El tesoro recuperado, estimado en unos 450 millones de dólares, fue por tanto descubierto tiempo después de que la justicia de EEUU hubiera desestimado los derechos al mismo del Estado de Florida, primero, y del Estado federal, después. La pintoresca aventura de FISHER fue llevada al cine. El Estado español nunca se personó en el pleito por este galeón (al descubrirse, ya acabado el citado pleito, lo principal del tesoro, gobernaba Felipe GONZÁLEZ). Vid. SAN JUAN, V.: *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 55 a 71.
- 113 ARROYO MARTÍNEZ, I., ha planteado un “estado de la cuestión” sobre el asunto de los pecios que, aunque finalmente se manifiesta favorable al CUPCH de 2001, no deja de reconocer que en la cultura anglosajona hay otra sensibilidad y que la participación de la iniciativa privada en estos temas puede resultar positiva. Vid. su citado *Curso de Derecho marítimo*, en la 3ª edición de 2015, pp. 239 a 241. Una resuelta defensa de que la regulación legal de los pecios debiera abrir más oportunidades a la actividad privada y posibilitar la venta o transmisión de los tesoros de los pecios la encuentro en MIRANDA GONÇALVES, R., en su trabajo “Presente y futuro de la legislación del patrimonio cultural subacuático en España a raíz de la Convención de 2001 de la UNESCO”, en AA.VV.: *Tutela jurídica del patrimonio cultural* (coord. M.J. ROCA y O. GODOY), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 124-125.

sobre los pecios, aunque ninguno ha llegado a criticar que España pleiteara en EEUU por la Juno y la Galga o por La Mercedes, el Convenio de la UNESCO de 2001 es defendible y dan por bueno, con más o menos objeciones, que España lo ratificara¹¹⁴. Pero solo he encontrado dos opiniones, y una de ellas muy levemente formulada¹¹⁵, a favor de que España reclame a Colombia la propiedad del galeón San José. Yo he defendido que ese pleito se llevara adelante (el pecio se descubrió en noviembre de 2015 y al terminar este trabajo, en el otoño de 2024, parece que el tesoro no está del todo extraído y aún sería acaso momento para demandar al Estado colombiano). España también debería reivindicar, como he explicado (pese al desacertado art. 382-1º LNM), y aquí con expectativas de ganar el pleito, el pecio del Oriflame descubierto en la costa chilena. Queda explicado que el galeón San Diego es otro de nuestros importantes pecios nunca reclamados.

La tesis hoy mayoritaria entre nuestros pocos cultivadores aquí del régimen jurídico de los pecios tiende a una postura casi fundamentalista y poco pragmática; y que sigue la consigna simplista del enfrentamiento contra individuos o empresas “cazatesoros”, cuyas actividades, y hasta casi todo comercio sobre objetos arqueológicos submarinos, se presentan discutiblemente como siempre ilegales o incluso delictivas. Esta terminología tan difundida de los “cazatesoros”, término más bien periodístico y que no está en el Diccionario de la Lengua Española, ya denota un sesgo ideológico poco adecuado a los escritos académicos¹¹⁶.

También hemos acogido todos, sin apenas matizaciones, que los lugares del fondo marino con pecios, cabe calificarlos como “yacimientos” arqueológicos. Con todo, en lo que tendrán que trabajar y estudiar los buzos arqueólogos, con serios límites de tiempo y comodidad a falta de extracción del pecio, es en principio solo en los pecios y sus cargas, y no propiamente en el fondo marino. El término se

114 En mi trabajo citado “Tesoros y otros restos”, de 2012 (p. 889, nota 32) tengo recogidas y muy brevemente resumidas las opiniones en ese sentido favorable al Convenio de 2001 de CARRERAS HERNÁNDEZ; AZNAR GÓMEZ; y JUSTE RUIZ. Hoy día podría añadir las opiniones de ARROYO MARTÍNEZ: “El Convenio de la UNESCO sobre protección del patrimonio cultural subacuático”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. 28, 2011, pp. 23 y ss, y 60-61; y con nuevos argumentos en *Curso de Derecho marítimo*, cit., 2015, pp. 238 a 264; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M.: *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 122 a 141; RUIZ MANTECA, R.: *El régimen jurídico*, ob. cit., 2013, pp. 470 a 481; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.: *Transmisión de bienes culturales y resolución extrajudicial de conflictos*, Dykinson, Madrid, s.f., pp. 90 a 95; o incluso, con algunas dudas, y sin ser jurista, RUIZ GARCÍA, V.: *El navío Oriflame*, cit., pp. 300 a 305. Más certera considero la afirmación de CASADO RIGALT, D., de que nuestra adhesión al CPUCH, con la que renunciaba en cierto modo España a nuestros derechos históricos sobre los pecios, a cambio de ser informados y consultados sobre los mismos, supuso una “insípida recompensa”. Vid. *El arqueólogo enamorado*, cit., p. 246.

115 Opiniones de personas sin formación jurídica. La primera y clara opinión es la de SAN JUAN: V.: *Cazatesoros y expolios*, cit., pp. 133 a 135. La segunda, no tan clara, la de RUIZ GARCÍA, V.: *El navío Oriflame*, cit., pp. 282 a 284. El programa “En Portada” de TVE, 2ª cadena, dedicó la noche del 16 de octubre de 2024 un programa de 45 minutos al Galeón San José. De una decena de expertos que opinaron, más de la mitad citaron el CPUCH o sus ideas, pero ninguno llegó a mencionar el CNUDM ni ninguna de sus ideas. Significativo, aunque ninguno de los dos tratados resultaban aplicables en este caso.

116 Muchos de nuestros juristas, y lo mismo arqueólogos o historiadores, maltratando el idioma castellano, califican a los dueños de empresas recuperadoras de pecios como “piratas” o “corsarios” o “filibusteros”. SAN JUAN, V., al menos en una ocasión alude a EEUU como “Cazatesoroslandia”. Vid.: *Cazatesoros y expolios*, cit., p. 180. También alude a “cazatesoros” la Sentencia ya comentada 94/2019, de 5 de abril, de la AP de Cádiz (ARP/2020/144). Por supuesto, no aluden a “cazatesoros” ni el CNUDM ni el CPUCH.

suele asociar en rigor con las minas (art. 334-8° CC). Los pretendidos yacimientos submarinos son hasta difíciles de delimitar: el galeón español “Notre Dame Deliverance”, hundido por un huracán cerca de los cayos de Florida en 1755, con un enorme tesoro (unos 3.000 millones de euros), se supone¹¹⁷ que tiene sus restos esparcidos en una zona del lecho marino fangoso de unos 27 kms.²

Un autor que parte de la algo justificada común mala opinión sobre las empresas recuperadoras de pecios y tesoros (se agradece que no aluda a los “cazatesoros”), ha afirmado también que según nuestra experiencia “lo peor” ha sido, aparte de la despreocupación pública (de los políticos y aun la sociedad, entiendo) en este tema manifestada, “el desconcierto de los propios poderes públicos”, que se han visto “inermes o seriamente comprometidos” por la “insuficiencia de los instrumentos legales” disponibles¹¹⁸. La descripción se puede suscribir. El “desconcierto” de los poderes públicos ha sido a veces verdadera torpeza o negligencia o abuso y la “insuficiencia” de los instrumentos legales muy cierta, como hemos visto, pues en realidad hay legislación defectuosa, acaso excesiva, mal coordinada, acaso inconstitucional (arg. art. 149-1-3° y 20° C.E.), y de rango o fuerza inferior la que se quiso aplicar en algunos conflictos, en principio, al de las normas internacionales (arg. arts. 94, 96 y 9-3° CE; arts. 1-2° y 5° y 4-3° CC.; y L. 25/2014- LTOAI; y art. 2 LNM). El tema de los pecios no es equiparable a la lucha contra el tráfico de drogas. En el detalle de los ejemplos aquí propuestos se ve bien cómo la consigna simplista de la lucha contra los “cazatesoros” intenta sin éxito, y acaso perjudicando la imagen exterior de España, hoy carente de “auctoritas” en este ámbito, suplir el preciso y difícil conocimiento técnico y el jurídico. El caso de la defensa de la Fragata Nuestra Sra. de las Mercedes (2007-2012) es el único con resultado de verdad satisfactorio en el que el Estado ha actuado, al comparecer en defensa de su interés frente a la empresa Odyssey ante el tribunal norteamericano, como debiera hacerse en muchos otros casos que han surgido y que, sobre todo, surgirán en el futuro.¹¹⁹

117 Vid. TRIGO CHACÓN, M.: “Los pecios. Los tesoros bajo el mar. Las flotas españolas de Indias. El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático”, en *Revista General de Marina*, vol. 270, junio de 2016, pp.799 a 814, y para la afirmación del texto, p. 808.

118 Las frases corresponden al profesor SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., tomadas de su prólogo al libro ya citado de 2012 de ÁLVAREZ GONZÁLEZ E.M.. También FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., ha afirmado que nuestra actual regulación nacional e internacional de los pecios es deficiente y anticuada, lo que es menos cierto, como vengo defendiendo, respecto del CNUDM, al que el autor presta muy escasa atención. Vid.: *Los tesoros del mar*, cit., p. 13.

119 En 2012 ofrecí la primera explicación en nuestra doctrina del caso de la Fragata N. Sra. de las Mercedes, y luego han aparecido media docena más de explicaciones. En algunas de ellas se aportan datos o matices que la mía omitió. Pero desde mi punto de vista civilista destaco que mi explicación y valoración sobre la Sentencia de la Corte de Atlanta de 21 de septiembre de 2011, sobre la que el Tribunal Supremo de EEUU inadmitió el recurso (14-5-2012), fue relativamente crítica y que enfatiqué que la Sentencia no aporta una decisión de fondo y definitiva al caso, lo que es importante y relativiza su valor e importancia en el plano del Derecho privado y aun en el del Derecho internacional. En aquel pleito, en el fondo, como expliqué, solo se debatió y resolvió sobre la posesión del tesoro del pecio de la Fragata o, si se quiere, sobre lo que aquí llamamos una medida cautelar o preparatoria. Lo que es un planteamiento, ese que se queda anclado en meras inmunidades jurisdiccionales o ejecutivas, casi solo procesalista, algo primitivo y doctrinalmente inferior al de la acción reivindicatoria de la tradición romanista y europea continental,

Algunos de los actuales cultivadores del Derecho sobre los pecios solicitan ampliar mucho la financiación pública, o sea a costa del contribuyente, al que se supone que hay que atraer hacia la labor de la arqueología subacuática, e incluso ha solicitado Aznar Gómez, en su libro de 2004, que España se dote de una flota estratégica operativa en cualquier latitud y circunstancia al servicio de la comunidad científica y de los poderes públicos. Veo falta de realismo esta pretensión. En noviembre de 2024 se ha botado el buque “Odón de Buen” pero para estudiar los océanos. Mejor sería que fomentáramos en España, con una legislación más acogedora, la aparición de empresas recuperadoras de pecios y propiciáramos aquí la costumbre de celebrar pactos de las mismas con el Estado, o con otros estados, a fin de que pudieran aquellas lucrarse con parte estimable de los tesoros de los pecios, al modo como se ha practicado bajo el Derecho liberal del Almirantazgo británico, luego copiado en otros países de cultura anglosajona. La financiación necesaria de la búsqueda y recuperación de nuestros muchos pecios solo es posible abriendo nuestras costumbres hacia contratos del tipo “do ut facias”, conforme a la experiencia anglosajona y sin merma del severo y necesario respeto impuesto por las leyes a los “yacimientos” subacuáticos. Y de momento, bueno sería recordar la experiencia de Frank Goddio con el hallazgo y recuperación del San Diego, atrayéndose previamente la financiación de una empresa privada¹²⁰.

La tarea pendiente es, de momento, llevar a la cúspide de la Administración, y en especial de la Guardia civil y de la Armada, y del Ministerio de Asuntos Exteriores y la Diplomacia, y de los medios informativos, y a los foros universitarios, la cuestión de lo pecios en toda su complejidad, pluridisciplinariedad, e importancia y desde el pluralismo constitucional exigible (art. 20-1º y 3º y 149-1-27º CE). La tarea no es sencilla, dado que tanto el PP, que votó a favor del CUPCH en 2001, como el PSOE, que lo ratificó en 2005, y luego el PP que publicó la LNM de 2014, y el PSOE el Decreto 371/2020 sobre las REM, parece que tienen en esto los mismos (todos iuspublicistas y hasta hoy un tanto desorientados, en mi opinión) asesores. Para una vez que el PSOE y el PP se ponen de acuerdo, es en una mala política perjudicial para el país y en soluciones herederas del estatismo franquista e insuficientemente abiertas a la internacionalidad y a la tendencia a la uniformidad propias de los temas de Derecho marítimo.

que entiendo que bien permite utilizar, sin mayores forzamientos interpretativos, el art. 303-3º CNUDM. Claro que este precepto tiene su eficacia invocado solo ante tribunales de países (casi todos) que han ratificado el CNUDM, lo que no era aquí el caso de EEUU, cuyos tribunales aplicaron solo al caso de la Mercedes, consecuentemente y con extraterritorialidad y buen sentido, sus propias leyes. *Vid.* mi trabajo “Tesoros y otros restos”, cit., pp. 881 a 885.

¹²⁰ El arqueólogo Daniel CASADO RIGALT, profesor en la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), me ha hecho tres entrevistas sobre los pecios en 2018 y 2024, que están accesibles en internet introduciendo mi nombre y apellidos y acaso el término UDIMA.

En cinco años desde que se descubrió el galeón San José no he tenido conocimiento de ninguna tertulia televisiva sobre el asunto entre juristas especialistas. Cuando la cuestión tenía mucha menos actualidad que hoy, el 5 de marzo de 1982, el periodista José Luis Balbín, en su programa "La Clave", emitió un programa de dos horas en horario nocturno sobre el régimen legal de los pecios. En este tema culturalmente retrocedemos.

En fin, aparte de que he solicitado reiteradamente denunciar (arg. art. 32) y salirnos del Convenio de UNESCO, propongo además, acaso con ocasión de la redacción en la LNM de diversos tipos de infracciones administrativas que están pendientes de redactar en norma de rango de ley, añadir al artículo 2 de la LNM de 2014, o bien como apartado 3º de art. 373 de LNM de 2014, los siguientes párrafos:

"El Estado Español y, en su caso, las empresas españolas, conforme a los artículos 46 y 149-1-28º de la CE, procurarán en lo posible el descubrimiento y la recuperación y tratamiento, siempre con respeto de las normas profesionales propias de la arqueología subacuática, de los pecios de cualquier clase y, sobre todo, de sus cargas de propiedad española valiosas por su interés cultural, histórico o monetario existentes en todos los mares del mundo, conforme a los principios de Derecho privado caracterizadores de la tradición del Derecho romano y de las regulaciones castellanas sobre tesoros, hallazgos y mostrencos.

Esta Ley reconoce que todos los pecios españoles de un cierto interés están esencialmente regulados, tras el paréntesis de la vigencia de la Ley 60/1962, y junto a los "derechos del salvamento" de la tradición anglosajona, en la importante "disposición general" del artículo 303 del Convenio de la ONU de 1982 sobre Derecho del mar; precepto que, como todos los de este Convenio, debe considerarse de aplicación preferente al Convenio UNESCO de 2001 y al resto de leyes estatales españolas. Esta Ley declara, como norma dispositiva, que los pecios y sus cargas descubiertos en aguas territoriales españolas con arreglo y respeto al Derecho español e internacional, pertenecerán en su mitad al Estado español, siempre que se trate de pecios que carezcan de dueño identificable y que hayan sido descubiertos o lícitamente recuperados por estados o empresas extranjeros o no.

Los pecios y sus cargas españoles, incluidos los buques de Estado, no podrán considerarse bienes de dominio público e inalienables sino en la medida de las necesidades y fines culturales fijados en las legislaciones de patrimonio cultural para los museos arqueológicos españoles, al efecto de posibilitar el buen ejercicio de las prácticas en materia de intercambios culturales recogidas en el artículo 303 del citado Convenio de la ONU, en particular en el ámbito latinoamericano".

Mientras no se reforme la LNM y su Reglamento de 2020 en la dirección o con las indicaciones que he hecho en este trabajo, se hace necesario y hasta urgente este precepto propuesto para intentar vencer o contrarrestar la grave desidia política de casi un siglo de nuestro Estado. Y porque, aunque el Preámbulo, apartado I, de la LNM de 2014 advierte que la Ley atiende tanto al Derecho público como al Derecho privado, y el apartado II, explica, como el art. 2-1º de la LNM, la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes estatales, se ve claro que los autores de la LNM no comprendieron bien la gran importancia para España, durante varios siglos potencia imperial y marítima, de la cuestión de los pecios.

Esto se advierte, por ejemplo, en la paupérrima alusión a los naufragios del apartado VIII del Preámbulo de la LNM. Se puede ver también lo mismo, aparte de en otras partes del articulado de la LNM, y en particular de sus artículos 357 a 383; en la enumeración de los títulos competenciales de la disposición final 6ª de la LNM, en la que se omiten los artículos 33 y 38 y 46 y 149-1º-28 de la CE, todos ellos muy relevantes para los pecios de propiedad española, privada o pública. Es un indicio también de la pobre cultura histórica de los autores de la LNM en nuestro tema el que el venerable término “pecio” no se haya recogido ni una sola vez. Y se ve lo mismo en el prólogo a la primera edición en “Tecnos” de la LNM de 2014 de Ignacio Arroyo, gran autoridad en el Derecho marítimo y quien fuera Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Marítimo, pero autor de siempre poco interesado en este tema, más bien civil, de los pecios. El profesor Arroyo recuerda en el mencionado prólogo la gestación de la LNM y la elogia bastante, así como su propia Exposición de Motivos, que considera modélica, pero cuando explica la influencia de los convenios internacionales, reduce mucho, creo, la importancia e influencia del CNUDM de 1982 y no lo relaciona, en particular, con los pecios, ni se acuerda de mencionar nunca el Convenio UNESCO de 2001 sobre ello.

BIBLIOGRAFÍA:

AA.VV.: *El San Diego. Un tesoro en el mar*, Elf, Cooperación Española y CEPESA (coord. J. P. DESROCHES y F. GODDIO), con el patrocinio de SSMM, los Reyes de España, 1995, 390 pp.

AA.VV.: *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo* (dir. C. GUIASOLA LERMA), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 369 pp.

AGUDO RUIZ, A.: *Régimen jurídico del tesoro en Derecho Romano*, Prólogo de A. Fernández de Buján, Universidad de La Rioja, 2005, 143 pp.

AJELLO, N.: “La ricerca archeologica nell'evoluzione del Diritto del mare”, en AA.VV.: *Ritrovamenti e scoperte di opere d'arte* (dir. V. PANUCCIO), Giuffré, Milano, 1989, pp. 101 a 171.

ALEGRE ÁVILA, J. M.: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, T. 1º, 678 pp. y T. 2º, 806 pp, Ministerio de Cultura, 1994.

ALFÍN y DELGADO, F.: *El mundo submarino y el Derecho*, Instituto Francisco de Vitoria, CSIC, Ministerio de Marina, Madrid, 1959, 178 pp.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 281 pp.

ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho marítimo*, 2ª ed., Thomson Civitas, 2005, 986 pp. y 3ª ed., 2015, 1032 pp.

- “El Convenio de la UNESCO sobre protección del patrimonio cultural subacuático”, *Anuario Derecho Marítimo*, Vol. 28, 2011, pp 23 a 61.

AZNAR GÓMEZ, M. J.: *La protección internacional del Patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 661 pp.

- “Patrimonio cultural subacuático español ante los tribunales extranjeros o internacionales: los casos de la Mercedes y del Louisa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Vol. 19, 2015, pp. 47 a 77.
- “Las nociones de *derecho preferente* e *interés* en la protección del patrimonio cultural subacuático”, *Revista Española de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 38, 2019, artículo redactado en inglés, pp. 1 a 37.

AZCÁRRAGA y de BUSTAMANTE, J. L.: *El curso marítimo*, Madrid, 1950, 396 pp.

BALLARD, R. D. y Mc. CONNELL, M.: *Adventures in Ocean Exploration*. (La gran aventura del mar. Explorando el mundo oceánico). National Geographic, Washington, Traducción del inglés: José Company Bueno, Barcelona, 2002, 288 pp.

BARCELONA LLOP, J.: "Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas", *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, pp. 493 a 511.

BERLINGIERI, G.: "Salvataggio, assistenza, ricupero e ritrovamento di relitti della navigazione", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Vol XVI, 1969, pp. 342 a 461.

BONIFACIO, C.: *Galeones españoles con tesoros. Dónde están hundidos. Qué llevaban*, 2ª Ed., Muñoz Moya Editores Extremeños, 2013, 304 pp.

BOU FRANCH, V. E.: *La flota imperial española y su protección como patrimonio cultural subacuático*, 1ª Ed., Ed. Minim, Valencia, 2005, 678 pp.

- "La Convención de la UNESCO sobre el patrimonio cultural subacuático", en AA.VV.: *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España* (dir. C.R. FÉRNÁNDEZ LIESA), Colex, 2009, pp. 191 a 228.

BRU, J., y TORRES, R.: *La Armada Real*, Desperta Ferro, 2024, 135 pp.

DESROCHES, J. P.: *Trésors des galions, Le temps*, París, 1994, 143 pp.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M.: *Transmisión de bienes culturales y resolución extrajudicial de conflictos*, Ed. Dykinson, s.f. (parece ser de 2014, aunque no cita la LNM de 2014), libro sin ISBN, 206 pp.

CABO de la VEGA, E.: "La protección del patrimonio cultural subacuático y el caso *Nuestra Señora de las Mercedes*. Síntesis del proceso", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 16, 2012, pp. 97 a 106.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Ed. Universidad de Salamanca, 2005, 162 pp.

- "El asunto de Nª Señora de la Mercedes (Odyssey)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009, pp. 1 a 17.

CASADO RIGALT, D.: *El arqueólogo enamorado. (Historia oculta de la arqueología española: de los hallazgos fortuitos a las falsificaciones de tesoros)*. La esfera de los libros, Madrid, 3ª ed., 2009, 275 pp.

CASANOVAS, O., y RODRIGO, Á. J.: *Compendio de Derecho internacional público*, Ed. Tecnos, 12ª Ed., 2024, 623 pp.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M.: *Transmisión de bienes culturales y resolución extrajudicial de conflictos*, Dykinson, Madrid, s.f., pp. 206.

FARIÑA GUITIÁN, F.: *Auxilios y salvamentos en el mar*, Instituto Francisco de Vitoria, CSIC, Ministerio de Marina, Madrid, 1960, 294 pp.

- *Nueva Ley sobre salvamentos y hallazgos en el mar*, Instituto Francisco de Vitoria- CSIC, Ministerio de Marina, Madrid, 1964, 248 pp.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Ed. Reus, 2010, 350 pp.

GABALDÓN GARCÍA, J. L.: *Compendio de Derecho marítimo*. Ed. Marcial Pons, 2016, 290 pp.

GOÑI ETCHEVERS, J. L., y Fuentes Camacho, V.: "Otro punto de vista sobre el caso *Odyssey*", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEL), núm. 28, diciembre 2014, 16 pp.

GROCIO, H.: *Del Derecho de la guerra y de la paz*. Trad. Torrubiano Ripoll, T. 1º, 313 pp.; T. 2º, 319 pp. Ed. Reus, Madrid, 1925 (1735: y 1625 la 1ª Ed.).

- *De la libertad de los mares*, Estudio preliminar por Luis García Arias, y traducción del latín al español suya y de Vicente Blanco García, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, 174 pp.

GUASCH GALINDO, J. A.: *La Guardia Civil y la lucha contra el expolio arqueológico subacuático*, en el libro colectivo *El expoliar se va a acabar*, Tirant lo Blanch, 2018, pp 409 a 437

GUTIÉRREZ de la CÁMARA, J. M.: *Ley reguladora de los salvamentos, remolque, hallazgos y extracciones marítimas*. Ed. Santillana, Madrid, 1966, 214 pp.

HILL, G.: *Treasure trove in law and practice from the earliest time to the present day*, Oxford, at the Clarendon Press, 1936, 311 pp.

JUSTE RUIZ, J.: "La protección internacional de los hallazgos marítimos de interés histórico y cultural", *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. 20, 2003, pp. 63-99.

MARTÍN BUENO, M.: "Patrimonio Cultural Sumergido: Investigar y conservar para el futuro", *Revista Monte Buciero*, Ayuntamiento de Santoña, núm. 9, 2003, pp. 21 a 62.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *Los tesoros de valor histórico artístico: una nueva mirada a las teorías sobre su adquisición en caso de descubrimiento casual*, Prólogo de Antonio Pau, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 151 pp.

MARTÍN OSANTE, J. M.: Comentario a arts. sobre bienes naufragados o hundidos, en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*" (dir. A. B. CAMPUZANO y E. SANJUAN), Tirant lo Blanch, 2016, pp. 403 a 410.

MARTÍN y PÉREZ de NANCLARES, J.: "Ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015, Vol. 67, pp. 13 a 60.

MEROLA, G. D.: "La "ley del mar": la legislación romana en tema de naufragios", *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. 34, 217, pp. 241 a 261.

MIGLIORINO, L.: *Il recupero degli oggetti storici ed archeologici sommersi nel diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, 237 pp.

MOREU BALLONGA, J. L.: *Ocupación, hallazgo y tesoro*. Prólogo de J. L. Lacruz Berdejo, Bosch, Barcelona, 1980, 693 pp.

- "Patrimonio arqueológico y etnográfico en la legislación estatal", en el libro colectivo *Historia de la Propiedad, Patrimonio Cultural*, Servicio del Colegio de Registradores, Salamanca y Madrid, 2003, pp. 321 a 405.
- "Tesoros y otros restos de buques o aeronaves hundidos en el mar", en *Estudios de Derecho marítimo* (dir. J. L. GARCÍA PITA Y LASTRES), 2012, pp. 863-910.
- "Una síntesis histórica y dogmática sobre leyes españolas de hallazgos histórico artísticos", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 17, 2013, pp. 111 a 167.
- "Comentario al art. 617", en *Código civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES y otros), Civitas-Thomson-Reuters, 2ª ed., 2016, Vol. 2º, pp. 89 a 94.
- "Ley de navegación marítima de 2014, restos arqueológicos y tesoros subacuáticos", en *El Derecho marítimo de los nuevos tiempos* (dir. J. L. GARCÍA PITA Y LASTRES, Mª R. QUINTÁNS EIRAS y A. DÍAZ DE LA ROSA), Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 943 a 978.

- "Derecho estatal e internacional sobre los pecios y el galeón San José", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 22, 2018, pp. 127 a 205.
- "Una concepción historicista y iusprivatista del marco jurídico estatal e internacional de los pecios", en *El Derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso* (dir. J. L. GARCÍA PITA Y LASTRES, etc.), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 101 a 141.

PASCUAL VIVES, F. J.: "El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional", *REEI*, núm. 21, junio 2011, 37 pp.

PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Ed. Tecnos, 24 Ed., 2020, 885 pp.

PCHÉDÉCKI, E. : *Le Droit international maritime et la Grande Guerre*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1916, 268 pp.

PÉREZ MALLAÍNA BUENO, P. E.: *Naufragios en la Carrera de Indias durante los siglos XVI y XVII. El hombre frente al mar*, Editorial universitaria Sevilla, 2ª Ed. , 2015, 271 pp.

PUY FERNÁNDEZ, G., y GIMÉNEZ VILLANUEVA, T.: "El abandono del buque", en *El Derecho marítimo de los nuevos tiempos*, 2018, pp. 1195 a 1217.

RUÍZ MANTECA, R.: *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*. 2 volúmenes, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013, 1061 pp.

- "El Patrimonio Cultural Subacuático, ¿un Patrimonio para la Humanidad?", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 63 a 84.
- "Evolución histórica del concepto de Bien Cultural Sumergido en el Derecho internacional y en Derecho interno", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 22, 2018, pp. 207 a 235.

RUÍZ GARCÍA, V.: *El navío Oriflame y su tiempo. Un patrimonio cultural de España en la costa de Chile*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Universidad de Sevilla, Madrid, 2022, 372 pp.

SAN JUAN SÁNCHEZ, V.: *Cazatesoros y expolios de buques sumergidos. Crónica de los más espectaculares expolios de buques naufragados*, Ed. Nowtilus, 2020, 264 pp.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: "Inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado y sus órganos", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Tomo 3, 1995, pp. 3606-3607.

TRIGO CHACÓN, M.: “Los pecios. Los tesoros bajo el mar. Las flotas españolas de Indias. El régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático”, *Revista General de Marina*, Vol. 270, junio de 2016, pp. 799 a 814.

URBINA, J. J.: “Seguridad marítima e interceptación de buques en la represión de actividades ilícitas en el Derecho del mar”, *REEI*, 2021, pp. 1 a 36.

VASAMUSEET, VASA, 1628, Impreso por Davidsons AB, Estocolmo, Suecia, 2012, 49 pp.

YÁÑEZ, A., y RODRÍGUEZ TEMIÑO, I.: *El expoliar se va a acabar. Uso de detectores de metales y arqueología: sanciones administrativas y penales*, Obra colectiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 532 pp.

YÁÑEZ, A.: *Patrimonio arqueológico y Derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 284 pp.

EL BENEFICIO PATRIMONIAL, COMO PARTE INTEGRANTE
DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR Y CRITERIO
DE JUSTIFICACIÓN DE LAS SALIDAS AL EXTRANJERO
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, EN EL DERECHO
CHILENO*

*THE PATRIMONIAL BENEFIT, AS AN INTEGRAL PART OF THE
BEST INTEREST PRINCIPLE AND A CRITERION FOR JUSTIFYING
THE DEPARTURE ABROAD OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN
CHILEAN LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 624-649

* Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N.º 1220037, "Relaciones entre el principio del interés superior, el libre desarrollo de la personalidad, y el ejercicio de la relación directa y regular en las salidas prolongadas o definitivas al extranjero de madres acompañadas de sus hijos y/o hijas", del cual Alexis Mondaca Miranda es investigador responsable. Dicho proyecto es financiado por la ANID (Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo), Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación de Chile.

Alexis
MONDACA
y Úrsula C.
BASSET

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: En el contexto de las salidas desde Chile al extranjero de las madres custodias, acompañadas por sus hijos y/o hijas, el presente artículo tiene por objetivo analizar la relevancia del beneficio patrimonial derivado de las señaladas salidas. Lo anterior, para efectos de que pueda concederse la correspondiente autorización judicial en los supuestos de oposición del otro progenitor. En este orden de ideas, se estudia al aspecto patrimonial como parte integrante del principio del interés superior, su reconocimiento normativo y luego se trata la aplicación de dicho beneficio por parte de la jurisprudencia chilena.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño; niña o adolescente; beneficio patrimonial; salidas al extranjero; autorización judicial.

ABSTRACT: *In the context of the departures from Chile to foreign countries of custodial mothers, accompanied by their children and/or daughters, the purpose of this article is to analyze the relevance of the patrimonial benefit derived from such departures. The above, for the purpose of granting the corresponding judicial authorization in cases of opposition of the other parent. In this order of ideas, the patrimonial aspect is studied as an integral part of the best interest principle, its normative recognition and then the application of this benefit by Chilean jurisprudence is discussed.*

KEY WORDS: *Best interest of the child or adolescent; patrimonial benefit; trips abroad; judicial authorization.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ASPECTO PATRIMONIAL COMO CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR Y SU REGULACIÓN EN TEXTOS INTERNACIONALES Y CHILENOS.- I. El plano patrimonial como una dimensión del principio del interés superior.- 2. Reconocimiento de la relevancia del plano patrimonial en textos internacionales.- 3. Situación en el Derecho chileno.- III. JURISPRUDENCIA CHILENA SOBRE EL BENEFICIO PATRIMONIAL EN LOS SUPUESTOS DE SALIDAS AL EXTRANJERO.- 1. La emigración debe suponer un beneficio para el NNA.- 2. Relación del beneficio patrimonial con ventajas de otra naturaleza.- 3. Disposición autónoma de recursos económicos.- 4. Satisfacción de las necesidades económicas por parte de un tercero.- 5. Posesión de un título profesional o técnico.- IV. ¿UNA LIMITACIÓN A LA POSIBILIDAD DE EMIGRAR DE LAS MADRES CUSTODIAS?- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las migraciones internacionales, fenómeno que caracteriza a las sociedades contemporáneas, generan una serie de problemáticas que requieren de una urgente solución¹. Chile no se encuentra exento de lo anterior. De un modo más específico, situándonos en el plano jurídico, uno de los conflictos de intereses cuya incidencia ha aumentado en las últimas décadas está dado por las solicitudes de autorizaciones judiciales para efectos de la salida al exterior de niños, niñas o adolescentes (en adelante, NNA), en compañía de sus madres custodias, especialmente cuando ellas se refieren a períodos prolongados de tiempo o a la radicación definitiva en el extranjero.

A mayor detalle, en los casos en que los padres no viven juntos, con independencia de la causa de ello (divorcio, nulidad, separación de hecho, etc.), en conformidad a lo establecido en el inciso 3° del artículo 225 del Código Civil de Chile, a falta de acuerdo, la custodia corresponderá “al padre o madre con quien estén conviviendo”. En la realidad chilena, usualmente, en los supuestos indicados los hijos y/o hijas viven con la madre, por lo tanto, a ésta se atribuye en la mayoría de los casos la custodia de aquéllos. Sin perjuicio de lo señalado, la decisión de cambio de residencia de los hijos y/o hijas, dada su particular entidad, sobre todo si el nuevo lugar en que habitarán está ubicado en el extranjero, no depende de la voluntad unilateral de uno de los progenitores, por lo que requiere del acuerdo

¹ ECHEVERRÍ, G. y PÉREZ RODRÍGUEZ, M.: “Migraciones en la sociedad contemporánea: correlación entre migración y desarrollo”, *Revista de Ciencias de la Administración y Economía*, 2018, vol. 9, núm.° 17, pp. 145-159.

• Alexis Mondaca Miranda

Profesor de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá, Arica, Chile. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Máster en Derecho, Empresa y Justicia de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: amondacam@academicos.uta.cl

• Úrsula C. Basset

Profesora de Derecho de familia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Doctora en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: ucbasset@gmail.com

de éstos. Si dicho acuerdo no se produce, según lo prescrito por el inciso 3° del artículo 49 de la Ley N.º 16.618, Ley de Menores², puede solicitarse al tribunal competente la correspondiente autorización supletoria, la que será concedida siempre que ello sea beneficioso para el NNA. Así, resulta clave la consideración del principio del interés superior.

A la luz de lo indicado, es relevante considerar el modo en que los tribunales de justicia chilenos han construido la noción de beneficio en los supuestos de salidas al exterior de NNA. En dicho orden de ideas, dado que el interés superior es un concepto holístico, se han tenido en cuenta una serie de dimensiones, entre éstas, las de naturaleza afectiva, cultural, en sede de derechos económicos, sociales y culturales y, lo que motiva este trabajo, esto es, el ámbito patrimonial.

Por lo indicado, una vez estudiado la faceta patrimonial como parte integrante del principio del interés superior y su regulación normativa, tanto en el plano internacional como en el caso de Chile, se analiza la manera en que los tribunales del nombrado país han valorado el beneficio patrimonial en los casos de emigraciones de NNA en compañía de sus madres custodias.

II. EL ASPECTO PATRIMONIAL COMO CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR Y SU REGULACIÓN EN TEXTOS INTERNACIONALES Y CHILENOS.

En este subtítulo estudiaremos, en primer término, al ámbito patrimonial como parte integrante del interés superior y, en segundo lugar, el reconocimiento de lo señalado en textos pertenecientes al ámbito internacional y al Derecho chileno.

I. El plano patrimonial como una dimensión del principio del interés superior.

El campo de los estudios jurídicos relativos a la infancia y adolescencia, sin ninguna duda, y especialmente desde la entrada en vigencia de la celeberrima Convención sobre los Derechos del Niño, ha girado en torno al principio del interés superior del NNA. A mayor detalle, una adecuada comprensión del mencionado principio implica reconocer que estamos ante un concepto que se caracteriza por ser indeterminado y holístico.

En conformidad a lo primero, el interés superior debe ser concretado en cada caso tomando en consideración las características propias de éste y las de los sujetos intervinientes. Por lo tanto, se trata de un concepto flexible (lo que es positivo), pero debe tenerse cuidado de no caer en una excesiva discrecionalidad

² Publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de marzo de 1967. Su texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, el que fue publicado en el nombrado Diario el 30 de mayo de 2000.

por parte de los intérpretes, sean éstos pertenecientes a órganos judiciales o administrativos, puesto que ello implica el peligro de llevarnos a decisiones contradictorias aplicables a supuestos semejantes³.

En cuando a su carácter holístico, el principio del interés superior del NNA busca el desarrollo integral de éstos. Por lo dicho, es comprensivo de una serie de contenidos, de modo que, entre otros, está referido a circunstancias personales, patrimoniales, culturales, medioambientales, educacionales y de salubridad⁴. Súmese a lo señalado aspectos normalmente no tenidos especialmente presentes, como el derecho al juego, deporte y recreación⁵. La referida diversidad de contenidos ha permitido a Cots, Lázaro, Puiggalí y Urmeneta distinguir entre las necesidades de la infancia materiales y las no materiales⁶.

Todos los contenidos del interés superior poseen como común denominador el hecho de contribuir al mejor bienestar de los NNA. En este orden de ideas, existe un contenido evidente del mentado interés constituido, entre otros aspectos, por la preservación de la vida, la integridad (física y psíquica), la indemnidad sexual, el derecho a vivir en familia, el acceso a prestaciones de salud y a la educación. Varios de los nombrados contenidos requieren, para efectos de su concreción, de un debido financiamiento económico, por ende, aplicando un criterio de realidad, no puede lograrse plenamente el tan ansiado bienestar de los NNA sin un sólido sustento patrimonial.

A mayor abundamiento, recordando el carácter holístico del interés superior, lo afirmado en el párrafo antecedente nos permite razonar sobre la relación de interdependencia que liga a varias de las partes integrantes del principio del interés superior. En virtud de lo señalado, la no satisfacción de una dimensión del interés superior puede influir negativamente en otras. A modo de ilustración, piense el lector en uno de los principales derechos de los que son titulares los NNA, nos referimos con ello al derecho a vivir en familia. Lamentablemente, como puede apreciarse con cierta frecuencia en América Latina, la falta de recursos económicos que permitan satisfacer necesidades básicas (alimento, salud, techo, vestido, etc.), por parte de los padres, se encuentra entre uno de los motivos más comunes

3 En este sentido se ha pronunciado FRANCO CASTELLANO, C.: "Hacia la objetivación del interés superior de la niñez y la adolescencia", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2020, vol. I, núm.º 4, pp. 1-14.

4 LÓPEZ CONTRERAS, R.: "Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2015, vol. 13, núm.º 1, p. 55.

5 A propósito del derecho al juego, se ha sostenido lo siguiente: "En efecto, diversos estudios en el ámbito de la pediatría, la psicología, la sociología y otras ciencias nos permiten afirmar que existe una relación directamente proporcional entre el juego (y las actividades recreativas, en general) y el desarrollo de los NNA. Por lo tanto, mientras más juego se observe (...), mayores posibilidades de lograr avances en la senda que conduce a la satisfacción del mejor interés del NNA", MONDACA MIRANDA, A.: "El derecho al juego de niños, niñas y adolescentes: nuevos modos de concreción de los principios del interés superior y de la autonomía progresiva", *Opinión Jurídica*, 2022, vol. 21, núm.º 45, p. 179.

6 COTS I MONER, J., LÁZARO, A., PUIGGALÍ, M. y URMENETA, J.: "Manifiesto de Montserrat. Las necesidades no materiales de la infancia, fundamento de su protección", *Educación Social*, 2010, núm.º 44, pp. 130-131.

que fundamentan que el Estado, mediante sus tribunales de justicia, ordene la separación, temporal o definitiva, de un NNA de su familia o se haga cargo de NNA abandonados⁷.

2. Reconocimiento de la relevancia del plano patrimonial en textos internacionales.

La importancia del aspecto patrimonial en el desarrollo de los NNA ha sido admitida en el plano internacional, expresa y tácitamente, por diversos textos especializados en infancia y adolescencia. Teniendo presente lo expresado, en esta parte, nos referiremos a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus antecedentes, esto es, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924⁸ y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959⁹.

La Declaración de Ginebra se centró en problemáticas de especial entidad que se cernían sobre la infancia y adolescencia¹⁰. Ello se entiende rápidamente al tener presente que la mentada Declaración surgió ante el panorama dramático experimentado por muchos NNA pertenecientes a las naciones que fueron derrotadas en la Primera Guerra Mundial¹¹.

Es suficiente con un somero análisis de la Declaración de Ginebra para comprender que se basó en el derecho a la vida de los NNA y en otros derechos vinculados a éste, como la salud y la alimentación. Es muy difícil gozar de un modo aceptable de tales derechos sin recursos que contribuyan a cubrir los costos pertinentes. En este orden de ideas, el principio 1º de la Declaración establece que el niño debe ser colocado en condiciones de lograr un desarrollo normal, "material y espiritualmente". Podemos apreciar, fácilmente, que de manera expresa el texto transcrito considera la faceta patrimonial del desarrollo de los NNA¹².

7 Sobre dicho tema, se ha sostenido: "Niños, niñas y adolescentes trabajan en las calles de las principales ciudades en América Latina y muchos otros viven completamente en ellas. Ambos fenómenos son situaciones de calle inscritas -aunque en distintos momentos- en un proceso denominado de callejerización, cuyos impactos varían de acuerdo con el género. El proceso de callejerización supone amplias tramas de relaciones que articulan desde la división sexual del trabajo, el desempeño escolar, las experiencias en los espacios públicos y los conflictos en el núcleo familiar, hasta el funcionamiento de las instituciones del Estado, sus políticas públicas, la pobreza, la migración, la estructura laboral y las dinámicas económicas", GONZÁLEZ MÉNDEZ, C.: "La literatura sobre menores en situación de calle en América Latina", *Revista Mexicana de Sociología*, 2022, vol. 84, núm.º 3, p. 568.

8 DECLARACIÓN DE GINEBRA, adoptada con fecha 26 de septiembre de 1924 por la Sociedad de Naciones.

9 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Organización de las Naciones Unidas.

10 RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: "El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior", *Estudios Constitucionales*, 2017, núm.º 1, pp. 256-257.

11 Es sabido que la génesis del instrumento en comento se encuentra en la labor de Eglantyne Jebb y de la Fundación *Save the Children*.

12 Recorriendo la misma senda, el principio 2º se refiere al niño en situación de hambre, al enfermo, deficiente, desadaptado, huérfano y abandonado. Por su parte, el principio 3º trata el socorro que debe recibir el niño en supuestos de calamidad.

De particular relevancia para nuestro estudio es el principio 4°, en cuya virtud *“El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida”* y debe ser protegido de toda explotación. Este principio está inspirado en la idea de proporcionar al niño las herramientas necesarias para que, a futuro, pueda ser económicamente independiente. Dicha idea no puede concretarse sin un debido ejercicio del derecho a la educación, el que es regulado en el principio 5° y final de la Declaración.

Un panorama similar se aprecia en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Con todo, en términos generales, se amplían los derechos cuya titularidad se reconoce a los niños¹³. Llamativo resulta constatar que la referencia explícita al desarrollo material presente en la Declaración de Ginebra desaparece en el principio 2°, el que indica que el desarrollo del niño debe ser físico, mental, moral, espiritual y social.

Lo último, desde luego, no implica que la Declaración de 1959 desdeñe la importancia de la faceta patrimonial para efectos del desarrollo del NNA. En apoyo de dicha afirmación, según hemos indicado previamente, considérese que el logro del interés superior; el que sí es objeto de regulación expresa¹⁴, no puede alcanzarse sin el aspecto pecuniario. En el mismo sentido, puede señalarse que la relevancia del ámbito patrimonial está afirmada de un modo implícito al normar la Declaración derechos cuya efectividad requiere de los correspondientes apoyos económicos, tales como: la seguridad social, salud, servicios médicos, alimentación y vivienda (principio 4°); tratamiento, educación y cuidados especiales en favor del niño impedido (principio 5°). Agréguese a lo señalado que se establece la obligación del Estado de tutelar a los niños sin cuidados parentales y a los que carezcan de “medios adecuados de subsistencia”, según la parte final del principio 6°. Lo mismo se indica respecto de los hijos de familias numerosas y se señala como medio de ayuda en dicho caso la concesión de “subsidios estatales o de otra índole”.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁵ supuso un paso decisivo en el reforzamiento de los derechos de la infancia y adolescencia. En efecto, anclada en el paradigma de la protección integral y en la titularidad de

13 Como novedades de esta Declaración, en comparación con la Declaración de Ginebra, podemos mencionar las que siguen: en el principio 1° y 10° se regula el derecho a la no discriminación; el principio 3° consagra el derecho al nombre y la nacionalidad; se disciplina el derecho al recreo en el principio 4°; se regula el derecho al amor y a la comprensión en el principio 6°; y, nuevamente, el recreo es mencionado en el principio 7°, junto con el derecho al juego.

14 La parte final del principio 2° establece que: “la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

15 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

derechos por parte de NNA¹⁶, establece un amplio catálogo de éstos que supera en mucho la regulación de sus antecedentes¹⁷.

Enfocándonos en el objeto del presente trabajo, el artículo 6.2 indica que: “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Vinculado a lo señalado, el artículo 27.I consagra el derecho de todo NNA a un nivel de vida adecuado para su desarrollo “físico, mental, espiritual, moral y social”. Podrá advertir el lector que el texto transcrito es, prácticamente, idéntico al de la Declaración de 1959, por lo que el desarrollo en su variante patrimonial se encuentra ausente en términos expresos del referido artículo.

Sin perjuicio de lo indicado, nadie discute que el desarrollo buscado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 es holístico, por lo tanto, comprensivo de la dimensión pecuniaria. En apoyo de lo último, recuérdense los argumentos señalados con respecto al principio 2° de la Declaración de 1959.

Corroboran lo sostenido los restantes párrafos del artículo 27, los que, de un modo indisputable, se cimentan sobre la base de consideraciones patrimoniales. Efectivamente, el párrafo 2° establece el deber de proporcionar a los NNA, teniendo en vista las posibilidades y medios económicos existentes, “las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”. A mayor detalle, siempre de acuerdo al párrafo 2°, dicho deber recae principalmente en los padres u otras personas encargadas del cuidado de los niños. El párrafo 3° encomienda a los Estados, en conformidad a las condiciones nacionales y medios disponibles, la adopción de las medidas apropiadas para ayudar a los padres u otras personas encargadas del cuidado de los NNA, ello para dar efectividad al logro del mentado desarrollo. En dicho sentido, si la situación lo amerita, los Estados deben proporcionar “asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”, según se explicita en la parte final del párrafo 3°¹⁸.

16 FREITES BARROS, M.; “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Educere*, 2008, núm.º 42, pp. 432-433.

17 Desde el derecho intrínseco a la vida, artículo 6.I; pasando por el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, artículo 24; el derecho a la educación, artículo 28; hasta el derecho al descanso, esparcimiento, juego, actividades recreativas y a la participación en la vida cultural y artística, artículo 31, entre muchos otros.

18 Profundizando en los deberes que en la materia corresponden a los Estados, según el párrafo 4° del artículo 27: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

3. Situación en el Derecho chileno.

En el caso del Derecho de Chile, distinguiremos entre la disciplina existente en el Código Civil¹⁹ y la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (en adelante, LGPIDNA)²⁰.

Con respecto al Código Civil, debemos tratar el artículo 222 y los artículos 225-2 y 229, preceptos estos dos últimos que aplican el sistema de check list en lo relativo al establecimiento del interés superior del NNA.

La norma fundamental en sede de interés superior del NNA es el inciso 1° del aludido artículo 222²¹, en cuya virtud: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.” Más lacónica es la redacción empleada por el codificador chileno, en lo tocante a la realización de los niños, en comparación con las regulaciones relativas al desarrollo de éstos contenidas en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Así, la mayor realización del hijo y/o hija es circunscrita solamente a la díada conformada por los ámbitos espiritual y material. A diferencia de los mentados instrumentos internacionales, resulta relevante constatar que el legislador chileno alude explícitamente a la dimensión material, tal como se estableció en la Declaración de Ginebra de 1924²².

El artículo 225-2, en el contexto de la determinación judicial de la custodia, entrega una serie de criterios y circunstancias que deben considerarse, entre éstas, la letra b) se refiere a “La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad”. En esta letra, en un sentido restringido, puede entender incluido el aspecto patrimonial. Pero, como bien lo ha estudiado Illanes, la norma es más amplia e implica lo que se ha denominado “competencias parentales”, esto es, las actitudes

19 Texto vigente en Chile desde el 1 de enero de 1857, pero que ha experimentado diversas modificaciones. Su texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido por el Decreto con Fuerza de Ley N.° 1, el que se publicó en el Diario Oficial de fecha 30 de mayo de 2000.

20 Publicada en el Diario Oficial el 15 de marzo de 2022. Con esta legislación Chile se pone al día con la situación existente en la mayor parte de América Latina, esto es, siguiendo el camino de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se incorpora al ordenamiento jurídico chileno un texto especializado en materia de tutela de los derechos de la infancia y adolescencia.

21 BÉCAR LABRAÑA, E.: “El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho internacional y en el Derecho interno”, *Actualidad Jurídica*, 2020, núm.° 42, pp. 562-563.

22 Lo indicado resulta ser llamativo, dado que el artículo citado fue incorporado al Código Civil por la Ley N.° 19.585, la que se publicó en el Diario Oficial de fecha 26 de octubre de 1998, esto es, el legislador chileno a dicha fecha ya conocía los textos de las tres instrumentos internacionales comentados especializados en sede de infancia y adolescencia.

y destrezas para cuidar, proteger y educar a la descendencia²³, lo que incluye la faceta patrimonial.

Por su parte, el artículo 229, en sede de determinación judicial del régimen comunicacional (para referirse a dicha materia el Código Civil de Chile usa la expresión “relación directa y regular”. En términos más coloquiales, se habla de “derecho de visitas”), proporciona una serie de criterios que guían la labor del sentenciador. Con todo, ninguno de éstos alude a la dimensión patrimonial, pero dado que la norma no establece un sistema de *numerus clausus*, no existe inconveniente alguno para que un juez aprecie la situación patrimonial como un elemento que contribuya a la decisión de la litis. Apoya lo anterior el tenor de la letra d) del nombrado artículo: “Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo”.

En el caso de la LGPIDNA, en el artículo 1, se indica que su objeto es la garantía, la protección integral y el ejercicio y goce de los derechos de los NNA. Con respecto al interés superior, el inciso 1° del artículo 7 prescribe que deben evaluarse “todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta”.

A mayor abundamiento, para efectos de la determinación del interés superior, son relevantes tres letras del artículo 7 en lo tocante a nuestro estudio. En primer lugar, siguiendo el derrotero de la Declaración de 1959 y la Convención de 1989, la letra d), con respecto al concepto de “bienestar”, alude a los planos físico, mental, espiritual, moral, cultural y social, es decir, no se refiere explícitamente a lo patrimonial (a diferencia de los nombrados textos internacionales, añade lo cultural). Sin embargo, las letras g) y h) poseen una evidente vinculación con el aspecto pecuniario. En efecto, se refieren a NNA en situaciones de especial desventaja y que requieren soluciones estables que consideren sus entornos de vida, respectivamente. Tales letras pueden ser aplicables a supuestos de NNA en situación de vulnerabilidad social, por ejemplo, infantes y adolescentes en situación de calle o sin cuidados parentales o de adultos responsables²⁴. Súmese a lo señalado que la letra i), a modo de cláusula abierta, permite considerar otras circunstancias que pueden incidir en el desarrollo futuro de NNA.

23 ILLANES VALDÉS, A. : “El cuidado personal de los hijos”, en A.A.V.V.: *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia* (edit. por A. MONDACA MIRANDA, A. ILLANES VALDÉS e I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 96.

24 En este sentido, uno de los principales dramas que en estos momentos aqueja a la sociedad chilena es la llegada de NNA extranjeros sin compañía de adulto alguno responsable de su cuidado. Para profundizar sobre este tema, véase, VÁSQUEZ, R.: “Migraciones en países de América Latina. Una mirada desde la pediatría”, *Archivos de Pediatría del Uruguay*, 2023, vol. 94, núm.º 2, pp. 1-10.

Pasando al catálogo de derechos consagrados en la LGPIDNA, debemos referirnos al artículo 15, relativo a la protección social y al artículo 25, el que consagra el derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado.

El artículo 15, en su inciso 1°, alude a un conjunto de políticas y acciones estatales en diversos planos que buscan el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, y por lo tanto, la satisfacción de las necesidades básicas de alimentación, salud, educación, vivienda y cuidado, entre otras, en los casos en que ellas no puedan ser cubiertas por las familias. En otros términos, se asigna un rol subsidiario al Estado en lo tocante a las nombradas necesidades. En la misma línea, el inciso 2° establece el derecho a vivir en las condiciones adecuadas para la obtención del desarrollo físico, mental, intelectual, ético, espiritual y social²⁵.

Lo anterior es reforzado por el artículo 25, norma que disciplina el derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado. El nombrado precepto, en su inciso 1°, indica que: “Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a un nivel de vida que le permita su mayor realización física, mental, espiritual, moral, social y cultural posible.” Es interesante el inciso final del artículo 25, el que, desde una aproximación práctica y preventiva que puede resultar de gran utilidad, establece el deber del Ministerio de Desarrollo Social y Familia de realizar mediciones socioeconómicas: sin un diagnóstico adecuado y certero, se complejiza la elaboración y ejecución de políticas públicas que realmente logren mejorar la situación de la infancia y adolescencia vulnerable.

III. JURISPRUDENCIA CHILENA SOBRE EL BENEFICIO PATRIMONIAL EN LOS SUPUESTOS DE SALIDAS AL EXTRANJERO.

En este apartado, primeramente, afirmaremos que, para que un órgano jurisdiccional pueda acceder a la solicitud de salida al extranjero, debe adquirir la convicción de que ello es armónico con las exigencias del principio del interés superior. Luego, trataremos la relación de interdependencia que se da entre las diversas ventajas propias de vivir en un lugar del extranjero. Realizado lo anterior, estudiaremos concretamente algunas manifestaciones del beneficio patrimonial en el contexto indicado y, finalmente, nos referiremos a la limitación que puede nacer para las madres custodias que desean emigrar en compañía de sus hijos y/o hijas.

25 Por su parte, según el inciso final del artículo 15: “Con el fin de que los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a las familias que viven en pobreza extrema y/o en pobreza multidimensional gocen efectivamente de su derecho al desarrollo, y en tanto no existan políticas sociales que les permitan superar la pobreza, el Estado proporcionará asistencia material para satisfacer las necesidades básicas de niños, niñas y adolescentes, y programas de apoyo particularmente con respecto a nutrición, vestuario, vivienda, asistencia médica, educación y servicios sociales necesarios, haciendo uso con ese fin del máximo de los recursos de los que pueda disponer el país y los recursos complementarios de la sociedad civil”.

I. La emigración debe suponer un beneficio para el NNA.

Como punto de partida, sobre la base de los requerimientos emanados del interés superior, en principio, deben evitarse los cambios que produzcan una alteración en el entorno en el que se encuentra inserto un NNA. Lo expresado, se comprende al considerar que las variaciones en el contexto al que el infante y/o adolescente se han acostumbrado pueden ser causa de perjuicios. Así, es relevante mantener el statu quo del NNA, por lo que debe proporcionarse un marco de estabilidad, no obstante, los cambios que pueden producirse²⁶.

Con todo, no estamos en presencia de una regla absoluta, sino que, por el contrario, es posible que un cambio en el referido entorno puede contribuir al desarrollo del NNA, por lo que dicho cambio puede ser favorable para el mejor interés de éste (recordando con lo último la redacción en inglés del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "the best interests of the child").

En la misma línea de razonamiento, siguiendo lo estudiado por López, la protección integral que reclama el principio del interés superior implica el más alto nivel de cuidado de los intereses y derechos de los NNA, "lo que todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales deberán observar, atender y respetar". Dicho nivel de cuidado puede lograrse en el país de origen o en la nación destino de la emigración. Agrega el mencionado autor, en referencia directa al ámbito patrimonial como contenido del interés superior, que "podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés superior del niño o niña las siguientes: a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor de edad (alojamiento, salud, alimentación)"²⁷.

Atendido lo señalado en los párrafos precedentes, debemos tener presente que será de cargo del progenitor solicitante acreditar fehacientemente que la situación patrimonial de la familia que sale de las fronteras del territorio nacional experimentará una alteración que se manifestará en una mejora en el extranjero o, por lo menos, no sufrirá un empeoramiento. En este último caso, dada la falta de variación positiva derivada del proceso migratorio, corresponderá probar que de él se derivan beneficios en otras áreas para el NNA, tales como la afectiva, en materia de derechos económicos, sociales y en el ámbito cultural.

La idea consistente en que la emigración debe suponer un cambio positivo para el NNA ha sido aplicada por el máximo sentenciador chileno en el siguiente

26 RAVETLLAT BALLESTÉ, I. y 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, vol. 42, núm.° 3, p. 927.

27 LÓPEZ CONTRERAS, R.: "Interés superior", cit., p. 58.

sentido: “Que, atendida la historia de vida de la niña, a fin de establecer si resulta beneficioso conceder la autorización para trasladarse junto a su madre a Estados Unidos de Norteamérica, se debe tener presente su vínculo de apego con la madre, lo que, entre otras circunstancias, requiere que ésta pueda contar con ciertas condiciones de estabilidad económica entre ellas que le permitan seguir construyendo un ejercicio materno positivo, por lo que resulta beneficioso para la niña trasladarse junto a la progenitora a dicho país”²⁸.

En definitiva, el beneficio patrimonial derivado de la circunstancia de vivir en un país del extranjero puede manifestarse, según la jurisprudencia chilena, en los siguientes aspectos: disposición autónoma de recursos económicos; satisfacción de las necesidades económicas por parte de un tercero; y posesión de un título profesional o técnico. En las páginas que siguen, con mayor detalle, analizaremos cada uno de los aspectos mencionados, pero previamente trataremos la vinculación existente entre el beneficio patrimonial con ventajas de otra índole.

2. Relación del beneficio patrimonial con ventajas de otra naturaleza.

Teniendo en mente que el interés superior busca el desarrollo integral de los NNA, en los conflictos de intereses que han suscitado nuestro interés, los tribunales de justicia chilenos lo han concretado en diversas dimensiones, entre éstas, las de índole afectiva, patrimonial, cultural y en materia de derechos económicos-sociales, especialmente, en lo relativo al derecho a la salud y a la educación. En otros términos, el beneficio patrimonial de manera autónoma no posee la entidad necesaria para justificar las salidas al extranjero.

Lo indicado es lo correcto, puesto que el contenido del principio del interés superior no puede reducirse a una única dimensión²⁹, ni siquiera, a la afectiva³⁰. En esta línea de razonamiento, mal podría sostenerse que se tutela el desarrollo de un NNA si, para efectos de conceder la autorización de salida, exclusivamente, se consideraran las condiciones pecuniarias que tendría el grupo familiar emigrante. Por lo dicho, debe examinarse en su integridad la situación que eventualmente experimentaría el NNA en el exterior: las diversas ventajas derivadas de la

28 CORTE SUPREMA, rol 38.444-2021, sentencia de reemplazo, de 4 de junio de 2021, considerando 3°.

29 MARTÍNEZ CALVO, J.: “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/25, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm.° 3 ter, pp. 198-206.

30 Ello es sostenido, incluso, por los que otorgan a los beneficios diversos de lo afectivo un lugar claramente secundario, como CELIS RODRÍGUEZ, R. y CHÁVEZ CHÁVEZ, E.: *Derecho de Familia*, Tofulex Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile, 2021, p. 229. Véase, también OPAZO GONZÁLEZ, Mario, “El Principio del Interés Superior del Menor en el Derecho Chileno”, en *Revista Entheos*, 2007, año 3, vol. único, pp. 21-39; y GARCÍA RUBIO, M.: “Qué es y para qué sirve el interés del menor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm.° 13, pp. 14-49.

emigración operan en una relación de complementariedad con respecto al desarrollo de los infantes y adolescentes³¹.

A mayor abundamiento, la relevancia del beneficio afectivo queda demostrada al razonar sobre la estabilidad emocional que proporciona una madre custodia que es una figura de apego con respecto a sus hijos y/o hijas. Así, los tribunales chilenos han entendido que es positivo para el interés superior la continuidad de la convivencia entre las señaladas personas en un lugar del extranjero. A la inversa, cuando el progenitor solicitante no otorga la mentada estabilidad, se rechaza la petición de salida al exterior. En dicho sentido, se ha resuelto: “se advierte que la afectación en el área psicoemocional que se diagnostica al niño, demuestra los nocivos efectos que le reporta la conflictiva relación familiar, con reproches de vulneraciones de derechos que se imputan recíprocamente los padres y terceros, lo que da cuenta de un déficit en las competencias parentales de ambos progenitores, que se refleja principalmente en el ejercicio disruptivo de la coparentalidad y en la escasa disponibilidad de ambos para facilitar un diálogo fluido respecto del cuidado y crianza del hijo común, quien se ve inmerso en una seguidilla de conflictos judiciales que han impedido una vinculación exenta de crisis con sus padres”³².

Con respecto al beneficio cultural, contribuye al logro del mejor bienestar de un NNA el hecho de crecer en un ambiente caracterizado por su riqueza cultural y por la facilidad de acceso a ésta. Saludamos las sentencias que valoran la dimensión cultural, puesto que en Chile, tradicionalmente, tal dimensión ha sido poco apreciada en las instancias en las que debe aplicarse el principio del interés superior. Una muestra de lo afirmado fue lo establecido por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia dictada en plena pandemia de Covid-19: “no solo implican un mejor estándar de vida material, sino la posibilidad de adaptarse a una cultura cosmopolita desarrollada, la cual aun en contexto de pandemia le ha permitido desenvolverse adecuadamente conforme a su edad, conocer otras culturas, y adaptarse a una vida sin violencia, alejada de los peligros que circundaban su entorno en Chile”³³.

En lo relativo al derecho a la salud y a la educación, los tribunales de Chile han exigido que se asegure que en el país de destino el NNA experimentará una mejora en comparación con la situación existente en Chile. Con respecto a la

31 MONDACA MIRANDA, A. y ASTUDILLO MEZA, C.: “La construcción del beneficio para el niño, niña o adolescente, por parte de los tribunales superiores de justicia chilenos, en las autorizaciones de salidas al extranjero prolongadas o definitivas”, *Ius et Praxis*, 2020, núm.º 3, pp. 301-313.

32 CORTE SUPREMA, rol I.155-2022, de 27 de abril de 2022, considerando 10º. Además, se ha calificado como ventajosa, siempre a propósito del beneficio afectivo, la presencia de familia extensa en el lugar destino de la emigración, así lo estableció la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 5.952-2021, de 25 de enero de 2022, considerando 8º.

33 CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, rol I.390-2021, de 22 de noviembre de 2021, considerando 5º.

salud, aunque lo decisivo es la consideración del interés superior, es interesante lo establecido por el Tribunal de Familia de Antofagasta, el que, junto con el nombrado interés, valoró el beneficio en salud derivado de la emigración para la madre, la que padecía de un “cáncer cérvico uterino, para cuyo seguimiento sin duda contribuye la estabilidad emocional como habitacional a la que puede optar en su país de origen, donde además conoce las redes de salud a las que puede optar para la continuidad de sus controles médicos”³⁴. En lo que respecta a la educación, en un caso en que el destino de la emigración era Sudáfrica, se determinó que en este país un niño tendría acceso a un sistema educacional de excelente calidad, lo que coadyuvó a que se concediese la autorización solicitada³⁵. También, el aprendizaje de una segunda lengua, sobre todo, el inglés, ha sido apreciado como relevante para el futuro ejercicio profesional del NNA³⁶.

3. Disposición autónoma de recursos económicos.

Un punto que puede inclinar la balanza a favor de la concesión de la solicitud de salida del país está dado por el hecho de que se logre acreditar que, en el país destino del respectivo movimiento migratorio, la familia podrá disponer de un modo autónomo de recursos económicos que permitan cubrir de manera adecuada las diversas necesidades nacidas de su cambio de residencia.

En dicho sentido, la jurisprudencia de los tribunales chilenos ha reconocido, como elemento que incide en la aceptación de la solicitud de salida al exterior, la circunstancia de que la madre disponga de recursos económicos en el lugar al que deseaba emigrar (Guatemala, país en el que había nacido), los que le posibilitarían solventar las necesidades materiales³⁷.

Lo señalado, puede originarse en virtud de distintas causas, entre las que se encuentran: el ejercicio de un empleo u oficio remunerado³⁸; por ser titular

34 TRIBUNAL DE FAMILIA DE ANTOFAGASTA, rol 3.041-2019, de 3 de diciembre de 2019, considerando 11°.

35 CORTE SUPREMA, rol 4.443-2014, de 10 de septiembre de 2014, considerando 3°.

36 CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, rol 27-2011, de 13 de abril de 2011, considerando 11°.

37 CORTE SUPREMA, rol 30.509-2020, de 6 de octubre de 2020, voto en contra de las ministras señoras Muñoz, A. y Repetto, M. En el mencionado voto, se expresa: “Que los jueces de fondo analizando la prueba que fuera incorporada al juicio, y apreciándola de acuerdo a la sana crítica, teniendo en consideración que la madre detenta el cuidado de la niña, que los padres así lo acordaron en Guatemala lugar donde se casaron, país de origen de la actora, donde reside una extensa familia suya, lugar donde cuenta con las condiciones económicas para solventar las necesidades de su hija, concluyeron que resultaba beneficioso para la niña, otorgarle autorización a la madre para que se traslade con ella a vivir a Guatemala, precisando que tal determinación no cede solo en favor de los intereses de la madre, sino también posibilita que la niña se reencuentre con su familia y cultura por vía materna, puesto que también es Guatemalteca.”

38 Las ofertas de un trabajo remunerado admiten, de un modo especial, un arduo debate. En efecto, formulamos a quien lee estas líneas la siguiente pregunta: ¿otorgan la certeza necesaria para que, un tribunal de justicia, las valore como un antecedente que influye en el aspecto patrimonial en lo relativo a las salidas al exterior? Recordemos que corresponde al solicitante soportar el onus probandi, por lo que debe hacer nacer la convicción en el sentenciador en orden a las ventajas derivadas para el NNA de su residencia en el extranjero. Entendemos que las mencionadas ofertas no deben ser a priori descartadas por el juez, pero debe exigirse a su respecto características de suficiente verosimilitud, dada la facilidad

del derecho de dominio sobre bienes inmuebles y/o bienes muebles valiosos situados en el exterior; los que han sido arrendados u objeto de otros contratos generadores de ganancias; y por tener algún tipo de participación en iniciativas de inversión en tierras foráneas.

No es necesario redactar muchas líneas para que se pueda comprender tanto la relevancia de contar en naciones extranjeras con una actividad retribuida económicamente como la trascendencia que implica formar parte de actividades empresariales privadas. Un comentario especial merece lo tocante a la titularidad del derecho de propiedad sobre bienes raíces, dado que ello se vincula con uno de los dramas sociales de mayor entidad presentes en Chile.

Profundizando en la última idea, la exigencia de mejora en materia económica ha sido recogida por el Tribunal de Familia de Antofagasta y fue aplicada con respecto al dominio de un bien inmueble por parte de la madre custodia. Lo anterior, en concepto del aludido órgano jurisdiccional, genera como consecuencia una mayor estabilidad no solamente habitacional, sino que, también, emocional y social.

A mayor abundamiento, el sentenciador realizó una comparación entre la situación existente en territorio chileno con la que experimentaría la familia emigrante. Según ya hemos indicado, en el exterior, la familia podrá habitar en una vivienda perteneciente a la madre custodia (con todas las ventajas que de ello se derivan), mientras que en Chile, la familia no vivía en una casa propia, sino que de propiedad de terceros, esto es, se encontraba inmersa en un ambiente de hacinamiento, en lo que se conoce en Chile como “campamento”³⁹, los que se encuentran alejados de los servicios estatales de ayuda⁴⁰. Sobre la base lo

actualmente existente para la producción de falsas ofertas de trabajo. En este orden de ideas, deben excluirse las ofertas vagas y/o indeterminadas, MONDACA MIRANDA, A.: *Derecho de Familia e inmigración. Los vínculos de familia de los inmigrantes como fundamento para revocar judicialmente las medidas de expulsión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 333-334.

Aunque no conocemos jurisprudencia relativa al punto en comento, pensamos que podrían aplicarse los mismos argumentos que se han explicitado en diversas sentencias con respecto a la incidencia de las ofertas de trabajo formuladas a los inmigrantes en los juicios en los que se revisan los actos administrativos que decretan la expulsión de éstos. En efecto, la CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, en la sentencia rol n° 23-2018, de 7 de marzo de 2018, en el considerando 6°, estableció que las ofertas de trabajo deben caracterizarse por ser “reales” y “serias”. Corrobora la exigencia de seriedad la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n° 2.003-2018, de 5 de octubre de 2018.

39 El término “campamento” apunta en Chile a un sector de la ciudad, usualmente situado en los alrededores de los núcleos urbanos, en los que grupos de familia, sin contar con ninguna autorización de las autoridades competentes, levantan construcciones de material liviano en las que habitan en condiciones de gran vulnerabilidad. Los problemas sociales producidos por los campamentos han aumentado, dado la proliferación de éstos en los últimos años en virtud del arribo de flujos migratorios compuestos por personas que no han regularizado su situación en sede de residencia, provenientes especialmente de Haití, Colombia y Venezuela.

40 “Campamento es la denominación en Chile para los asentamientos informales. El Ministerio de Vivienda y Urbanismo (2011) define *campamento* como un asentamiento de al menos ocho familias, con un indicador de contigüidad habitacional (superficie del terreno del asentamiento medida en metros cuadrados) menor o igual al número de viviendas multiplicados por 350. La definición implica también una tenencia irregular del terreno (arriendos sin contratos, cedidos y que sean propiedad privada, municipal o estatal ocupada de

anterior, fundadamente, el Tribunal de Familia de Antofagasta, calificó la situación económica de la familia en Chile como precaria⁴¹.

4. Satisfacción de las necesidades económicas por parte de un tercero.

Puede acontecer que el origen de los recursos económicos de los que dispondrá la familia en el extranjero no provenga, a lo menos en forma total, de la actividad del progenitor que ha salido del territorio chileno, sino del patrimonio de un tercero. La experiencia nos demuestra que, usualmente, este tercero es un pariente, como el padre o madre del adulto (u otro familiar) que ha emigrado desde Chile. Así, estamos ante un escenario de solidaridad familiar. Lo señalado se aprecia sobre todo en los casos en que el movimiento emigratorio se dirige al país de origen del progenitor custodio.

Sin perjuicio de lo indicado, no es posible descartar que el tercero que asuma la labor de financiamiento sea alguien que no se encuentre conectado por vínculos familiares. Por ejemplo, podría tratarse de la pareja sentimental de la madre custodia o de una persona con quien se tenga un fuerte relación de amistad.

En conformidad a lo señalado, pareciera ser que no interesa tanto la persona que constituye el origen de los recursos económicos, sino más bien, la suficiencia de éstos para cubrir de manera adecuada las necesidades de índole patrimonial de la familia emigrante. En otros términos, interesa el resultado y, en menor medida, el medio que se hubiese empleado.

Con todo, el factor en comento, en nuestra opinión, aunque no debe ser excluido del proceso de razonamiento judicial, introduce un ingrediente de inestabilidad en lo relativo al bienestar patrimonial del NNA, especialmente al compararlo con el criterio analizado en el subtítulo anterior. En efecto, la autogeneración de ingresos pecuniarios, en virtud del desarrollo de una actividad remunerada, posee más notas de permanencia en el tiempo que la obtención de recursos vía la concesión graciosa de ellos por parte de un tercero. En otros términos, es más posible el cese de los recursos obtenidos por la última instancia, lo que puede generar supuestos de particular dramatismo⁴².

hecho) y acceso irregular a uno o más de servicios de energía eléctrica, agua y/o solución sanitaria”, LÓPEZ MORALES, E., FLORES PINEDA, P. y OROZCO RAMOS, H.: “Inmigrantes en campamentos en Chile: ¿mecanismo de integración o efecto de exclusión”, *INVI*, 2018, vol. 33, núm.° 94, p. 163.

41 TRIBUNAL DE FAMILIA DE ANTOFAGASTA, rol 3.041-2019, de 3 de diciembre de 2019, considerando 11°.

42 Muchos inmigrantes, instigados por la desesperación que les provoca su situación socioeconómica, caen en las redes de verdaderas asociaciones ilícitas compuestas por usureros, quienes, incluso, en caso de que los préstamos no sean pagados dentro del plazo pactado, acuden a mecanismos de cobros basados en la amenaza y la violencia física. Este problema ha sido abordado por la OIT en su Recomendación sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955, núm.° 100, disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R100 [Fecha de consulta: 05.01.2024].

La última situación descrita refuerza la necesidad de complementar el beneficio de naturaleza patrimonial con otra clase de ventajas, de forma tal de abarcar en su integridad la situación del NNA cuya emigración se pretende. Según el caso de que se trate, puede ser más patente la producción de una especie de beneficio en particular con respecto a otros. No obstante, lo indicado, el juez debe cuidarse de no reducir el interés superior a un beneficio unidimensional⁴³.

Ilustraremos el criterio en comento con una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que revocó lo resuelto por el juez de primera instancia y autorizó la salida al exterior (a los Estados Unidos) de una niña. Es interesante la comparación que realiza el nombrado sentenciador entre la situación económica del padre y la del abuelo paterno. Lo indicado, debe vincularse con los lugares de residencia, dado que el primero habita en Chile, mientras que, el segundo, en el país destino del movimiento migratorio. El padre, si bien es cierto, contribuía a la manutención de su hija, lo hacía con una mínima cantidad de dinero. El abuelo, por su parte, se había convertido en el principal sostenedor económico de su nieta y de la madre custodia⁴⁴. Así, resolvió la mentada Corte: "Es más, la juez no toma en consideración que, en la actualidad, es el abuelo paterno quien subviene a sus necesidades y las de la madre solicitante, toda vez que el padre aporta con una cantidad mínima a su manutención y, tal como expresa la demandante en su libelo, la prueba rendida demuestra que el padre sólo trabaja uno o dos días por semana"⁴⁵.

5. Posesión de un título profesional o técnico.

Otro aspecto que debemos introducir en nuestro análisis es el hecho de que el progenitor que abandona el país, en compañía del NNA, posea un título profesional o técnico, es decir, que pertenezca a la categoría de trabajador cualificado. Resulta de toda evidencia que contar con una profesión o un título de técnico, llegado el momento de buscar un trabajo, implica un punto a favor; ya sea dentro de las fronteras del país de origen o en un lugar situado en territorio extranjero. Además, la aludida cualificación influye en el monto de las remuneraciones que se percibirán. Por lo indicado, puede establecerse una relación directamente proporcional entre las posibilidades de encontrar trabajo-nivel remuneraciones, por una parte, y la cualificación profesional o técnica, por la otra.

43 Lo afirmado se aprecia en la sentencia de la CORTE SUPREMA, rol 75.982-2021, de 4 de abril de 2022, considerando 9º: "Que, en ese contexto, y tal como fue referido por la sentencia impugnada, el interés superior del niño, conforme a sus necesidades materiales, afectivas, educativas, emocionales y psicológicas, se resguarda al privilegiar su vínculo de apego con la madre, con quien ha vivido toda su vida, y el traslado a Australia le permitirá relacionarse con su familia externa y, con ello, obtener una ganancia cultural variada".

44 En este caso, sin necesidad de haber sido ordenado por los tribunales de justicia, el abuelo paterno cumplía con lo prescrito en el inciso final del artículo 326 del Código Civil, esto es, en caso de insuficiencia de la persona obligada a pagar alimentos, dicha obligación pasa a los otros obligados, entre los que se encuentran los ascendientes.

45 CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, rol 477-2019, de 24 de julio de 2019, considerando 8º.

En el sentido indicado, la jurisprudencia chilena ha apreciado positivamente la posesión de un título profesional que puede ejercerse en el país foráneo. Lo expresado sucedió con respecto a una mujer que tenía dos profesiones: era profesora bilingüe y, también, administradora de empresas, según lo determinó la Corte Suprema de Chile⁴⁶.

A la luz de este criterio, es posible distinguir entre dos escenarios que pueden experimentar los inmigrantes. Así, diferenciaremos entre la posesión y la ausencia de un título profesional o técnico.

Con respecto a lo primero, algunos Estados buscan inmigrantes que posean ciertas especializaciones que se consideran necesarias para el desarrollo del país de que se trate. Lo señalado ha ocurrido en el caso de inmigrantes chilenos que han encontrado trabajo como ingenieros en Australia y en otras latitudes. Incluso, se prefiere a jóvenes recién titulados, de manera tal que puedan ser formados en conformidad a los lineamientos y estándares establecidos por la empresa extranjera que les contrata. Esta migración de profesionales es la causa de un importante y positivo efecto en las economías de los países receptores. Sin perjuicio de lo último, el panorama planteado, el que ha recibido la denominación de “fuga de cerebros”, produce un efecto negativo en las naciones cuna de las referidas migraciones, las que suelen pertenecer a la órbita de los países en desarrollo⁴⁷.

Un panorama completamente diverso es el que deben afrontar, con frecuencia, los emigrantes que carecen de cualificación profesional y/o técnica. En dicho sentido, suelen desempeñar las labores que no desean ser ejercidas por los nacionales del país al que han llegado. Por ello, sus ingresos distan de ser elevados, aunque no es inusual que les permitan financiar dos grupos familiares: primero, el que ha emigrado con ellos y, en segundo lugar, el que ha permanecido en el país de origen. La situación adquiere ribetes de dramatismo a propósito de los inmigrantes que no han regularizado su estatus en sede de residencia, dado que al no poder integrarse al mercado formal quedan fuera de la protección de las leyes laborales. Como consecuencia de ello, pueden ser víctimas de manos inescrupulosas que les explotan y, en ocasiones, les someten a estados de cuasi esclavitud⁴⁸.

46 CORTE SUPREMA, rol 30.509-2020, de 6 de octubre de 2020, considerando 2°.

47 MENDOZA, C.: “Migración y movilidad de trabajadores cualificados extranjeros de las empresas en México”, *Iztapalapa*, 2018, núm.° 84, p. 16.

48 La lucha en contra del fenómeno referido es compleja, dado que en ella inciden una variopinta gama de factores, entre éstos, la falta de estadísticas fidedignas de los inmigrantes que han ingresado al país de destino por vías irregulares. Véase, DE PAZ GONZÁLES, I. y BERNAL BALLESTEROS, M.: “Migrantes y trabajo forzado: enfoque normativo en México y tendencias jurisprudenciales en cortes regionales”, *IUS*, 2020, vol. 14, núm.° 45, p. 212.

Un comentario aparte merecen los inmigrantes que cuentan con un título profesional y/o técnico, pero cuya cualificación es puesta en duda en el extranjero a tal extremo que no se les contrata en el ámbito de sus respectivas especializaciones, por lo que, prácticamente, se ven forzados a trabajar en labores diversas de las que estudiaron. Lo indicado ha motivado las siguientes palabras: “En el caso de mujeres colombianas, buena parte de ellas cuenta con títulos técnicos y educación secundaria, sin embargo, existe desclasificación de estas personas, desempeñándose en trabajos informales como comercio ambulante y estética, cuestión parecida se observa en el caso de las mujeres venezolanas (...) Dicho informe habla de una realidad de las mujeres migrantes en su generalidad de precarización e informalidad del trabajo de dichas comunidades”⁴⁹. Lo indicado, puede ser reflejo de discriminación respecto de inmigrantes comúnmente denominados “ilustrados”.

IV. ¿UNA LIMITACIÓN A LA POSIBILIDAD DE EMIGRAR DE LAS MADRES CUSTODIAS?

Hemos indicado en las páginas anteriores que el punto de partida para que se autorice una emigración protagonizada por un NNA, acompañado de su madre custodia, está dado por la demostración de las ventajas que de ello se derivan, las que incluyen el aspecto patrimonial. Por tanto, el factor que decide los juicios que han suscitado nuestro interés es la aplicación al supuesto referido del principio del interés superior.

Con todo, es sabido, reconociendo la pluricausalidad de los fenómenos migratorios, que uno de los motivos más comunes de las emigraciones está dado por la búsqueda de un mejor panorama en lo económico. Lo referido es explicado por Bravo en los términos que siguen: “Con relación a la situación personal, la variable económica está en el centro de las causas de la decisión de las migraciones internacionales por la expectativa que tiene el migrante de obtener un ingreso más alto en el extranjero que en su propio país”. Agrega el nombrado autor, con respecto a la renta per cápita, que “lo más importante para el migrante es el salario esperado en la sociedad que lo acogerá porque está en relación con las remesas que podrán enviar a su familia, en caso de no migrar con ella. Esta variable se asocia a la posibilidad de encontrar empleo, lo que depende del ritmo de crecimiento que tiene el ciclo económico en el país receptor”⁵⁰.

49 RIVAL CARRILLO, D., VALENZUELA VALENZUELA, A., y CARTES VELÁSQUEZ, R.: “Migración y trabajo, una revisión del contexto chileno actual”, *CUHSO*, 2021, vol. 31, núm.º 1, p. 534.

50 BRAVO ACEVEDO, G.: “Las migraciones internacionales y la seguridad multidimensional en tiempos de la globalización”, *Diálogo Andino*, 2015, núm.º 48, p. 143. Léase, además, ACCINELLI, E., SÁNCHEZ CARRERA, E. y SALAS, O.: “Migración por imitación y crecimiento económico: casos de Chile y Perú”, *Población y Desarrollo*, 2017, vol. 23, núm.º 44, pp. 72-85.

Las emigraciones incluyen un ingrediente aleatorio. Podemos pensar que ellas implican una suerte de apuesta, en las que se adopta una de las decisiones más complejas que puede tomar un ser humano, como lo es abandonar el país de origen, con miras a radicarse en un país foráneo. La mentada aleatoriedad supone un amplio abanico de cuestiones, dentro de las cuales la variante patrimonial ocupa un lugar de privilegio, de este modo, se espera que se concreten las esperanzas de lograr un mejor bienestar tanto personal como familiar, pero, la experiencia demuestra que la posibilidad de fracaso puede estar presente, especialmente, en el caso de los inmigrantes que arriban a los países de destino por pasos irregulares⁵¹.

En el caso de las madres, lo explicitado en el párrafo antecedente no es aceptado por la jurisprudencia chilena. Dando razón de nuestros dichos, es necesario tener en cuenta que siempre que las mujeres deseen emigrar con sus hijos y/o hijas, se les exige, según hemos visto, que en el exterior se produzca una mejora en la situación patrimonial de la familia (o un no empeoramiento de la misma). En consecuencia, la aleatoriedad a la que nos hemos referido no es admitida por los tribunales chilenos si forman parte del proceso migratorio NNA: debe acreditarse una ventaja patrimonial derivada de la emigración proyectada, en caso contrario, los tribunales rechazarán la autorización de salida del país. En pocas palabras, podemos afirmar que existe una limitación en lo relativo a la posibilidad de emigrar, puesto que es más sencillo salir de los territorios del país de origen en el caso de una madre que lo haga sola en comparación con la que desea hacerlo acompañada de su descendencia.

Lo expresado no debería sorprendernos, dado que, en todas las cuestiones pertinentes a los NNA, debe aplicarse con primacía lo exigido por el interés superior, tal como lo establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵². En los supuestos de salida al exterior, los que pueden conducir a juicios de compleja resolución, dada la ausencia de acuerdo entre los progenitores, coexisten tres principios: el del NNA (al que ya nos hemos referido); el de la madre custodia que sale de los límites de Chile junto a sus hijos y/o hijas; y el del

51 Estos inmigrantes son los más expuestos a ser víctimas de vulneraciones de derechos. En el plano latinoamericano, las mujeres afrodescendientes carentes de visa constituyen uno de los grupos más discriminados. Inciden en ello, entre otras variantes, cuestiones de género (suelen ser cosificadas, vistas como un objeto sexual), racismo y xenofobia. Esta problemática ha sido tratada por ESCALONA ROJAS, B.: "Cuerpos violentados y mitos sexuales: sobre dignificar la corporeidad de las mujeres afrovenezolanas", *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 2009, vol. 14, núm.º 32, pp. 183-189.

52 Comentando el citado artículo, se ha dicho: "En todos los casos, esta redacción está lejos de la firmeza de la primera proposición de Polonia en el borrador, que en vez de "consideración primordial" ("primary consideration") se refería a la consideración principal o fundamental ("paramount"). Aunque esta redacción es de enorme importancia, es sabido que es una versión decolorada que deriva de las tratativas y búsquedas de consenso en el proceso de redacción de la CDN ¿Por qué podría generar alguna resistencia su inclusión? ¿No es acaso evidente que la primacía de la infancia debe preceder toda reflexión jurídica?", BASSET, Ú.: "El interés del niño ¿sigue vigente?", en A.A.V.V.: *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia III. El interés superior del niño, niña o adolescente en el contexto de la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia* (edit. por A. MONDACA MIRANDA, A. ILLANES VALDÉS e I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 21-41.

padre. El principio cuya salvaguarda debe guiar la decisión del órgano jurisdiccional es el del NNA: ello es indisputado, sin embargo, no es un error analizar lo que sucede con los otros dos intereses.

En cuanto al interés de la madre, sobre la base del principio del libre desarrollo de la personalidad, las madres custodias, al igual que todos los individuos de la especie humana, tienen el derecho a desarrollar las distintas facetas que componen su personalidad⁵³. Lo afirmado comprende la posibilidad de emigrar y buscar el bienestar en tierras distintas a las de nacimiento, lo que incluye las dimensiones patrimoniales, estudiantiles, laborales, afectivas, etc. En otros términos, la emigración puede ser un factor que contribuya a la satisfacción de los intereses de las madres.

Con respecto al interés del padre no custodio, el que permanece dentro de los límites del territorio chileno, éste se concreta en mantener un contacto permanente con sus hijos y/o hijas, en el evento de producirse la emigración. Los tribunales de justicia, en las sentencias en que han autorizado las salidas al extranjero, han establecido que dicho interés puede cautelarse determinando que el régimen comunicacional puede llevarse a cabo mediante el uso de medios telemáticos⁵⁴, sin perjuicio de los viajes del padre o de los NNA⁵⁵. Por lo dicho, las emigraciones que hemos comentado, no constituyen un obstáculo insalvable para la debida comunicación entre progenitores no custodios e hijos y/o hijas⁵⁶.

Finalmente, no puede desconocerse que las emigraciones pueden ser la fuente de una serie de beneficios tanto para los NNA como para la madre custodia. Centrándonos en lo patrimonial, el ejercicio de una actividad bien remunerada en el exterior, por parte de la madre, puede ser el origen de una serie de beneficios tanto para ésta como para su descendencia. Por ello, es posible afirmar

53 Véase: PÉREZ FUENTES, G.: "La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Familia en México: principales criterios jurisprudenciales", *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, núm.° 25, pp. 114-173; DEL MORAL FERRER, A.: "El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana", *Cuestiones Jurídicas*, vol. 6, núm.° 2, pp. 63-96; y COLLÍ EK, V. y PÉREZ INCLÁN, F.: "El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la doctrina jurisprudencial de la Corte mexicana", *Cuestiones Constitucionales*, 2021, núm.° 45, pp. 451-467.

54 La pandemia del Covid-19 contribuyó al empleo de las modernas plataformas virtuales en el plano judicial, por ejemplo: en la producción de medios de pruebas, como las declaraciones de testigos; en la publicidad de la comunicación de las sentencias; y en el ejercicio de los regímenes comunicacionales. Léase, MEDINA ZEPEDA, E.: "Hacia una teoría sobre la e justice o justicia digital: instrucciones para armar", *Cuestiones Constitucionales*, 2022, núm.° 46, pp. 177-212.

55 La CORTE SUPREMA, en la sentencia rol 75.982-2021, de 4 de abril de 2022, considerando 9°, estableció lo que sigue: "(...) sin que impida el desarrollo de su relación con el padre, dado que la sentencia fijó un régimen comunicacional por vías tecnológicas y determinó que durante las vacaciones de verano el niño viajará a Chile y pasará con su padre un mes completo, con pernoctación, cuyo costo será asumido por la madre; y, además, en cada viaje que realice la madre y su hijo a Chile, cualquiera sea los motivos del viaje, mantendrá una comunicación presencial con su padre".

56 CAICEDO, M.; VALBUENA, J.; RÍOS, M.; ACEVEDO, M. y MAESTRE, M.: "El régimen de visitas en medio del confinamiento por la pandemia de Covid-19", *Revista estudiantil de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, 2021, núm.° 7, pp. 1-18.

la compatibilidad entre el mejor interés del NNA y lo pretendido por el interés de la madre; de ahí la necesidad de aplicar una mirada amplia que permita analizar las diversas ventajas que pueden generar las emigraciones de las madres custodias acompañadas de sus hijos y/o hijas.

V. CONCLUSIONES.

Un contenido relevante del interés superior está dado por el bienestar económico del NNA. El desarrollo pleno de éstos no puede lograrse sin que estén suficiente mente financiadas las necesidades pecuniarias, tal como se ha reconocido, de manera expresa o tácita, en diversos textos normativos.

A la luz de lo indicado, los tribunales de justicia chilenos, para efectos de conceder autorizaciones para que NNA puedan emigrar, junto a sus madres custodias, han entendido que es menester que la solicitante acredite que, en el extranjero, sus hijos y/o hijas, experimentarían una mejoría o un no empeoramiento en cuanto al ámbito patrimonial. En concreto, han tenido en cuenta los tribunales chilenos la autogeneración de recursos económicos en el extranjero, la asignación de tales recursos por un tercero y la posesión de un título profesional o técnico, según se ha desarrollado en el presente trabajo.

Con todo, dado que el interés superior es un concepto holístico, el puro referido ámbito no es suficiente, dado que, además, debe apreciarse la situación que vivirá el NNA en otros aspectos, tales como el afectivo, cultural y en materia de derechos tan importantes como el derecho a la salud y a la educación. Por ello, el plano patrimonial no puede justificar autónomamente el otorgamiento de las aludidas autorizaciones.

En definitiva, no deben impedirse las emigraciones referidas, siempre que, a falta de acuerdo entre los progenitores, en sede judicial, se demuestre que de ellas se derivan ventajas para el interés superior entendido éste en un sentido integral. Súmese a lo señalado que, es posible que las emigraciones pueden ser fuente de beneficios, además, para las madres, lo que nos conduce a un escenario de armonía entre el mejor interés de los NNA y el desarrollo de la personalidad de las madres custodias, escenario que, en definitiva, conduce al bienestar del grupo familiar emigrante.

BIBLIOGRAFÍA

ACCINELLI, E., SÁNCHEZ CARRERA, E. y SALAS, O.: "Migración por imitación y crecimiento económico: casos de Chile y Perú", *Población y Desarrollo*, 2017, vol. 23, núm.º 44, pp. 72-85.

BASSET, Ú.: "El interés del niño ¿sigue vigente?", en AA.VV. *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia III. El interés superior del niño, niña o adolescente en el contexto de la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia* (edit. por A. MONDACA MIRANDA, A. ILLANES VALDÉS e I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 21-41.

BÉCAR LABRAÑA, E.: "El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho internacional y en el Derecho interno", *Actualidad Jurídica*, 2020, núm.º 42, pp. 562-563.

BRAVO ACEVEDO, G.: "Las migraciones internacionales y la seguridad multidimensional en tiempos de la globalización", *Diálogo Andino*, 2015, núm.º 48, p. 143.

CAICEDO, M.; VALBUENA, J.; RÍOS, M.; ACEVEDO, M. y MAESTRE, M.: "El régimen de visitas en medio del confinamiento por la pandemia de Covid-19", *Revista Estudiantil de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, 2021, núm.º 7, pp. 1-18.

CELIS RODRÍGUEZ, R. y CHÁVEZ CHÁVEZ, E.: *Derecho de Familia*, Tofulex Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile, 2021, p. 229.

COLLÍ EK, V. y PÉREZ INCLÁN, F.: "El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la doctrina jurisprudencial de la Corte mexicana", *Cuestiones Constitucionales*, 2021, núm.º 45, pp. 451-467.

COTS I MONER, J., LÁZARO, A., PUIGGALÍ, M. y URMENETA, J.: "Manifiesto de Montserrat. Las necesidades no materiales de la infancia, fundamento de su protección", *Educación social*, 2010, núm.º 44, pp. 130-131.

DE PAZ GONZÁLES, I. y BERNAL BALLESTEROS, M.: "Migrantes y trabajo forzado: enfoque normativo en México y tendencias jurisprudenciales en cortes regionales", *IUS*, 2020, vol. 14, núm.º 45, p. 212.

DEL MORAL FERRER, A.: "El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana", *Cuestiones Jurídicas*, vol. 6, núm.º 2, pp. 63-96.

ECHEVERRI, G. y PÉREZ RODRÍGUEZ, M.: "Migraciones en la sociedad contemporánea: correlación entre migración y desarrollo", *Revista de Ciencias de la Administración y Economía*, 2018, vol. 9, núm.º 17, pp. 145-159.

ESCALONA ROJAS, B.: "Cuerpos violentados y mitos sexuales: sobre dignificar la corporeidad de las mujeres afrovenezolanas", *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 2009, vol. 14, núm.º 32, pp. 183-189.

FRANCO CASTELLANO, C.: "Hacia la objetivación del interés superior de la niñez y la adolescencia", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2020, vol. 1, núm.º 4, pp. 1-14.

FREITES BARROS, M.: "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Educere*, 2008, núm.º 42, pp. 432-433.

GARCÍA RUBIO, M.: "Qué es y para qué sirve el interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm.º 13, pp. 14-49.

GONZÁLEZ MÉNDEZ, C.: "La literatura sobre menores en situación de calle en América Latina", *Revista Mexicana de Sociología*, 2022, vol. 84, núm.º 3, p. 568.

ILLANES VALDÉS, A.: "El cuidado personal de los hijos", en A.A.VV.: *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia* (edit. por A. MONDACA MIRANDA, A. ILLANES VALDÉS e I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 96.

LÓPEZ CONTRERAS, R.: "Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2015, vol. 13, núm.º 1, p. 55.

LÓPEZ MORALES, E., FLORES PINEDA, P. y OROZCO RAMOS, H.: "Inmigrantes en campamentos en Chile: ¿mecanismo de integración o efecto de exclusión", *INVI*, 2018, vol. 33, núm.º 94, p. 163.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/25, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm.º 3 ter, pp. 198-206.

MEDINA ZEPEDA, E.: "Hacia una teoría sobre la e justice o justicia digital: instrucciones para armar", *Cuestiones Constitucionales*, 2022, núm.º 46, pp. 177-212.

MENDOZA, C.: "Migración y movilidad de trabajadores cualificados extranjeros de las empresas en México", *Iztapalapa*, 2018, núm.º 84, p. 16.

MONDACA MIRANDA, A.: "El derecho al juego de niños, niñas y adolescentes: nuevos modos de concreción de los principios del interés superior y de la autonomía progresiva", *Opinión Jurídica*, 2022, vol. 21, núm.º 45, p. 179.

MONDACA MIRANDA, A.: *Derecho de Familia e inmigración. Los vínculos de familia de los inmigrantes como fundamento para revocar judicialmente las medidas de expulsión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 333-334.

MONDACA MIRANDA, A. y ASTUDILLO MEZA, C.: "La construcción del beneficio para el niño, niña o adolescente, por parte de los tribunales superiores de justicia chilenos, en las autorizaciones de salidas al extranjero prolongadas o definitivas", *Ius et Praxis*, 2020, núm.º 3, pp. 301-313.

OPAZO GONZÁLEZ, M., "El Principio del Interés Superior del Menor en el Derecho Chileno", en *Revista Entheos*, año 3, vol. único, 2007, pp. 21-39.

PÉREZ FUENTES, G.: "La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Familia en México: principales criterios jurisprudenciales", *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, núm.º 25, pp. 114-173.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: "El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior", *Estudios Constitucionales*, 2017, núm.º 1, pp. 256-257.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I. y 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, vol. 42, núm.º 3, p. 927.

RIVAL CARRILLO, D., VALENZUELA VALENZUELA, A., y CARTES VELÁSQUEZ, R.: "Migración y trabajo, una revisión del contexto chileno actual", *CUHSO*, 2021, vol. 31, núm.º 1, p. 534.

VÁSQUEZ, R.: "Migraciones en países de América Latina. Una mirada desde la pediatría", *Archivos de Pediatría del Uruguay*, 2023, vol. 94, núm.º 2, pp. 1-10.

CAMBIOS EN LAS FUENTES DE LA FILIACIÓN EN CUBA
CON LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO DE LAS
FAMILIAS

*THE CHANGES IN THE SOURCES OF FILIATION IN CUBA WITH
THE IMPLEMENTATION OF THE FAMILY CODE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 650-679

Luis Andrés
PELEGRINO
TORAÑO

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: En el artículo se realiza un resumen de los cambios que en materia de fuentes de la filiación se han introducido en el ordenamiento jurídico cubano tras la aprobación en septiembre de 2022 del Código de las familias. Se parte de una explicación del sistema de fuentes que operaba con precedencia, y se estudia la coherencia con el sistema constitucional la introducción por la nueva ley sustantiva familiar de otras fuentes de la filiación, con la reglamentación de las técnicas heterólogas de reproducción asistida, la aplicación de técnicas homólogas con efecto post mortem, o la regulación de la gestación solidaria y de la multiparentalidad. Se analizan en cada caso los elementos y características de las figuras, así como cuestiones críticas de algunas de estas.

PALABRAS CLAVE: Filiación; técnicas de reproducción asistida heterólogas; reproducción asistida post mortem; multiparentalidad; gestación solidaria.

ABSTRACT: *The paper summarises the changes that have been introduced in the Cuban legal system regarding the sources of filiation after the approval of the Family Code in September 2022. It starts with an explanation of the system of sources that operated in the country before, and studies the coherence with the constitutional system of the introduction by the new substantive family law of other sources of filiation, with the regulation of heterologous assisted reproduction techniques, the application of homologous techniques with post-mortem effect, or the regulation of surrogate motherhood and multiparenthood. In each case, the elements and characteristics of the figures are analysed, as well as critical questions of some of these.*

KEY WORDS: *Filiation; heterologous assisted reproduction techniques; post mortem assisted reproduction; multiparentality; solidary gestation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO LEGISLATIVO EN CUBA II. LOS CAMBIOS EN LAS FUENTES DE LA FILIACIÓN.- 1. Los métodos heterólogos de reproducción asistida y la reproducción asistida *post mortem*.- 2. La gestación solidaria.- 3. La multiparentalidad. III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO LEGISLATIVO EN CUBA.

La familia como institución, y como todo fenómeno social, se encuentra determinada por las circunstancias históricas, sociales, culturales e ideológicas. En consecuencia, los cambios históricos y sociales, inevitables con el pasar del tiempo, influyen irremediabilmente en las formas de organización familiar¹. La modernidad, sin duda, ha traído muchos cambios en este orden, y cuestiones como el desprejuicio en relación con la homosexualidad, la emancipación de la mujer, la disminución del papel del matrimonio como única fuente válida de la familia, o el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, por ejemplo, han traído cambios en las relaciones familiares y, por tanto, en los modelos tradicionales de familia. Ello genera importantes y naturales tensiones entre los sectores más progresistas que demandan modificaciones en los ordenamientos jurídicos a fin de que se adapten y protejan las nuevas formas familiares, y aquellos más conservadores que defienden, por el contrario, la inmutabilidad de las normas familiares en función de proteger la entendida familia tradicional². Contradicciones, en definitiva, inherentes al Derecho, que poco a poco lo obligan a mutar y a adaptarse a los cambios sociales, con el fin de dar soporte jurídico a las nuevas relaciones humanas. En el campo del Derecho de familia, y en especial de la filiación, la respuesta del ordenamiento jurídico a la evolución social es muy trascendente, pues los intereses y derechos en juego son de relevante importancia.

En Cuba, este conflicto se ha desarrollado recientemente, y el tema de la filiación ha sufrido cambios muy profundos como parte de un proceso legislativo que condujo en septiembre de 2022³ a la aprobación de un nuevo Código de las

1 Vid. TORRELLES TORREA, E.: "De la Sagrada Familia de Murillo a la *Gay Family on Dinner* de Rafael Pérez: Nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico", *Anuario de Derecho civil*, 2023, tomo LXXVI, fasc. IV, p. 1424.

2 Jurídicamente se trata de una tensión que enfrenta a dos importantes principios: la autonomía personal y el orden público. Cfr. BLADILO, A.: "Familias pluriparentales en la Argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2018-II, núm. 38º, p. 136.

3 El Código fue aprobado el 25 de septiembre de 2022 en referendo popular, luego de haber sido sancionado previamente por la Asamblea Nacional del Poder Popular en julio del mismo año mediante Ley núm. 156 del 22 de julio.

• Luis Andrés Pelegrino Toraño

Investigador posdoctoral, Università degli Studi di Parma. Correo electrónico: luisandres.pelegrinotorano@unipr.com

familias⁴. La ley representó una verdadera revolución en el campo del Derecho de familia en general, y de la filiación en particular.

El precedente Código de Familia cubano databa del año 1975. En este, como en la mayoría de las legislaciones occidentales, las relaciones de filiación se basaban legalmente en dos fuentes: la consanguinidad, donde las figuras del padre y la madre se identificaban con los progenitores biológicos, y en el llamado parentesco civil⁵, derivado de la adopción. En este último caso, si bien no se prohibía la adopción unilateral, de ser realizada por dos individuos solo podía tener lugar, ex art. 101 del derogado Código, como cónyuges y, por tanto, como padre y madre conjuntamente, ya que el concepto de matrimonio en el ordenamiento cubano, que era además de fuente constitucional, sólo reconocía a estos efectos la unión entre un hombre y una mujer⁶.

Quizás el punto más disruptivo del Código familiar del 1975 en materia de filiación, con relación al régimen histórico, fue la eliminación ex art. 65 de toda diferenciación de los hijos en función de su origen y del estado civil de sus padres, lo que incluso fue recogido en el texto constitucional de 1976, que prohibió cualquier alusión o declaración en la inscripción de los nacimientos sobre el estado civil de los padres. Esto desterró de la realidad jurídica cubana las alusiones a hijos matrimoniales, extramatrimoniales, naturales, legítimos, ilegítimos, etc., con las que tradicionalmente se discriminaba jurídica y socialmente a las personas en función de su origen filial⁷⁻⁸.

Sin embargo, otras formas de filiación, como las derivadas de adopciones por parejas del mismo sexo o las gestaciones obtenidas mediante determinadas técnicas de reproducción asistida, por ejemplo, carecían de soporte legal en Cuba. A ello se unía la estricta aplicación del principio de orden público internacional con el que, bajo el amparo del artículo 21 del Código Civil, se impedía el reconocimiento en el país de una filiación con alguna de estas fuentes que se hubiera originado en el extranjero, con las consiguientes complejidades y efectos jurídicos negativos que

- 4 Una peculiaridad del ordenamiento jurídico cubano es la separación de la materia familiar del Código Civil en el año de 1975. Desde entonces, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, como el boliviano y el costarricense, Cuba cuenta también con un Código dedicado a la regulación de las relaciones jurídicas familiares, a las que se aplicará en Código civil solo de forma supletoria.
- 5 Sobre la denominación, aunque contrario a ella por no configurar en realidad un tipo de parentesco distinto, sino una fuente diferente a la consanguinidad, con origen en la voluntad, *vid.* CÁNOVAS GONZÁLEZ, D.: “Notas sobre el parentesco”, *Revista cubana de Derecho*, 2013, núm. 24º, pp. 80-81.
- 6 La Constitución cubana de 1976, subrogada en 2019 por un nuevo texto constitucional, regulaba en su artículo 36 que el matrimonio estaba constituido por la unión de “un hombre y una mujer”, lo que a su vez el Código de 1975 reproducía en su artículo 2.
- 7 Sobre este cambio en la legislación cubana *vid.* PERAL COLLADO, D.: *Derecho de Familia*, Universidad de La Habana, La Habana, 1978, p. 116.
- 8 Se trata indiscutiblemente de una cuestión muy avanzada en su época. Piénsese, por ejemplo, que en Italia una regulación similar no vino a tener lugar hasta el año 2012, con la Ley núm. 219, de 10 de diciembre de 2012. Sobre esta reforma en el ordenamiento italiano *vid.* BIANCA, M. C.: “La legge italiana conosce solo figli”, *Rivista di Diritto civile*, 2013, núm. 1º.

ello conllevaba en el ámbito de los derechos fundamentales y civiles, tanto de los hijos como de los padres y madres.

En 2018 tuvo lugar en Cuba un proceso constituyente que desembocó en la aprobación de un nuevo texto constitucional en 2019. La Carta Magna, especialmente en su parte dogmática, supuso un cambio cualitativo respecto a su predecesora y, particularmente en el ámbito de las relaciones familiares, abrió la puerta a importantes cambios legales que posteriormente se desarrollaron en el nuevo Código de las familias. El texto dedica un capítulo a las familias, y el artículo 81 establece que toda persona tiene derecho a fundar una, por lo que el Estado debe reconocer y proteger a las familias cualquiera que sea su forma de organización. El propio precepto indica que las familias tienen su origen tanto en vínculos jurídicos como de hecho de naturaleza afectiva.

La nueva Constitución, de forma general, se caracteriza por ser inclusiva y pluralista. Se centra en la búsqueda de la realización de la persona, de su felicidad, reconociendo a la dignidad como valor supremo y fundamento del resto de los derechos constitucionales reconocidos en ella y, entre éstos, el del libre desarrollo de la personalidad. Bajo tal fundamentación se busca garantizar la autorrealización de cada persona y su propio proyecto de vida. Ello implica, entre otras dimensiones, el derecho a fundar una familia, adoptando para ello el modelo que la persona estime oportuno, de acuerdo con el proyecto de vida que cada uno diseñe según sus propias pretensiones, aspiraciones y deseos⁹, y que debiera encontrar solo como límite los derechos, no la moral, de terceros con quienes se convive en sociedad¹⁰.

Tal planteamiento constitucional se produce en un contexto en el que la familia, que tiene su fuente tradicional en los lazos de sangre o el matrimonio, viene experimentando, tal y como ya advertimos, una evolución que sitúa su nueva esencia más allá de estos orígenes tradicionales, y lo hace en el terreno de la afectividad. Por ello, el nuevo texto constitucional cubano positiviza el afecto como fuente principal de las relaciones familiares y como valor fundamental de las mismas; y naturalmente, frente a esta nueva fuente el Derecho infraconstitucional ha tenido que responder con un cambio en la configuración de las instituciones jurídicas tradicionales, para adaptarlas a esta realidad y dar respuesta a las nuevas necesidades sociales de protección, y permitir dar espacio jurídico a ámbitos antes no tocados por el Derecho.

Empero, el reconocimiento de la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito familiar, que justifican la elección del modelo familiar más

9 Cfr. PÉREZ GALLARDO, L.B.: "El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2019, núm. 22º, p.160.

10 Cfr. BLADILO, A.: "Familias pluriparentales", cit., p. 137.

idóneo a los deseos e intereses de la persona, y de construcción de la filiación¹¹, no constituyen derechos absolutos. Estos deben también ser sometidos a un ejercicio de adecuado equilibrio con el artículo 86 del propio texto constitucional, que regula el principio del interés superior del niño, niña y del adolescente¹²⁻¹³.

En todo caso, los nuevos preceptos constitucionales llevaron necesariamente a la conclusión de que las fuentes de la familia reconocidas por el Derecho tradicional debían ser ampliadas en correspondencia con las relaciones que la modernidad impone y que hacen necesario un Derecho de familia que sea fiel reflejo de las relaciones sociales que se manifiestan en la realidad cubana, así como en coherencia con los avances de las ciencias médicas, que abren la puerta a nuevos métodos de reproducción humana asistida, con innegables efectos en el contexto de las relaciones de familia¹⁴. A esta misma conclusión arribó la propia Asamblea Constituyente, que incorporó al texto constitucional una disposición transitoria undécima en la que estableció el mandato para que el poder legislativo, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Constitución, iniciase un proceso legislativo, consistente tanto en una consulta popular como en un referéndum, para la aprobación de un nuevo Código de Familia; proceso que, como ya se ha dicho, concluyó en septiembre de 2022.

La nueva ley introduce de esta forma, en adición a pluralidad de cuestiones que escapan del objeto de este trabajo, trascendentes e innovativos cambios en materia de fuentes de la filiación en el sistema jurídico cubano, hasta entonces limitadas a la filiación consanguínea y a la adopción. Concretamente abre el paso a otras fuentes como la voluntad procreacional y la socioefectividad¹⁵⁻¹⁶, siempre desde la óptica del afecto como valor fundacional de la familia, del reconocimiento

11 Se discute teóricamente si debe, en correspondencia, hablarse en sí de un derecho a procrear. Sobre esta cuestión *vid.* ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad", *Anuario de Derecho civil*, 2016, tomo XIX, fasc. IV, pp. 1265 ss. En posición contraria a la existencia de tal derecho *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 8º, pp. 23 y 24; y CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 9º, p. 13.

12 Este constituye, desde el punto de vista constitucional, una novedad en Cuba. No obstante, en precedencia ya era aplicado por los tribunales, pues Cuba, como la inmensa mayoría de los países, es signataria de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

13 Sobre la cuestión de las limitaciones que ofrece el principio del interés superior del niño al entendido como derecho a tener hijos *vid.* HERRERA, M.: "¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, Núm. 3º; y VALDES DIAZ, C.C.: "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante estas técnicas", *Anuario de la facultad de Derecho*, 2014, vol. XXXI, p. 467.

14 *Cfr.* ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "Algunas cuestiones", *cit.*, p. 1261.

15 El art. 50 del Código de las familias regula cuatro fuentes de la filiación, y establece que estas son: la procreación natural, con fuente en la consanguineidad; el acto jurídico de adopción; la voluntad expresada para construir la maternidad o paternidad a través de cualesquiera de las técnicas de reproducción humana asistida (la conocida en doctrina como voluntad procreacional) y la socioafectividad.

16 Fuentes de determinación filial que vienen a colocarse en plano de igualdad a con la biológica. Si bien haciendo referencia específicamente a la voluntad, *vid.* en este sentido BLADILLO, A.: "Familias pluriparentales", *cit.*, p. 140.

de la dignidad humana en la elección de la forma de construir las relaciones familiares y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes¹⁷. El presupuesto básico es el entendimiento por el legislador que la maternidad y la paternidad son construcciones sociales, culturales, y que no necesariamente derivan de la reproducción, que es en sí un hecho biológico que no siempre conlleva la construcción de una relación filial¹⁸.

II. LOS CAMBIOS EN LAS FUENTES DE LA FILIACIÓN.

I. Los métodos heterólogos de reproducción asistida y la fecundación *post mortem*.

El desarrollo científico ha impulsado el uso de técnicas de reproducción asistida, cada vez más habituales en la contemporaneidad. Su uso garantiza el acceso a la concepción a las personas que, por problemas de salud o infertilidad, no pueden hacerlo; pero no sólo a éstas, también a las parejas homosexuales que, por razones naturales, no pueden tener descendencia sin la intervención de un tercero, o a las personas que deciden construir su paternidad o maternidad en solitario, sin pareja.

El uso de estos métodos no ha sido ajeno a la práctica médica cubana, especialmente los homólogos, que no presentan mayores complejidades éticas y en materia de determinación de la filiación. Sin embargo, las técnicas heterólogas, en las que se utiliza material genético ajeno, y donde por ende existe una disociación del elemento genético del volitivo en la filiación¹⁹, no tenían un respaldo legal que regulara las complejidades jurídicas y éticas que su uso genera²⁰. Con el nuevo

17 Este último, como principio jurídico, goza de cierta indeterminación, pues si bien alude a la observancia en toda decisión tomada respecto a menores de edad, de lo que es más beneficioso para estos, ello sin lugar a dudas se hace siempre en función del criterio de quien juzga o decide, quien naturalmente interpreta este beneficio en base a sus prejuicios culturales e ideológicos, lo que puede portar a cierta arbitrariedad, típica de la innata elasticidad interpretativa de los principios jurídicos y las cláusulas generales. Cfr. GARIBO PEIRÓ, A.P.: "El interés superior de los menores en los supuestos de maternidad subrogada", *Cuadernos de bioética*, 2017, XXVII, núm. 2°, pp. 247-248. Por tal motivo el legislador del Código de las familias estableció en el art. 7.2 del texto legal una taxativa serie de elementos que ayudan mediante su valoración a determinar en el caso concreto el interés superior del niño.

18 No se trata en realidad de nada nuevo, la adopción, como institución milenaria, lo demuestra.

19 Cfr. GERI, L.: "Una aproximación a las dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional a partir de la procreación asistida *post mortem*", *Revista bioética y Derecho*, 2022, núm. 54°, p. 54.

20 Esta ausencia se ha pretendido explicar en parte por la existencia de modelos culturales, aún no superados, asociados a manifestaciones de discriminación, especialmente hacia las personas homosexuales, dadas las posibilidades que estas técnicas abren a las parejas del mismo sexo para acceder a la paternidad. Vid. ÁLVAREZ TABIO, A. M.: "La filiación asistida. Notas sobre su regulación en el Código de las familias cubano", en AA.VV.: *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano* (coord. Por M. HERRERA y L. B. PÉREZ GALLARDO), primera parte, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, p. 348. No ha existido realmente en el contexto cubano una fuerte oposición jurídica a estas técnicas en base a otras razones éticas, como aquellas vinculadas al riesgo de muerte del embrión durante su manipulación, o por el propio manejo instrumental al que se somete y que se entiende en algunos contextos contrario a la dignidad del mismo, en consideración al criterio de que la vida comienza, con todos los derechos personales que ello entraña, desde la misma fecundación, tal y como por

Código, ambas variantes tienen respaldo legal, como puede verse en el artículo 117, donde se establece que en estos casos será la voluntad procreacional la fuente jurídica de la filiación²¹⁻²².

En materia de métodos heterólogos, que son aquellos que nos interesan²³, el legislador comienza su regulación, en el artículo 119 de la ley, con una enumeración de los principios que rigen su utilización, entre los que podemos mencionar la protección de la intimidad de las personas implicadas y el anonimato del donante de gametos. Del mismo modo se preconiza como principio el derecho a formar una familia, y los principios de igualdad y no discriminación, según los cuales no se puede negar el acceso a esta forma de construcción de la filiación por razones de orientación sexual o de cualquier otra índole.

Es significativo que la ley en su art. 120 exija, como requisito previo al proceder médico, la instrumentación notarial del consentimiento informado, requisito de forma *ad solemnitatem*. Sin dudas, esta forma confiere al acto jurídico el valor de prueba preconstituida, con las garantías de veracidad y seguridad jurídica que ofrece la fe pública notarial, y al mismo tiempo permite que las partes sean plenamente conscientes del mismo y de sus consecuencias, por lo que el consentimiento que prestan es informado. Ello se debe a la labor de información y asesoramiento del notario que, dado su carácter proactivo, debe asegurar la comprensión de las ventajas, inconvenientes, riesgos, posibles efectos negativos, expectativas y consecuencias previsibles, jurídicas y de otra índole, en caso de llevarse a cabo el procedimiento. Este consentimiento es revocable con los mismos requisitos formales necesarios para su emisión, hasta el momento en que tenga lugar el procedimiento médico de transferencia del material genético. Del mismo modo, debe ser renovable en cada intento, pues no debe suponerse que, habiendo sido autorizado en una ocasión, subsista la voluntad del donante de

ejemplo se discute en otros contextos latinoamericanos como el chileno. En tal sentido *vid.* UNDURRAGA VALDÉS, V.: "¿Existe un derecho a tener hijo? Una respuesta desde el Derecho constitucional chileno sobre autonomía y acceso a técnicas de reproducción asistida", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, núm. 35º, pp. 118 -119.

- 21 Estas técnicas también están reguladas, especialmente en lo que se refiere a la práctica médica y a los requisitos generales del procedimiento, por la Resolución 1151/2022 "Regulación de la Reproducción Asistida en Seres Humanos" del Ministerio de Salud Pública de Cuba.
- 22 Cuba se convierte con esta normativa, junto a Argentina y Uruguay, en uno de los pocos países de América Latina que aborda legalmente esta cuestión. Cfr. LATHROP GÓMEZ, F.: "Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y de la Filiación Asistida en el Código de las Familias cubano", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las familias en Cuba)* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO, y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Olejnik, Santiago de Chile, 2023, p. 372. Argentina, por ejemplo, regula la voluntad procreacional como fuente filiatoria en el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Por el contrario, en la mayoría de las legislaciones del continente el reconocimiento del derecho a construir la filiación mediante técnicas de esta naturaleza ha sido obtenido por vía jurisprudencial; cfr. UNDURRAGA VALDÉS, V.: "¿Existe un", cit., p. 119.
- 23 Basta decir, en materia de procedimientos homólogos, que se trata de una posibilidad que no se limita a los casos de matrimonio y de uniones de hecho registrada, pues en realidad la ley no establece ninguna regla en este orden. La única excepción, ex art. 126, será aquella de los casos de su empleo *post mortem*, que sí viene limitada a supuestos de matrimonios y uniones de hecho.

gametos de realizar nuevos tentativos. El consentimiento, en definitiva, equivale al reconocimiento voluntario de la filiación de los padres y madres de intención e impide, de ahí también la trascendencia de su forma notarial, la investigación de la filiación respecto del donante de gametos. En definitiva, como en la adopción²⁴, la causa procreacional con estas técnicas es precisamente la voluntad²⁵, que posee supremacía sobre el dato genético o biológico²⁶.

La fecundación heteróloga, ya sea de donante anónimo o de donante conocido²⁷, no genera, en principio, ningún vínculo jurídico con este último, cuestión que el propio donante, como advertimos antes, ha de confirmar al otorgar su consentimiento informado. Sin embargo, como veremos *a posteriori*, el Código introduce una nueva excepción a ello: se trata de la apertura de la posibilidad de que, en los casos de gametos donados por personas conocidas, cuando sea en interés de éstas y con el acuerdo de todas las personas implicadas, se genere un supuesto de multiparentalidad, creándose un vínculo de filiación en el que todas las personas implicadas figurarán como padres y madres, es decir, al menos los dos padres intencionales y el donante de gametos. Solo en estos casos el dador de gametos tendría los derechos y deberes que su condición de padre o madre le confieren; para el resto de los supuestos, el tercero que aporta su material genético carece de cualquier derecho o deber jurídico con el fruto de la concepción

El artículo 122 del Código regula el derecho a la información de las personas nacidas mediante estas técnicas. Este incluye la posibilidad de conocer su

24 La diferencia está en este caso en que la voluntad se manifiesta de forma previa a la concepción y al nacimiento del hijo o hija, por ello es una voluntad procreacional, mientras que en la adopción si bien es la voluntad la fuente filiatoria, esta viene manifestada en momento posterior al nacimiento, cuando el niño ya posee cierta historia de vida. Cfr. GERI, L.: “Una aproximación”, cit., pp. 50-51.

25 Cfr. ALVAREZ TABIO, A. M.: “La filiación”, cit., p. 349. Es de hecho la voluntad, para al menos uno de los sujetos intervinientes, la única fuente posible para construir la filiación ante la existencia de un impedimento biológico, pues en casos de parejas del mismo sexo, aun estando casadas, no debería operar tampoco la presunción de filiación, que se basa en un presupuesto biológico; a tal punto que el Código, en su art. 68, establece que la maternidad se presume por el hecho del parto, por lo que, incluso en un matrimonio de dos mujeres, el parto técnicamente debería hacer presumir la maternidad de quien da a luz, no de la otra miembro de la pareja, que solo tendría en la voluntad, en una de las múltiples formas que autoriza la ley, la forma de reconocer la relación filiatoria. Sobre este tema en el ordenamiento español vid. FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho civil*, 2015, tomo LXVIII, fasc. I, p. 13. En igual sentido vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación”, cit., pp. 15 ss, quien señala, sin embargo, que la normativa española que regula las técnicas de reproducción asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo, no pretendió crear un nuevo título constitutivo filiatorio basado en la voluntad de procrear, distinto a los ya regulados en el Código civil (por naturaleza y adoptiva), por lo que la reproducción asistida seguiría teniendo en este ordenamiento fuente en un título biológico, pero con características *sui generis*; no obstante, señala que en algunos supuestos, como el caso del reconocimiento del hijo en el marco de una pareja de dos mujeres por parte de aquella que no tiene relación biológica, pareciera ser en realidad el consentimiento el título constitutivo y no la generación natural, por lo que plantea la necesidad de reconocer una fuente filiatoria basada en la voluntad de procrear a fin de no tener forzar categorías construidas en torno a la filiación de origen natural para dar solución a problemas que sólo se plantean en supuestos donde la generación tienen lugar de modo artificial. Vid. *Idem*, pp. 13; 17 y 22.

26 Cfr. GERI, L.: “Una aproximación”, cit., p. 54.

27 En ambos casos se trata de una donación altruista, ya que no admite remuneración alguna, tal y como regula el artículo 24.1 de la citada Resolución 1151/2022.

concepción mediante el uso de estas, así como a obtener información sobre su origen gestacional o genético, o información médica sobre la persona que donó los gametos. Sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que dicha información se facilitará cuando sea relevante para la salud de la persona²⁸. La ley excluye la posibilidad de conocer la identidad del donante anónimo, lo que sólo podría ocurrir en casos verdaderamente relevantes, que deberán ser justificados ante un juez para obtener autorización para tal divulgación, según los criterios establecidos en el artículo 27 de la Resolución 1151/2022. En este último sentido la legislación cubana se inclina a favor del criterio del “anonimato relativo”²⁹.

Si bien fuera de los supuestos de técnicas de reproducción heteróloga, y solo para los casos de técnicas homólogas, el legislador introdujo en el art. 126 del Código la posibilidad de la utilización de gametos de uno de los miembros del matrimonio o de la pareja de hecho afectiva, con carácter *post mortem*³⁰. Es de trascendencia que, tal y como ha sostenido la doctrina³¹, el legislador, en el inciso c) del precepto en cuestión, parece seguir el criterio de que el momento para determinar el carácter *post mortem* del acto es el de la fecundación, y, por consiguiente, no el de la implantación del embrión; cuestión de trascendencia, pues en caso de haberse realizado la fecundación *ante mortem in vitro*, pero no la implantación del embrión, no se requeriría para este último acto de un consentimiento que autorizase la implantación *post mortem*³². Naturalmente

28 Esta es la interpretación que puede extraerse del tenor literal de la norma tal y como fue redactada. Sin embargo, aun reconociendo esta lectura, ÁLVAREZ TABIO, uno de los redactores de la ley, afirma que ésta no era la *ratio legislatoris* y que la norma debe interpretarse en el sentido de que la persona siempre tendrá derecho a saber que ha sido concebida mediante la técnica, y que el requisito de relevancia por razones de salud sólo se refiere a la información relativa al origen gestacional o genético y a los datos médicos de la persona donante de los gametos, ya que el derecho de la persona a saber que ha sido concebida mediante una técnica de reproducción asistida no debe estar sujeto a ningún requisito o presupuesto. Véase ÁLVAREZ TABIO, A. M., “La filiación”, cit., p. 357.

29 En este sentido la doctrina ha sostenido tres posiciones fundamentales: una que defiende el anonimato absoluto del donante de gametos, otra que defiende sin límites el derecho del concebido por una de estas técnicas a conocer su origen y progenitores biológicos y, finalmente, la posición adoptada por el Código cubano, que defiende el respeto a este anonimato, salvo que, por determinadas razones, como las relacionadas con la salud de la persona, sea necesario revelar la identidad del dador. Sobre estas posiciones y sus argumentos ver PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores de la Propiedad Madrid, 2002, pp. 204 y ss. En España, por ejemplo, donde la ley sigue criterio similar se ha cuestionado por alguna doctrina este tipo de anonimato, por entender que atenta contra el art. 39 de Constitución, que establece el derecho a la investigación de la paternidad. Sobre esta posición vid. LASSARTE ÁLVAREZ, C.: “Reproducción asistida y maternidad subrogada en el Derecho español contemporáneo”, en AA.VV.: *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras* (coord. F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ), Dykinson, Madrid, 2021, p. 20.

30 Una cuestión técnica importante es que al posibilitarse el empleo de estos métodos solo en variantes homólogas de las técnicas de reproducción asistida, debería quedar vetada la posibilidad de que el consentimiento para la utilización *post mortem* del material genético sea genérico, debiendo circunscribirse a su utilización con la pareja claramente determinada. Cfr. ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “Algunas cuestiones”, cit., p. 1295.

31 Cfr. ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “Algunas cuestiones”, cit., p. 1278.

32 Se trata de una cuestión de alta trascendencia tanto en los ordenamientos que, como el cubano, permiten este tipo de actos como en los que lo prohíben, pues la determinación de este hecho calificaría la posibilidad jurídica o no del acto; el criterio elegido por el legislador cubano, el de la fecundación, parece ser el más certero, pues alude al de la creación de lo que ya sería una futura vida; por lo que no tendría sentido, y sería éticamente de dudable defensa, que acaecida la muerte de uno de los miembros de la

tampoco tendría tal calificativo una inseminación artificial hecha antes de la muerte, si bien la fecundación natural del óvulo ocurriese con posterioridad, pues este sería un caso igual al de la inseminación natural, donde el hombre falleciera sin confirmación de la fecundación.

El legislador optó así por excluir el caso donde el miembro de la pareja premuerta consintiese la utilización de material genético de un tercero para construir su filiación con efectos posteriores a su muerte. Este impedimento se justifica en el hecho de que en estos casos realmente la voluntad procreacional no se basaría nunca en una dimensión dinámica, o sea en la construcción de un proyecto parental y en el ejercicio del rol de padre o madre que se proyecta en una reproducción heteróloga como norma, sino en una mera dimensión estática, con la emisión del consentimiento, por no existir relación biológica; casos en los que bióticamente, a criterio del legislador, pareció más apropiado dar mayor valor al dato genético, al no existir otro asidero de mayor valía³³.

Su utilización puede ocurrir ante el fallecimiento de cualquiera de los dos miembros de la pareja, sea hombre o mujer; pudiéndose dar el caso en que se implantará directamente el material genético recogido o el embrión en la mujer *supérstite*, mientras que en otros, al ser esta la premuerta, se obligaría a recurrir a un vientre sustituto, o solidario como le llama la ley. En estos supuestos el nacido se tendrá igualmente por hijo de este miembro premuerto, siempre que conste en el documento indubitado, la escritura notarial donde se recoja el consentimiento³⁴, la autorización emitida por este para utilizar su material genético

pareja, luego de la fecundación del embrión, este no pudiese implantarse, obligando al desecho de esta posible vida, además deseada. Con relación a esta cuestión en el ordenamiento italiano, donde no se permite el uso de técnicas con efectos posteriores a la muerte, y de como el criterio de la fecundación sería entonces el asidero para la implantación con efectos *post mortem* del embrión, *vid. ALVIGGI, C. et alii*, "Dalle tecniche di preservazione della fertilità all'utilizzo con finalità riproduttiva *post mortem* di embrioni e gameti crioconservati. L'esperienza giuridica italiana, francese e spagnola a confronto", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, núm. 20° bis, p. 86.

33 Sobre esta cuestión *vid. GERI, L.:* "Una aproximación", *cit.*, p. 57.

34 Quizás podría tratarse también de un acto testamentario, pues el precepto legal en cuestión se limita a referir que la voluntad debe ser expresada en un "documento indubitado", pero sin referirse expresamente al soporte de este. Teniendo en cuenta que el propio Código establece que para el acceso a las técnicas de reproducción asistida se necesitará del otorgamiento del consentimiento informado, es de suponer que en estos casos la ley hace referencia nuevamente a este acto notarial al referirse al citado documento. Sin embargo, entendemos que pudiese tratarse, visto que estamos ante un acto con efectos *post mortem*, también de una cuestión que pudiese incluirse como contenido atípico en un acto jurídico testamentario; pues pudiera darse el caso que en un consentimiento original no se previó tal posibilidad de utilización *post mortem* del material genético, y que, a *posteriori* uno de los miembros de la pareja lo incorporara en un acto *mortis causa*. Es una posibilidad a la que coadyuva también el hecho de que el testamento es un vehículo idóneo, *ex arts. 62 a) y 63 del Código*, para el reconocimiento de la filiación. Otra discusión que ameritaría un estudio más profundo sería la relativa a la forma necesaria para el testamento en cuestión, pues podría defenderse que, exigiendo el legislador que el consentimiento informado ordinario sea de índole notarial, en consideración al papel del notario al asesorar, informar y ayudar a la conformación de la voluntad, por la trascendencia del acto, tal requisito pudiese exigirse en sede testamentaria, a fin de garantizar iguales condiciones.

incluso luego de su fallecimiento³⁵. Eso sí, la ley limita su utilización a un solo parto, pudiendo ser múltiple obviamente, y siempre que el procedimiento médico se inicie en el término máximo de 365 días, prorrogables en 60 más por decisión judicial, posteriores al fallecimiento del titular del material genético; limitación que responde a la imposibilidad objetiva de actualizar el consentimiento de la persona con relación a la utilización de su material genético³⁶.

Se trata esta última de una figura controvertida, sobre todo por argumentos éticos, como principalmente lo es el hecho de que su utilización porta a la concepción de un hijo que nace huérfano³⁷. De tal suerte que su utilización se defiende como excepcional, pues, en definitiva, no deja de ser una técnica que se utiliza solo en su variante homóloga, como forma de garantizar el deseo gestacional de una pareja que en vida no pudo lograr concebir un hijo, de ahí que no constituya un medio para conseguir caprichosamente descendencia³⁸, sino una medida terapéutica ante una pareja que, pese a quererlo, no pudo en vida lograr tal objetivo. Negar ello, por el hecho de configurarse a la postre una familia monoparental de origen, no parece justo, pues familias monoparentales de origen o derivadas, por otras causas, suelen darse en la sociedad, y en el seno de estas se manifiestan igualmente ambientes propicios de desarrollo y educación de los hijos. Negarlo, por tanto, mediante la prohibición de la utilización de esta técnica sería a nuestro criterio discriminatorio. Compartimos la idea de que lo relevante no es el número de padres que posea el niño, sino que su desarrollo se dé en un ambiente familiar, pudiendo ser monoparental de origen, caracterizado por el afecto, la educación y la asistencia³⁹.

En todos los casos, la filiación instaurada por alguno de las técnicas de reproducción asistida reguladas en el Código sólo puede impugnarse por falta de consentimiento, por incumplimiento de los requisitos formales establecidos en la ley, si es evidente que el hijo no ha nacido como consecuencia de la utilización del

35 En función del ejercicio de la autonomía de la voluntad, es una decisión que corresponde al titular del material genético; empero, alguna legislación, v.gr. la Ley para la familia del Estado de Coahuila de Zaragoza, en México, permite en su art. 373 la inseminación *post mortem* con semen del hombre recogido previo a su fallecimiento, sin necesidad de un consentimiento expreso para su utilización en caso de muerte, para lo que bastaría el consentimiento escrito de la receptora. Sobre una crítica de esta cuestión en función del principio de autonomía de la voluntad *vid.* MENDOZA CARDENAS, H. A.: "Familia, autonomía de la voluntad y reproducción médicamente asistida en la legislación mexicana", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2018, núm. 31º, p. 61.

36 Esta es por ejemplo una de las objeciones que se le realiza a este tipo de proceder. Para una relación de estas *vid.* ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "Algunas cuestiones", *cit.*, p. 1281.

37 No es la única argumentación en contra, se sostienen también criterios con bases patrimoniales, relativos a dificultades en la sucesión, o a los posibles intereses de administración de la herencia del progenitor supérstite que interesa llevar a cabo el acto. Para una relación detallada de los criterios contrarios, y en posición en definitiva favorable a la prohibición de esta técnica, *vid.* PÉREZ MONGE, M.: *La filiación*, *cit.*, pp. 258-262.

38 *Cfr.* LATHROP GÓMEZ, F.: "Regulación de", *cit.*, p. 386.

39 *Cfr.* ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "Algunas cuestiones", *cit.*, p. 1276.

método en cuestión y si existen vicios en el consentimiento (arts. 128 y 129 del Código).

2. La gestación solidaria.

Entre las figuras más controvertidas introducidas en la legislación cubana por el Código se encuentra la gestación solidaria. Es la forma en que la ley denomina a la maternidad subrogada o gestación por sustitución⁴⁰. La nomenclatura elegida por el legislador no es casual y, como veremos, responde a la decisión de alinearse con la configuración de una figura que está en consonancia con el derecho de toda persona a formar una familia (artículo 81 de la Constitución), pero al mismo tiempo en absoluto respeto al principio fundamental de la dignidad humana, consagrado en el artículo 40 del mismo texto constitucional.

En cualquier caso, se trata de una institución muy controvertida en sí misma, lo que deriva precisamente de las complejidades éticas que genera. Sus detractores, no sin razón, discuten los sutiles límites que la separan de la explotación del cuerpo de las mujeres, especialmente de las pertenecientes a los estratos sociales más bajos, a través de los llamados "vientres de alquiler", así como de la mercantilización del fruto de la concepción, el niño, que se convierte en objeto de trata⁴¹⁻⁴². Jurídicamente se alega que, en todos los casos, los acuerdos de gestación por sustitución son contrarios al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, pues recaen sobre funciones biológicas de la mujer; la gestación y la maternidad, lo que no puede ser objeto de tráfico jurídico; como también se sostiene que atentan contra el principio de indisponibilidad del estado civil, al modificar las normas de determinación de la filiación y, por ende, los estados civiles familiares de madre e hijo⁴³. No solo estos argumentos se esgrimen en su contra, hay otros de carácter biológico, psicológicos e identitarios, como los relativos a los cambios

40 Cabe destacar que la primera cuestión terminológica que se detalla en la ley es la no utilización del término "maternidad", sino el uso del vocablo "gestación". Ello se debe a que para el legislador la maternidad es una construcción social, y no meramente biológica, por lo que el hecho de la gestación no implica por sí mismo la aparición de vínculos filiales y, por tanto, la condición de madre. Cfr. GONZÁLEZ FERRER, Y.: "La gestación solidaria en el Código de las familias cubano", en AA.VV.: *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano* (coord. Por M. HERRERA y L. B. PÉREZ GALLARDO), primera parte, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, p. 396. Sin embargo, como advertiremos luego, al referirnos a la multiparentalidad originaria, también es posible, mediante el uso de la gestación solidaria, llegar a una situación de multiparentalidad en la que la portadora gestacional sea también madre.

41 Sobre esta problemática vid. LASSARTE ÁLVAREZ, C.: "Reproducción asistida", cit., p. 21; VALDÉS DÍAZ, C.C.: "La maternidad subrogada", cit., p. 469; y DE LA ROSA FERNÁNDEZ, R.: *La filiación en las parejas homoparentales*, Bosch, Barcelona, 2020. No en vano, PÉREZ GALLARDO afirma que fue la figura más discutida entre las incluidas en el nuevo Código durante el proceso de redacción y discusión pública; véase PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La gestación solidaria en el Código de las familias de Cuba: las tres llaves de su blindaje", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las familias en Cuba)* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO, y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Olejnik, Santiago de Chile, 2023, p. 393.

42 Se afirma de hecho que el 98 por ciento de los casos de gestación sustituta se dan internacionalmente mediante un acuerdo remunerado. Vid. CRISTINA, M.: "Lloguer o substitució d'embaràs? Sobre la importància dels significants en la construcció de sentit", *Revista de bioètica y Derecho*, 2022, núm. 54º, p. 8.

43 Sobre estas posiciones vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada", cit., p. 23.

hormonales de la madre gestante y el vínculo afectivo que puede generarse entre ella y el fruto de la concepción, con aludidos perjuicios para el recién nacido al momento de separarlo de quien lo gestó⁴⁴ o el derecho del niño a conocer de su origen biológico, o la posibilidad de que la gestante se arrepienta y pretenda quedarse con el fruto de la concepción, o que, por el contrario, sean los padres de intención quienes, una vez llevado a cabo el embarazo, decidan no querer continuar con el procedimiento⁴⁵. Cuestiones todas que han servido también para empañar la figura regulada en Cuba, a pesar de su carácter solidario⁴⁶.

Con la gestación solidaria regulada en el Código se autoriza a que una tercera persona, la gestante⁴⁷, pueda poner a disposición su vientre para que se produzca la gestación, pero la paternidad y maternidad corresponderá a quienes hayan manifestado la voluntad intencional y marcada de ser padres y madres, es decir, de construir una paternidad o maternidad⁴⁸. Para ello, sin embargo, el artículo 130 del Código establece ciertos requisitos. En primer lugar, la gestación debe ser solidaria⁴⁹ y altruista, por lo que el gestante actuará siempre de forma totalmente gratuita, con la mera vocación de ayudar a otros a cumplir su tarea de construir su propia paternidad y maternidad. En consecuencia, sólo se permiten desembolsos a favor del portador gestacional por los gastos derivados del embarazo y parto, así como por los relativos a la obligación de alimentos del concebido que surjan durante la gestación, ya que, aunque no gestantes, las comitentes son padres y madres y, como tales, tienen la obligación legal de prestar alimentos conforme al artículo 42 del Código. La ley se refiere expresamente a compensar gastos derivados de estas cuestiones, por lo que se excluye otro tipo de compensaciones, no estrechamente relacionada con gastos materiales, como pueden ser las derivadas de los dolores y malestares que puede generar el embarazo, y que la doctrina describe, dada su poca tangibilidad y posible alta cuantía, como propicios para encubrir remuneraciones a la gestante⁵⁰.

Para garantizar lo anterior, y evitar la utilización comercial de la gestación, el procedimiento sólo podrá instaurarse entre personas unidas por vínculos familiares o afectivos, en cuyo contexto debe presumirse que el interés altruista y solidario

44 Vid. GARIBO PEIRÓ, A. P.: "El interés", cit., p. 257.

45 Sobre estas problemáticas vid. DOBERNING GAGO, M.: "La maternidad subrogada en México", *Revista bioética y Derecho*, 2022, núm. 56°, p. 77.

46 Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La gestación", cit., p. 394.

47 La sutileza del lenguaje es importante, ya que el legislador se refiere conscientemente a "gestante" y no a "mujer gestante", pues es perfectamente posible que un hombre transexual, con capacidad para gestar, sea quien lo haga. Véase PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La gestación", cit., p. 406.

48 Cfr. Ídem, p. 398.

49 La solidaridad ex artículo 3.1- d) del Código es precisamente uno de los principios en los que se basan las relaciones familiares.

50 Sobre esta cuestión vid. BELVER CAPELLA, V.: "Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista", *Cuadernos de bioética XXVIII*, 2017, núm. 2°, p. 240.

en la gestación sin mediación de pago se manifiesta naturalmente⁵¹. Además de lo anterior, sólo tienen derecho a acceder al procedimiento las personas que deseen construir su propia maternidad o paternidad y no puedan hacerlo por razones relacionadas exclusivamente con impedimentos de salud, o por tratarse de parejas de varones u hombres solteros que, por razones naturales, se vean impedidos de gestar. Con este último requisito, el legislador deja claro que se trata de una técnica a la que se recurre como último recurso, y no por capricho o para evitar posibles efectos indeseables del embarazo, como los estéticos, por ejemplo⁵².

A la luz de estos presupuestos legales sustantivos, la figura queda protegida en atención a su finalidad altruista y de respeto a la dignidad humana. Pero para garantizarlo, los artículos 131 y 132 de la ley establecen también un requisito de forma, previo y obligatorio al procedimiento médico, que se suma al notarial exigido para la emisión del consentimiento informado en todos los métodos de reproducción asistida: un procedimiento judicial con el objetivo de valorar los requisitos materiales de la ley y evitar el uso fraudulento de la figura.

En consecuencia, el juez que conoce de la solicitud de autorización para acceder al procedimiento de gestación solidaria debe valorar la gratuidad del acto, la relación afectiva o de parentesco entre los intervinientes, la edad⁵³ y la salud física y psíquica del futuro portador gestacional, el agotamiento previo de los demás medios de procreación asistida disponibles, si ello fuera posible, pues es evidente que para algunas personas la gestación por sustitución constituirá el único medio de acceder a la maternidad o a la paternidad; que el futuro gestante no haya sido sometido a ningún procedimiento previo de gestación solidaria, para evitar la profesionalización del acto⁵⁴; que no aporte su óvulo⁵⁵; y, por último, el interés superior del futuro hijo a la vista de las circunstancias en que se construiría

51 GONZÁLEZ FERRER afirma que en estos casos la exigencia legal no se limita a la existencia de tales vínculos consanguíneos o afectivos, sino que además deben caracterizarse por un afecto profundo y duradero que, en definitiva, debe acreditarse para autorizar el procedimiento. Cfr. GONZÁLEZ FERRER, Y., "La gestación", cit., p. 396. El criterio de PÉREZ GALLARDO parece reducir el requisito del parentesco a la prueba de su existencia, debiendo acreditarse únicamente la proximidad afectiva en el caso de los no parientes; cfr. PÉREZ GALLARDO, L. B., "La gestación", cit., p. 410.

52 Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La gestación", cit., p. 405.

53 La ley exige que tanto los comitentes como quien gesta tengan al menos 25 años, una edad que hace suponer que el portador gestacional tenga cierta madurez psicológica y, por tanto, sea más consciente del acto y sus consecuencias, y también más independiente económica y socialmente.

54 Cabe preguntarse, ya que el legislador no lo aclara, si para excluir la autorización judicial de un nuevo procedimiento era necesario o no haber completado este procedimiento previo.

55 El portador gestacional no aporta su óvulo, que podría pertenecer a uno de los comitentes, o incluso a un donante. El Código regula así lo que la doctrina entiende como gestación subrogada parcial y no plena, donde la gestante solo aporta su vientre, y que se diferencia de la gestación subrogada plena o total, donde la gestante en adición es también genéticamente progenitora. Sobre estas clasificaciones vid. GANA WINTER, C.: "La maternidad gestacional: ¿Cabe sustitución?", *Revista chilena de Derecho*, 1998, núm. 4º, p. 852; y GARIBO PEIRO, A. P.: "El interés", cit., p. 250.

la futura relación filial, donde, ante la imposibilidad de oír su opinión, por no existir aún, siempre será valorada por el tribunal en un sentido de futuro⁵⁶.

Una vez finalizado el procedimiento judicial, en virtud del artículo 133 del Código, la transferencia de embriones debe realizarse en el plazo de 365 días, prorrogables por un máximo de otros 60 días, desde la firmeza de la resolución judicial que la autoriza. Este límite tiene por objeto garantizar que las circunstancias que el tribunal apreció para autorizarla no hayan cambiado en el momento en que se lleve a cabo el procedimiento médico, evitando así un lapso temporal excesivamente largo entre la firmeza de la resolución judicial y el inicio del procedimiento.

Un punto importante es que el inicio del procedimiento médico, y su resultado efectivo mediante la consecución de un embarazo viable para la gestante, no impide que ésta pueda ejercer libremente su derecho, en los términos previstos en las guías de buena práctica clínica y en la normativa vigente del Ministerio de Salud Pública, a interrumpir el embarazo⁵⁷ si no desea continuar con la gestación. Se sostiene el criterio de que ello no conllevaría la responsabilidad civil de la gestante frente a los comitentes⁵⁸, lo que deriva de un análisis que pondera el carácter altruista del acto y el derecho de autodeterminación de la mujer sobre su propio cuerpo, respecto a cualquier derecho o expectativa de los padres de intención, quienes no tienen recurso para oponerse al acto de interrupción⁵⁹. De existir cualquier posibilidad de oposición a la interrupción del embarazo o de reclamar alguna reparación económica, se podría coartar tal derecho de la persona gestante, en función de la repercusión económica que el acto le pudiese traer.

Si no se respetase el cauce procesal y se realiza la gestación sin la debida autorización judicial, la filiación se registrará por las reglas de la llamada filiación natural ex artículo 134 del Código, lo que significa que la gestante asumirá la condición de madre, cuando su conexión es en realidad sólo biológica y no genética, y el padre se determinará en función de la identidad genética, pudiendo ser un donante o un miembro de la pareja comitente⁶⁰. El apartado 2 del precepto también prevé consecuencias administrativas para el personal médico que haya realizado el

56 Véase PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: "La gestación", cit., pp. 408 y 409.

57 Se trata de una cuestión que, aunque no está recogida en el Código, la citada Resolución 1151/2022 ha regulado en su art. 4.2.

58 Véase PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La gestación", cit., p. 416.

59 Se trata de una cuestión que la doctrina ha identificado como problemática incluso en casos de gestaciones por sustitución altruistas, en atención, por ejemplo, a ciertos desembolsos que los progenitores de intención pudieran haber realizado en la expectativa del efectivo nacimiento del *nasciturus*, o en por el daño moral que tal decisión inoponible de la gestante les pudiera causar. Vid. BELVER CAPELLA, V.: "Tomarse en", cit., pp. 236-237.

60 Cfr. GONZÁLEZ FERRER, Yamila, "La gestación", cit., p. 400.

procedimiento sin autorización judicial previa. Del mismo modo, este se refiere a consecuencias penales por vulneración de los requisitos legales del procedimiento, lo que viene concretamente regulado en el artículo 354 del Código Penal, que castiga a quien realice la procreación asistida en una mujer sin su consentimiento y sin cumplir los requisitos de autorización judicial, así como a la propia mujer que facilite su vientre, o lo promueva o disponga, para la gestación subrogada remunerada.

Lo cierto es que se trata de un método de gestación que, si bien puede tener sus detractores, dadas las complejidades éticas que pueden surgir por la posibilidad, aunque mínima, de su uso fraudulento, garantiza el acceso a la procreación y a la formación de una familia a personas que, sin la existencia de tal posibilidad, se habrían visto imposibilitadas de lograrlo. Se critica en este aspecto que el carácter altruista del acto reduce notablemente la cantidad de mujeres dispuestas a dar su vientre en gestación, lo que favorecerá, por ende, a pocos padres y madres de intención privilegiados y no a la mayoría de los que desean y se ven imposibilitados de construir su paternidad y maternidad, lo que ocurre a la par de una percepción social del acceso a la filiación mediante su utilización⁶¹; cuestión que, si bien puede ser cierta, no debe a nuestro modo de ver llevar a prohibir la práctica, pues aún para pocos casos, será una forma válida de construir una familia para sujetos que estarían imposibilitados de hacerlo en otras circunstancias.

De igual forma, el no reconocimiento de esta figura hubiera dejado desprotegidos a los niños nacidos con estas técnicas en el extranjero⁶², pretendiendo reconocer este estado civil en Cuba, como ya ocurría antes de la entrada en vigor del Código, lo que implicaría un desconocimiento de la realidad por parte del legislador, pero que en definitiva no la eliminaría. Tal posibilidad es además coherente con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, que debe incluir el respeto al derecho de cada persona a desarrollar libremente su propio proyecto de vida, según sus propios deseos y aspiraciones, sin atentar, por supuesto, contra la dignidad de los demás⁶³.

61 En esta posición *vid.* BELVER CAPELLA, V.: "Tomarse en", cit., pp. 241-242.

62 Aunque no son la mayoría de los Estados, algunos reconocen o sencillamente permiten la maternidad subrogada como técnica reproductiva válida, lo que suele dar lugar a conflictos internacionales cuando se pretende reconocer la filiación construida en uno de estos Estados en los que no lo hacen, con los consiguientes efectos negativos para los intereses de los hijos y de los padres. Para una relación de países y Estados que reconocen la maternidad subrogada, altruista o no, y los que la prohíben, así como los que no, véase DE LA ROSA FERNÁNDEZ, R.: *La filiación*, cit., pp. 476 y ss. Piénsese que en España, por ejemplo, donde la gestación por subrogación viene prohibida, se calculaba en 2018 que el número de niños habidos por gestación subrogada en el extranjero rondaba el millar al año, lo que superaba el de niños adoptados en este país; dato que por su cuantía ilustra la complejidad a que podría portar el no reconocimiento de tal filiación configurada en otro Estado. Para más sobre estos datos *vid.* MATIA PORTILLA, F. J.: "¿Resultado oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?", *Revista de Derecho político*, 2019, núm. 105°, p. 8.

63 *Cfr.* PÉREZ GALLARDO, L.B.: "La gestación", cit., p. 396.

Por ello, compartimos la posición del legislador cubano al incluir la gestación solidaria en el nuevo Código, y establecer los justos requisitos y controles⁶⁴ para garantizar su uso solidario y altruista, y evitar aquellos fraudulentos⁶⁵. La posibilidad de la existencia de esta última, aunque mínima, pero siempre latente, no puede, en nuestra opinión, llevar a proscribirla, pues, en definitiva, en Derecho, la posibilidad de ejercicio fraudulento rodea a todo derecho y, no por ello, estos deben ser suprimidos.

3. La multiparentalidad.

Sin duda uno de los aspectos más novedosos que regula el nuevo Código de las familias cubano es la multiparentalidad⁶⁶ como supuesto en el que una persona puede tener más de 2 vínculos filiales, generándose iguales efectos jurídicos con relación a todos⁶⁷. Se trata de una fórmula que funciona como excepción, pues en la realidad cubana la biparentalidad sigue siendo la regla, y esto obviamente la nueva ley no lo pretende cambiar. Lo que se busca es reconocer aquellos casos minoritarios en que pueda darse una situación diferente. Por ello, la mención expresa de esta característica por parte del legislador en el artículo 56 de la ley es, según PÉREZ GALLARDO, una invitación al juez para que aprecie y reconozca los casos de multiparentalidad de esta forma, con un uso responsable de la figura y sin desvirtuar su finalidad⁶⁸.

Su reconocimiento es muestra de la ruptura que el Derecho de filiación contemporáneo está realizando en el binarismo que tradicionalmente ha imperado en esta materia, donde las fuentes de filiación han sido históricamente la consanguinidad y la adopción, y que han configurado estas relaciones sobre la base de dos figuras: padre y madre⁶⁹. Sin embargo, con el pluralismo de las fuentes de la

64 GONZÁLEZ FERRER, uno de los redactores de la ley, afirma que es de hecho la figura jurídica del nuevo Código con más requisitos y restricciones en su regulación. Cfr. GONZÁLEZ FERRER, Y., "La gestación", cit., p. 390.

65 Por ello, el Código ha seguido los criterios que una parte de la doctrina favorable a la maternidad subrogada ha establecido para garantizar que ésta se utilice de forma que respete la dignidad de la portadora gestacional y los derechos e intereses del niño. Para una lista de estas directrices, véase DE LA ROSA FERNÁNDEZ, R.: *La filiación*, cit., pp. 556-559. En la doctrina se ha planteado de esta forma la necesidad de dos tipos de controles para garantizar el respeto de la dignidad de la gestante: uno de acceso, referido a los requisitos de edad, madurez, o situación económica de la gestante, así como de los impedimentos para gestar por parte de los comitentes, y de consentimiento, a fin de valorar que el mismo sea libre y correctamente formado; cfr. CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Gestación subrogada", cit., pp. 37 y 38. La propia autora incluso sostiene que podría diseñarse en el ordenamiento español una gestación subrogada no altruista, con compensación económica, respetuosa de la dignidad de la mujer, de observe controles de esta naturaleza.

66 Esta ha sido la denominación asumida por el Código, aunque doctrinalmente también se utiliza el término pluriparentalidad. V.gr. BLADILO, A.: "Familias pluriparentales", cit.

67 Para algunas definiciones doctrinales de la multiparentalidad véase ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: "La multiparentalidad y las familias reconstituidas: especial consideración de sus implicaciones sucesorias", *Revista de Derecho Civil*, 2023, núm. 3º, p. 5.

68 PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La multiparentalidad en el Derecho familiar cubano: una opción posible", en AA.VV., *Un nuevo Derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las familias en Cuba)* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Olejnik, Santiago de Chile, 2023, p. 310.

69 Cfr. BLADILO, A.: "Familias pluriparentales", cit., p. 138.

filiación, que tiene como eje central la voluntad, debido al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y al reconocimiento de la socioafectividad, se ha roto este esquema, pues se viene entendiendo que el reconocimiento de una maternidad o paternidad no tiene que implicar necesariamente siempre el desplazamiento de otra. Se rompe así el esquema que privilegia las relaciones biológicas y genéticas sobre las afectivas⁷⁰, y abre la posibilidad a aquellas situaciones que merezcan el reconocimiento de la paternidad o maternidad múltiple, siempre que implique convivencia afectiva, amor, responsabilidad, transmisión de valores y circunstancias, en definitiva, favorables y aconsejables para el adecuado desarrollo de los niños, niñas y adolescentes⁷¹.

Sin embargo, como en todas las cuestiones de Derecho que van contra los modelos tradicionales de familia, la figura ha sido criticada por una parte de la doctrina. Los argumentos en su contra se basan principalmente en el supuesto aumento de la conflictividad judicial que supondría la existencia de una pluralidad de padres y madres, con las consiguientes demandas de comunicación y derechos de guarda y custodia, reclamaciones de alimentos y, en definitiva, todo tipo de conflictos derivados de las relaciones paternofiliales. También se argumenta que el reconocimiento de esta figura desvirtúa los modelos de familia biparental, o que provoca efectos psicológicos en los hijos por la anomalía que supone para ellos tener más de dos progenitores. Pero lo cierto es que, como ya referimos previamente, no necesariamente el número de padres y madres es lo relevante para el bienestar y el desarrollo armónico de los hijos y que, por el contrario, en algunos casos, no excluir a uno de los individuos de la condición de padre o madre mientras se reconoce la condición de otro puede ser lo mejor para los hijos.

Cuba no es el primer país en reconocer esta posibilidad; otros Estados, como Argentina⁷² y Brasil⁷³, ya lo habían hecho a través de la jurisprudencia. Sin embargo,

70 En este aspecto la prueba biológica ha sido central y ha prevalecido sobre cualquier otro criterio. Así, en los procesos de filiación, es frecuente que la paternidad reconocida desde el nacimiento del hijo, y con años de posesión de ese *status* familiar, con las consiguientes relaciones afectivas establecidas, haya sido legalmente destruida ante la aparición de un padre biológico que, mediante prueba científica suficiente, haya establecido su paternidad en sustitución de la anteriormente reconocida.

71 Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.: “La multiparentalidad”, cit., p. 306; y ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: “La multiparentalidad”, cit., pp. 2 - 3.

72 En este país, fue una sentencia de 2021, dictada por el Juzgado Segundo de Familia de San Ramón de la Nueva Orán, en la causa 16725/20, de fecha 10 de agosto de 2021, la que, a pesar de la limitación a dos vínculos filiales establecida por el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la nación, reconoció por primera vez que un niño, de 2 años en el caso, tenía una triple relación filial, conformada por la madre y el padre biológicos y un tercer progenitor socioafectivo. Sobre esta sentencia y su fundamentación, especialmente en el interés superior del menor, ver GURIDI RIVANO, M. R. y HEVIA HEVIA, F.: “Avances en materia filiativa: la multiparentalidad y la relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes”, *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, 2023, núm. 52º, pp. 201-203.

73 Han sido precisamente la doctrina y la jurisprudencia brasileñas las que dieron el primer impulso al desarrollo de la multiparentalidad. Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.: “La multiparentalidad” cit., pp. 308 - 309. Sobre la sentencia del Tribunal Supremo de Brasil, Corte Plena, RE-898.060-SC, pionera en este tema, vid. CHAVES, M. y VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: “La multiparentalidad-la pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico”, *Revista de derecho y genoma humano*, 2018.

el legislador cubano sí ha sido el primero latinoamericano⁷⁴ que legisla reconocido positivamente esta forma de construcción de las relaciones de filiación, en coherente cumplimiento con el mencionado principio de pluralidad familiar que el texto constitucional de 2019 consagró en su artículo 81, y los principios de libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana⁷⁵.

La ley cubana, al igual que lo hace la doctrina⁷⁶, reconoce en sus artículos 57 a 59 las situaciones de multiparentalidad de dos posibles fuentes, unas originarias y otras sobrevenidas.

Las causas sobrevenidas pueden tener para la ley cubana a su vez una duplicidad de orígenes: por socioafectividad o mediante una adopción por integración. La primera es consecuencia de las relaciones socioafectivas, donde puede reconocerse un vínculo parental no biológico establecido con independencia de la existencia de un progenitor biológico conocido que busque instituir su paternidad. En tal caso, no viene desplazado de la relación filial quien, como madre o padre a todos los efectos legales, hubiese cumplido meritoriamente los deberes que le incumben en virtud de una paternidad o maternidad social y familiarmente construida, y de cuya intención, voluntad y actuación cabe presumir. A tales efectos, debe tenerse en cuenta la opinión del hijo, que, aunque sea menor de edad, siempre debe ser escuchado.

Las relaciones filiales socioafectivas se configuran cuando, aun en ausencia de vínculos biológicos, los sentimientos se convierten en el motivo a través del cual unos individuos dedican a otros un genuino afecto materno o paterno expresado en actitudes compatibles con las que se esperan de un padre o una madre, estableciéndose una reciprocidad fraternal y amorosa entre el padre o madre y sus hijos afectivos⁷⁷⁻⁷⁸. Supone, por tanto, que la parentalidad biológica no conlleva necesariamente una coincidencia con la persona del padre o de la madre, ya que éstos son construcciones sociales, surgidas del afecto recíproco y de una actitud voluntaria que se refleja externamente ante terceros, la familia y la sociedad⁷⁹ mediante la expresión de afecto, protección, educación y acompañamiento (de

74 No así en la América en general, pues en América del Norte algunos estados de los Estados Unidos y de Canadá han legislado y reconocido la multiparentalidad; para más vid. BLADILO, A.: "Familias pluriparentales", cit., p. 155.

75 PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La multiparentalidad", cit., pp. 309 y 310.

76 En este sentido véase ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: "La multiparentalidad", cit., p. 4.; PÉREZ GALLARDO, L. B., "El nuevo", cit., p. 161; TORRELLES TORREA, E.: "De la", cit., p. 1454; y BLADILO, A.: "Familias pluriparentales", cit., p. 137.

77 Cfr. PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El nuevo", cit., p. 159.

78 Se trata del *tractus* tradicionalmente requerido en la posesión constante del estado de padre. La doctrina afirma, de hecho, que la socioafectividad encuentra apoyo en el sistema de derecho continental en la posesión de estado y, por ende, en los requisitos del *tractus, nomen y fama*. Vid. TORRELLES TORREA, E.: "De la", cit., p. 1455.

79 Es el requisito de la *fama*.

ahí el nombre de relación socioafectiva)⁸⁰. La multiparentalidad busca así superar el dogma de hacer prevalecer una parentalidad sobre la otra; sin pretender imponer una con exclusión de la otra, como tampoco parece correcta la idea de que el reconocimiento de la parentalidad socioafectiva constituya una forma de penalización para los progenitores consanguíneos. Abre la puerta a la posibilidad de una parentalidad concurrente, si ello redundase en beneficio del niño, niña o adolescente, lo que habrá que valorar en cada caso⁸¹.

Se trata de una forma de pluralidad parental que debe ser reconocida judicialmente. Esta función se atribuye al juez, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en atención a su profesionalidad, a la colegialidad exigida en Cuba para las decisiones jurisdiccionales, a la exigencia de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de esta naturaleza, y a la participación de un equipo multidisciplinario de psicólogos, sociólogos, pedagogos, etc., que, en su conjunto, permiten asumir la posibilidad de una mejor valoración del caso concreto⁸². Un problema que la jurisprudencia tendrá que resolver es, por ejemplo, el del tiempo mínimo, o si éste es necesario o no, para que se considere establecida dicha relación, ya que el legislador no ha establecido nada al efecto.

La otra forma de multiparentalidad sobrevenida se puede generar a través de una adopción por integración, donde uno de los miembros de la pareja, sea una unión de hecho o un vínculo patrimonial, adopta al hijo del otro, sin que el otro progenitor; aquel que no es pareja, pierda necesariamente sus vínculos filiales con el hijo, ni el hijo con su progenitor y la familia de éste. En la ley cubana la adopción reconocida, salvo estos casos de multiparentalidad, es plena, por lo que una adopción por integración conlleva como norma la extinción de la relación de parentesco del adoptado con el otro padre o madre no parte de la pareja, de ser conocido o estar vivo, y con los familiares de este. Por ello, una multiparentalidad con esta fuente tendría lugar solo en los casos en que las condiciones lo hagan conveniente, y en aquellos donde existan escasos vínculos con el otro progenitor biológico, generados principalmente por el fallecimiento previo de este, para evitar que el nuevo acogimiento filial conlleve la pérdida de la relación parental anterior.

Por otro lado, la multiparentalidad originaria deriva de un caso de procreación asistida en el que, además de la pareja que desea procrear, la tercera persona dadora de gametos, no anónima naturalmente, o la gestante solidaria, desea asumir la maternidad o la paternidad, de mutuo acuerdo con la pareja. En el caso

80 El propio artículo 21 del Código define el parentesco socioafectivo como aquel basado en la voluntad y el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y duradera que pueda justificar la filiación, y que tendrá los mismos efectos que el parentesco consanguíneo. Sobre la conceptualización en la doctrina, *vid.* ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: "La multiparentalidad", *cit.*, p. 5.

81 Sobre estas ideas *vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El nuevo", *cit.*, p. 163.

82 Véase PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La multiparentalidad", *cit.*, p. 312.

de la portadora gestacional solidaria, de hecho, dejaría de tener esa condición, pues ya no se trataría de un acto altruista, toda vez que sería también la madre del niño, por lo que también se argumenta que la prohibición de poder aportar su propio óvulo a la concepción dejaría de tener sentido⁸³. Se trata de un caso donde claramente es la voluntad procreacional, como criterio *ex ante*, la que permite construir la relación filiatoria plural⁸⁴.

En adición a esta forma originaria, ley abre también la posibilidad a otros casos en los que, sobre la base de un proyecto de vida común, más de dos personas conciben tener un hijo en conjunto. Esta opción, si bien poca clara y reglada por el Código, es en cierta medida lógica, porque si se abre la puerta a la multiparentalidad en el contexto de los métodos de procreación médicamente asistida, sería contrario al principio de igualdad no hacerlo en los casos en que una pareja, sin acudir a un procedimiento formal médicamente asistido, decide, con la intervención de una tercera persona que aporta su material genético o vientre, construir una filiación pluriparental; en este contextos también las técnicas de reproducción humana caseras son de considerar⁸⁵. En estos casos, como no existe un proceder médico previo, investido de formalidades también jurídicas, sería conveniente establecer un acuerdo previo de multiparentalidad, preferiblemente con forma notarial, a efectos en primer lugar de ayudar asesorar a los intervinientes en materia de los derechos y deberes irrenunciables que tal acto conlleva, así como de su efectiva inscripción registral, garantizándose la seguridad de la participación parental de todos, y en particular de aquel miembro que no ha aportado material genético o que no sea portador del embrión⁸⁶. Nuestro criterio es que se trata de una cuestión formal que, dada la complejidad del acto y la trascendencia de sus efectos jurídicos, el propio legislador debió prever en el cuerpo de la ley.

Una cuestión trascendente es que la tercera persona, si está casada o es miembro de una unión de hecho registrada, necesita del consentimiento de su pareja para realizar el acto. Dado el consentimiento, la presunción de paternidad conjunta que opera por ley en las parejas unidas por matrimonio o unión afectiva no afecta al otro miembro. No obstante, si así lo desea y el otro miembro de la pareja de conjunto con todos los intervinientes en el acuerdo de multiparentalidad

83 PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La multiparentalidad", cit., p. 317.

84 En el Derecho argentino esta posibilidad ha sido igualmente reconocida por vía jurisprudencial, en atención a las particularidades de los casos concretos; v. gr. la sentencia de 30 de noviembre de 2022, Causa N° 21175 de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires, que confirma la multiparentalidad originaria de una pareja de dos hombres con una mujer externa a la relación, que acordaron la procreación conjunta, mediante una técnica de reproducción asistida, donde la mujer daba su vientre y material genético, y venía fertilizada artificialmente con el material genético de unos de los miembros de la pareja, a condición de que todos fueran progenitores del fruto de la concepción. Sentencia consultable en <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4060>.

85 En Argentina, por ejemplo, algunos de los casos de multiparentalidad originaria reconocidos han tenido origen en aplicaciones caseras de métodos heterólogos de reproducción. Para algún ejemplo vid. BLADILLO, A.: "Familias pluriparentales", cit., pp. 145 ss.

86 Sobre esta idea, véase PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La multiparentalidad", cit., pp. 319 - 320.

están de acuerdo, puede unirse a la relación parental y, por tanto, devenir también padre o madre, lo que daría lugar a una situación de multiparentalidad compuesta por más de tres progenitores.

En todos los supuestos de multiparentalidad originaria es relevante que no se exige por el legislador la existencia de una relación amorosa-afectiva entre todos los sujetos intervinientes⁸⁷, si bien ello también podría ocurrir, abriéndose, aunque indirectamente, una primera puerta a la compleja cuestión, no regulada por el Código, de las familias fundadas en el poliamor⁸⁸.

Una cuestión interesante que se plantearía en todos los casos de multiparentalidad analizados es la relativa a los apellidos. Este tipo de relaciones paternofiliales puede generar la existencia de más de 2 apellidos, y con ello también el conflicto del orden de estos. Para ello, el artículo 56.3 del Código establece que, para la determinación de éstos y su orden, si la hija o hijo es menor de edad, el tribunal tendrá en cuenta lo que resulte más ventajoso, de acuerdo con su interés y el respeto a su identidad. Se trata, evidentemente, de una fórmula muy abierta, pensada para casos de multiparentalidad derivada, donde se valorará si realmente es imprescindible o no añadir el apellido del nuevo padre o madre, y si ello afecta o no a la identidad del menor, para lo cual es imprescindible conocer el criterio de este. Tal fórmula, enunciada por el legislador exclusivamente para los menores, hace suponer que, si el hijo es mayor de edad, sería una decisión suya. Distinto es el caso de la multiparentalidad originaria, en la que no se establece regla alguna y no es aplicable la del artículo 45 de la Ley del Registro Civil⁸⁹; en este sistema, según PÉREZ GALLARDO, en opinión con la que coincidimos, no existe un criterio estricto que aconseje la primacía de un apellido sobre otro en el orden de éstos, o la exclusión de uno de ellos, por lo que, a falta de acuerdo, parece más practicable el recurso del azar.⁹⁰⁻⁹¹

La multiparentalidad genera igualdad de derechos y deberes entre todos los padres y madres en relación con el hijo común. En nada distingue la condición de padre biológico o socioafectivo del tercer o incluso cuarto progenitor con relación

87 El legislador reconoce así que el proyecto de vida en común de algunas personas no necesariamente tiene que estar basado en relaciones afectivas-sexuales, y que hay personas que se unen teniendo como proyecto familiar común únicamente la intención de tener hijos y formar una familia sobre la base de este singular elemento aglutinador. Sobre esta idea vid. VARSÌ ROSPIGLIOSI, E.: y CHAVES, M.: "La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, 2018, núm. 48º, p. 135.

88 Sobre esta idea, y de cómo la multiparentalidad pueda ser una expresión de familias poliamorosas, vid. BLADILO, A.: "Familias pluriparentales", cit., pp. 137-138.

89 En este se establece que el primer apellido del niño es el primero del padre y el segundo el primero de la madre, pero se abre la posibilidad de que un acuerdo parental modifique este orden. Sin embargo, esta norma no resuelve la cuestión del orden en caso de multiparentalidad, ya que siempre habrá más de un padre o más de una madre, lo que no facilitaría establecer el orden en todos los casos.

90 PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La multiparentalidad", cit., p. 314.

91 Otro criterio válido que puede utilizarse es el del orden alfabético.

a sus deberes y derechos. Regula así el art. 21 del Código que el parentesco socioafectivo posee idénticos efectos al consanguíneo, lo que concreta más el art. 23.2 al preceptuar que este tipo de parentesco genera la obligación de dar alimentos y el derecho, y también deber, de comunicación. Si bien se trata de normas que alcanzan los casos de multiparentalidad socioafectiva, parece claro, pese a la falta de una mención expresa, que la intención del legislador es la misma en aquellos supuestos de multiparentalidad originaria, donde si bien no hay para algunos padres y madres relación consanguínea o socioafectiva previa, la fuente filiatoria se sustenta en la voluntad procreacional; y tratándose, en definitiva, de una fuente de filiación válida y reconocida por ley, no se puede distinguir en sus efectos en relación con el resto de las fuentes, tal y como preceptúa el art. 83 de la Constitución de la República y el art. 48 del propio Código.

En materia sucesoria ocurre igual. El hijo o los hijos comunes a la pluralidad de madres y padres tendrán iguales derechos sucesorios, sea como legitimarios o como herederos abintestato, respecto a todos estos. Igual ocurrirá a la inversa, o sea, de todos los progenitores con relación al hijo común. Es una cuestión que deriva del citado principio de igualdad filiatoria y del art. 21 del Código, por lo que el legislador no entendió necesario mayores especificidades normativas sobre la cuestión. Suponer lo contrario resultaría discriminatorio, como ya advertimos⁹². En tal sentido, al modificarse por el Código de las familias el Código civil en su libro de sucesiones, específicamente en los artículos 510, 514.2 y 515, relativos a sucesión intestada, se hace referencia por el legislador a "padres y madres", como expresión de la posibilidad de que una persona tenga bien sea dos padres o dos madres, o también situaciones que combine más de dos, donde, como mínimo, al menos dos serán padres o madres. Se trata de una cuestión lógica, pues la multiparentalidad configura una relación paterno filial compuesta por más de dos padres y madres; pero como tales, los derechos, deberes y efectos jurídicos que derivan de tal condición continúan a ser iguales que en los supuestos clásicos de binarismo o de monoparentalidad. El número no cambia la esencia jurídica de la condición de padre y madre; por lo que en materia sucesoria quizás la mayor repercusión sería en el orden cuantitativo, al momento de hacerse la partición hereditaria.

Empero, en materia de multiparentalidad socioafectiva sí existe una cuestión que merece ser resaltada por sus efectos sucesorios trascendentes. Se trata del momento en que se deba entender como instituido el vínculo socioafectivo. Este vínculo, no consanguíneo, se forma con posterioridad al nacimiento, y puede ser que incluso cuando el hijo afectivo haya alcanzado cierta edad o madurez; en tal sentido, al reconocerse judicialmente surge la cuestión de si ello deba tener efectos que se retrotraigan al momento del nacimiento, tal y como ocurre con la adopción, o si tales efectos *ex tunc* se deban limitar al momento en que se

⁹² Cfr. PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El nuevo", cit., p. 164.

inició la relación socioafectiva. En materia sucesoria ello es importante, pues al configurar la sociofektividad un lazo filiatorio, los parientes de este padre o madre socioafectivo también pasarían a serlo del hijo. De tal suerte, extender los alcances del vínculo filial a uno u otro momento determinaría la vocación hereditaria o no del hijo con relación a parientes del progenitor socioafectivo, como sus padres, que fallecieren antes de iniciarse la relación socioafectiva⁹³. El nuevo Código no se pronuncia concretamente al respecto, pero ante tal silencio, y a tenor de la lógica del art. 21, que equipara tal parentesco al consanguíneo, parece ser que la opción del legislador fue extender los efectos al momento del nacimiento, con las consecuentes complejidades que ello puede generar.

Debemos resaltar que no pueden confundirse los supuestos de multiparentalidad con aquellos de los padres y madres afines, o sea, aquellos de los conocidos como madrastras y padrastros. Estos últimos, a quienes el Código cubano también otorga derechos y deberes⁹⁴, no construyen con los hijos afines una relación propiamente filiatoria, por lo que el legislador ha decidido no extender los efectos de la relación afín existente al campo sucesorio⁹⁵.

Por último, vale decir que en la práctica jurídica son muy comunes los litigios derivados de las relaciones paternales filiales, sobre todo luego de la ruptura del proyecto de vida en pareja, donde suelen suscitarse contiendas en las que los padres reclaman la guarda y cuidado, y pensiones alimenticias. Como resaltamos previamente, una de las críticas a la figura de la multiparentalidad se centra en que ante una situación donde confluyan más de dos padres y madres, con igualdad de derechos y deberes, un litigio de esta naturaleza podría resultar más complejo, en función de la pluralidad de intereses en juego, los que, a su vez, deben ser analizados en función del interés del menor. Dada la reciente factura del Código cubano no se cuenta aún con experiencia práctica suficiente sobre esta cuestión; no obstante, es de advertir, como ya apuntamos, que la multiparentalidad es una figura que el legislador previó en modo excepcional, en aquellas situaciones que así lo ameriten, por lo que no será representativa de la mayoría de las relaciones paternofiliales. De forma tal que, si bien una situación conflictual en

93 Sobre esta cuestión *vid. Idem*, p. 165.

94 Vienen así previstos en el art. 181 ss, y comprenden: la participación en la crianza y educación de los hijos afines, la toma de decisiones en situaciones de urgencia, la posibilidad de delegación temporal, condicionada y de modo excepcional, de la responsabilidad parental en su favor por parte del padre o madre del que es pareja; la obligación legal de dar alimentos o, incluso, la posibilidad excepcional de gozar de una comunicación o de detentar la guarda y cuidado del hijo o hija afín.

95 No obstante, el propio PÉREZ GALLARDO, quien fungió como legislador material del Código, en un trabajo precedente a la elaboración de la ley, manifestaba la no necesaria incongruencia entre la falta de existencia de un vínculo filiatorio en este caso, y los posibles efectos sucesorios. Tal conclusión es lógica si viene defendido que los lazos familiares, y sucesorios que de ellos derivan, se sustentan en los afectos. En tal orden *vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El nuevo"*, cit., p. 164. Se trata en todo caso de una cuestión que hubiese resultado compleja en su regulación, pues desdibujaría aún más la diferencia entre padres y madres y aquellos entendidos como afines; quizás en el orden de los llamados sucesorios se hubiese podido establecer alguna diferencia.

este marco podría puntualmente resultar más compleja de resolver que en un caso de binarismo parental, tampoco se tratará de conflictos que abunden en los tribunales. Lo mismo puede ocurrir en materia sucesoria, donde podrían intentar reconocerse maternidades y paternidades socioafectivas, ante la posibilidad de una multiparentalidad, únicamente con fines sucesorios; tal intento de uso fraudulento de la figura, con fines meramente patrimoniales, debe ser tomada en cuenta por el juzgador siempre, quien debe valorar con significación la real posesión del estado de hijo en estos casos⁹⁶.

III. CONCLUSIONES.

Resulta evidente que el legislador cubano no ha traicionado el mandato constitucional. El Código de las familias ha dado la respuesta normativa adecuada a los principios de igualdad, no discriminación, pluralidad familiar, interés de los niños, niñas y adolescentes y derecho de toda persona a fundar una familia de acuerdo con su proyecto de vida. Todo ello sobre la base del afecto como fuente fundamental de las relaciones familiares, lo que en materia de filiación implica que la relación genética y consanguínea deja de ser el único eje sobre el que gira el Derecho de familia.

La ley es una clara demostración de la función que el Derecho debería estar llamado a desempeñar, como reflejo y respuesta normativa a la realidad social, a la que no debe dar la espalda. En efecto, como afirmó el juez del Supremo Tribunal Federal de Brasil, Luiz Fux, en su sentencia de 2016 por la que se reconoció la multiparentalidad socioafectiva en este país⁹⁷, es la ley la “que debe adaptarse a la voluntad y a las necesidades de los individuos, y no al revés, del mismo modo que un sastre, al confeccionar un traje de una talla equivocada, se adapta a la ropa y no al cliente. [...] Tanto la dignidad humana y el debido proceso, como el derecho a la búsqueda de la felicidad, encierran un mandamiento común: que los individuos son dueños de su propio destino, conducta y forma de vida, y que está vedado a cualquiera, incluidos legisladores y gobernantes, tratar de imponer sus propios designios en nombre de colectividades, tradiciones o proyectos de cualquier índole [...] Es sobre el principio de la dignidad humana, en su dimensión de protección de la felicidad, que la realización personal de los individuos a partir de sus propias configuraciones existenciales, exige el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de modelos familiares distintos de la concepción tradicional.”

La cuestión es, en definitiva, que contrario a como inicia León Tolstoi su célebre “Ana Karenina”, en realidad no “Todas las familias felices se parecen unas a otras”.

⁹⁶ PÉREZ GALLARDO, L. B.: “El nuevo”, cit., pp. 164 y 165.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de Brasil, Corte Plena, RE 898.060-SC, Ministro Ponente Luiz Fux, j. 22 de septiembre de 2016.

Por el contrario, el reconocimiento de la pluralidad familiar, con el afecto como eje central, permite por fortuna identificar una pluralidad de formas familiares con base en diversas fuentes de filiación, en las cuales se puede felizmente contribuir a la educación, formación y crecimiento de las nuevas generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ TABÍO, A. M.: "La filiación asistida. Notas sobre su regulación en el Código de las familias cubano", en AA.VV.: *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano* (coord. por M. HERRERA y L. B. PÉREZ GALLARDO), primera parte, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023.

ALVIGGI, C. et alii, "Dalle tecniche di preservazione della fertilità all'utilizzo con finalità riproduttiva *post mortem* di embrioni e gameti crioconservati. L'esperienza giuridica italiana, francese e spagnola a confronto", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, núm. 20º bis

BELVER CAPELLA, V.: "Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista", *Cuadernos de bioética* XXVIII, 2017, núm.2º.

BIANCA, M. C.: "La legge italiana conosce solo figli", *Rivista di Diritto civile*, 2013, núm. 1º.

BLADILO, A.: "Familias pluriparentales en la Argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2018-II, núm. 38º.

CÁNOVAS GONZÁLEZ, D.: "Notas sobre el parentesco", *Revista cubana de Derecho*, 2013, núm. 24º.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm 9º.

CHAVES, M. y VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: "La multiparentalidad-la pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico", *Revista de derecho y genoma humano*, 2018.

CRISTINA, M.: "Lloguer o substitució d l'embaràs? Sobre la importància dels significants en la construcció de sentit", *Revista de bioètica y Derecho*, 2022, núm. 54º.

DE LA ROSA FERNÁNDEZ, R.: *La filiación en las parejas homoparentales*, Bosch, Barcelona, 2020.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 8º.

DOBERNING GAGO, M.: "La maternidad subrogada en México", *Revista bioética y Derecho*, 2022, núm. 56º.

ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: "La multiparentalidad y las familias reconstituidas: especial consideración de sus implicaciones sucesorias", *Revista de Derecho Civil*, 2023, núm. 3°.

ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad", *Anuario de Derecho civil*, 2016, tomo XIX, fasc. IV.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho civil*, 2015, tomo LXVIII, fasc. I.

GANÁ WINTER, C.: "La maternidad gestacional: ¿Cabe sustitución?", *Revista chilena de Derecho*, 1998, núm. 4°.

GARIBO PEIRÓ, A.P.: "El interés superior de los menores en los supuestos de maternidad subrogada", *Cuadernos de bioética*, 2017, XXVII, núm. 2°.

GERI, L.: "Una aproximación a las dimensiones estática y dinámica de la voluntad procreacional a partir de la procreación asistida post mortem", *Revista bioética y Derecho*, 2022, núm. 54°.

GONZÁLEZ FERRER, Y.: "La gestación solidaria en el Código de las familias cubano", en AA.VV.: *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano* (coord. por M. HERRERA y L. B. PÉREZ GALLARDO), primera parte, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023.

GURIDI RIVANO, M. R. y HEVIA HEVIA, F.: "Avances en materia filiativa: la multiparentalidad y la relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes", *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, 2023, núm. 52°.

HERRERA, M.: "¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, Núm. 35°.

LATHROP GÓMEZ, F.: "Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y de la Filiación Asistida en el Código de las Familias cubano", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las familias en Cuba)* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO, y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Olejnik, Santiago de Chile, 2023.

LASSARTE ÁLVAREZ, C.: "Reproducción asistida y maternidad subrogada en el Derecho español contemporáneo", en AA.VV.: *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras* (coord. F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ), Dykinson, Madrid, 2021.

MATIA PORTILLA, F. J.: "Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?", *Revista de Derecho político*, 2019, núm. 105°.

MENDOZA CÁRDENAS, H. A.: "Familia, autonomía de la voluntad y reproducción médicamente asistida en la legislación mexicana", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2018, núm. 31°.

PERAL COLLADO, D.: *Derecho de Familia*, Universidad de La Habana, La Habana, 1978.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2019, núm. 22°.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "La multiparentalidad en el Derecho familiar cubano: una opción posible", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las familias (a propósito del nuevo Código de las familias en Cuba)* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO, y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Olejnik, Santiago de Chile, 2023.

PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores de la Propiedad Madrid, 2002.

TORRELLES TORREA, E.: "De la Sagrada Familia de Murillo a la *Gay Family on Dinner* de Rafael Pérez: Nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico", *Anuario de Derecho civil*, 2023, tomo LXXVI, fasc. IV.

UNDURRAGA VALDÉS, V.: "¿Existe un derecho a tener hijo? Una respuesta desde el Derecho constitucional chileno sobre autonomía y acceso a técnicas de reproducción asistida", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, núm. 35°.

VALDÉS DÍAZ, C.C.: "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante estas técnicas", *Anuario de la facultad de Derecho*, 2014, vol. XXXI.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: y CHAVES, M.: "La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, 2018, núm. 48°.

SEGREGACIÓN PATRIMONIAL Y CONVIVENCIA
PROPERTY SEGREGATION ACTS OF COHABITING PARTNERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 680-707

Federico
IOANNONI
FIORE

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: El legislador italiano, con la ley 76/2016, ha regulado el contrato de convivencia, instrumento mediante el cual las parejas pueden regular sus relaciones patrimoniales. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que a las parejas no se les aplican algunas normas que el Código Civil reserva a los cónyuges, entre ellas aquellas relativas a la constitución del denominado “fondo patrimoniale”. Este artículo, a partir del análisis de las razones de la exclusión y de la protección de los acreedores, pone en duda la conclusión a la que llega la doctrina, proponiendo su superación.

PALABRAS CLAVE: Segregación patrimonial; convivientes; intereses de la familia; responsabilidad patrimonial; protección de los acreedores

ABSTRACT: *The Italian legislator, with Law 76/2016, regulated the cohabitation agreement, an instrument through which cohabiting partners can regulate their mutual property relations. However, the majority of legal scholars believe that certain provisions of the Civil Code that apply to spouses do not apply to cohabiting partners, including those related to the establishment of the so-called “fondo patrimoniale”. This paper, starting from an analysis of the reasons for the exclusion and the protection of creditors, questions the conclusion reached by the doctrine and proposes a way to overcome it.*

KEY WORDS: *Asset segregation; cohabiting partners; family interests; liability; creditor protection.*

SUMARIO.- I. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONVIVENCIA EN ITALIA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.- II. LA SEGREGACIÓN PATRIMONIAL EN INTERÉS DE LA FAMILIA: FONDO PATRIMONIAL Y ART. 2645 TER CÓDIGO CIVIL ITALIANO.- I. El fondo patrimonial.- 2. El art. 2645 ter Código Civil italiano.- 3. Utilización de las formas de segregación patrimonial en el ámbito familiar.- III. LAS RAZONES DE LA EXCLUSIÓN DEL FONDO PATRIMONIAL COMO POSIBLE CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE CONVIVENCIA.- IV. LA PLENA COMPATIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DEL FONDO PATRIMONIAL A LOS CONVIVIENTES CON LA TUTELA DE LOS ACREEDORES.- V. LA (PARCIAL) EROSIÓN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LA FAMILIA BASADA EN EL MATRIMONIO Y OTRAS FORMACIONES FAMILIARES: DE LA CONVIVENCIA COMO UNA OPCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA EQUIPARACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DE LEGITIMIDAD.- VI. APLICACIÓN DE LOS ARTS. 167 SS. C.C. A LOS CONVIVIENTES: UNA SOLUCIÓN DICTADA POR LA LÓGICA.-VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONVIVENCIA EN ITALIA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

El legislador italiano, con la Ley del 20 de mayo de 2016, n. 76, comúnmente conocida como “Ley Cirinnà”, ha tipificado los contratos de convivencia¹, instrumentos a través de los cuales “dos personas mayores de edad unidas de manera estable por vínculos afectivos de pareja y de asistencia mutua moral y material, no vinculadas por relaciones de parentesco, afinidad o adopción, matrimonio o unión civil” pueden regular las relaciones patrimoniales relativas a su vida en común.

En el ordenamiento español se reconocen derechos a los convivientes de hecho (que a menudo corresponden a los atribuidos a los cónyuges) solo de

I Sobre el contrato de convivencia véase, *ex multis*, NONNE, L.: “Contratti di convivenza”, en AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche* (coord. por R. SACCO), Milán, 2019, p. 78 y ss.; BARDARI, L.: *Il contratto di convivenza*, Nápoles, 2021; MAZZARIOL, R.: *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Nápoles, 2018; AA.VV.: *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Comm. Scialoja-Branca-Galgano (coord. por S. PATTI), Bologna, 2020; AA.VV.: *Le unioni civili e le convivenze* (coord. por C. M. BIANCA), Turín, 2017; ID.: *Diritto civile. La famiglia*, Milán, 2017; RESCIGNO P. y CUFFARO V.: “Unioni civili e convivenze di fatto: la legge”, *Giurisprudenza italiana*, 2016; OBERTO, G.: *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, *Famiglia e Diritto*, 2016, p. 943; TORRONI, A.: “La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata”, *Rivista del notariato*, 2020, p. 649; VILLA G.: “Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili”, *Rivista diritto civile*, 2016, p. 1319; ACHILLE, D.: “Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico e atípico”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 1570; AZZARI, F.: “Unioni civili e convivenze (diritto civile)”, en *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, Milán, 2017, p. 997; BONILINI G.: *Manuale di diritto di famiglia*, X, Milán, 2022, p. 170; COPPOLA C.: *Il contratto concluso per la disciplina dei rapporti patrimoniali tra conviventi di fatto*, en *Unione civile e convivenza di fatto* (coord. por G. BONILINI), V, Turín, 2017, p. 773; RIZZI, G.: “La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza”, *Notariato*, 2017, p. 11 y ss., especialmente 28 y ss.; TASSINARI, F.: “Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1737 y ss., especialmente p. 1742 ss.; BALESTRA, L.: “Unioni civili, convivenze di fatto e «modello» matrimoniale: prime riflessioni”, *Giur. it.*, 2016, p. 1788; ROMANO, C.: “Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del test normativo”, *Notariato*, 2016, p. 348.

• Federico Ioannoni Fiore

Doctorando en Derecho y Empresa, Luiss University, Roma. Correo electrónico: fioannonifiore@luiss.it

manera pretoria o mediante disposiciones normativas no orgánicas². En Italia, por el contrario, la convivencia ha sido objeto de una intervención legislativa mediante la cual se han cristalizado los previos enfoques jurisprudenciales y doctrinales³. Así, se ha llegado al definitivo reconocimiento de una nueva “formación social” o, como se desprende de la lectura de varias disposiciones de la ley, de una nueva “forma familiar”⁴.

Se han reconocido a los convivientes de hecho prerrogativas tales como: i) el derecho de visita en centros hospitalarios y penitenciarios; ii) la representación del conviviente en caso de enfermedad; iii) el derecho de habitación en la casa común tras la muerte del conviviente propietario; iv) el derecho de sucesión en el contrato de arrendamiento de la vivienda de residencia común; v) derechos equiparados a los de otros familiares respecto a la “empresa familiar”.

En cuanto a el contrato de convivencia, su celebración se presenta como una facultad de los convivientes: estos últimos, de hecho, gozarán de los derechos anteriormente mencionados independientemente de la formalización de su relación mediante tal operación negocial⁵.

Sin embargo, con el contrato de convivencia la pareja también puede regular i) las modalidades de contribución a las necesidades de la vida en común en relación con los bienes de cada uno y la capacidad de trabajo profesional o doméstico; ii) su régimen patrimonial, decidiendo someterse a la disciplina de la comunidad de

- 2 En realidad, a pesar de la ausencia de una normativa orgánica a nivel central, son numerosas las intervenciones normativas en la legislación de carácter foral. V. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial*, Valencia, 2024, p. 355 ss., que dice: “En el Derecho civil común no existe una regulación orgánica de las uniones de hecho, sino, exclusivamente, algunas normas que, básicamente, las equiparan a los matrimonios en algunos aspectos concretos, siendo el caso paradigmático el art. 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en materia de subrogación en el arrendamiento urbano por muerte del conviviente del inquilino”. El autor, al término de un análisis relativo a los aspectos patrimoniales de la liquidación de la unión de hecho, propone como principio general aplicable en el Derecho común español el de enriquecimiento injusto. Por lo que respecta a las legislaciones civiles autonómicas, a título ejemplificativo, véanse la Ley nº 13/2005, de 1 de julio, que ha modificado el Código Civil de Cataluña; la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, en el Derecho Civil de Navarra o los arts. 303-315 del Código del Derecho Foral de Aragón. Para un análisis completo de los respectivos regímenes legales de la unión de hecho, véase CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Las Uniones de hecho*, Valencia, 2022, pp. 299-435.
- 3 Para una puntual división entre normas que han ratificado orientaciones pretorias ya consolidadas y disposiciones con un alcance innovador véase TORRONI, A.: “La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza”, cit., p. 651. En cambio, lamenta la escasa atención del legislador hacia las elaboraciones doctrinales OBERTO, G.: “La convivenza di fatto”, cit., p. 945.
- 4 Parte de la doctrina sostiene que sería correcto superar la expresión *convivenza de hecho* para adoptar la locución “convivenza de derecho o registrada”, dado que dicha formación social ha adquirido una eficacia inmediata en el ámbito del derecho que no requiere intermediaciones interpretativas. Véase MAZZARIOL, L.: “Convivenza di fatto”, *Nuova giurisprudenza civile*, 2018, p. 1242.
- 5 Subraya la aplicabilidad de las normas constitutivas de derechos independientemente del registro de la convivencia PATTI, S.: “Le convivenze di fatto tra normativa di tutela e regime opzionale”, *Foro.it*, 2017, p. 306; conforme es la opinión de RIZZI, G.: *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 11 y ACHILLE, D.: “Contratto di convivenza e autonomia privata familiare”, en *Le unioni civili e le convivenze* (coord. por C. M. BIANCA), cit., p. 623.

bienes establecida en relación con el matrimonio, de acuerdo con la sección III del capítulo VI del título VI del libro primero del código civil italiano.

El contrato de convivencia, por lo tanto, es un acto jurídico bilateral, redactado por escrito bajo pena de nulidad con escritura pública o escritura privada autenticada por notario o abogado⁶, mediante el cual los convivientes pueden regular su régimen y sus relaciones mutuas de naturaleza patrimonial.

Desde un punto de vista sistemático, la innovación más impactante es la posibilidad de que los deberes de solidaridad económica puedan encontrar una interpretación sujeta a la autonomía de las partes y ya no estén completamente gobernados por la ley⁷.

Dicha extensión de la autonomía privada⁸, en realidad, está contrarrestada por una serie de límites impuestos por el orden público y el marco normativo del contrato de convivencia, que tiende a ser ineludible.

Por ejemplo, aunque es cierto que la ley permite regular las modalidades de contribución a la vida común, se ha sostenido de manera autoritaria que el parámetro de proporcionalidad en relación con los bienes de los miembros de la pareja, establecido en el párrafo 53, es irrenunciable. La consecuencia es que, si el contrato concreto regule este aspecto de manera desvinculada del criterio de proporcionalidad, no se podría considerar la operación negocial como un contrato de convivencia y, por lo tanto, los contratantes no podrían beneficiarse de las ventajas que la ley vincula a su perfeccionamiento⁹.

También con referencia al régimen patrimonial, aunque sea revolucionaria la posibilidad de que los convivientes establezcan un régimen patrimonial de comunidad idéntico al de los cónyuges, la doctrina mayoritaria considera – por razones de protección de los terceros – que la única comunidad que se puede

6 Por lo tanto, el legislador ha excluido la posibilidad de conclusión por *facta concludentia* propuesta por una parte de la doctrina como FALZEA, A.: *Problemi attuali della famiglia di fatto*, en AA.VV.: *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Nápoles, 1988, p. 52. De esta manera, se ha dado mayor peso a la certeza del derecho, como ha subrayado OBERTO G.: *La convivenza di fatto*, cit., p. 947.

7 BENEDETTI, A. M.: “Unioni civili e disciplina delle convivenze”, en *Commentario Scalaja-Branca-Galgano*, Bologna, 2020, p. 569.

8 Define el contrato de convivencia como el aporte más significativo de la contractualización en el derecho de familia ACHILLE, D.: “Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico e atipico”, cit., p. 1570. En general, respecto a tal tendencia, véase LUCCHINI GUASTALLA, E.: *Autonomia privata e diritto di famiglia*, en *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milán, 2013, pp. 77 y ss.; ZOPPINI, A.: “Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi”, *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, pp. 1320 y ss.

9 Así piensa NONNE, L.: “Contratti di convivenza”, cit., passim. Según el autor, de hecho, la extensión de la autonomía negocial está fuertemente limitada por la causa del contrato, cuya función solo puede realizarse con una regulación de los intereses no completamente entregados a la voluntad de las partes, que se puede llevar a cabo dentro de límites estrictos, bajo pena de perder la categorización del contrato como contrato de convivencia típico.

establecer es la prevista en el art. 177 CC italiano, excluyendo las comunidades convencionales (permitidas, en cambio, a aquellos que han contraído matrimonio)¹⁰.

De las peculiaridades de la nueva figura contractual, se ha deducido que debe ser categorizada como un contrato típico, oneroso, bilateral y caracterizado por una causa familiar (o, al menos, para familiar) que excluye la posibilidad de considerarlo como un contrato de prestaciones recíprocas¹¹.

Establecidas estas premisas necesarias, la presente contribución tiene como objetivo analizar la posibilidad de que los convivientes puedan constituir patrimonios separados destinados a la satisfacción del interés de la familia. Como es bien sabido, de hecho, el ordenamiento italiano permite a los cónyuges (y, en referencia a algunos de los actos que se analizarán, a todos los ciudadanos) establecer patrimonios no susceptibles de ser embargados por ciertos acreedores, ya que están formados por bienes cuyo uso está vinculado a la realización de las necesidades familiares.

Más en concreto, nos detendremos en el instituto del fondo patrimonial, del cual la doctrina, casi unánimemente, considera que los convivientes no pueden beneficiarse. A través del análisis de las posibilidades residuales para que los convivientes utilicen otros instrumentos de segregación patrimonial, de las razones de la prohibición y de la ya sustancial (casi) equiparación de la familia basada en el matrimonio y de la familia basada en la convivencia, se propondrá superar dicha postura, evaluando también su posible inconstitucionalidad.

II. LA SEGREGACIÓN PATRIMONIAL EN INTERÉS DE LA FAMILIA: FONDO PATRIMONIALE Y ART. 2645 TER DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.

El art. 2740 CC italiano – con modalidades casi equivalentes al art. 1911 CC español – establece el patrimonio del deudor; presente y futuro, como garantía del cumplimiento de la deuda¹².

10 *Ibidem*. Véase, también, Véase también VILLA, G.: "Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili", cit., *passim*; TORRONI, A.: "La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata", cit., *passim*.

11 DELLE MONACHE, S.: "Convivenze more uxorio e autonomia contrattuale. Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto", *Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 948 ss., que excluye el uso de remedios como la resolución por incumplimiento o la excepción de incumplimiento. Sin embargo, dentro del contrato de convivencia también se podrían incluir prestaciones recíprocas que se justifiquen una a la luz de la otra (por ejemplo, la obligación de pagar los gastos relacionados con el uso del inmueble a cargo de uno, compensada por la obligación de pagar el alquiler a cargo del otro), lo que bien podría responder a la lógica de los arts. 1453 y 1460 CC italiano.

12 El art. 2740 CC italiano dice: "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge". El art. 1911 CC dice: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros".

De esta manera, el ordenamiento italiano tutela el interés del acreedor al cumplimiento mediante una garantía denominada genérica, de objeto determinado y a la vez determinable¹³, de modo que una eventual ausencia momentánea de bienes pertenecientes al deudor sobre los cuales hacer valer la deuda no impida la posibilidad de que el acreedor haga valer sus reclamaciones sobre bienes que, posteriormente, serán adquiridos por el propio deudor¹⁴.

El patrimonio de este último, por lo tanto, se convierte en un elemento central en la regulación de la relación obligatoria, y debe preocuparnos también el hecho de que no sufra modificaciones fraudulentas (es decir, que tienen como único fin lo de frustrar las legítimas reclamaciones del acreedor)¹⁵.

El corolario de la responsabilidad patrimonial genérica es, por lo tanto, la tendencial indivisibilidad del patrimonio de cada sujeto jurídico.

Sin embargo, algunas disposiciones del Código Civil italiano permiten la constitución de denominados “patrimonios separados”¹⁶ y su proliferación ha llevado a hablar de una erosión del principio de garantía patrimonial o, al menos, de una “especialización de la garantía patrimonial genérica”¹⁷.

La separación patrimonial ocurre cuando – conforme a una ley que faculta para ello – un sujeto aparta de su patrimonio una masa de bienes, de los cuales sigue siendo titular, y que están destinados a la realización de un objetivo determinado

- 13 Sobre la responsabilidad patrimonial, véase, por último, LUPI, M.: “Principio di indivisibilità del patrimonio e valorizzazione dell'autonomia privata: spunti critici ed evolutivi”, *Giustizia civile*, 2024, pp. 323 y ss. Véase, también, ROPPO, E.: “Responsabilità patrimoniale”, en *Enc. dir.*, XXXIX, 1998, p. 1042; MENGONI, L., *L'oggetto dell'obbligazione*, en *Jus*, 1952, p. 158; RUBINO, D.: “La responsabilità patrimoniale”, en *Trattato di diritto civile* (coord. por F. VASSALLI), Turín, 1949; V. TRIMARCHI, M.: “Patrimonio (nozione)”, *Enc. dir.*, XXXII, 1982, 271 y ss.; BARBIERA, L.: “Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744”, *Il Codice Civile. Commentario* (coord. por F. D. BUSNELL), Milán, 2010, II ed., p. 4; MIGLIACCIO, E.: *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Nápoles, 2012. Además, se remite a la copiosa bibliografía contenida en las obras citadas.
- 14 SALAMONE, A.: *Gestione e separazione patrimoniale*, Padua, 2001, p. 6, describe la genericidad como característica de la responsabilidad desde un punto de vista objetivo (lo que abarca), contraponiéndola a los corolarios subjetivos que se expresan en la par condicio creditorum.
- 15 Estas necesidades son atendidas por la normativa relativa a los medios de conservación de la garantía patrimonial, que incluye instrumentos como la acción revocatoria, la acción subrogatoria, el embargo conservatorio, la acción prevista en el art. 2229 bis CC italiano y similares. Véase, ex multis, NATOLI, U. y BIGLIAZZI GERI, L.: *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milán, 1974, p. 2.
- 16 BIANCA, M.: *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padua, 1996; ZOPPINI A.: “Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni”, *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 552 y ss.; DELL'ANNA, P.: *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Turín, 2009. Para una panorámica sobre las teorías relativas a la segregación patrimonial véase GUERRIERI, G.: “Dieci tesi sulla segregazione patrimoniale”, en *Giurisprudenza commerciale*, 2021, pp. 662 y ss.
- 17 MORACE PINELLI, A.: “Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”, en *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano* (coord. por G. DE NOVA), Bologna, 2017, 15. En contra de la tendencia respecto a este temor relacionado con dicha erosión, es GENTILI, A.: “Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale”, *Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 224 ss. y también FALZEA, A.: “Introduzione e considerazioni generali”, en AA.VV., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea, Quaderni della Fondazione italiana del Notariato* (coord. por M. BIANCA), Milán, 2013, pp. 19 y ss. que llega a negar cualquier contradicción del acto de destino con la regla del art. 2740 CC italiano.

por la norma¹⁸. Dichos bienes, por lo tanto, ya no estarán a disposición de los acreedores del titular, quedando excluidos de la garantía genérica prevista en el art. 2740 CC. Los únicos acreedores que podrán afectar la masa segregada serán aquellos que tengan un crédito derivado de una relación con la cual el deudor perseguía el objetivo al que ese patrimonio está destinado¹⁹.

A título ejemplificativo, el art. 2447-bis permite a las sociedades anónimas constituir patrimonios separados destinados a un solo negocio²⁰. Al hacerlo, los acreedores de la sociedad excluidos de esa operación no podrán afectar el patrimonio apartado, que está destinado a garantizar el cumplimiento de las únicas prestaciones relacionadas con la conclusión del negocio determinado²¹.

En lo que respecta a lo que aquí interesa, el ordenamiento también proporciona a la familia instrumentos para limitar la responsabilidad patrimonial, constituyendo patrimonios separados²².

Se hace referencia, en particular, al fondo patrimonial y a la “Transcripción de actos de destinación para la realización de intereses merecedores de protección relacionados con personas con discapacidad, con administraciones públicas, o con otros entes o personas físicas”, según el art. 2645 *ter* CC italiano, cuya regulación se resumirá a continuación a fines ilustrativos.

I. El “fondo patrimoniale”.

El fondo patrimonial²³ (arts. 167 – 171 CC italiano) puede ser constituido por los cónyuges (incluso por separado) o por un tercero en su favor, mediante

18 Habla de la articulación del único patrimonio SPADA, P: “Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito”, *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 844 que la hace coincidir con una igualmente amplia articulación del conjunto de los acreedores.

19 LUPI, M.: “Principio di indivisibilità del patrimonio e valorizzazione dell'autonomia privata: spunti critici ed evolutivi”, *cit.*, p. 329.

20 Para un análisis más profundo sobre la segregación patrimonial en el ámbito societario véase GABRIELE, P.: “Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno”, *Giurisprudenza commerciale*, 2010, pp. 593 y ss.

21 NUZZO, M.: “L'evoluzione del principio di responsabilità patrimoniale illimitata”, en AA.VV.: *Gli strumenti di articolazione del patrimonio. Profili di competitività del sistema* (coord. por M. BIANCA – G. CAPALDO), Milán, 2010, p. 311 encuentra la razón de ser del nacimiento de tales institutos en la búsqueda de la necesaria competitividad del sistema jurídico italiano.

22 La literatura sobre el tema es muy amplia Véase, *ex multis*, VIGLIONE, F.: *Vincolo di destinazione nell'interesse della famiglia*, Milán, 2005; BELLOMIA, V.: “La tutela dei bisogni della famiglia tra fondo patrimoniale e atti di destinazione”, *Diritto di famiglia e delle Persone*, 2023, pp. 698 y ss.; CORRADI, G.: “Vincolo di destinazione ex art. 264 *ter* e fondo patrimoniale”, en *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 1167 y ss.; D'AMICO, G.: “Contratto di convivenza e atto di destinazione”, *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 203 y ss.; GIGLIOTTI, F.: “Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela”, *NGCC*, 2014, pp. 362 y ss.; PINELLI, A. M.: “Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo”, *Rivista diritto civile*, 2013, pp. 11365 y ss.; MANOLITA, F.: “Le destinazioni all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico”, *Rivista del notariato*, 2012, pp. 1035 y ss.

23 Véase, por ultimo, AMBROSINI, L.: “Fondo patrimoniale: profili applicativi”, en AA.VV.: *Dalla responsabilità illimitata del debitore alle limitazioni della responsabilità e del debito* (coord. por A. ANTONINI y M. SPERANZIN), Pisa, 2024, pp. 273 ss.; BIANCA C. M.: *La famiglia*, II-I, VII ed., Milán, 2023, pp. 134 y ss.; AULETTA T.: *Il fondo*

escritura pública o testamento, con el fin de destinar bienes inmuebles, muebles registrados o títulos de crédito a la satisfacción de las necesidades de la familia.

El efecto protector reside en la norma que establece que los bienes incluidos en el fondo no son embargables por deudas que el acreedor sabía que se contraían con fines ajenos a las necesidades de la familia²⁴.

La referencia a las necesidades de la familia, fundamental para circunscribir el ámbito del régimen de segregación y su destino al uso, ha sido objeto de un amplio debate en la doctrina y la jurisprudencia. Durante una primera fase, la jurisprudencia, impulsada por la necesidad de proteger a los acreedores, interpretaba de manera amplia la expresión “necesidades de la familia”, incluyendo también deudas contraídas, por ejemplo, para la progresión profesional de uno de los cónyuges y/o para su actividad económica²⁵. El razonamiento subyacente era el siguiente: las operaciones que generan un mayor enriquecimiento del cónyuge producen un beneficio para toda la familia; por lo tanto, estas también deben considerarse como dirigidas a satisfacer las necesidades de la misma.

Este enfoque jurisprudencial corría el riesgo de desdibujar el vínculo de destino, convirtiendo el fondo en vulnerable a cualquier deuda contraída que tuviera incluso una conexión indirecta con el cuidado de las necesidades familiares. Por esta razón, ha sido objeto, con el apoyo de la doctrina²⁶, de un giro que ha limitado interpretaciones excesivamente amplias, afirmando la necesidad de una conexión directa e inmediata entre la asunción de la deuda y la finalidad familiar²⁷.

En cuanto a las cargas probatorias, la letra de la norma no deja lugar a interpretaciones: para beneficiarse de la protección garantizada por el art. 167 C.C., los cónyuges deben demostrar²⁸, además de la correcta constitución del

patrimoniale, art. 167-171, Milán, 1992; GABRIELLI G.: “voce Patrimonio familiare e fondo patrimoniale”, *Enc. dir.*, XXXII/1982, pp. 294 y ss.; CIAN G. y CASAROTTO G.: “voce Fondo patrimoniale della famiglia”, *Noviss. dig. it.*, 1982, App. III, pp. 831 y ss.; BOVE, B., *Fondo patrimoniale: aspetti discussi di una disciplina controversa*, Turín, 2014; QUADRI E.: “Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata”, *Giust. civ.* 2014, pp. 95 y ss.; RUSSO, E.: “Il fondo patrimoniale”, en *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, pp. 567 y ss.

24 Véase el art. 170 CC que extiende tal efecto “protector” también a los frutos de los bienes que componen el fondo.

25 Sentencia de la Corte de Casación del 7 de julio 2009 n. 15862, en *Giust. civ.*, 2010, 12, I, p. 2845.

26 MATTIONI, M.: “Fondo patrimoniale e bisogni della famiglia”, en *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8/2015, pp. 661 y ss. Critico también BIANCA, C. M.: *La famiglia*, cit., p. 139, nota 353, que considera difícilmente compartible la posición jurisprudencial que incluye también una deuda tributaria surgida por el ejercicio de actividades empresariales en la categoría de deudas contraídas para satisfacer las necesidades de la familia.

27 Véase Sentencia de la Corte de Casación del 8 febrero 2021 n. 2904 en *Dejure*.

28 Ponen sobre ellos la carga de la prueba Sentencia de la Corte de Casación del 8 febrero 2021 n. 2904, cit. y Sentencia de la Corte de Casación del 28 septiembre 2023 n. 27562 en *Dejure*. Sin embargo, ambas admiten que el mismo pueda ser cumplido también mediante presunciones simples.

fondo y el cumplimiento de los requisitos formales para su oponibilidad²⁹, la existencia de dos presupuestos:

- El primero objetivo, que consiste en la extranjería del negocio que originó la deuda con respecto a las necesidades de la familia;

- El segundo, subjetivo, relativo a la conciencia del acreedor sobre la existencia del presupuesto objetivo.

En cuanto a la administración de los bienes del fondo, esta sigue las normas relativas a la comunidad legal, exigiendo, por tanto, el consentimiento de ambos cónyuges para actos de disposición o imposición de gravámenes (como, por ejemplo, derechos de garantía a favor de terceros). Sin embargo, en caso de presencia de hijos menores, la posibilidad de realizar tales actos también está sujeta a la autorización del juez, que solo se concederá en caso de necesidad o utilidad evidente³⁰.

La presencia de hijos menores, de hecho, influye también en la eventual cesación del fondo, que no se produce hasta el cumplimiento de la mayoría de edad por parte de los mismos³¹.

Si se quieren hacer breves consideraciones sobre el fondo patrimonial, este es un instrumento que puede resultar muy útil para la protección de las riquezas de la familia; por otro lado, su disciplina se caracteriza por una marcada atención hacia los acreedores, protegidos por la presencia del elemento subjetivo explicado anteriormente y por la asignación de la carga probatoria sobre la existencia de todos los elementos necesarios para su eficacia a los deudores³².

2. El artículo 2645 *ter* Código Civil italiano.

El art. 2645 *ter* CC italiano permite inscribir los actos, redactados en forma pública, mediante los cuales bienes inmuebles o bienes muebles registrados son destinados a la realización de intereses merecedores de tutela que se refieren a un grupo de sujetos abierto³³. De este modo, se ha introducido la posibilidad de

29 Se hace referencia a la anotación al margen del acta de matrimonio a la que se refiere el art. 162 último párrafo del Código Civil italiano, dedicado a las convenciones matrimoniales.

30 Art. 169 CC italiano.

31 Art. 171 CC italiano.

32 Esa evaluación positiva, también en referencia al equilibrio de intereses, parece ser a la que llega AMBROSINI, L.: "Fondo patrimoniale: profili applicativi", cit., *passim*.

33 El art. 2645 *ter* se refiere a esos intereses merecedores de protección en relación con personas con discapacidades, administraciones públicas, entidades y personas físicas. La formulación amplia hace que la enumeración sea meramente ejemplificativa.

inscribir actos de naturaleza negocial (como los contratos, por ejemplo³⁴) mediante los cuales se vincula un bien a un uso determinado, haciendo que dicho vínculo sea oponible a terceros a través de la publicidad constitutiva³⁵.

El acto en cuestión produce dos efectos: la destinación al propósito, que limita las facultades de disfrute y disposición del propietario del bien; y la segregación, tal como se entendía anteriormente³⁶.

Parte de la doctrina, al momento de la entrada en vigor de la norma comentada, no dudó en definirla como un “*Trust* interno”³⁷, dada la amplitud del instituto, sin duda más flexible en comparación con el fondo patrimonial.

Prescindiéndose de la categorización del art. 2645 *ter* como un *trust* interno, su atractivo radica en el hecho de que, mientras que el fondo patrimonial solo puede beneficiarse por los cónyuges y las parejas unidas civilmente, la segregación de bienes contemplada en dicho artículo puede ser aprovechada por cualquier persona. Además, desde el punto de vista de los beneficiarios, el fondo patrimonial solo puede ser “utilizado” para satisfacer las necesidades de la familia, mientras que la referencia (quizás excesivamente) amplia a la “realización de intereses merecedores de tutela” amplía considerablemente el número de destinatarios del art. 2645 *ter* CC italiano.

A partir de estas características descritas, se ha llegado a la conclusión de que esta forma de segregación patrimonial es: i) de acceso generalizado; ii) con un propósito general; iii) carente de controles específicos³⁸.

34 Para la naturaleza estrictamente contractual de los actos susceptibles de ser transcritos, véase QUADRI, R.: “L’art. 2645 *ter* e la nuova disciplina degli atti di destinazione”, *Contratto e impresa*, 2006, pp. 1717 y ss., quien cita el caso del propietario de una cosa principal que destina de manera duradera una pertenencia, categorizado por BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milán, 1999, p. 67, como un acto no contractual y, por lo tanto, no susceptible de transcripción según el art. 2645 *ter* CC.

35 La función constitutiva de la formalidad publicitaria, de la cual deriva que, en su defecto, no se establece ningún límite para la acción ejecutiva de los acreedores del propietario vinculado, es afirmada unánimemente por la doctrina. A este respecto, véase GABRIELLI, G.: “Vincoli di destinazione, importante separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari”, *Rivista diritto civile*, 2007, p. 338; D’AMICO, G.: “Contratto di convivenza e atto di destinazione”, en *Famiglia e diritto*, 2018, especialmente p. 210.

36 Distingue esos dos efectos, considerando el primero como predominante, D’AMICO, G.: “La proprietà destinata”, *Rivista diritto civile*, 2014, pp. 525 y ss.

37 Véase PELLEGRINI, M.: “Riflessioni sul trust: i punti d’arrivo della metabolizzazione in Italia nell’attesa di una disciplina interna”, *Jus Civile*, p. 242; PETRELLI, G.: “Dottrina e problemi del notariato argomenti e attualità - vincoli di destinazione, alienazione di beni e conflitti con i creditori del disponente”, *Rivista del notariato*, 2022, pp. 875 y ss. En contraste, véase MONEGAT, M.: “Trust e atti di destinazione”, *Immobili e proprietà*, 2006, pp. 712 y ss.; LUMINOSO, A.: “Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.”, en *Rivista del notariato*, 2008, pp. 993 y ss.

38 Véase LUPI, M.: “Principio di indivisibilità del patrimonio e valorizzazione dell’autonomia privata: spunti critici ed evolutivi”, cit. p. 331.

Así como se analizó en relación con el fondo patrimonial y las necesidades de la familia, en este caso también la doctrina se ha cuestionado largamente sobre el significado que debe atribuirse al concepto de “merecimiento de tutela”.

Entre las diversas teorías que se pueden enumerar, ciertamente está la de aquellos que consideraban que el interés subyacente a tal inscripción debía tener una utilidad social; los que discutían sobre un interés, al menos, “superindividual”, y finalmente, los más liberales, que sostenían que la meritoriedad de tutela se concretaba simplemente en la licitud de la causa del acto inscrito³⁹.

También en este ámbito, en realidad, las reconstrucciones han sido influenciadas por las demandas de protección de los acreedores, lo que ha llevado a algunos a postular que el interés en la inscripción no debe ser evaluado por sí mismo, sino en un equilibrio con los intereses de los acreedores, frente a los cuales debe ser “comparativamente prevalente”⁴⁰.

Independientemente de la postura que se adopte, la práctica ha demostrado que, hoy en día, el único control – de hecho, generalizado⁴¹ – que se debe aplicar al art. 2645 *ter* es relativo a la conformidad de la estructura del vínculo (es decir, al cumplimiento de los requisitos formales, la alteridad del interés, etc.) y la licitud del interés subyacente.

En cuanto al funcionamiento del vínculo, es similar al del fondo patrimonial: los acreedores pueden actuar sobre los bienes que componen el patrimonio separado solo por deudas contraídas con el propósito de la destinación. Sin embargo, existen algunas diferencias:

- El objeto del fondo patrimonial es más amplio (incluye también los títulos de crédito);
- Los intereses subyacentes, en el fondo patrimonial, están previamente indicados por la ley, por lo tanto, los posibles beneficiarios también están limitados;
- La oponibilidad en el fondo patrimonial se da por la anotación en los registros del estado civil, mientras que en el art. 2645 *ter* se da por la inscripción en el registro;

39 Para un análisis de las tesis postuladas por diversos autores, véase CORRADI, G.: “Vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* e fondo patrimoniale”, *Famiglia e diritto*, 2018, p. 1167.

40 Discute sobre el interés comparativamente prevalente GIGLIOTTI, F.: “Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela”, cit., pp. 362 y ss

41 El art. 2645 *ter* CC italiano dispone que para la realización de tales intereses, puede actuar, además del conferente, cualquier interesado, incluso durante la vida del propio conferente.

- La disciplina de la duración: el fondo patrimonial, de hecho, cesa con la disolución del matrimonio o la extinción del vínculo conyugal; la destinación del art. 2645 *ter*, en cambio, tiene una duración “no superior a noventa años o durante la vida de la persona física beneficiaria”;

Sin embargo, entre las diferencias en la disciplina, la más importante es la siguiente: mientras que para la oponibilidad del vínculo en el fondo patrimonial se debe demostrar que el acreedor estaba consciente de la irrelevancia del negocio con respecto a las necesidades de la familia, este requisito está ausente en el art. 2645 *ter*, en el cual, por lo tanto, los estados subjetivos del acreedor no tienen relevancia alguna.

A partir de la mayor amplitud de su utilización y, sobre todo, de la menor protección de la confianza de los acreedores, se deduce que el art. 2645 *ter* establece una forma de separación patrimonial decididamente más fuerte que el fondo patrimonial⁴².

3. Utilización de las formas de segregación patrimonial en el ámbito familiar.

Procediendo de manera concisa sobre este punto, se debe cuestionar si todas las “formas familiares” pueden utilizar estas técnicas de protección patrimonial. En este sentido, la doctrina mayoritaria considera que:

- La familia fundada en el matrimonio y los unidos civilmente pueden beneficiarse únicamente del fondo patrimonial. Considerando el art. 2645 *ter* como una forma atípica de destino que solo puede utilizarse en ausencia de negocios de destino tipificados, se excluye que pueda ser utilizado por cónyuges y unidos civilmente, a quienes el legislador ya ha proporcionado el instrumento previsto en los arts. 167 y siguientes CC italiano⁴³;

- Por lo tanto, el art. 2645 *ter* CC italiano solo sería utilizable por las parejas de hecho, excluidas del grupo de sujetos que pueden constituir un fondo patrimonial, y por tanto libres de dirigir sus solicitudes de protección patrimonial al 2645 *ter* CC italiano⁴⁴.

42 Resalta esta discrepancia, *ex multis*, PERLINGIERI, G.: “Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.”, *Notariato*, 2014, pp. 11 y ss.

43 LUPI, M.: “Principio di indivisibilità del patrimonio e valorizzazione dell'autonomia privata: spunti critici ed evolutivi”, cit. p. 331 sostiene que los mismos intereses perseguidos con el fondo patrimonial serían perseguibles mediante el acto de destinación del art. 2645 *ter* CC italiano. Sin embargo, dado que la normativa del art. 167 CC italiano debe considerarse un conjunto de normas inderogables, no es posible apartarse de ellas aplicando el 2645 *ter* CC italiano, existiendo entre ambos institutos una relación de género-especie tal que a los cónyuges siempre se les aplicarán las disposiciones más estrictas del art. 167 y siguientes CC italiano.

44 La aplicabilidad a las parejas de hecho del art. 2645 *ter* CC italiano, como se verá más detalladamente más adelante, es prácticamente unánime. Véase, *ex multis*, OBERTO, G.: “L'autonomia in materia patrimoniale nei rapporti familiari”, cit., *passim*.

La estructura recién descrita conlleva numerosas incoherencias sistemáticas, especialmente en referencia a la exclusión de los convivientes de la posibilidad de constituir un fondo patrimonial.

III. LAS RAZONES DE LA EXCLUSIÓN DEL FONDO PATRIMONIAL COMO POSIBLE CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE CONVIVENCIA.

Los motivos por los cuales la doctrina es reticente a reconocer la posibilidad de constituir – mediante contrato de convivencia – un fondo patrimonial son esencialmente dos: la falta de referencia legislativa y la protección de los acreedores⁴⁵.

Procedamos en orden.

La Ley 76/2016 ha regulado dos formaciones sociales: las uniones civiles entre personas del mismo sexo y las convivencias de hecho.

Mientras que con respecto a las primeras el art. I, párrafo 13, prevé expresamente la aplicación de los arts. 167 y siguientes CC italiano, permitiendo así a las personas unidas civilmente constituir dicho patrimonio separado⁴⁶, lo mismo no ocurre con las convivencias.

Esta circunstancia ha sido interpretada como una elección legislativa inequívoca de excluir a las parejas de hecho de los sujetos destinatarios de las normas en cuestión⁴⁷. Este resultado hermenéutico, en realidad, es fruto de una visión según la cual las uniones de hecho y el matrimonio no son en ningún modo asimilables, siendo las primeras marcadas por criterios de libertad, y el segundo centrado en un criterio de responsabilidad debido a un elemento formal (la celebración) que permite el reconocimiento inmediato de los componentes de la formación social⁴⁸.

45 Entre los defensores de la tesis relativa a la exclusión se incluyen BONILINI, G., *Manuale di diritto di famiglia*, X ed., Milano, 2022, p. 170; COPPOLA, C.: "Il contratto concluso per la disciplina dei rapporti patrimoniali tra conviventi di fatto", in AA.VV.: *Unione civile e convivenza di fatto* (coord. por G. BONILINI), Torino, 2017, p. 773; TASSINARI F.: "Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1737.

46 El art. I, párrafo 13, establece que el régimen patrimonial de la unión civil entre personas del mismo sexo, en ausencia de un convenio patrimonial distinto, está constituido por la comunidad de bienes. En cuanto a la forma, modificación, simulación y capacidad para la celebración de los convenios patrimoniales, se aplican los arts. 162, 163, 164 y 166 CC italiano. Las partes no pueden modificar ni los derechos ni los deberes previstos por la ley como consecuencia de la unión civil. Se aplican las disposiciones de las secciones II, III, IV, V y VI del capítulo VI del título VI del libro primero del Código Civil italiano.

47 Véase, además de los ya mencionados defensores de la tesis negativa, ROMANO, C.: "Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo", *Notariato*, 2016, p. 348; BALESTRA, L.: "Unioni civili, convivenze di fatto e «modello» matrimoniale: prime riflessioni", *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1788.

48 PINELLI, A. M.: "Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo", *Rivista diritto civile*, 2013, espec. p. 11381; BELLOMIA, V.: "La tutela dei bisogni della famiglia tra fondo patrimoniale e atti di destinazione", cit., p. 736.

La otra razón obstativa – la protección de los acreedores – se basa en una doble motivación: una de carácter general y otra particular.

La primera objeción que se presenta es de sistema: el principio general de la universalidad de la responsabilidad patrimonial solo puede ser derogado en presencia de una elección ponderada del legislador que se materialice en una previsión típica, para evitar que dicho principio asuma la apariencia de una “regla residual”⁴⁹.

La segunda, en cambio, se refiere al instrumento de publicidad previsto para el contrato de convivencia.

A efectos de oponibilidad a terceros de su contenido, de hecho, el contrato de convivencia debe ser inscrito en el registro civil⁵⁰. La elección del “sistema publicitario registral”, en efecto, es al menos original.

Tendencialmente, el registro civil desempeña funciones administrativas (de recopilación de datos relativos a la población), mientras que el cumplimiento de las funciones de oponibilidad de situaciones de pertenencia o relacionadas con regímenes patrimoniales especiales suelen ser asumidas por los registros inmobiliarios y los registros del estado civil⁵¹.

Se ha observado, de hecho, que el tercero que desee actuar como sucesor de un bien debería ahora consultar también el registro civil (una carga previamente inédita) para asegurarse de que dicho bien sea de propiedad exclusiva del vendedor o esté en copropiedad con el/la conviviente. Este control adicional, aunque – como se verá – no se considera excesivamente gravoso por la jurisprudencia, ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina, que ha expresado preocupaciones también en relación con la certeza del tráfico jurídico⁵².

Quienes adhieren a esta posición derivan de ello una interpretación restrictiva de los contenidos que pueden incluirse en el contrato de convivencia, sacrificando incluso el fondo patrimonial⁵³.

49 Utiliza estas palabras DI SAPIO, A.: “Patrimoni separati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 1257.

50 Véase art. I, comma 52 L. 76/2016.

51 Véase AMBROSINI L.: “Il fondo patrimoniale: profili applicativi”, cit., pp. 285-287.

52 OBERTO, G.: “La convivenza di fatto”, cit., spec. p. 954 en el que se sostiene que el tercero nunca se encontrará en la posición de saber si el bien es de propiedad exclusiva o en copropiedad, rechazando así el sistema de oponibilidad dispuesto por el legislador.

53 Véase VENUTI, M. C.: “La disciplina dei rapporti patrimoniali nel d.d.l. Cirinnà”, en *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 1011 que dice que la necesidad de proteger también los intereses de los terceros mediante mecanismos publicitarios que brinden una certeza adecuada sobre la situación patrimonial de los socios, inclina hacia una solución restrictiva. En otras palabras, en homenaje al principio

IV. LA PLENA COMPATIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DEL FONDO PATRIMONIALE A LOS CONVIVIENTES CON LA TUTELA DE LOS ACREEDORES.

Analicemos ahora la primera razón obstativa: la tutela de los acreedores⁵⁴.

Esta justificación para la no aplicabilidad del fondo patrimonial a la familia de hecho, en realidad, oculta una incoherencia sistemática de fondo por las siguientes razones.

Ya se ha dicho que, de manera unánime, la doctrina afirma la aplicabilidad del art. 2645 *ter* del Código Civil italiano a las parejas de hecho⁵⁵.

Además, se ha subrayado cómo esta forma de segregación patrimonial es más fuerte que la de los arts. 167 y siguientes CC italiano⁵⁶.

Por tanto, sostener que las parejas de hecho no pueden constituir un fondo patrimonial porque ello frustraría excesivamente las pretensiones de los acreedores parece un contrasentido: al contrario, tal conclusión hace que las pretensiones de los terceros contra las parejas de hecho sean más difícilmente defendibles, dado que comporta la (eventual) constitución de un vínculo más difícil de superar⁵⁷.

Además de no lograr el propósito de proteger a los acreedores, la posición de la que nos estamos distanciando termina por dar lugar a una incoherencia sistemática adicional: proteger el patrimonio de las parejas de hecho incluso más que el de los cónyuges⁵⁸.

De hecho, se obliga a los cónyuges a recurrir a un medio de segregación (excesivamente) débil y a las parejas de hecho a un medio de segregación (excesivamente) fuerte.

ubi lex non voluit, non dicit, se considera que la eventual elección diferente (inicial o posterior) solo puede orientarse hacia el (no) régimen de separación de bienes adquiridos por los compañeros.

54 Reconduece a la tutela de los terceros gran parte de las previsiones de la ley VILLA, G.: "Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili", cit., pp. 1345 – 1346.

55 Véase *supra*, par. 2.3 y nota 43.

56 Véase *supra*, par. 2.2. y nota 41.

57 Este es el fruto de la afirmada alternatividad entre los dos institutos, de manera que la exclusión de la posibilidad de utilizar el fondo patrimonial abre las puertas, para los convivientes, al uso del acto de destino conforme al art. 2645 *ter*. Sobre la alternatividad entre los institutos, además de los mencionados anteriormente, véase VECCHIO, D.: "Profili applicativi dell'art. 2645 *ter* in ambito familiare", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, espec. p. 806; VIGLIONE, F.: "L'interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione", *Studium iuris*, 2008, p. 1058.

58 El problema expuesto ha sido planteado por muchos autores, entre los cuales BIANCA, C. M.: *L'atto notarile di destinazione, l'art. 2645-ter del codice civile*, Milán, 2006, pp. 24 y ss.; PERLINGIERI, G.: "Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.", cit., pp. 26-27.

Incluso la crítica referida al instrumento de publicidad previsto por la ley, al analizarse cuidadosamente, no es decisiva a efectos de la exclusión del fondo patrimonial como posible contenido del contrato de convivencia.

En efecto, la cuestión ya se había planteado, ya que mediante el mismo medio de publicidad se hace oponible a los terceros el régimen de comunión legal de bienes por el cual los convivientes han optado, si fuera el caso⁵⁹.

La comunión legal de bienes, en lo que aquí interesa, también es fuente de una serie de “inconvenientes” para los terceros: pensemos en la incorporación automática de sus adquisiciones a la comunidad, el necesario consentimiento de ambos para los actos de administración extraordinaria, o la disciplina de las obligaciones personales de cada cónyuge⁶⁰.

Si el legislador, frente a tales sacrificios de los intereses de los terceros provocados por la comunión legal, ha considerado suficiente el instrumento de la publicidad en los registros de población, con rigor lógico, el mismo mecanismo publicitario debe considerarse idóneo para oponer la constitución de un fondo patrimonial (situación mucho menos gravosa, para el tercero, que una comunión legal).

Siguiendo en la línea de la publicidad del fondo patrimonial, las Secciones Unidas de la Corte de Casación han afirmado que la carga de los acreedores de comprobar que existe una anotación conforme al art. 162 CC (que debe realizarse en los registros del estado civil para los cónyuges) es ciertamente “molesta”, pero no excesivamente gravosa⁶¹.

En resumen, la Corte de Casación, reconociendo que para los acreedores es “molesto” este control adicional, considera que se justifica frente a la protección que el ordenamiento jurídico asegura al matrimonio a través, principalmente, del art. 29 de la Constitución italiana.

Pues bien, si para la Corte de Casación a los acreedores se les pueden imponer cargas adicionales de control debido a la prevalencia de los intereses de los cónyuges según el art. 29 de la Constitución italiana, la misma prevalencia debe

59 Para un primer comentario sobre el tema, véase OBERTO G.: “La convivenza di fatto”, cit., p 947 y ss.

60 Parece incluso innecesario subrayar cómo, para cualquier sujeto, es más deseable realizar negocios con un sujeto no sometido a una comunidad de bienes, de modo que no tenga que preocuparse, a título de ejemplo, de una posible anulación posterior del acto por haber sido realizado sin el consentimiento necesario del otro cónyuge o, incluso, de la eventual disminución de la responsabilidad patrimonial de su deudor por actos realizados por el otro comunista.

61 Véase Sentencia de la Corte de Casación Secciones Unidas de 13 de octubre 2009, n. 21658, en *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 460

ser reconocida a la formación social de la convivencia, que encuentra su anclaje constitucional en el art. 2 constitución italiana.

En conclusión, no es en la protección de los derechos de los acreedores donde puede residir la razón de la exclusión.

V. LA (PARCIAL) EROSIÓN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LA FAMILIA BASADA EN EL MATRIMONIO Y OTRAS FORMACIONES FAMILIARES: DE LA CONVIVENCIA COMO UNA OPCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA EQUIPARACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DE LEGITIMIDAD.

Excluida la hipótesis en la cual sea la tutela de los acreedores la que justifique la imposibilidad, para las parejas convivientes, de constituir un fondo patrimonial, el único obstáculo que queda es el relativo a la diferencia axiológica entre el matrimonio y la convivencia.

Como se mencionó anteriormente, varios autores han excluido que a las convivencias se les pueda aplicar la normativa sobre los vínculos patrimoniales de los cónyuges porque ellas están basadas en criterios de absoluta libertad, mientras que los derechos y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges justifican una disciplina distinta de sus relaciones patrimoniales, centrada en el criterio de responsabilidad⁶².

Esta corriente de pensamiento, por tanto, considera que una asimilación, incluso parcial, de las dos formas de unión es decididamente inaceptable, ya que es discordante con el sistema, que, dicho de manera extremadamente simplificada, no permite extender, a una figura completamente diferente como la convivencia, reglas dictadas por el legislador para proteger la unión matrimonial, y justificadas, por lo tanto, por la elección de responsabilidad (y no de autonomía) realizada por los cónyuges⁶³.

Por el contrario, al menos en lo que respecta a las convivencias formalizadas mediante la firma de un contrato, la divergencia ahora esbozada ya no existe.

La perfección del contrato de convivencia y, sobre todo, su inscripción en el registro del padrón, no puede considerarse una simple elección de libertad, sino una asunción de responsabilidad en todos los efectos.

62 PINELLI A. M.: "Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo", cit., espec. p. 11382.

63 BELLOMIA V.: "La tutela dei bisogni della famiglia tra fondo patrimoniale e atti di destinazione", cit., p. 736

Los compromisos patrimoniales recíprocos de los convivientes, cristalizados en el contrato, tienen una vinculación jurídica totalmente equivalente a la que deriva del acto matrimonial y, asimismo, son igualmente oponibles a los terceros. Por lo tanto, al menos cuando las obligaciones de los convivientes se plasman en un contrato, la desigualdad mencionada anteriormente ya no es válida.

Los deberes de los convivientes ya no son objeto de una prestación moral, sino coercitiva; son obligaciones cuyo incumplimiento puede ser objeto de queja judicial.

Un efecto adicional producido por la Ley 76/2016, por lo tanto, es el de haber trasladado la convivencia (contractual), al igual que el matrimonio, de la esfera de la libertad a la de la responsabilidad⁶⁴.

Si no es en los efectos patrimoniales donde reside la discrepancia, solo queda el criterio de la "conciencia social". Se debería afirmar que las dos formaciones sociales no pueden ser destinatarias de las mismas protecciones, ya que son percibidas como diferentes por la conciencia social, reacia a considerarlas asimilables.

Sin embargo, incluso en relación con este último aspecto, existen varias sentencias judiciales que se dirigen en la dirección opuesta.

En particular, se hace referencia a la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del art. 230 *ter* CC italiano⁶⁵, y a las sentencias de la Corte de Casación⁶⁶ que han afirmado la relevancia de la "convivencia prematrimonial" a efectos del cómputo de la duración del matrimonio, lo cual es determinante para el cálculo de la cuantía de la pensión alimenticia de divorcio.

Repasemos, dentro de los límites de lo que aquí es relevante, las reflexiones de ambos tribunales.

La Corte Constitucional fue llamada a pronunciarse sobre la compatibilidad con el orden constitucional del art. 230 *ter* CC, cuestionado por introducir una normativa diferenciada para los convivientes y los familiares.

64 Véase, en este sentido, Sentencia de la Corte de Casación Secciones Unidas de 5 noviembre 2021, n. 32198 en *Dejure*, en la cual se sostiene que el establecimiento de una convivencia estable conlleva la formación de un nuevo proyecto de vida con el compañero o compañera del cual pueden derivarse contribuciones económicas que ya no se consideran por el ordenamiento únicamente como cumplimiento de una obligación natural, sino que constituyen, tras la regulación normativa de las convivencias de hecho (como se prevé actualmente en el art. 1, apartado 37, de la ley n.º 76 de 2016), también el cumplimiento de un mutuo y garantizado deber de asistencia moral y material.

65 Sentencia de la Corte Constitucional de 25 Julio 2024, n. 148, en *Dejure.it*

66 Véase Sentencia de la Corte de Casación Secciones Unidas de 18 diciembre 2023, n. 35385, en *Foro it.*, 2024, I, cc. III y ss., con comentario de CASABURI G.: "Convivenza prematrimoniale e assegno divorzile: i molti volti delle sezioni unite"; y Sentencia de la Corte de Casación Secciones Unidas de 27 diciembre 2023, n. 35969, en *Foro it.*, 2024, I, 2, c. 469 y ss.

En resumen, los arts. 230 *bis* y 230 *ter* CC italiano fueron introducidos por el legislador italiano con el fin de regular los derechos de los familiares y convivientes que prestan trabajo en la empresa familiar⁶⁷.

Sin embargo, mientras que a los familiares se les reconocían numerosos derechos patrimoniales y administrativos relacionados con la gestión de la empresa, al conviviente solo se le atribuían algunos derechos patrimoniales y ningún poder decisonal relativo a la administración de la empresa.

La Corte Constitucional, al eliminar de la normativa la disparidad existente, realiza una serie de consideraciones interesantes. En primer lugar, a pesar de ser consciente de las persistentes diferencias entre matrimonio y convivencia, la Corte afirma que “cuando se trata de derechos fundamentales, tales diferencias son recesivas y la tutela no puede ser sino la misma”⁶⁸.

Además, la Corte recuerda que “en relación con supuestos particulares, se pueden encontrar entre la convivencia *more uxorio* y el matrimonio características tan comunes que hacen necesaria una identidad de disciplina, la cual esta Corte puede garantizar a través del control de razonabilidad impuesto por el art. 3 de la Constitución”⁶⁹.

67 Por una comprensión simple los artículos están traducidos a continuación.

Art. 230 *bis* c.c. italiano:

A menos que se pueda configurar una relación diferente, el familiar que preste de manera continuada su actividad laboral en la familia o en la empresa familiar tiene derecho al mantenimiento según la condición patrimonial de la familia y participa en los beneficios de la empresa familiar y en los bienes adquiridos con ellos, así como en los incrementos de la empresa, también en relación con la plusvalía, en proporción a la cantidad y calidad del trabajo prestado. Las decisiones relativas al uso de los beneficios y los incrementos, así como las relativas a la gestión extraordinaria, los objetivos productivos y la cesación de la empresa, son adoptadas, por mayoría, por los familiares que participan en la empresa. Los familiares participantes en la empresa que no tengan plena capacidad de obrar son representados en la votación por quien ejerce la patria potestad sobre ellos.

El trabajo de la mujer se considera equivalente al del hombre.

A los efectos de la disposición del primer párrafo, se entiende como familiar al cónyuge, los parientes hasta el tercer grado, los afines hasta el segundo; para empresa familiar se considera aquella en la que colaboran el cónyuge, los parientes hasta el tercer grado, los afines hasta el segundo.

El derecho a participar mencionado en el primer párrafo es intrasferible, salvo que la transferencia se realice a favor de los familiares mencionados en el párrafo anterior con el consentimiento de todos los participantes. Puede liquidarse en dinero al cesar, por cualquier causa, la prestación del trabajo, y también en caso de venta de la empresa. El pago puede realizarse en varias anualidades, determinadas, en caso de desacuerdo, por el juez.

En caso de división hereditaria o transferencia de la empresa, los participantes del primer párrafo tienen derecho de preferencia sobre la empresa. Se aplica, en la medida en que sea compatible, la disposición del artículo 732. Las comunidades tácitas familiares en el ejercicio de la agricultura están reguladas por los usos que no contradigan las normas anteriores.”

Art. 230 *ter* CC italiano:

Al conviviente de hecho que preste de manera estable su trabajo dentro de la empresa del otro conviviente le corresponde una participación en los beneficios de la empresa familiar y en los bienes adquiridos con ellos, así como en los incrementos de la empresa, también en relación con la plusvalía, en proporción al trabajo prestado. El derecho de participación no corresponde cuando entre los convivientes exista una relación de sociedad o de trabajo subordinado.”

68 Véase Sentencia de la Corte Constitucional de 25 Julio 2024, n. 148, cit.

69 *Ibidem*.

Si no se interpreta mal el *dictum* aquí citado, la Corte lanza una advertencia a los operadores del derecho: incluso cuando una norma destina su disciplina exclusivamente a los cónyuges, debe investigarse la razón de la misma, sin caer en el error de excluir apriorísticamente —y basándose en una interpretación literal ciega— que pueda aplicarse también a los convivientes.

Aún más rotunda, si es posible, es la postura adoptada por las Secciones Unidas de la Corte de Casación⁷⁰, que otorgan la misma importancia al matrimonio y a la convivencia prematrimonial⁷¹.

Los jueces de legitimidad, en su composición más autoritaria, toman nota del “reconocimiento incrementado —en los datos estadísticos y en la percepción de las personas— de los lazos de hecho entendidos como formaciones familiares y sociales de igual dignidad tendencial respecto a los matrimoniales”, privando de fundamento las tesis que consideran la convivencia merecedora de menores protecciones basándose en el juicio social⁷².

VI. APLICACIÓN DE LOS ARTS. 167 SS. C.C. A LOS CONVIVIENTES: UNA SOLUCIÓN DICTADA POR LA LÓGICA.

Si se está de acuerdo con lo expuesto hasta aquí, la afirmada imposibilidad de los convivientes de constituir un fondo patrimonial aparece como un postulado sin razón de ser.

La irrazonabilidad de tal supuesto ya había sido advertida por la doctrina autoritaria, según la cual es necesario evitar la absurda consecuencia de que la familia de hecho pueda recibir, a través del art. 2645 *ter* c.c., una tutela mayor y más amplia que la familia fundada en el matrimonio⁷³.

El autor mencionado, con el fin de evitar una solución ilógica, propone aplicar las normas del fondo patrimonial cada vez que los convivientes persigan con el

70 La postura se puede así resumir: “En relación con la pensión alimenticia en el divorcio, respecto a la determinación y cuantificación de la componente “perequativa”/compensatoria, debe tenerse en cuenta la contribución proporcionada por quien solicita la pensión al manejo de la vida familiar y a la formación del patrimonio común (según los parámetros establecidos a partir de la Sentencia de la Corte de Casación, Secciones Unidas, 18287/18), incluso durante la fase de convivencia prematrimonial, siempre que esté caracterizada por estabilidad y continuidad”

71 Para una crítica sobre la conclusión de las Secciones Unidas, véase DI MARTINO, G.: “Convivenza prematrimoniale e assegno divorzile nella prospettiva (nomopoietica) delle Sezioni Unite”, *Nuovo Diritto Civile*, 2024, pp. 137 y ss. quien subraya cómo la perspectiva adoptada por las Secciones Unidas termina por menospreciar el instituto del matrimonio y por ignorar la diferencia entre una elección que es expresión de libertad (la convivencia) y una elección que es expresión de responsabilidad (el matrimonio).

72 Las Secciones Unidas, en este pasaje, citan textualmente la orden de remisión de Cass., ord. 18 de octubre de 2022, n. 30671, en *Onelegale*.

73 PERLINGIERI G.: “Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.”, cit., p. 27.

acto de destino del art. 2645 *ter* c.c. intereses protegidos mediante el instituto del fondo patrimonial⁷⁴.

Por lo tanto, se plantea una integración de las reglas del acto de destino atípico con las del fondo patrimonial. En la práctica, se trataría de convertir el acto de destino en fondo patrimonial cuando el primero sea utilizado por los convivientes por las mismas razones que llevan a los cónyuges a hacer uso del segundo⁷⁵.

Partiendo del hecho de que se comparte lo sugerido por la doctrina mencionada, se desea en esta sede estimular la realización de un paso adicional.

En lugar de imponer a los convivientes la constitución de un vínculo de destino atípico, para luego someterlo a la regulación del fondo patrimonial, parece más inmediato, y también más acorde con las necesidades de claridad y certeza del derecho, permitirles acceder directamente a la constitución del fondo patrimonial⁷⁶.

Concretamente, al permitir la constitución del fondo patrimonial mediante contrato de convivencia, se haría este mismo oponible a terceros mediante su inscripción en el registro civil, previo control del notario o abogado autenticante, creando un mecanismo “ágil y flexible” y “más acorde con las variadas necesidades vinculadas a la convivencia”⁷⁶.

Además, parafraseando el *dictum* de la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, cuando la diferente disciplina entre convivencia y unión matrimonial no responda a criterios de razonabilidad, tal disparidad debe considerarse constitucionalmente ilegítima⁷⁷.

Demostrada la ausencia de razones que justifiquen el trato legislativo diferencial en el caso en análisis (y, de hecho, resaltada la presencia de múltiples motivos que aconsejan la conclusión opuesta), debe al menos suscitarse la duda de que insistir en su mantenimiento sea respetuoso de la legalidad constitucional⁷⁸.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Para completar, debe especificarse que el autor propone tal integración solo en referencia a las normas cuya aplicación al acto de destino de los convivientes sea “recomendada” por la ratio subyacente. Así, por ejemplo, “En caso de destino directo para satisfacer las necesidades de una familia de hecho, para la enajenación de los bienes destinados no será necesario, incluso en ausencia de una expresa derogación, el consentimiento de ambos convivientes, ni será esencial, en presencia de hijos menores, la autorización del juez (art. 169 CC italiano). De hecho, por un lado, el art. 169 c.c. italiano, en materia de fondo patrimonial, se justifica exclusivamente para la familia fundada en el matrimonio; por otro lado, la enajenación de la propiedad no elimina el vínculo de destino, por lo que no existe ningún perjuicio, a diferencia del supuesto de la enajenación de un bien objeto del fondo patrimonial, para los hijos menores, para su manutención, educación y formación, así como, en general, para el respeto y desarrollo de su personalidad (arts. 30 Cost. italiana, 147 c.c. italiano).

⁷⁶ AMBROSINI L.: “Fondo patrimoniale”, cit., espec. pp. 292-293.

⁷⁷ Véase supra y Sentencia de la Corte Constitucional de 25 julio 2024, n. 148, cit.

⁷⁸ La expresión se refiere al pensamiento de PERLINGIERI P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Nápoles, 2006.

VII. CONSIDERACIONES FINALES.

Con la introducción de la Ley 76/2016, el ordenamiento italiano ha reconocido la heterogeneidad de las formaciones sociales que componen el paradigma familiar⁷⁹, ya no comprendido solo por la relación matrimonial⁸⁰.

Aunque aún existen múltiples diferencias entre matrimonio y convivencia, esta última también se constituye en una comunión de vida material y espiritual “no diferente de la que se realiza en el matrimonio”⁸¹.

Las similitudes imponen al intérprete evaluar, sobre una base lógica, si las disposiciones dictadas en relación con la familia fundada en el matrimonio pueden extenderse a la convivencia⁸².

Este juicio debe estar libre de prejuicios y posiciones apriorísticas erigidas sobre una inmotivada supremacía de la relación conyugal.

El riesgo que se corre, en caso contrario, es el de llegar a conclusiones ilógicas. Y, como en el caso analizado, al querer a toda costa tratar de manera desigual el matrimonio y la convivencia, se termina por proteger a la segunda más que a la primera.

Una supremacía perjudicial. O una subordinación provechosa.

79 Habla de una “nueva noción de familia” ACHILLE D.: “Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico e atipico”, cit., p. 1581.

80 La ampliación de los límites de dicho paradigma también ha sido afirmada por la Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 24 junio 2010, rec. 30141/2004, Schlak e Kopf c. Austria, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, pp. 1137 y ss.

81 RESCIGNO P., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Turín, 2000, p. 239.

82 Ya en tiempos no recientes advertía de la necesidad de tal trabajo hermenéutico PERLINGIERI P.: “La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima”, en *Rassegna diritto civile*, 1988, spec. pp. 601 ss. quien, en todo caso, advierte sobre los peligros derivados de los excesos en el uso de la analogía.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Le unioni civili e le convivenze* (coord. por C. M. BIANCA), Turín, 2017.

AA.VV.: *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Comm. Scialoja-Branca-Galgano (coord. por S. PATTI), Bologna, 2020.

ACHILLE, D.: "Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico e atipico", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017.

AMBROSINI, L.: "Fondo patrimoniale: profili applicativi", en AA.VV.: *Dalla responsabilità illimitata del debitore alle limitazioni della responsabilità e del debito* (coord. por A. ANTONINI y M. SPERANZIN), Pisa, 2024.

AULETTA T.: *Il fondo patrimoniale*, art. 167-171, Milán, 1992.

AZZARI, F.: "Unioni civili e convivenze (diritto civile)", en *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milán, 2017.

BALESTRA, L.: "Unioni civili, convivenze di fatto e «modello» matrimoniale: prime riflessioni", *Giurisprudenza italiana*, 2016.

BARBIERA, L.: "Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744", *Il Codice Civile. Commentario* (coord. por F. D. BUSNELL), Milán, 2010.

BARDARI, L.: *Il contratto di convivenza*, Nápoles, 2021.

BELLOMIA, V.: "La tutela dei bisogni della famiglia tra fondo patrimoniale e atti di destinazione", *Diritto di famiglia e delle Persone*, 2023.

BENEDETTI, A. M.: "Unioni civili e disciplina delle convivenze", en *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2020.

BIANCA C. M.: *Diritto civile. La famiglia*, Milán, 2017.

BIANCA C. M.: *La famiglia*, II-I, VII ed., Milán, 2023.

BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milán, 1999.

BIANCA, C. M.: *L'atto notarile di destinazione, l'art. 2645-ter del codice civile*, Milán, 2006.

BIANCA, M.: *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padua, 1996.

BONILINI, G., *Manuale di diritto di famiglia*, X ed., Milano, 2022.

BOVE, B.: *Fondo patrimoniale: aspetti discussi di una disciplina controversa*, Turín, 2014.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Las Uniones de hecho*, Valencia, 2022.

CIAN G. y CASAROTTO G.: "voce Fondo patrimoniale della famiglia", *Noviss. dig. it.*, 1982.

COPPOLA C.: *Il contratto concluso per la disciplina dei rapporti patrimoniali tra conviventi di fatto*, en *Unione civile e convivenza di fatto* (coord. por G. BONILINI), V, Turín, 2017.

CORRADI, G.: "Vincolo di destinazione ex art. 264 ter e fondo patrimoniale", en *Famiglia e diritto*, 2018.

D'AMICO, G.: "Contratto di convivenza e atto di destinazione", en *Famiglia e diritto*, 2018.

D'AMICO, G.: "La proprietà destinata", *Rivista diritto civile*, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial*, Valencia, 2024.

DELL'ANNA, P.: *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Turín, 2009.

DELLE MONACHE, S.: "Convivenze more uxorio e autonomia contrattuale. Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto", *Rivista di diritto civile*, 2015.

DI MARTINO, G.: "Convivenza prematrimoniale e assegno divorzile nella prospettiva (nomopoietica) delle Sezioni Unite", *Nuovo Diritto Civile*, 2024.

DI SAPIO, A.: "Patrimoni separati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007.

FALZEA, A.: "Introduzione e considerazioni generali", en AA.VV., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, Quaderni della Fondazione italiana del Notariato (coord. por M. BIANCA), Milàn, 2013.

FALZEA, A.: *Problemi attuali della famiglia di fatto*, en AA.VV.: *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Nápoles, 1988.

GABRIELE, P.: "Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno", *Giurisprudenza commerciale*, 2010.

GABRIELLI G.: "Voce Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", *Enc. dir.*, XXXII, 1982.

GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione, importante separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", *Rivista diritto civile*, 2007.

GENTILI, A.: "Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale", *Giurisprudenza italiana*, 2016.

GIGLIOTTI, F.: "Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela", *NGCC*, 2014.

GUERRIERI, G.: "Dieci tesi sulla segregazione patrimoniale", in *Giurisprudenza commerciale*, 2021.

LUCCHINI GUASTALLA, E.: *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milán, 2013.

LUMINOSO, A.: "Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.", in *Rivista del notariato*, 2008.

LUPI, M.: "Principio di indivisibilità del patrimonio e valorizzazione dell'autonomia privata: spunti critici ed evolutivi", *Giustizia civile*, 2024.

MANOLITA, F.: "Le destinazioni all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico", *Rivista del notariato*, 2012.

MATTIONI, M.: "Fondo patrimoniale e bisogni della famiglia", in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8/2015.

MAZZARIOL, R.: *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Nápoles, 2018.

MAZZARIOL, L.: "Convivenza di fatto", *Nuova giurisprudenza civile*, 2018.

MENGONI, L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952.

MIGLIACCIO, E.: *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Nápoles, 2012.

MONEGAT, M.: "Trust e atti di destinazione", *Immobili e proprietà*, 2006.

MORACE PINELLI, A.: "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche", in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano* (coord. por G. DE NOVA), Bologna, 2017.

NONNE, L.: "Contratti di convivenza", en AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche* (coord. por R. SACCO), Milán, 2019.

NUZZO, M.: "L'evoluzione del principio di responsabilità patrimoniale illimitata", en AA.VV.: *Gli strumenti di articolazione del patrimonio. Profili di competitività del sistema* (coord. por M. BIANCA – G. CAPALDO), Milán, 2010.

OBERTO, G.: *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza, Famiglia e Diritto*, 2016.

PATTI, S.: "Le convivenze di fatto tra normativa di tutela e regime opzionale", *Foro.it*, 2017;

PELLEGRINI, M.: "Riflessioni sul trust: i punti d'arrivo della metabolizzazione in Italia nell'attesa di una disciplina interna", *Jus Civile*, 2019.

PERLINGIERI P.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", en *Rassegna diritto civile*, 1988.

PERLINGIERI P.: *Il diritto civile nella legalità costituzione secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Nápoles, 2006.

PERLINGIERI, G.: "Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.", *Notariato*, 2014.

PETRELLI, G.: "Dottrina e problemi del notariato argomenti e attualità - vincoli di destinazione, alienazione di beni e conflitti con i creditori del disponente", *Rivista del notariato*, 2022.

PINELLI, A. M.: "Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo", *Rivista diritto civile*, 2013.

QUADRI E.: "Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata", *Giust. civ.* 2014.

QUADRI, R.: "L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione", *Contratto e impresa*, 2006.

RESCIGNO P. y CUFFARO V.: "Unioni civili e convivenze di fatto: la legge", *Giurisprudenza italiana*, 2016.

RESCIGNO P., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Turín, 2000.

RIZZI, G.: "La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza", *Notariato*, 2017.

ROMANO, C.: "Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del test normativo", *Notariato*, 2016.

ROPPO, E.: "Responsabilità patrimoniale", in *Enc. dir.*, XXXIX, 1998.

RUBINO, D.: "La responsabilità patrimoniale", in *Trattato di diritto civile* (coord. por F. VASSALLI), Turín, 1949.

RUSSO, E.: "Il fondo patrimoniale", *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973.

SALAMONE, A.: *Gestione e separazione patrimoniale*, Padua, 2001.

SPADA, P.: "Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito", *Riv. dir. civ.*, 2002.

TASSINARI F.: "Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016.

TORRONI, A.: "La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata", *Rivista del notariato*, 2020.

TRIMARCHI, M.: "Patrimonio (nozione)", *Enc. dir.*, XXXII, 1982.

VECCHIO, D.: "Profili applicativi dell'art. 2645 ter in ambito familiare", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2009.

VENUTI, M. C.: "La disciplina dei rapporti patrimoniali nel d.d.l. Cirinnà", in *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2015.

VIGLIONE, F.: "L'interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione", *Studium iuris*, 2008.

VILLA G.: "Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili", *Rivista diritto civile*, 2016, p. 1319.

ZOPPINI A.: "Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni", *Riv. dir. civ.*, 2002.

ZOPPINI, A.: "Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi", *Giurisprudenza italiana*, 1990.

LA VALORIZZAZIONE DEL PRINCIPIO SOLIDARISTICO
NELLE CONVIVENZE DI FATTO: VERSO UN EMOLUMENTO
“POST-RELAZIONE”?

*THE VALORISATION OF THE SOLIDARITY PRINCIPLE IN THE DE
FACTO COHABITATION: TOWARDS A “POST-RELATIONSHIP”
ALIMONY?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 708-731

Nicola DI
NAPOLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de abril 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Lo scritto affronta la disciplina della convivenza di fatto sotto il profilo della tutela post-scioglimento della relazione (che il Legislatore si è limitato a riconoscere sotto la sola forma degli alimenti) alla luce dei recenti approdi giurisprudenziali in materia di assegno divorzile, da cui emerge l'esigenza dell'ordinamento di approntare una tutela solidaristica-compensativa al coniuge economicamente più debole. Mettendo in relazione questi due fattori si evidenzia l'irragionevolezza della mancata previsione di un "emolumento post-relazione" al convivente economicamente più debole che all'esito del rapporto, avente una certa stabilità, abbia compiuto durante lo stesso sacrifici in nome della comunità di tipo familiare.

PALABRAS CLAVE: Convivenza di fatto; assegno divorzile; principio solidaristico; emolumento post-relazione.

ABSTRACT: *The paper examines the recent decisions of the Supreme Court concerning the divorce alimony that highlight the importance of the solidaristic principle in relationships. Therefore, such decisions could be used so that a similar alimony ("post-relationship alimony") could be given at the end of a stable more uxorio relationship that has been characterized by sacrifices made by a member of the couple in favour of the other.*

KEY WORDS: *More uxorio relationship; divorce alimony; solidaristic principle; post-relationship alimony.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. ASSEGNO DIVORZILE E PRINCIPIO SOLIDARISTICO NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA.- III. IL PROGRESSIVO RICONOSCIMENTO DELLE CONVIVENZE DI FATTO TRA INDICI NORMATIVI E APPRODI GIURISPRUDENZIALI.- IV. PRINCIPIO SOLIDARISTICO, CONVIVENZE MORE UXORIO E ASSEGNO DIVORZILE. SPUNTI DI RIFLESSIONE.- V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSA.

Le recenti pronunce delle Sezioni Unite della Corte di cassazione¹ offrono rilevanti spunti di riflessione su tematiche di estrema attualità, oggetto di costante dibattito sia giuridico che socio-politico, quale, da un lato, la rilevanza delle convivenze *more uxorio* nell'attuale ordinamento, e, dall'altro lato, la funzione cui è chiamato ad assolvere l'assegno divorzile².

Non si possono trascurare le marcate conquiste che i sopra menzionati istituti hanno progressivamente ottenuto in un periodo relativamente breve, ossia dal 2016 (anno in cui è stata emanata la c.d. legge "Cirinnà"³) ad oggi. Il tutto, come avremo modo di vedere, sulla scorta della valorizzazione del principio di solidarietà ex art. 2 Cost.⁴.

1 Cass., Sez. un., 18 dicembre 2023 n. 35385; Cass. Sez. un, 27 dicembre 2023 n. 35969; Cass., Sez. un, 18 gennaio 2024 n. 1900.

2 Sull'assegno divorzile in generale v. in dottrina BORILLO, B.: "L'assegno di divorzio dopo l'intervento delle Sezioni Unite: la centralità del caso concreto", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020; MISURALE, F.A.: "L'assegno divorzile sull'altalena dell'interpretazione", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019; VITALI, A.: "La funzione assistenziale dell'assegno di divorzio dopo le Sezioni Unite", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019; MINEO, J.: "Assegno divorzile e diritto alla pensione di reversibilità: le modalità di corresponsione dell'assegno divorzile incidono sul riconoscimento di tale diritto?", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, p. 1017; VITERBO, F.G.: "L'an e il quantum dell'assegno di divorzio: una valutazione da effettuare in concreto", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017; più in generale si consiglia la lettura del PERLINGIERI, G., FREZZA, G., VIRGADAMO, P., CARAPEZZA-FIGLIA, G., CIPRIANI, N. *Manuale di diritto di famiglia*, Napoli, 2021.

3 Legge 20 maggio 2016 n. 76. Sulla legge Cirinnà v. OBERTO, G.: *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016 n. 76*, Torino, 2016, p. 60 ss.; AULETTA, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016 n. 76)", *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 398 ss.; BALESTRA, L.: "La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione", *Famiglia e diritto*, 2016, p. 919 ss.; GORGONI, A.: "Le convivenze 'di fatto' meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità", AA.VV., in *Unioni civili e convivenze di fatto, L. 20 maggio 2016 n. 76*, (a cura di GORGONI, SANTARCANGELO), 2016, p. 204 ss.; SCHLESINGER, P.: "La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze", *Famiglia e diritto*, 2016, p. 846.

4 Sul principio di solidarietà v. PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2021, p. 53; BARBERA, A.: "Art. 2", *Commentario della Costituzione* (a cura di G. BRANCA), Bologna-Roma, 1975; ROSSI, E.: "Art. 2", in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Artt. 1-54, (a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI), Torino, 2006, pp. 38 ss.; APOSTOLI, A.: *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012; GIUFFRÈ, F.: *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002. Con particolare riferimento alla solidarietà post-coniugale v. AL MUREDN, E.: "La solidarietà post-coniugale a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16 bis, pp. 794-815.

• Nicola Di Napoli

Dottore di ricerca in Scienze dell'Economia civile. Governance, Istituzioni e Storia Università LUMSA (Palermo).
E-mail: Mail: n.dinapoli@lumsa.it

Il presente scritto si pone l'obiettivo di provare a capire in che direzione sta andando la giurisprudenza di legittimità e, soprattutto, di tentare di comprendere se, ed eventualmente come, gli istituti *de quibus* possano essere messi in relazione e valorizzati alla luce del citato principio solidaristico. Detti istituti hanno sempre viaggiato su binari paralleli, ma forse le recenti pronunce giurisprudenziali citate ventilano la possibilità di un loro avvicinamento, o comunque offrono l'opportunità di ragionare sul punto.

È sulle coordinate appena tracciate che verranno parametrize le nostre riflessioni. A tal fine, però, risulta quanto mai opportuno effettuare preliminarmente una breve rassegna dei recenti interventi giurisprudenziali in materia di assegno divorzile (par. II), nonché in tema di convivenze *more uxorio* (par. III), al fine di avere una visione, seppure sommaria, delle principali novità dell'ultimo decennio sul punto.

II. ASSEGNO DIVORZILE E PRINCIPIO SOLIDARISTICO NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA.

Inizialmente, come è noto, il consolidato orientamento giurisprudenziale⁵ interpretava l'inciso "mezzi adeguati" di cui all'art. 5 co. 6 l. 1 dicembre 1970 n. 898 alla stregua del parametro esterno del "medesimo tenore di vita avuto in costanza di matrimonio", riconoscendo quindi all'assegno divorzile una funzione eminentemente assistenziale.

Successivamente, nel 2018 la Suprema Corte⁶ con un *obiter dictum* reinterpretava in chiave solidaristica l'istituto dell'assegno divorzile attribuendo ad esso una funzione, oltre che assistenziale, soprattutto perequativa, volta cioè a "compensare" il coniuge economicamente più debole che abbia compiuto sacrifici personali nel corso del rapporto (traducendosi ad esempio nella rinuncia alla propria carriera lavorativa) in nome della famiglia, favorendo di conseguenza l'altro coniuge. Tale soluzione è il risultato dell'interpretazione in chiave solidaristica dell'emolumento divorzile volto ad assicurare una tutela rafforzata ed equa alla persona (*rectius* alla dignità della stessa che altrimenti ne uscirebbe scalfita) del coniuge economicamente più debole.

Sulla scia di tale pronuncia nel 2021⁷ la Suprema Corte, rimeditando un principio consolidatosi sin dal 2015, affermava che la costituzione di una nuova

5 Cass. 29 novembre 1990 n. 11489, n. 11490, n. 11491 e n. 11492, *Famiglia e diritto*, 1991, p. 119.

6 Cass., Sez. un., 11 luglio 2018 n. 18287, con nota di RIMINI, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giurisprudenza italiana*, Milano, 8-9, 2018, p.1852.

7 Cass., Sez. un., 5 novembre 2021 n. 32918, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, p. 1657, con cui si è stabilito che la nuova convivenza di fatto non comporta la revoca automatica dell'assegno divorzile, quantomeno nella sua componente perequativa-compensativa. Veniva così superato il consolidato orientamento

convivenza di fatto da parte dell'avente diritto all'assegno divorzile non comporta più automaticamente la revoca di quest'ultimo, se non limitatamente alla sua componente assistenziale, non già perequativa.

In sostanza, i giudici di legittimità affermavano che la nuova relazione di fatto non può eliminare quanto è stato compiuto in costanza di matrimonio in nome della famiglia, essendo ancora dovuto l'emolumento divorzile in funzione solidaristica-compensativa, quale forma di tutela minima della persona.

Infine, nel 2023 le Sezioni unite della Corte di cassazione⁸ hanno stabilito che ai fini del calcolo dell'assegno divorzile, sia in caso di matrimonio che di unione civile, occorre tenere in considerazione anche la durata della convivenza prematrimoniale (o pre-unione civile), ancorché l'art. 5 co. 6 l. 1 dicembre 1970 n. 898 faccia riferimento soltanto alla "durata del matrimonio".

In sostanza, la Suprema Corte valorizzando la funzione perequativa dell'assegno divorzile ha evidenziato che spesso già a partire dalla fase di fatto della convivenza *more uxorio* prematrimoniale il membro della coppia compie sacrifici per il sostentamento della comunità di tipo familiare. Scelte, queste, che poi produrranno effetti anche nella successiva fase istituzionale del matrimonio (o dell'unione civile). Negare la possibilità per il coniuge economicamente più debole di essere compensato dei sacrifici fatti in nome del *ménage* familiare per il semplice fatto che le relative scelte sono state prese prima della formalizzazione del vincolo in sede matrimoniale (o di unione civile) risulta quanto mai discriminatorio e lesivo della dignità della persona in violazione del principio di solidarietà ex art. 2 Cost.

giurisprudenziale secondo il quale "l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, rescindendo ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale, fa venire definitivamente meno ogni presupposto per la riconoscibilità dell'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge, sicché il relativo diritto non entra in stato di quiescenza, ma resta definitivamente escluso" (cfr. tra le varie Cass. 8 febbraio 2016 n. 2466, in *Diritto e giustizia*, 2016). Sul tema si rinvia a DI NAPOLI, N.: "Convivenza *more uxorio* e revoca dell'assegno divorzile verso una rimeditazione del meccanismo revocatorio automatico", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, p. 73.

- 8 Cass., Sez. un., 18 dicembre 2023 n. 35385, secondo cui "in tema di divorzio, ai fini dell'attribuzione e della quantificazione dell'assegno previsto dall'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970, avente natura, oltre che assistenziale, anche perequativo-compensativa, nei casi peculiari in cui il matrimonio si ricolleggi a una convivenza prematrimoniale della coppia, avente i connotati di stabilità e continuità, in ragione di un progetto di vita comune, dal quale discendano anche reciproche contribuzioni economiche, laddove emerga una relazione di continuità tra la fase di "fatto" di quella medesima unione e la fase "giuridica" del vincolo matrimoniale, va computato anche il periodo della convivenza prematrimoniale, ai fini della necessaria verifica del contributo fornito dal richiedente l'assegno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno dei coniugi, occorrendo vagliare l'esistenza, durante la convivenza prematrimoniale, di scelte condivise dalla coppia che abbiano conformato la vita all'interno del matrimonio e a cui si possano ricollegare, con accertamento del relativo nesso causale, sacrifici o rinunce, in particolare, alla vita lavorativa o professionale del coniuge economicamente più debole, che sia risultato incapace di garantirsi un mantenimento adeguato successivamente al divorzio"; secondo cui "in caso di scioglimento dell'unione civile, ai fini del calcolo dell'assegno spettante alla parte che non dispone di mezzi adeguati e non è in grado di procurarseli, occorre tenere in considerazione anche il periodo di convivenza di fatto che antecedente la formalizzazione dell'unione, ancorché lo stesso si sia svolto in tutto o in parte in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016 n. 76, pena la violazione dell'art. 3 Cost."

In altri termini, ad avviso dei Giudici di legittimità, là dove vi sia un *continuum* tra la relazione di fatto (*more uxorio*) e quella istituzionale (matrimonio/unione civile) la funzione perequativa dell'assegno divorzile consente al Giudice di tenere in considerazione ai fini del *quantum* dovuto anche quanto accaduto nella prima fase della relazione (di fatto). Assume dunque rilievo la fase prematrimoniale di convivenza di fatto così come è stato stabilito dalla giurisprudenza anche in materia di ripartizione della pensione di reversibilità tra il coniuge divorziato ed il (nuovo) coniuge superstite, ai sensi dell'art. 9, terzo comma, della legge n. 898 del 1970⁹.

In definitiva, ciò che preme evidenziare in questa sede è che le decisioni della Suprema Corte sopra menzionate sono espressione della progressiva valorizzazione in chiave solidaristica della componente perequativa dell'assegno divorzile.

III. IL PROGRESSIVO RICONOSCIMENTO DELLE CONVIVENZE DI FATTO TRA INDICI NORMATIVI E APPRODI GIURISPRUDENZIALI.

Sul piano normativo, preme rammentare che con l. 20 maggio 2016 n. 76 (c.d. legge Cirinnà) sono stati introdotti e disciplinati gli istituti delle convivenze di fatto con dichiarazione anagrafica e dell'unione civile. Il Legislatore, come è noto, estende soltanto a quest'ultima la disciplina dell'assegno divorzile in caso di scioglimento della stessa, negando invece una simile tutela alle convivenze *more uxorio* nelle ipotesi della loro cessazione.

In particolare, l'art. 1 co. 65 della l. 20 maggio 2016 n. 76 riconosce in tal caso il diritto del convivente di ricevere dall'altro soltanto gli alimenti "qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento".

Il Legislatore assicura quindi una tutela minima al convivente economicamente più debole che scatta soltanto se non è in grado di far fronte alle spese minime per assicurarsi una vita dignitosa, a differenza di quanto accade per l'unito civilmente che si trova nella stessa situazione, il quale invece vanta il diritto all'emolumento divorzile. In sostanza, la tutela del convivente al momento dello scioglimento del rapporto è solo di tipo assistenziale-minimo rispetto a quella accordata all'Unito civilmente.

La disparità di trattamento agli occhi del Legislatore del 2016 sarebbe giustificata sulla base della – asserita – ontologica differenza tra, da un lato, la

⁹ In particolare, la Suprema Corte (Cass. 23 luglio 2021 n. 21247; Cass. 28 aprile 2020 n. 9263; Cass. 26 febbraio 2020 n. 5268) "ha ammesso la possibilità di prendere in considerazione ulteriori elementi correlati alla finalità solidaristica dell'istituto, tra i quali il periodo di convivenza prematrimoniale coevo al periodo di separazione che precede il divorzio, ancorché in tale lasso temporale permanga il vincolo coniugale", così Cass. Sez. un, 27 dicembre 2023 n. 35969.

convivenza *more uxorio*, e dall'altro lato, il matrimonio e l'unione civile, ove la prima, a differenza di quest'ultime formazioni sociali di tipo istituzionale, caratterizzate da un certo grado di stabilità, non sarebbe altro che una situazione di fatto scelta da chi intende sottrarsi ai doveri di carattere pregnante connessi al matrimonio (o unione civile) e riservarsi, invece, la possibilità di un *commodus discessus* in conseguenza dei caratteri di precarietà e revocabilità unilaterale *ad nutum* propri della convivenza di fatto¹⁰.

Sotto il profilo giurisprudenziale, invece, fra le varie, merita di essere richiamata una pronuncia della Suprema Corte in ambito penale¹¹, con la quale è stato interpretato in chiave funzionale l'art. 384 c.p. ("casi di non punibilità" con riferimento a taluni reati contro l'amministrazione della giustizia) in modo tale da estendere l'applicazione della norma anche ai conviventi *more uxorio*, nonostante il fatto che l'art. 307, comma 4, c.p., che definisce "i prossimi congiunti" in materia penale, non menzioni al suo interno il convivente di fatto (a differenza di quanto accade per l'Unito civilmente).

Ciò che rileva in questo caso è che la Corte di cassazione ha esteso la disciplina concernente soltanto il coniuge e l'Unito civilmente anche al convivente *more uxorio* mediante l'applicazione di un principio generale di matrice penale quale quello di inesigibilità di una condotta alternativa lecita (c.d. scusante). In sostanza, l'interprete in questo caso è andato oltre la lettera della norma (art. 307 comma 4 c.p.) al fine di assicurare una tutela minima al convivente *more uxorio*: che si traduce nella necessità di evitare che il convivente medesimo si trovi costretto a dover scegliere tra incriminare il proprio *partner* o, in mancanza, sé stesso (ad esempio per omessa denuncia ex artt. 361 c.p. ss.), venendo così assicurata la dignità della persona che altrimenti ne risulterebbe inevitabilmente compromessa.

10 Per una breve disamina del rapporto tra le formazioni sociali citate sia consentito un richiamo a DI NAPOLI, N.: "Una interpretazione *ultra litteram* dell'art. 2941, comma 1, c.c.", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, p. 1063.

11 Cass. pen., Sez. un., 16 marzo 2020 n. 10381, in *Foro it.*, 2021, 369 (richiamata anche dall'ordinanza in commento), in tale sede si è evidenziato che il turbamento psicologico che deriva "dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto" ex art. 384 c.p. è riscontrabile anche nelle convivenze di fatto, nonostante la lettera della norma si riferisca ai congiunti, ossia all'elenco previsto dall'art. 307, comma 4, c.p., che non contiene alcun riferimento ai conviventi di fatto. Altre pronunce da attenzionare sono Cass. 18 ottobre 2022 n. 30671, secondo cui: "Va rimessa alle Sezioni Unite della Corte di cassazione la questione di massima importanza circa la rilevanza, ai fini della quantificazione dell'assegno divorzile, non solo della durata del matrimonio, come espressamente previsto dalla legge ex art. 5, comma 6, l. 1 dicembre 1970 n. 898, ma anche di quella della convivenza *more uxorio* antecedente al medesimo, ancorché non espressamente previsto dalla legge divorzile, posto che nel recente quadro ordinamentale si è assistito ad un progressivo riconoscimento di una identità, dal punto di vista della dignità sociale, tra matrimonio e convivenza di fatto". V. anche Cass. 27 gennaio 2023 n. 2507, secondo cui: "Va disposta la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite per la soluzione del seguente quesito: se, ai fini del riconoscimento dell'assegno di cui all'art. 5 comma 6, l. n. 898/1970, nel caso di unione civile - conclusa ai sensi dell'art. 1, comma 25, l. n. 76/2016 - per la quale è stato pronunciato lo scioglimento, sia possibile valutare i fatti intercorsi tra le parti, anteriori alla costituzione dell'unione stessa".

Infine, nel 2023, la Suprema Corte¹² prendendo spunto dalla dottrina¹³ ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 230 bis comma 3 c.c. (impresa familiare) nella parte in cui non include nel suo campo di applicazione il convivente *more uxorio* dell'imprenditore, relegando quest'ultimo nell'alveo della disciplina sfavorevole del successivo art. 230 ter c.c. (diritti del convivente), per violazione, fra le varie, del principio solidaristico ex art. 2 Cost.

La citata dottrina, in parte recepita all'interno della pronuncia menzionata, evidenzia le criticità di una differenziazione di regolamentazione normativa tra, da un lato, le convivenze di fatto, e, dall'altro lato, il matrimonio e l'unione civile, basata – quasi apoditticamente – su una asserita ontologica differenza tra gli istituti de *quibus* (sul punto ci si soffermerà ulteriormente *infra* al par. IV).

Preme evidenziare che le citate pronunce sono espressione della presa d'atto da parte della giurisprudenza del mutamento socio-culturale che vede una progressiva crescita delle convivenze *more uxorio* e una fuga dalla tradizionale formazione sociale del matrimonio¹⁴ (o unione civile) e, dunque, della conseguente necessità di adeguare, sul piano ermeneutico, l'assetto normativo esistente in modo tale da rispondere alle attuali esigenze di tutela in chiave solidaristica della persona, sia come singolo, sia all'interno delle formazioni sociali (*rectius* all'interno delle convivenze di fatto).

Risulta – oggi più che mai – condivisibile l'affermazione di quella parte di dottrina che afferma come “non esista più un modello unico, generale ed immutabile di famiglia¹⁵” (il che risponde ad una sempre più avvertita esigenza della società contemporanea).

12 Cass., Sez. un, 18 gennaio 2024 n. 1900, secondo cui: “È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 230 bis c.c. nella parte in cui non include nel terzo comma il convivente *more uxorio* quale familiare legittimato a beneficiare della disciplina dell'impresa familiare prevista dal comma 1, per violazione degli artt. 2, 3, 4, 35 e 36 Cost., nonché dell'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento agli artt. 8 e 12 CEDU”.

13 GRAZIANI, G.A., “L'impresa familiare”, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. RESCIGNO), Torino, 1996, p. 674; BALESTRA, L.: “La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione”, *Famiglia e diritto*, 2016, 919 ss.; GORGONI, A.: *Le convivenze “di fatto” meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, AA.VV., in *Unioni civili e convivenze di fatto*, L. 20 maggio 2016 n. 76 (a cura di GORGONI, SANTARCANGELO DI ROMAGNA), 2016, p. 204 ss.; PALMERI, G.: *Regime patrimoniale della famiglia - Art. 230 bis*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2004, p. 81 ss.; AULETTA, T.: “Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?”, *Leggi civili commentate*, 2016, p. 394 ss.; QUADRI, G., “Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230 ter c.c.”, *Nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 590; ROMEO, F.: “Impresa familiare e rapporti di convivenza: art. 230 bis c.c. versus art. 230 ter c.c.”, *Studium iuris*, 2018, p. 289 ss.; DI ROSA, G.: “Della famiglia”, in *Commentario del Codice civile* (diretto da ZATTI), Milano, 2018, p. 1743; CUCINOTTA, L.: “L'impresa familiare tra uniti civilmente e conviventi *more uxorio*: profili critici nel dibattito per le uguaglianze”, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, (a cura di ROMEO), Napoli, 2018. Si rinvia anche a DI NAPOLI, N.: “Per una interpretazione integrativa e costituzionalmente conforme dell'art. 230 ter c.c.”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, p. 1042.

14 Così in sostanza in un'interessante intervista RIMINI, C.: “Perché non ti sposi? Il matrimonio visto dall'avvocato Carlo Rimini”, www.vanityfair.it.

15 Così CUCINOTTA, L.: “L'impresa familiare tra uniti civilmente”, cit., p. 147. Si consiglia anche la lettura di PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 355 ss., in

IV. PRINCIPIO SOLIDARISTICO, CONVIVENZE MORE UXORIO E ASSEGNO DIVORZILE. SPUNTI DI RIFLESSIONE.

Fino ad ora ci si è limitati a scandire i recenti interventi normativi e giurisprudenziali più rilevanti in materia di assegno divorzile e convivenze di fatto. Proveremo ora a svolgere talune considerazioni partendo da due dati che possono in un certo qual modo ritenersi come acquisiti alla luce di quanto si è detto.

Innanzitutto, emerge come la giurisprudenza interpreti – la legge in generale e in particolare – la normativa in tema di assegno divorzile alla luce del principio di solidarietà, il che ha dato luogo a numerose e variegate conseguenze imprevedibili fino a solo dieci anni fa (si pensi, ad esempio, alla revoca dell'assegno divorzile in caso di nuova convivenza *more uxorio*; alla natura anche perequativa dell'emolumento divorzile etc...).

In secondo luogo, non può trascurarsi il fatto che è in atto una progressiva erosione, più o meno ampia a seconda della prospettiva adottata, dei confini – ormai apparentemente labili¹⁶ – tra, da un lato, le convivenze di fatto, e, dall'altro lato, il matrimonio e l'unione civile (v. da ultimo la decisione¹⁷ sull'impresa familiare sopra menzionata). Depongono in tal senso, oltre alle varie pronunce citate nel corso del presente scritto (v. *supra* par. II e III), la valorizzazione di taluni indici normativi tra cui: - la stessa legge Cirinnà che ha attribuito una dignità normativa-giuridica alla convivenza *more uxorio* definendola come “due persone unite stabilmente (avverbio, questo, da non trascurare) da legami affettivi”; - l'art. 8 par. I CEDU¹⁸ (diritto al rispetto alla vita privata e familiare), che ricomprende nel suo campo di applicazione anche la famiglia in senso sociale, purché sussista l'effettività di stretti e comprovati legami affettivi;- l'art. 2 Cost. quale fondamento normativo-costituzionale delle famiglie di fatto¹⁹.

tema di “pluralità di modelli familiari”. La tesi citata si contrappone a quella che tradizionalmente identifica la famiglia in senso tecnico sulla base del vincolo matrimoniale.

16 Così DI NAPOLI, N.: “Per una interpretazione integrativa e costituzionalmente conforme dell'art. 230 ter c.c.”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, p. 1042 ss.

17 Cass., Sez. un, 18 gennaio 2024 n. 1900.

18 Sull'art. 8 CEDU v. TOMASI, L.: “La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu”, www.questionegiustizia.it, secondo cui: “La Corte ha, tuttavia, costantemente riconosciuto agli Stati contraenti la facoltà di accordare una ‘tutela privilegiata’ alle coppie unite in matrimonio, affermando che l'art. 8 Cedu non obbliga ad attribuire alle coppie di fatto uno statuto giuridico analogo a quello delle coppie coniugate e ritenendo ammissibili differenze di trattamento in materia di benefici previdenziali (cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, 30 agosto 1993, G.A.B. c. Spagna, ric. n. 21173/93; 4 marzo 1998, Quintana Zapata c. Spagna, ric. n. 34615/97), di diritto di abitazione della casa familiare dopo la rottura del rapporto di coppia (v. Corte Edu, 26 gennaio 1999, Saucedo Gómez c. Spagna (dec.), ric. n. 37784/97), di diritto alla pensione per superstiti. Correlativamente, la Corte ha affermato che l'art. 12 Cedu, pur garantendo la libertà negativa di non sposarsi, non assicura alle coppie che compiano tale scelta il diritto a fruire degli stessi benefici accordati alle coppie coniugate (Sentenza *Marckx c. Belgio*, cit., § 67; Commissione europea dei diritti dell'uomo, 15 marzo 1984, B, R e J c. Repubblica Federale Tedesca, ric. n. 9639/82).

19 PERLINGIERI, P.: “Il diritto civile nella legalità costituzionale, vol. III”, cit., p. 355 ss.

Ciò posto, relazionando questi due fattori, ossia la valorizzazione del principio solidaristico – specie in tema di assegno divorzile – e il progressivo avvicinamento sul piano giuridico e sociale delle convivenze di fatto alle formazioni sociali di stampo tradizionale, appare legittimo, nonché a nostro avviso dovuto, al di là della soluzione a cui ciascuno può giungere, interrogarsi sulle ragioni dell'assenza di una previsione normativa volta ad assicurare una tutela solidaristica post-convivenza *more uxorio* di tipo compensativo-perequativo, simile all'assegno divorzile in materia di divorzio e scioglimento dell'unione civile.

In altri termini, occorre chiedersi se la valorizzazione del principio di solidarietà possa giustificare il riconoscimento di un emolumento in favore del convivente economicamente più debole a seguito dello scioglimento della formazione sociale – che comunque abbia avuto una certa durata e sia stata oggetto di dichiarazione anagrafica – volto a compensarlo dei sacrifici compiuti per il sostentamento della comunità in di tipo familiare e di cui abbia beneficiato l'altro *partner*.

Così inquadrato l'oggetto di indagine è possibile ora svolgere talune considerazioni, non senza aver ripreso brevemente le ragioni che hanno spinto il Legislatore a compiere determinate scelte, nonché il contesto in cui queste sono state adottate, in modo tale da poter testare la loro tenuta alla luce dell'attuale sistema ordinamentale.

Innanzitutto, come anticipato, il Legislatore del 2016 non ha esteso la disciplina dell'assegno divorzile all'ipotesi di scioglimento della convivenza di fatto, riconoscendo soltanto una tutela meramente assistenziale-minima sotto la forma degli alimenti.

Tale scelta risponde alla visione del Legislatore dell'epoca circa la marcata differenza esistente tra una formazione sociale stabile come il matrimonio (o l'unione civile), che meriterebbe un elevato grado di tutela, e le convivenze di fatto precarie che, in quanto tali, non possono parimenti beneficiare della medesima protezione da parte dell'ordinamento.

In sostanza, nella logica del Legislatore, la possibilità per il convivente di potere recedere unilateralmente *ad nutum* dal rapporto²⁰, andrebbe controbilanciata con una *deminutio* di tutela rispetto a quanto previsto per il coniuge e l'unito civilmente che sono invece legati al *partner* da un vincolo più solido.

20 Cfr. DI ROSA, G.: "Della famiglia", cit., p. 1755. V. anche Cass. 2 maggio 1994 n. 4204, emblematica sul punto: "il matrimonio è un istituto fondamentale del diritto, da cui discendono conseguenze perenni e ineludibili. La convivenza, invece, è una situazione di fatto scelta da chi intende sottrarsi ai doveri di carattere pregnante connessi al matrimonio e riservarsi, invece, la possibilità di un *commodus discensus* in conseguenza dei caratteri di precarietà e revocabilità unilaterale *ad nutum* propri della convivenza di fatto. Pertanto, non può ravvisarsi una parità di situazioni".

Si tenga peraltro a mente il fatto che all'epoca il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di assegno divorzile riconosceva a quest'ultimo una funzione prettamente assistenziale, da parametrarsi sulla base "del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio". Tale circostanza può aver indotto il Legislatore a riconoscere una tutela post-rapporto di tipo assistenziale-ampia ("medesimo tenore di vita") all'unione civile, relegando alla convivenza *more uxorio* una tutela assistenziale-minima (alimenti per assicurare una vita dignitosa), in ragione delle differenze strutturali sopra evidenziate (stabilità *versus* precarietà) e ritenute dirimenti.

In altri termini, al momento dell'emanazione della legge Cirinnà nel panorama normativo-giurisprudenziale non si poneva un problema di tutela solidaristica post-scioglimento della relazione, qualunque essa fosse.

Ad ogni modo, il Legislatore del 2016 non è arrivato al punto di escludere espressamente la possibilità che venga corrisposto al *partner* economicamente più debole un emolumento, rimettendo, tuttavia, tale eventualità all'autonomia negoziale delle parti²¹.

Tanto ripreso, la tenuta dell'impianto normativo in commento deve essere ora sondata alla luce dell'evoluzione sociale, culturale e giuridica degli ultimi anni (di cui si è accennato nei paragrafi precedenti).

Innanzitutto, sotto il profilo del metodo²², è possibile evidenziare che fondare una diversificazione di tutela tra, da un lato, la convivenza di fatto, e, dall'altro lato, il matrimonio (e l'unione civile) sulla base dell'asserita ontologica differenza tra le stesse (precarietà *versus* stabilità) – al di là della criticabilità di detta affermazione per le ragioni di cui si è detto²³ – non sempre si concilia con i principi generali che permeano l'ordinamento giuridico, dando di contro spesso luogo a risultati ed effetti talvolta per certi versi irragionevoli.

A supporto di quanto detto è possibile brevemente richiamare a titolo esemplificativo la mancata estensione alla convivenza *more uxorio* con dichiarazione anagrafica – caratterizzata da una certa stabilità – del regime di sospensione della

21 Sui contratti di convivenza v. OBERTO, G.: "I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi", 2004, www.giacomooberto.it; OBERTO, G.: "La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza", 2016, www.giacomooberto.it; OBERTO, G.: "La famiglia di fatto. introduzione alla riforma cirinnà", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, p. 709 ss.

22 Si consiglia la lettura di PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. I, *Metodi e Tecniche*, Napoli, 2020.

23 Si rammenta, per mera cortesia al lettore, la circostanza (non irrilevante) che è lo stesso Legislatore a riconoscere il carattere della stabilità alle convivenze *more uxorio* con dichiarazione anagrafica (art. 1 co. 35-36 l. 20 maggio 2016 n. 76).

prescrizione tra coniugi (o Uniti civilmente) ex art. 2941, comma 1, n. 1 c.c.²⁴. Detta norma – prevedendo la sospensione della prescrizione tra i *partner* – in sostanza ha la funzione di assicurare “la salvaguardia della pace familiare (in senso lato)”²⁵. In mancanza di una simile previsione normativa si correrebbe il rischio che il membro della coppia si trovi costretto a dover compiere atti interruttivi nei confronti dell'altro (al fine di tutelare i propri diritti) facendo così sorgere conflitti interni idonei a intaccare il *ménage* familiare (in senso lato). La mancata estensione di tale disciplina alle convivenze *more uxorio* finisce per minare, di fatto, la stabilità delle stesse (la “pace familiare”), con conseguente lesione dell'art. 2 Cost. che tutela tali formazioni sociali.

Altro esempio che può essere qui riportato a supporto di quanto affermato è quello relativo alla lamentata incoerenza sistematica dell'art. 230 ter c.c., di cui si è detto, che riconosce al convivente *more uxorio* dell'imprenditore una *deminutio* di tutela rispetto a quella riconosciuta ex art. 230 bis c.c. al coniuge (o unito civilmente) dell'imprenditore, in violazione degli artt. 2, 3, 4 e 35 Cost. Circostanza, questa, non a caso oggetto in questo momento di questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta²⁶.

Né possono ignorarsi le problematiche connesse alla tutela previdenziale in materia di convivenze di fatto che meritano, stante la complessità della materia, una trattazione separata.²⁷

Non appare nemmeno priva di rilievo la circostanza che è mutata la funzione assolta dall'assegno divorzile, il quale si è arricchito di una componente anche perequativa. Tale circostanza, non può e non deve essere sottovalutata. Immaginiamo che venga costituita una convivenza *more uxorio* con dichiarazione anagrafica. Ipotizziamo che questa convivenza abbia una durata di trent'anni durante la quale uno dei conviventi, in nome della famiglia (in senso lato) rinuncia al proprio lavoro, così da poter seguire all'estero il *partner* e dedicarsi al *ménage* “familiare”. Infine, assumiamo che all'esito di questi trent'anni vi sia lo scioglimento della coppia. In tal caso, negare una tutela solidaristica mediante la corresponsione di un emolumento compensativo in favore del convivente che ha effettuato detti

24 Per una più approfondita analisi della questione sia consentito rinviare a DI NAPOLI, N.: “Una interpretazione ultra litteram dell'art. 2941, comma 1, n. 1 c.c.”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, p. 1042, che si è occupato della questione.

25 Cfr. sul punto Cass. 2 novembre 2022 n. 32212; Cass. 5 maggio 2016 n. 8987; Cass. 4 agosto 2018 n. 24160; Cass. 2 novembre 2022. V. anche DI LORENZO, G.: “La prescrizione, Artt. 2941-2963”, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger (diretto da F.D. BUSNELLI), Milano, 2014, p. 4 ss.; BAUDRY-LACANTINIERE, G.- TISSIER, A.: *Trattato teorico pratico di diritto civile. della prescrizione*, Milano, 1920, p. 28.

26 Cass., Sez. un, 18 gennaio 2024 n. 1900.

27 Sulle problematicità connesse alla tutela previdenziale in materia di convivenza *more uxorio* v. PISTORE, G.: “Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi”, *Biblioteca '20 maggio'*, 2/2017, p. 483 ss.; v. anche PRUSSIANI, C.: “I rapporti di convivenza: l'evoluzione del fenomeno, dalla prassi al recepimento normativo, e la possibilità di una chiave di lettura unitaria”, *Jus vita e pensiero*, 2023.

sacrifici appare illogico, ancora prima che criticabile giuridicamente sotto diversi profili. Si creerebbe di fatto una ingiustificata disparità di trattamento tra la tutela della persona del convivente rispetto a quella del coniuge (o dell'unito civilmente) che ha compiuto le medesime scelte ma all'interno del matrimonio (o unione civile).

Negare una simile tutela sulla base del fatto che la convivenza sarebbe ontologicamente precaria non appare convincente²⁸. Possono esservi – paradossalmente – ipotesi di convivenze di fatto con dichiarazione anagrafica “più stabili” rispetto ad alcuni matrimoni (o unioni civili). È ormai superata l'idea del matrimonio quale vincolo indissolubile che lega la coppia fino alla morte di uno dei due. La circostanza che il Legislatore abbia previsto forme di scioglimento brevi ed agevolate del matrimonio²⁹ sembra deporre in tal senso.

È lo stesso Legislatore, peraltro, che definisce le convivenze *more uxorio* con dichiarazione anagrafica come “due persone stabilmente (si ripete: stabilmente) unite da legami affettivi”.

In sostanza, la stabilità della relazione è ormai ritenuta insita³⁰ anche nelle convivenze con dichiarazione anagrafica in maniera non dissimile (con le dovute differenze) rispetto a quanto emerge dal matrimonio (o unione civile). Ciò posto, la tutela solidaristica post-rapporto di tipo perequativo³¹ dipende dalla necessità o meno di compensare il *partner* economicamente più debole dei sacrifici compiuti

28 Non occorre dimenticare quanto già segnalato in precedenza, vale a dire che è lo stesso Legislatore all'art. 1 co. 36 della c.d. legge Cirinnà a definire le convivenze di fatto con dichiarazione anagrafica quali persone unite “stabilmente” da legami affettivi.

29 Si pensi peraltro al fatto che l'istituto della separazione non è stato esteso alle Unioni civili, il che è sintomatico del fatto che una volta che viene in rilievo una rottura della coppia, essa difficilmente viene risanata e, quindi, è opportuno prevedere procedure snelle e rapide (nei limiti del possibile). Sul tema del divorzio breve è possibile richiamare l'interessante analisi svolta sulla normativa *de qua* da LOMBARDI, R.: “Si abbrevia la distanza tra separazione e divorzio: la l. 6 maggio 2015 n. 55”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, p. 325, la quale afferma che non appare quindi lontana della realtà l'affermazione di chi ritiene inevitabile l'introduzione nel nostro ordinamento del c.d. divorzio diretto; cfr. sul tema anche GIORDANO, R.: “Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve”, *www.giustiziacivile.com*; RIMINI, C.: “Il nuovo divorzio”, *Tratt. dir. civ. comm.* CICU-MESSINEO, Milano, 2015.

30 La solidarietà è insita nelle convivenze *more uxorio* (che invero trovano il loro referente costituzionale nell'art. 2 Cost.), da cui scaturiscono obblighi di assistenza, non solo materiale, ma anche morale (co. 36 l. Cirinnà). Si pensi, fra le varie, all'estensione ai conviventi *more uxorio* dei diritti spettanti al coniuge nei casi stabiliti dall'ordinamento penitenziario (co. 38), al diritto di visita e assistenza nel caso di ricovero ospedaliero (co. 39), alla facoltà di designare il convivente quale rappresentante in caso di malattia o morte (co. 40) e alla possibilità di permanere nella casa di comune residenza dopo la morte del convivente proprietario (co. 42). Come evidenziato da PISTORE, G.: “Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi”, *Biblioteca '20 maggio'*, 2/2017, p. 486 ss.

31 Sulla minore rilevanza della stabilità all'interno dell'ordinamento in generale cfr. PRUSSIANI, C.: “I rapporti di convivenza”, cit., p. 149, secondo cui: in sede di accertamento dei reati endofamiliari, si segnala un orientamento che ricomprende dentro il perimetro della convivenza rapporti di “breve durata, instabili e anomali”, ritenendo sufficiente la prova di “una prospettiva di stabilità” e di “un'attesa di reciproca solidarietà” tra *partner* quale che sia l'esito in concreto della relazione: con riferimento alla configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia, Cass., pen., 11 maggio 2022, n. 36194, *Diritto e Giustizia*, 2022, con nota di LEVOLELLA, A.: “Tratta la compagna come una sua proprietà e le fa tatuare il proprio nome sul viso: condannato per maltrattamenti in famiglia”;

in favore della comunità di tipo familiare. Negarla si tradurrebbe nella lesione della sua dignità.

Una simile tutela andrebbe dunque negata là dove nel caso concreto dovesse mancare il comune denominatore della stabilità del rapporto, che ne costituisce dunque il presupposto – non solo logico ma anche – giuridico. In altri termini, là dove difetti la stabilità della relazione, difficilmente verranno in rilievo esigenze di tutela solidaristica, posto che è ragionevole ritenere che proprio in virtù di tale mancanza non siano stati compiuti sacrifici in nome della comunità *lato sensu* familiare. Al contrario, in presenza di una relazione stabile è certamente più verosimile che uno dei due *partner* compia delle scelte di cui l'altro ne trae beneficio (es. rinunciare al lavoro per seguire il convivente all'estero).

In definitiva, se è vero (come è vero) che è ravvisabile una certa stabilità nelle convivenze di fatto – come del resto ricavabile tanto sul piano normativo (art. 1 co. 36 l. Cirinnà) quanto su quello empirico³² – una tutela solidaristica-compensativa non può ragionevolmente essere negata là dove ne sussistano i presupposti (cioè sacrifici compiuti in favore dell'altro).

La persona, in quanto tale, merita dunque una tutela energica e solidale, cosa che il Legislatore del 2016 ha mancato di assicurare a pieno.

Il Legislatore in maniera per certi versi “salomonica”, piuttosto che scegliere tra il negare *in toto* una tutela post scioglimento della relazione di fatto oppure riconoscerla al pari delle altre formazioni sociali (matrimonio e unione civile), o in maniera analoga ad esse (ad esempio prevedendo una liquidazione *à tantum*), ha adottato una soluzione mediana riconoscendo soltanto gli alimenti³³ in favore del convivente economicamente debole. Previsione, questa, come evidenziato, a nostro avviso insufficiente e contrastante con l'odierno panorama sociale, culturale e normativo-giurisprudenziale.

Obiettare che i conviventi possono prevedere all'interno dei contratti di convivenza una tutela solidaristica per il *partner* economicamente più debole al momento dello scioglimento del rapporto non appare convincente, quantomeno per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, su di un piano socio-culturale occorre evidenziare che in Italia difficilmente la coppia, nel momento in cui nasce, ha la lungimiranza, o, comunque, il buon senso di provare a regolamentare un'eventualità ai loro occhi futura,

32 Cfr. dati ISTAT del 2023 sul numero di convivenze e matrimoni ripresa dal noto quotidiano Sole24ore: www.ilssole24ore.com/art/istat-2022-aumentati-matrimoni-ma-2023-tornano-calare-AF7qlg6B?refresh_ce&nof.

33 Sugli alimenti v. BIANCA, C.M: *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano, 2014, p. 481, il quale evidenzia che gli alimenti hanno di regola causa nella solidarietà familiare.

improbabile e negativa, quale è la rottura del rapporto. Situazione, questa, diversa da quanto invece accade negli Stati Uniti di America ove accordi di questo tipo sono radicati nella loro cultura (c.d. *prenuptial agreements*³⁴). Iniziare un rapporto discutendo delle conseguenze che vi saranno in caso di un suo eventuale e futuro scioglimento può risultare controproducente, rischiando di provocare conflitti interni alla coppia sin dal momento della sua costituzione³⁵.

In secondo luogo, rimettendo tutto nelle mani dell'autonomia negoziale si corre il rischio di favorire abusi da parte del *partner* economicamente più forte, il quale difficilmente acconsentirà ad una simile previsione, o comunque, soltanto a condizioni non particolarmente sfavorevoli alla sua posizione patrimoniale.

L'autonomia negoziale è per certi versi centrale nel nostro ordinamento ma non può essere affidata a quest'ultima *l'an* ed il *quantum* di una tutela solidaristica minima³⁶ che l'art. 2 Cost. impone in funzione della tutela della persona³⁷, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali³⁸ (nella fattispecie la corresponsione di un emolumento di tipo perequativo-compensativo). Invero, con riguardo al matrimonio e alle unioni civili ciò non è ammesso³⁹.

In sostanza, oggi il convivente *more uxorio* che ad esempio ha rinunciato al suo lavoro in nome della comunità familiare non gode al momento dello scioglimento del rapporto di una tutela solidaristica-compensativa (a differenza del coniuge e dell'unito civilmente) dei sacrifici da lui compiuti, non esistendo validi, efficaci ed equi strumenti di tutela, di là del contratto di convivenza con tutte le criticità che

34 In materia v. MINEO, J.: "Gli accordi preventivi della crisi coniugale: evoluzioni giurisprudenziali e riflessioni prospettiche", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2022, p. 1708 ss.; GIAIMO, G.: "Riflessioni sparse, in chiave comparatistica, sugli accordi prematrimoniali", *diritto della famiglia e delle persone*, 2021, p. 261 ss.; OBERTO, G.: "Gli accordi stipulati prima delle nozze in vista del divorzio alla luce delle evoluzioni normative e giurisprudenziali degli ultimi anni", www.giacomooberto.it.

35 Il ragionamento è analogo a quello utilizzato di recente per superare il problema del pactum fiduciae, il quale in passato, secondo la giurisprudenza, doveva necessariamente essere concluso per iscritto, il che di fatto si traduceva in una – paradossale – assenza di fiducia nei confronti del fiduciario da parte del fiduciante. Sul tema v. Cassazione civile, Sez. un., 06 marzo 2020 n.6459, secondo cui: "Il patto fiduciario che obblighi a un trasferimento immobiliare non deve farsi per iscritto, poiché, attese le differenze con il contratto preliminare e il carattere eccezionale dell'art. 1351 c.c., quest'ultima norma non trova applicazione".

36 Rossi, E.: "Art. 2", cit., p. 55-56, secondo cui "la solidarietà non può ritenersi dipendente dalla volontà di coloro che la soddisfano ma va concepita come un diritto dei destinatari di essa".

37 Rossi, E.: "Art. 2", cit., p. 55-56, secondo cui il principio di solidarietà contribuisce a garantire un livello minimo di omogeneità; si parla di doveri inderogabili nel senso che è chiesto ai consociati l'assolvimento di tutti quei doveri che l'appartenenza ad una società richiede sul piano prima ancora che giuridico, morale e politico.

38 PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 456 ss. secondo cui l'autonomia negoziale trova fondamento, ma allo stesso tempo limite, anche e non solo, nell'art. 2 Cost.

39 Sulla indisponibilità dell'assegno divorzile v. MINEO, J.: "Gli accordi preventivi della crisi coniugale", cit., p. 1708 ss. In giurisprudenza v. Cass. 20 maggio 1985 n. 3080; Cass. 23 dicembre 1988 n. 7044; Cass. 11 dicembre 1990 n. 11788; Cass. 6 dicembre 1991 n. 13128; Cass. 4 giugno 1992 n. 6857; Cass. 20 marzo 1998 n. 2955; Cass. 18 febbraio 2000 n. 1810; Cass. 10 marzo 2006; Cass. 21 febbraio 2008 n. 4424.

ne derivano, il che si traduce in un sistema ordinamentale lesivo della dignità della persona in aperto contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost.⁴⁰.

Va pertanto condivisa l'affermazione⁴¹ secondo cui “la riforma del 2016 s'è illusa di poter liquidare la questione dei rapporti patrimoniali tra conviventi dettando norme in tema di contratti di convivenza”.

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

In questa sede non si vuole affermare, quale impostazione di mero principio, che la convivenza *more uxorio* debba essere equiparata sul piano giuridico al matrimonio e che pertanto debba essere ad essa riconosciuta una tutela solidaristica-compensativa alla stregua di una sorta di assegno divorzile (in senso lato). Al contrario, ciò che si vuole evidenziare è che a nostro avviso l'attuale assetto ordinamentale (causa), per esigenze di coerenza ed unitarietà dello stesso⁴², alla luce dell'evoluzione socio-culturale e normativa-giurisprudenziale dell'ultimo decennio, spinge nella direzione della necessità che una simile forma di tutela (o equivalente) venga riconosciuta alla persona del convivente di fatto (effetto) al momento dello scioglimento della formazione sociale.

È innegabile che il principio solidaristico mira ad assicurare una tutela minima della persona⁴³ all'interno della formazione sociale⁴⁴ che – in assenza di alternative per certi versi valide ed efficaci – non può che esplicarsi attraverso un emolumento che per ovvi motivi non deve necessariamente assumere il *nomen iuris* di “assegno

40 Preme evidenziare che nell'ordinamento spagnolo si riconosce al convivente economicamente più debole la facoltà di agire direttamente nei confronti dell'altro con l'azione di ingiustificato arricchimento purché sussistano i seguenti presupposti: 1) il patrimonio di un membro aumenta mentre quello dell'altro subisce una diminuzione (un miembro experimenta un enriquecimiento o aumento de patrimonio mientras que el otro sufre un empobrecimiento); 2) l'arricchimento non ha alcuna giustificazione causale (No hay justificación para este enriquecimiento de uno sobre el otro); 3) uno dei membri della coppia si occupa esclusivamente ai figli e al *ménage* familiare con conseguente sacrificio della propria carriera lavorativa (Uno de los miembros se dedica exclusivamente al hogar y a los hijos, lo que les impide tener expectativas laborales o empresariales); uno dei membri della coppia lascia il proprio lavoro e l'altro trae vantaggio da questa situazione (Uno de los miembros abandona su trabajo y la otra parte de la pareja de hecho se aprovecha de esta situación). Così Tribunal Supremo sentencias 306/2011 de 6 de mayo de 2011 e 584/2014 de 16 de octubre de 2014 e la 17/2018 de 15 de enero de 2018. In Italia, però, la medesima strada non sembra agevolmente percorribile. Si pensi, fra tutte, alla difficoltà di qualificare il “danno” ex art. 2041 c.c. in termini di “mancato guadagno” e le problematiche connesse al campo di applicazione generale dell'istituto che non sembrano essere state definitivamente risolte (v. da ultimo Cass. 5 dicembre 2023 n.33954).

41 OBERTO, G.: “La famiglia di fatto. Introduzione alla riforma cirinnà”, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, p. 709 ss.

42 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. II, *Fonti e interpretazioni*, Napoli, 2020.

43 Non son tollerabili sacrifici da parte del singolo in nome del sodalizio v. PRUSSIANI, C.: “I rapporti di convivenza”, cit., p. 149

44 Sul punto Cass., Sez. un., 27 dicembre 2023 evidenza che: “Può quindi concludersi che nella giurisprudenza di legittimità risulta già ampiamente presente il riconoscimento dell'unione di fatto quale modello di relazione familiare dalla cui instaurazione scaturiscono a carico dei conviventi obblighi di solidarietà morale e materiale”.

divorzile”, ben potendo, nell’ottica di salvaguardare la forma e le apparenze, essere denominata a titolo meramente esemplificativo “compensazione di fine relazione”.

Non va sottovalutato il fatto che sono passati soltanto otto anni dalla entrata in vigore della legge Cirinnà e che statisticamente le convivenze *more uxorio* stanno aumentando, specie nei giovani-adulti (fascia 30-40 anni) a dispetto del numero di matrimoni che è in calo⁴⁵. Non è quindi del tutto prerogrina l’idea che nei prossimi trent’anni comincino a sorgere sempre di più problematiche di questo tipo: cioè richieste di tutela solidaristica da parte del convivente economicamente più debole che abbia compiuto sacrifici in nome della comunità di tipo familiare, di cui il *partner* ha beneficiato. Non sarebbe forse opportuno farsi trovare pronti?

Vero è che si corre il rischio di favorire l’erosione delle differenze previste dal Legislatore del 2016 in punto di disciplina normativa tra le convivenze di fatto ed il matrimonio (o unione civile), che comunque rientra tra le prerogative della legislazione di ciascun Stato aderente alla CEDU⁴⁶, ma il compito dell’interprete è quello di valutare la coerenza sistematica di una data disposizione normativa, non già isolatamente, ma nel complessivo quadro dell’unitario sistema italo-europeo delle fonti⁴⁷.

In altri termini, prendendo isolatamente in esame il mancato riconoscimento di una tutela solidale post-relazione al convivente economicamente debole si potrebbe essere ragionevolmente indotti a ritenere legittima una simile scelta, in quanto prerogativa del Legislatore (come affermato dalla Corte EDU), il quale muove dalle differenze strutturali in termini di stabilità/precarietà rispetto al matrimonio (o l’unione civile).

Di contro, se si allargano i confini dell’indagine e si analizza tale – mancata – previsione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità⁴⁸ in materia di assegno divorzile e principio di solidarietà, vengono in rilievo i sopra evidenziati dubbi di coerenza sistematica.

In mancanza di strumenti alternativi validi ed efficaci idonei ad assicurare una tutela solidaristica-minima, una “compensazione di fine relazione” andrebbe riconosciuta al convivente che abbia compiuto sacrifici in nome della comunità di tipo familiare.

45 I dati sono ricavati da un’indagine ISTAT del 2023 ripresa dal noto quotidiano Sole24ore: www.ilsale24ore.com/art/istat-2022-aumentati-matrimoni-ma-2023-tornano-calare-AF7qlg6B?refresh_ce&nof. V. anche RIMINI, C.: “Perché non ti sposi? Il matrimonio visto dall’avvocato Carlo Rimini”, www.vanityfair.it. Le stesse Sezioni Unite in Cass. 27 dicembre n. 35969 evidenziano i: “mutamenti intervenuti nella realtà sociale, caratterizzata ormai da un’ampia diffusione di forme più o meno stabili di convivenza di fatto”.

46 Così Commissione europea dei diritti dell’uomo, 30 agosto 1993, G.A.B. c. Spagna, ric. n. 21173/93; 4 marzo 1998, Quintana Zapata c. Spagna, ric. n. 34615/97

47 PERLINGIERI, P.: “Il diritto civile nella legalità costituzionale, vol. II”, cit., p. I ss.

48 Si rinvia alle pronunce citate *supra* nei par. I-II-III.

A tal proposito – di là di un assai improbabile intervento del Legislatore nel prossimo futuro – detto risultato potrebbe essere raggiunto in due modi differenti.

Innanzitutto, si potrebbe ipotizzare di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 co. 65 della l. 20 maggio 2016 n. 76 nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di riconoscere, al momento della cessazione della convivenza, un emolumento post-relazione di fatto, anche in un'unica soluzione⁴⁹, avente una funzione perequativa-compensativa, da individuarsi, sia sotto il profilo dell'an che del *quantum*, applicando analogicamente i criteri dettati dall'art. 5 co. 6 l. 1 dicembre 1970 n. 898 (che sono espressione della funzione general-solidaristica dell'emolumento post-coniugale) nei limiti della loro compatibilità.

In alternativa, seguendo l'insegnamento di Autorevole dottrina⁵⁰ e della giurisprudenza costituzionale⁵¹, nell'ottica di favorire il controllo – di costituzionalità – diffuso, relegando quello accentrato ad *extrema ratio*, al fine di ottenere il medesimo risultato (anche in attesa di un eventuale intervento della Consulta) si potrebbe ipotizzare un'applicazione diretta del principio solidaristico (art. 2 Cost.) che porti ad una interpretazione "adeguatrice" (e appunto costituzionalmente conforme) dell'art. 1 co. 65 l. "Cirinnà". La giurisprudenza di legittimità non è nuova ad interpretazioni "adeguatrici" alla luce dei principi generali che permeano l'ordinamento⁵².

Al di là della soluzione che si preferisce, resta ferma la necessità a parere di chi scrive di assicurare una tutela solidaristica-compensativa anche al convivente di fatto, al quale spetterà l'onere di provare l'esistenza della convivenza stessa (mediante la c.d. dichiarazione anagrafica che assicura ex art. 1 co. 36 legge Cirinnà una certa "stabilità"), la sua durata, la condivisione di un programma comune di vita, nonché le rinunce compiute da uno in favore dell'altro e del *ménage* familiare.

L'auspicio è che le riflessioni fatte in questa sede possano contribuire a focalizzare l'attenzione sulla necessità di interpretare⁵³ il sistema ordinamentale

49 La legge Cirinnà si caratterizza per il fatto di riconoscere al convivente delle tutele "limitate temporalmente" (si pensi ad esempio all'assegnazione della casa familiare per un periodo non superiore a 5 anni). In quest'ottica la liquidazione in un'unica soluzione di un "compenso" ben si concilierebbe con la legge in commento.

50 PERLINGIERI, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012.

51 Cfr. Corte cost. 16 novembre 2001 n. 367, che critica l'operato del giudice rimettente per aver questo "omesso di verificare la concreta possibilità di attribuire alla norma denunciata un significato diverso da quello censurato e tale da superare i prospettati dubbi di legittimità costituzionale", non potendo essere di ostacolo "né il tenore testuale della norma (...) né la qualificazione in termini di diritto vivente della interpretazione oggetto di critica": così Cfr. PERLINGIERI, P.: "Interpretazione e legalità costituzionale", cit., p. 235.

52 A titolo esemplificativo si rinvia a quanto detto sopra alla nota n. 11.

53 L'interprete deve sempre farsi trovare pronto anche al fine di orientare il Legislatore, o comunque stimolarne la riflessione, in tematiche "delicate" come quella affrontata in questa sede (si pensi a quanto avvenuto in tema di fine-vita ove la tradizionale concezione circa l'assoluta indisponibilità del "bene-vita" è stata di recente "mitigata" dalla Consulta nel noto caso DJ Fabo in cui si è affermato, in sostanza, il diritto

in maniera unitaria, il che richiede un continuo e attento studio del quadro socio-culturale e normativo-giurisprudenziale, i quali sono in continua evoluzione.

di ciascuno, a determinate condizioni, ad avere una morte "dignitosa"). Sul punto v. la Corte Costituzionale, sentenza 25 settembre - 22 novembre 2019, n. 242, la quale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) - ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione -, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente".

BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN, E.: "La solidarietà post-coniugale a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16 bis, pp. 794-815.

APOSTOLI, A.: *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012.

AULETTA, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016 n. 76)", *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 398 ss.

BALESTRA, L.: "La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione", *Famiglia e diritto*, 2016, p. 919 ss.

BARBERA, A.: "Art. 2", *Commentario della Costituzione* (a cura di G. BRANCA), Bologna-Roma, 1975;

BAUDRY-LACANTINERIE, G.- TISSIER, A.: *Trattato teorico pratico di diritto civile. della prescrizione*, Milano, 1920, p. 28.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano, 2014, p. 481.

BORILLO, B.: "L'assegno di divorzio dopo l'intervento delle Sezioni Unite: la centralità del caso concreto", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020.

CUCINOTTA, L.: "L'impresa familiare tra uniti civilmente e conviventi *more uxorio*: profili critici nel dibattito per le uguaglianze", in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, (a cura di ROMEO), Napoli, 2018.

DI LORENZO, G.: "La prescrizione, Artt. 2941-2963", in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger (diretto da F.D. BUSNELLI), Milano, 2014, p. 4 ss.

DI NAPOLI, N.: "Convivenza *more uxorio* e revoca dell'assegno divorzile verso una rimeditazione del meccanismo revocatorio automatico", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, p. 73.

DI NAPOLI, N.: "Per una interpretazione integrativa e costituzionalmente conforme dell'art. 230 ter c.c.", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, p. 1042 ss.

DI NAPOLI, N.: "Una interpretazione ultra litteram dell'art. 2941, commai, n. 1 c.c.", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, p. 1063.

DI ROSA, G.: "Della famiglia", in *Commentario del Codice civile* (diretto da ZATTI), Milano, 2018, p. 1743.

GIAIMO, G.: "Riflessioni sparse, in chiave comparatistica, sugli accordi prematrimoniali", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, p. 261 ss.

GIORDANO, R.: "Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve", www.giustiziacivile.com.

GIUFFRÈ, F.: *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002.

GORGONI, A.: "Le convivenze 'di fatto' meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità", AA.VV., in *Unioni civili e convivenze di fatto*, L. 20 maggio 2016 n. 76, (a cura di GORGONI, SANTARCANGELO), 2016, p. 204 ss.

GRAZIANI, G.A.: "L'impresa familiare", in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. RESCIGNO), Torino, 1996, p. 674.

LEVOLELLA, A.: "Tratta la compagna come una sua proprietà e le fa tatuare il proprio nome sul viso: condannato per maltrattamenti in famiglia", *Diritto e Giustizia*, 2022.

LOMBARDI, R.: "Si abbrevia la distanza tra separazione e divorzio: la l. 6 maggio 2015 n. 55", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, p. 325.

MINEO, J.: "Assegno divorzile e diritto alla pensione di reversibilità: le modalità di corresponsione dell'assegno divorzile incidono sul riconoscimento di tale diritto?", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, p. 1017.

MINEO, J.: "Gli accordi preventivi della crisi coniugale: evoluzioni giurisprudenziali e riflessioni prospettiche", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2022, p. 1708 ss.

MISURALE, F.A.: "L'assegno divorzile sull'altalena dell'interpretazione", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019.

OBERTO, G.: "I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi", 2004, www.giacomooberto.com.

OBERTO, G.: "La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza", 2016, www.giacomooberto.it.

OBERTO, G.: "La famiglia di fatto. Introduzione alla riforma cirinnà", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, p. 709 ss.

OBERTO, G.: *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016 n. 76*, Torino, 2016, p. 60 ss.

OBERTO, G.: "Gli accordi stipulati prima delle nozze in vista del divorzio alla luce delle evoluzioni normative e giurisprudenziali degli ultimi anni", www.giacomooberto.it.

PALMERI, G.: *Regime patrimoniale della famiglia - Art. 230 bis*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2004, p. 81 ss.

PERLINGIERI, G., FREZZA, G., VIRGADAMO, P., CARAPEZZA-FIGLIA, G., CIPRIANI, N. *Manuale di diritto di famiglia*, Napoli, 2021.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale, vol. I, Metodi e Tecniche*, Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale, vol. II, Fonti e interpretazioni*, Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale, vol. III, Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 355 ss.

PERLINGIERI, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012.

PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2021, p. 456 ss.

PISTORE, G.: "Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi", *Biblioteca '20 maggio'*, 2/2017, p. 483 ss.

PRUSSIANI, C.: "I rapporti di convivenza: l'evoluzione del fenomeno, dalla prassi al recepimento normativo, e la possibilità di una chiave di lettura unitaria", *Jus vita e pensiero*, 2023.

QUADRI, G.: "Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230 ter c.c.", *Nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 590.

RIMINI, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giurisprudenza italiana*, Milano, 8-9, 2018, p. 1852.

RIMINI, C.: "Perché non ti sposi? Il matrimonio visto dall'avvocato Carlo Rimini", www.vanityfair.it.

RIMINI, C.: "Il nuovo divorzio", *Tratt. dir. civ. comm.* CICU-MESSINEO, Milano, 2015.

ROMEO, F.: "Impresa familiare e rapporti di convivenza: art. 230 bis c.c. versus art. 230 ter c.c.", *Studium iuris*, 2018, p. 289 ss.

ROSSI, E.: "Art. 2", in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Artt. 1-54, (a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI), Torino, 2006, pp. 38 ss.

SCHLESINGER, P.: "La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze", *Famiglia e diritto*, 2016, p. 846.

TOMASI, L.: "La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu", www.questionegiustizia.it.

VITALI, A.: "La funzione assistenziale dell'assegno di divorzio dopo le Sezioni Unite", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019.

VITERBO, F.G.: "L'an e il quantum dell'assegno di divorzio: una valutazione da effettuare in concreto", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017.



ARBITRAJE TESTAMENTARIO, DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA, LEGÍTIMA Y LEGITIMARIOS*

LAST WILL AND ARBITRATION, TESTAMENTARY DISPOSITION, RESERVE SHARES, FORCED HEIRS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 732-763

* El trabajo se enmarca en el Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación español "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) y en el PRIN 2022 - 2002S8PLB5- SH2 - "Private Autonomy in The European estate planning: Civil, Business and Comparative Law features of inheritance planning tools, and a reform proposal for the Italian Succession Law-CUP F53D23003690006.

Alfredo
FERRANTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: El artículo se dedica a interpretar el inciso "herederos no forzosos o legitimarios" del art. 10 de la Ley de arbitraje española relativo al arbitraje testamentario y, al mismo tiempo, quiere dar algunas instrucciones prácticas para redactar una disposición arbitral testamentaria que no sufra de patologías a la hora de su aplicación.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje testamentario; herencia; arbitraje; testamento; legítima; legitimarios.

ABSTRACT: *The paper is dedicated to interpreting the phrase "herederos no forzosos o legitimarios" of the art. 10 of the Spanish Arbitration Acts and, at the same time, it wants to give some instructions to draft properly a testamentary arbitration provision that does not suffer of pathologies at the time of its application.*

KEY WORDS: *Arbitration; last will; reserve shares; forced heirs.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.- II. LA LEGÍTIMA: UN CONCEPTO POTENCIALMENTE RELATIVO. ARBITRAJE TESTAMENTARIO UN CONCEPTO CLARO QUE DEBE SER ADECUADAMENTE PLASMADO EN UNA ADECUADA DISPOSICIÓN.- III. LA LEGÍTIMA ESTÁ DE FACTO INVOLUCRADA EN EL ARBITRAJE, PERO DEBE PERMANECER TUTELADA.- IV. LOS LEGITIMARIOS: PUEDEN QUEDAR EXCLUIDOS POR LA DISPOSICIÓN ARBITRAL, PERO EN LA PRÁCTICA ES COSA OPORTUNA QUE ESTÉN INVOLUCRADOS PARA PROTEGER SUS DERECHOS.- V. LA IMPORTANCIA Y LA DIFICULTAD DE UN ARBITRAJE PLASMADO EN UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA APROPIADA.- I. Remisión escueta al art. 10 LA.- 2. Elaboración de una disposición *ad hoc*.- A) Referencia expresa a la disposición legal que institucionaliza el arbitraje testamentario.- B) Regulación de algunos aspectos propedéuticos para no tener una disposición arbitral patológica.- C) Regulación del ámbito objetivo de aplicación.- D) Regulación relativa a la legítima y/o legitimarios.- E) Cautela *socini* .- VI. SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA ARBITRAL Y LA NULIDAD DEL TESTAMENTO.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.

El art. 10 de la Ley española de arbitraje (LA) ¹, al regular expresamente la posibilidad para el causante de prever un procedimiento arbitral relativo a su herencia, da lugar a una disposición unilateral peculiar² del testador. Este dispone que “también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”. Si bien la doctrina se ha dedicado a interpretar el arbitraje testamentario³, no existe un número excesivo de sentencias sobre el arbitraje testamentario, en efecto, son los mismos jueces que constatan “el prácticamente nulo tratamiento jurisprudencial⁴” del ámbito de aplicación del art. 10 LA y que usan esta constatación como justificación para

1 Ley núm. 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 309, de 26 de diciembre.

2 En este sentido, considera esta disposición testamentaria como un “negocio jurídico unilateral que se balancea entre dos aspectos, herero-imposición versus auto-sumisión”: COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, en AA.VV.: *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada* (dir. por A.J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN; coord. por A. NEIRA PENA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 194.

3 Para el estado del arte se remite a FERRANTE, A.: “El Arbitraje Testamentario del art. 10 de la Ley núm. 60/2003: necesidad de nuevo enfoque legislativo”, en AA.VV.: *Sucesión testada. Voluntad del causante e interpretación* (dir. por M. CARBALLO FIDALGO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2025, en prensa.

4 Se había pedido la nulidad de la disposición testamentaria desestimándose el recurso: STSJ Madrid núm. 6/2021, de 2 marzo 2021, 1ª Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJM:2021:23. En este caso se sostenía la presencia de un litisconsorcio pasivo necesario con el Notario otorgante el testamento y de la Institución a la cual se había remitido el arbitraje; otro aspecto era la inadecuación de la cuantía, aspectos ambos desestimados. Se remite más ampliamente a la doctrina que ha comentado la sentencia e: HINOJOSA SEGOVIA, R.: “Estimación de la anulación de un laudo arbitral por haber resuelto el árbitro cuestiones no sometibles en un arbitraje testamentario. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 1 de febrero de 2021”, *La Ley: Mediación y Arbitraje*, núm. 8, julio-septiembre 2021, p. 445 y ss.; GOMÁ LAZÓN, I.: “Imprudencia de la invalidez de la cláusula de sumisión a arbitraje predispuesto en testamento. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 2 de marzo de 2021”, *La Ley: Mediación y Arbitraje*, núm. 8, julio-septiembre 2021, p. 474 y ss.

• Alfredo Ferrante

Profesor Titular de Derecho Comparado de la Università di Pavia. Correo electrónico: alfredo.ferrante@unipv.it.

considerar que se pueda no condenar al demandado a hacerse cargo de las costas del juicio⁵.

El hecho de que no exista copiosa jurisprudencia sobre la figura, no significa que ésta no recubra una importancia considerable en el ámbito jurídico de referencia, aún más dado que sirve para encontrar soluciones en fase extrajudicial, ahora sí, lo que es resulta necesario un impulso propositivo para su aplicación, impulso que, sin embargo, no es incentivado por la redacción críptica de la actual normativa.

Por ello, la finalidad de ese trabajo no es hacer una panorámica o un estudio sobre todos los aspectos de la institución, sino que su objetivo es resaltar algunos de aquellos que se consideran relevantes o críticos.

Así, en primer lugar, es oportuno una mejor comprensión del inciso “heredero no forzoso o legatarios” y en concreto - y *a contrario* – del rol que desarrollan en este contexto la legítima y los legitimarios (vid. sub II-IV). Además, posteriormente, es oportuno identificar algunos parámetros útiles para la redacción de la disposición testamentaria arbitral (vid. sub II y V) y validar su independencia y autonomía (vid. sub VI).

II. LA LEGÍTIMA: UN CONCEPTO POTENCIALMENTE RELATIVO. ARBITRAJE TESTAMENTARIO UN CONCEPTO CLARO QUE DEBE SER ADECUADAMENTE PLASMADO EN UNA ADECUADA DISPOSICIÓN.

Sin duda alguna, y aunque en parte son ámbitos distintos, el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones tienen una estrecha *liason* cuya manifestación más evidente es la tutela de la legítima. Sin embargo, en este contexto, también el Derecho de la persona entra en juego, dado que el testador tiene la libertad de testar sobre su patrimonio. En ese contexto, la legítima, en el modelo que caracteriza tradicionalmente a los países de Derecho continental - si bien presenta algunas diferencias⁶ - actúa, en parte, como un freno a la libertad de testar, aspecto que no se verifica en el modelo de *common law*, que se basa, más que en un mecanismo de legítima, en un sistema fundamentado sobre el *trust*⁷. Este

5 Así, se establece que “no ha lugar a acordar la expresa condena en costas, pese a haber desestimado íntegramente la demanda, por entender que el caso presenta serias dudas de Derecho (art. 394.I LEC)”: STSJ Madrid núm. 6/2021, cit.. Vid. también HINOJOSA SEGOVIA, R.: “El arbitraje testamentario en las Leyes de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 y 36/1988, de 5 de diciembre”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 100, 2021, p. 20 y ss.

6 Vid. para todos, esquemáticamente, DE WAAL, M. J.: “Comparative Succession Law”, en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Comparative Law* (ed. M. REIMANN, R. ZIMMERMANN), 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 1073 y ss.

7 Con matices, por ejemplo, entre el derecho italiano, francés y alemán, que también están evolucionando en las últimas décadas; vid. v.gr. SEMPRINI, A.: “La successione necessaria nella prospettiva comparativa”, *Comparazione e Diritto Civile*, núm. 1, 2022, p. 89 y ss.; FUSARO, A.: “Linee evolutive del diritto successorio europeo”, en *Giust. Civ.*, 2014, pp. 509-563”; GALLO, P.: “Successioni in diritto comparato”, en *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., XIX, Utet, Torino, agg. 2011, p. 851 y ss. ZOPPINI, A.: *Le successioni in diritto comparato*, Utet, Torino,

último aspecto puede generar problemas en caso de sucesiones en las que entre en juego el Derecho internacional privado⁸. Así, la legítima - dependiendo del contexto en el cual sea aplicada - puede presentar una cierta elasticidad y reducir considerablemente su alcance, aunque el ordenamiento nacional del legitimario la predisponga como de orden público. Por ello, en determinados casos, puede ceder paso a un mecanismo de *trust*, allá donde el difunto lo haya predispuerto y haya fallecido en un país que reconozca este mecanismo. En ese sentido, es claro el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un par de casos del ordenamiento francés⁹ en relación con la aplicación de la legislación de California. Así, se establece que el art. 8 del Convenio sobre Derechos Humanos no impone el reconocimiento del derecho a percibir una cuota de la herencia de los padres¹⁰ y que, por lo tanto, se pueden excluir a los hijos de la herencia - con la relativa exclusión de la cuota de legítima - mediante *trust* -. De esta manera, se establece que esto no viola el derecho a un proceso equo por el art. 6.1 del Convenio sobre Derechos Humanos¹¹. Se observa que el derecho a la legítima no es un derecho reconocido internacionalmente, aspecto este aún más relevante si se tiene en cuenta que dicho derecho no es incondicionado¹². Por ello, el derecho a la legítima no es un derecho del Hombre, dado que cada Estado puede valorar cuáles son los medios que permiten a cada persona llevar una vida familiar, no existiendo, en ese sentido, violación de orden público¹³.

2002; LEROYER, A. -M.: "Réforme des successions et des libéralités", *Revue trimestrielle de droit civil*_Dalloz, núm. 3, 2006, p. 617 ss.

- 8 Vid. v.gr. MURITANO, D.: "Trust and succession", en AA.VV.: *Eu Cross-Border Succession* (ed. S. BARATTI, I. VIARENGO, F. VILLATA), Elgar, Cheltenham, 2022, p. 33 y ss.
- 9 Se recuerde que, para el actual art. 914 del código civil francés, la cuota legítima ("*réserve héréditaire*") se excluye para los ascendentes y se mantiene para los hijos y el cónyuge superviviente no divorciado (después de la *Loi no 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*) Cfr. con arts. 912, 721 734 736 738 *Code Civil*.
- 10 Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15 febrero 2024, caso *Colombier y otros v. Francia* recurso núm. 14925/18, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-7877083-10950823&filename=Judgments%20and%20decisions%20of%2015.02.2024.pdf>. El fotógrafo Colombier, francés, se trasladó en California constituyendo un *trust* para su tercera mujer y dos de sus hijas, excluyendo otros tres hijos. Los tres hijos reivindicaban el «*droit d'aubaine et de détraction*» a tenor del art. 2 de la Ley 14 de junio 1819 ("Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales.") que, esencialmente, tenía como finalidad la de otorgar a los herederos franceses un tratamiento parecido al que hubieran tenido si se hubiera aplicado la ley francesa. Vid. GOSSELIN-GORAND, A.: "La Convention européenne des droits de l'Homme face au droit de prélèvement compensatoire français", *L'essentiel. Droit de la famille et des personnes*, núm. 4 de 1 de abril 2024, p. 4 y ss.
- 11 Sentencia parecida a la anterior la del músico Maurice Jarre, que también recurre a un *trust* y al ordenamiento de California: Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15 febrero 2024, caso *Jarre v. Francia*, Recurso núm. 4157/18, [https://hudoc.echr.coe.int/eng/{%22itemid%22:\[%22001-230875%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/{%22itemid%22:[%22001-230875%22]}).
- 12 Vid. punto núm. 51 sentencia *Colombier y otros v. Francia*, cit., punto núm. 64 sentencia *Jarre c. France*.
- 13 De hecho, a tenor del art. 35 Reglamento (UE) núm. 650/2012, se puede excluir una normativa solo si para el estado esta norma resulta no es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro. Vid. Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L. 217, de 27 de julio de 2012.

Por lo tanto, la libertad testamentaria del difunto prevalece sobre la que tienen los herederos legitimarios, por lo menos en la Unión Europea, produciéndose por ello en algunos casos una *tnesis* entre la conceptualización del orden público nacional e internacional. Efectivamente, en este caso, se aplica la ley de la última residencia habitual del causante (salvo que el testador no lo haya establecido diversamente)¹⁴. De esta manera, el testador puede libremente excluir (y/o quizás engañar) el sistema de quiere “blindar” la protección de los herederos forzosos y de la legítima mediante la fijación de su residencia fuera de un país en el que ésta no encuentre protección. Esta posible exclusión demuestra una fuerza obligatoria de la legítima, que es potencialmente debilitada mediante las posibles futuras elecciones del testador en relación con su cambio de residencia, sobre todo en aquellos casos en los que la fije en un sistema de *common law*. Si la legítima queda debilitada por la mutación del sistema, la disposición testamentaria arbitral, en cambio, no lo está, ya que no hay inconveniente en la admisión de estas¹⁵ en los sistemas de *common law*¹⁶. De hecho, quizás el ejemplo más conocido es aquella¹⁷ presente en el testamento ológrafo de George Washington¹⁸.

Si bien es cierto que este escrito no quiere adentrarse en problemáticas de aplicación del derecho extranjero que interactúan en virtud de la normativa del Derecho internacional, se puede afirmar que lo recién analizado resulta útil para demostrar que la libertad del testador, cuando aún sigue en vida, juega un papel clave sobre los aspectos del derecho sucesorio relativos a su herencia. De hecho, piénsese que, si quisiera excluir la legítima, podría incluso actuar de forma más extrema, decidiendo “gastárselo todo”, incluso yendo de viaje con sus legitimarios. ¿En este caso, se estaría gastando su dinero o el de los legitimarios?

14 Vid. arts. 20 y ss. Reglamento (UE) núm. 650/2012, cit..

15 Por ejemplo, en relación con Estados Unidos, se remite al interesante estudio de GLEIM, J.: *Letztwillige Schiedsverfügungen. Geltungsgrund und Geltungsgrenzen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, p. 59 y ss.

16 En este escrito no se analizará el modelo de *common law* ni el modelo alemán que reconoce también ampliamente el modelo en su código procesal civil y en concreto mediante la interpretación del § 1066 ZPO.

Imprescindible aquí la consultación de GLEIM, J.: *Letztwillige Schiedsverfügungen. Geltungsgrund und Geltungsgrenzen*, cit..

17 Esta es la disposición: “But having endeavored to be plain, and explicit in all Devise so even at the expense of prolixity, perhaps of tautology, I hope, and trust, that no disputes will arise concerning them; but if, contrary to expectation, the case should be otherwise from the want of legal expression, or the usual technical terms, or because too much or too little has been said on any of the Devises to be consonant with law, My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding; two to be chosen by the disputants each having the choice of one and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions, declare their sense of the Testators intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the Parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States”.

El texto del testamento ológrafo firmado, el 6 de junio de 1799, por George Washington seis meses antes de su muerte puede encontrarse en <https://www.mountvernon.org/education/primary-source-collections/primary-source-collections/article/george-washingtons-last-will-and-testament-july-9-1799>.

18 Vid. FITZPATRICK, J. C.: *The Last Will and Testament of George Washington and Schedule of his Property, to which is appended the Last Will and Testament of Martha Washington*, The Mount Vernon Ladies' Association of the Union, Mount Vernon, 1939.

Evidentemente, la respuesta es clara y válida aún más el poder de la libertad del testador en sus elecciones¹⁹. La legítima se convierte en un concepto relativo, así como su protección *a fortiori*, en un contexto internacional, a pesar de que en el ordenamiento nacional ésta esté altamente protegida. Ahora bien, esto no significa que algunas problemáticas relativas a la legítima y a los legitimarios siguen abiertos también a nivel nacional. Si para algunos está en tela de juicio la misma legítima²⁰, lo que es cierto es que esta relación juega un rol fundamental en el arbitraje testamentario y, por ello, requiere un adecuado y específico análisis.

En este contexto, por lo tanto, se debe analizar, una vez estipulada una disposición arbitral testamentaria, qué papel juega la legítima y los legitimarios, y debe otorgársele la oportuna validez en aras al debido reconocimiento de la libertad de testar.

En ese sentido, el arbitraje testamentario es un instrumento en el que la voluntad de testar es plena e independiente, no pudiendo existir intromisiones por parte de otros sujetos que pudieran tener interés legítimo o ser herederos forzosos o no forzosos. Los límites que operarán serán solo aquellos predispuestos por el orden público y las disposiciones de carácter imperativo.

Por ello, es la voluntad unilateral del testador la que dispone y decide la modalidad de resoluciones de controversias por vía arbitral, que será sometida a la libre voluntad de aceptar o rechazar la herencia (y el arbitraje) a los sucesores. Cuando se hable de arbitraje testamentario en presencia de una disposición predispuesta por el testador, no se puede considerar que, después de la muerte del causante, son los herederos los que, convencional y tácitamente, celebran un convenio arbitral mediante el intercambio de escritos de demanda y contestación, justificándose esto sobre la interpretación de los arts. 6 y 9.5 de la Ley de arbitraje española²¹, por lo tanto, la falta de oposición a un arbitraje no debiera considerarse como emisión tácita de dicha voluntad (art. 9.5 LA), dado que la

19 Sin embargo, también debe considerarse la protección jurídica del heredero forzosos que en cuanto legitimario tiene una posición diferente del heredero voluntario y por ello, puede impugnar enajenaciones simuladas en beneficio de terceros y contextual menoscabo de su "potencial" derecho, dado que dicho Derecho no se hace efectivo, si no que con la muerte del causante: Vid. VELA SÁNCHEZ, A.: "La libertad del causante de disponer de todos sus bienes", *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2022, p. 227 y ss.

20 La doctrina está ampliamente debatiendo sobre el tema de los pros y contra para mantener, excluir o modificar la legítima: vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2020; MAGARIÑOS BLANCO, V.: *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2022; VERDERA SERVET, R.: *Contra la legítima*, Marcial Pons, Madrid, 2022; VIVES VELO DE ANTELO, M.ª P.: *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, Fundación Notariado, Madrid, 2024. Este fenómeno se ha plasmado en un replanteamiento también por parte del Ministerio de justicia español: vid. MINISTERIO DE JUSTICIA ESPAÑOL: *Orden de 4 de febrero de 2019 por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y de libertad de testar*, en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803576-Orden_de_4_de_febrero_de_2019_por_la_que_se_encomienda_a_la_seccion_de_derecho_civil_de_la_comisio.PDF

21 Parece ser esta la reinterpretación de lo ocurrido allá donde los árbitros se dirigieran a algunos legitimarios forzosos mediante burofax remitiéndole la disposición arbitral testamentaria e invitándola a adherirse al arbitraje solicitado "en virtud del convenio arbitral invocado", bajo apercibimiento de recibir la legítima

renuncia a la facultad de impugnación (art. 6) tendrá sus efectos en la imposibilidad de la acción de nulidad del laudo, pero no puede interpretarse como voluntad de estipular incluso tácitamente un nuevo convenio arbitral entre herederos forzosos y no forzosos, sino otorgar plena legitimación y efectos al arbitraje testamentario previsto por el testador. En este sentido, como se ha observado, esto no podría considerarse como un “arbitraje convencional nuevo y distinto de lo que ordenó”²² el testador.

Otro claro ejemplo de lo que se afirma es la nulidad de un acuerdo entre testador y herederos con el que se decidiera estipular una disposición arbitral sobre herencia futura. No solo esto está prohibido por el art. 1271 CC español²³, sino que también se ha establecido que el Tribunal puede, incluso *de oficio*²⁴, apreciar la nulidad de la disposición, ya que el árbitro no puede resolver sobre cuestiones no *sometibles*²⁵, resultando aquí completamente indiferente los comportamientos de los suscriptores, pudiendo, en estos casos, sancionarse la nulidad del laudo²⁶.

De esta forma, en definitiva, se puede observar una cierta relatividad del concepto de legítima, en el sentido de que su tutela no es absoluta dependiendo del contexto. Asimismo, se puede afirmar que el arbitraje testamentario, en aquellos casos donde sea reconocido por el ordenamiento, resulta ser un concepto claro cuya génesis está vinculada a la exclusiva libertad de testar, aunque posteriormente podrá someterse a la libre voluntad de aceptar o no la herencia por parte del sucesor, que, consecuentemente, asumirá y validará que el eventual método de resolución de controversias sea el arbitraje, con los matices que se verán a lo largo del texto. Sí que es cierto que el arbitraje testamentario debe plasmarse en una adecuada disposición testamentaria, que debe ser redactada con acucia, para evitar potenciales patologías.

III. LA LEGÍTIMA ESTÁ DE FACTO INVOLUCRADA EN EL ARBITRAJE, PERO DEBE PERMANECER TUTELADA.

A la hora de otorgar testamento, el causante está limitado las cuotas de la legítima, pero esto no significa que ésta no sea susceptible de ser sometida

estricta en caso de oposición según la Disposición Quinta del Testamento, del siguiente tenor STSJ Madrid núm. 6/2021, cit..

22 GOMÁ LAZÓN, I.: “Improcedencia de la invalidez”, cit., p. 474 y ss.

23 Sobre prohibición de pacto futuros y art. 1271 v.gr. vid. esquemáticamente DE PRADA GUAITA, C.: “El arbitraje testamentario”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. LIV, 2014, p. 447-449.

24 Así se establece que el juez *de oficio* relevar la nulidad del arbitraje allá donde este sea sobre herencia futura prohibido por el art. 1271 CC: STSJ de Extremadura núm. 1/2021, de 1 de febrero de 2021, Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJEXT:2021:231.

25 Cfr. arts. 2.1 y 41 Ley de arbitraje de 2003. En el caso concreto el Tribunal considera que más bien debiera referirse a la letra e) del art. 41.1 y no a su letra a), así como invocado por el demandante.

26 Así, se ha establecido que “la Sala debe apreciar de oficio, más allá de que la demandante suscribiera dicha cláusula, o no invocara la “inarbitrabilidad” ante el árbitro: STSJ de Extremadura núm. 1/2021, cit..Para un comentario vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: “Estimación de la anulación”, cit., p. 445 y ss.

a juicio arbitral. Se afirma lo anterior porque el art. 2.1 LA asevera que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. Esto ha conducido a afirmar que no entrarían en el arbitraje testamentario los conflictos entre legítimas²⁷. En este sentido, parte de la doctrina, basándose en esta norma, considera que la legítima²⁸ no es materia de libre disposición y, en consecuencia, no es materia arbitrable²⁹. Sin embargo, debiera hacerse hincapié en el hecho de que el art. 2.1 LA tiene un importante matiz en su inciso final, puesto que, si bien es cierto que identifica las materias de libre disposición como las *sometibles* a arbitraje, afirma también que este debe realizarse de manera “conforme a derecho”. Por ello, esta disposición debe ser interpretada conformemente al derecho expresado en el art. 10 LA, en el sentido que el legislador ha previsto expresamente que puede arbitrarse la herencia en relación con su división y administración.

Ahora bien, si desde la creación de la figura del arbitraje testamentario, en el año 1953, este aspecto era más coherente con la plena protección de la legítima, dado que el art. 5 de la LA de ese año se refería expresamente solo a las controversias entre “herederos no forzosos” — presumiblemente identificados, y, de esta forma, opuestos a la definición de “heredero forzoso” del art. 806 CC³⁰ — existe un cambio radical desde la modificación realizada por la reforma de 1988, ya que se prevé la ampliación a los legatarios, que pueden ser herederos tanto forzosos como no forzosos.

27 Lo afirma aquella doctrina que también es favorable a una aplicación amplia del arbitraje testamentario: CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012, p.183.

28 Por lo que atañe a los ámbitos de derecho foral, la doctrina afirma que las limitaciones del art. 10 no debieran aplicarse en Navarra, dado que aquí la legítima es puramente formal, “ni en aquellos otros en los que la legítima se puede distribuir libremente entre un determinado tipo de herederos, si los conflictos se refieren a ellos, como en el caso de los descendientes en Aragón”: GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por C. GONZÁLEZ-BUENO), Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, p. 242 y 243.

Además, se sostiene que en Aragón la limitación “no se aplica cuando los únicos favorecidos por el testador son descendiente, porque, al ser la legítima colectiva, no puede haber conflictos entre ellos”: CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 182.

29 YÁÑEZ VIVERO, F.: “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, en AA.VV.: *El arbitraje en las distintas áreas del derecho* (dir por Jorge L. COLLANTES GONZÁLEZ), Vol. II, Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima 2007, p. 91.

30 Ahora bien, como heredero forzoso, el art. 807 CC identifica expresamente, además de los hijos y descendientes y a falta de estos los ascendientes, también el viudo o viuda.

Se ha debatido si el cónyuge viudo debe excluirse del art. 10 de la Ley de arbitraje por ser heredero no forzoso. La doctrina se divide y, para algunos, el arbitraje testamentario “no comprende la legítima del cónyuge viudo” (O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El arbitraje en derecho sucesorio”, *Ley del Notariado*, núm. 47/48, 2007, p. 64), así se considera como “legatario forzoso de una parte alícuota en usufructo y por ello cabe aplicarle la misma doctrina de los herederos forzosos” (GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 242). En este sentido, el “cónyuge viudo es también legitimario, y no es heredero, como no lo son tampoco descendiente o ascendiente, si no le han atribuido esta condición expresamente”: GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 242. Sin embargo, por parte de la doctrina este no se considera heredero en sentido estricto ALBALADEJO GARCÍA, M.: “El arbitraje testamentario”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 1990, p. 82 y 88 ss.

Sobre el testamento por comisario y el art. 831 CC, que permite al testador delegar en su cónyuge viudo determinadas facultades en ámbito testamentario, vid ampliamente COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit. p. 228 y ss.

Por ello, considero que la interpretación correcta del inciso “conforme a derecho”, en el contexto analizado, debe interpretarse diferenciando lo que es la protección de la legítima de lo que atañe a los legitimarios dentro del proceso arbitral. Por ello, el hecho de que las controversias de la legítima deben permanecer a salvo del arbitraje, no significa que los legitimarios deban abstenerse de participar en el arbitraje. La legítima, como cuota no disponible³¹, deberá estar siempre a salvo y, de esta manera, debe considerarse materia “no susceptible de arbitraje”: en toda circunstancia será tarea del árbitro salvaguardarla. Consecuentemente, es menester aclarar que “susceptible” (a tenor del art. 2.1 LA) no es sinónimo de “sometible” a arbitraje, sino que marca la delimitación del contenido en el cual el árbitro no puede intervenir. El árbitro deberá hacer que quede a salvo la legítima, en cuanto no está gobernada por el margen decisorio del árbitro que deberá salvaguardarla en todo caso. Cosa diversa es, en cambio, que los herederos forzosos sí puedan participar en el arbitraje (quedando a salvo su cuota, con independencia de que el arbitraje sea de derecho o equidad³²). Afirmar que “no se pueden someter a arbitraje las cuestiones relativas a la legítima”³³, no significa que - como se verá seguidamente - los legitimarios no puedan/deban participar al arbitraje. Sus cuotas de legítima deben ser tomadas en consideración en el juicio arbitral para ser tuteladas en todo momento, ya que la cuota de la legítima no puede ser lesionada y porque una violación de este aspecto produciría una eventual nulidad del laudo.

IV. LOS LEGITIMARIOS: PUEDEN QUEDAR EXCLUIDOS POR LA DISPOSICIÓN ARBITRAL, PERO EN LA PRÁCTICA ES COSA OPORTUNA QUE ESTÉN INVOLUCRADOS PARA PROTEGER SUS DERECHOS.

La legítima *per se* está tutelada por el art. 806 y por el art. 1056 del CC³⁴, pero no ha quedado comprobado que el art. 10 LA quiere excluir a los legitimarios del arbitraje, ya que los legitimarios pueden ser considerandos, dependiendo del caso, también legatarios o herederos no forzosos. Esto, más bien, deriva de un problema terminológico (que podría convertirse en sustancial) del cual padece el art. 10 LA. Hay que tener en cuenta que la decisión del legislador español nace defectuosa, dado que decide hacer referencia a dos términos que han sufrido tradicionalmente

31 Sobre la concepción tradicional de disponibilidad en materia arbitral vid. CAMPOS VILLEGAS, E.: *Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva ley: discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Sr. Elías Campo Villegas i contestació de l'acadèmic de número Sr. José Juan Pintó Ruiz*, 3 de juny de 2004, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2004, p. 32 y ss.

32 En este sentido, a pesar de que el arbitraje sea de equidad, la interpretación del testamento “deberá ajustarse a lo dispuesto imperativamente en el art. 675 CC”: GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 458.

33 LEÓN SANZ, F. J.: “Art. 10”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (coord. D. ARIAS LOZANO), Pérez-Llorca Abogados-Thomson Aranzadi, Cizur Menor, p. 97.

34 Parte de la doctrina habla de una “sobreprotección para la legítima” (CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 172).

una extrema relatividad: “heredero” y “herencia”. La interconexión de estos con el testamento complica aún más las cosas.

Efectivamente, como bien se ha dicho³⁵, debe recordarse que la justificación originaria de la libertad de testar se daba en ausencia de descendencia, dado que el testamento no se justificaba allá donde esta había procediendo a un mecanismo forzoso de transmisión, y, es solo desde Justiniano, que se inicia a observar la co-presencia en un testamento tanto del “heredero voluntario” como del “forzoso”³⁶.

La referencia al carácter “forzoso” y la utilización de la expresión “heredero no forzoso” en el art. 10 LA desnaturaliza la comprensión correcta de estos aspectos, que hubieran sido fácilmente comprensibles utilizando la referencia, por un lado, a “heredero voluntario” y, por otro lado, a “legitimario”. Así, se hubieran podido entender los tres supuestos que pueden existir, es decir: “1) Heredero voluntario que no es legitimario; 2) Legitimario que no es heredero voluntario y 3) Heredero voluntario que es legitimario”³⁷.

La referencia a “forzoso”, en cambio, desnaturaliza la clasificación, puesto que si se sustituyeran las terminologías³⁸, la nueva terminología anularía el tercer supuesto³⁹, ya que debería decirse que existe un “heredero no forzoso que es legitimario”⁴⁰, aspecto que intuitiva y semánticamente es poco comprensible, si bien es lo que se verifica cuando el causante nombra expresamente en el testamento a los sujetos identificados por el art. 807 CC.

Así, la referencia del art. 10 LA a “forzoso” y a “herencia” solo da lugar a equívocos⁴¹.

35 En este sentido, VIRGILI SORRIBES, FRANCISCO “Herederos forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (El llamado heredero forzosos no es heredero)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 185, 1943, p. 481.

36 Así, se constata que la libertad de testar encontraba originalmente su finalidad allá donde no había descendencia y habiéndola, dicha libertad, no se justificaba así asegurándose la transmisión mediante el mecanismo del heredero forzosos: VIRGILI SORRIBES, F.: “Herederos forzoso y heredero voluntario”, cit., p. 481.

37 Para esta clasificación: VIRGILI SORRIBES, F.: “Herederos forzoso y heredero voluntario”, cit., 487.

38 Sustituyendo “heredero voluntario” por “heredero no forzoso”.

39 Sí que tendrían sentido los primeros dos: a) Heredero no forzoso que no es legitimario; b) Legitimario que no es heredero no forzoso

40 Más complicado aún si se sustituyera la expresión legitimario por la de heredero forzoso, dando lugar a esta clasificación: A) heredero no forzoso que no es heredero forzoso; b) heredero forzoso que no es heredero no forzoso; c) heredero no forzoso que es heredero forzoso.

41 Aquí es oportuno recordar, si bien hay que tener en cuenta que ha existido un debate a mediados de los años 40 en la doctrina española cuyo reflejo puede verse sintéticamente en tres publicaciones en la Revista crítica de Derecho inmobiliario. Frente a una posición que parte de una incompatibilidad entre los *status* de heredero y legitimario (“donde hay herencia, no hay legítima”), se opone otra que aboga por la posible compatibilidad de estos estatus y, una tercera, que considera que el heredero forzoso no debe considerarse heredero. Se vea más ampliamente, respectivamente: DÁVILA GARCÍA, J.: “Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 185, 1943, p. 661 y ss.; SOLS GARCÍA, P.: “El heredero: ideas para su estudio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 196, 1944, p. 568 y ss.; VIRGILI SORRIBES, F.: “Herederos forzoso y heredero voluntario”, cit., p. 479 y ss.

Por lo tanto, la limitación prevista por el art. 10 LA, al utilizar la expresión “herederos no forzosos”, debe entenderse como sinónimo de protección de la cuota de legítima en sí considerada, y no a una limitación a la participación subjetiva de los legitimarios⁴². Esto por varias razones.

La primera es que el estatus de legítimo y legatario pueden solaparse, puesto que los legados pueden ser una vía para el pago de legítima⁴³ y “la legítima puede dejarse por cualquier título lucrativo”⁴⁴. En este sentido, si bien la legítima debe estar garantizada en todo momento, *de facto* podrá participar un sujeto legítimo en el arbitraje.

La segunda razón consiste en que la exclusión del proceso arbitral de un legítimo no le otorgaría mayores protecciones que las que tendría si no hubiera participado en este; todo lo contrario, incluso podría ofrecerle mejor protección. Debe partirse del presupuesto que “la sumisión a arbitraje no supone disposición o vulneración de la legítima”⁴⁵, también bajo la constatación que “los legitimarios que creyeran lesionados sus derechos por el laudo podrían interponer la acción de anulación del mismo”⁴⁶, por ejemplo, acudiendo a la letra f) del art. 41 LA, es decir, por ser contraria al orden público⁴⁷. Sin embargo, hay más: para pedir dicha nulidad, debe tenerse un interés para pedirla. En este sentido, es útil apoyarse en un pronunciamiento que - retomando una postura anterior⁴⁸ que se refería a la anulación del arbitraje (no testamentario) - considera que a tenor del art. 41.I LA “el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe”, es decir, debe referirse a “quienes fueron parte en el proceso arbitral, y [...] a aquellos que no siendo parte en el procedimiento arbitral, sin embargo puedan justificar un interés en el ejercicio de la acción anulatoria, porque debieron ser parte, o que, pudiendo haber sido, se les haya denegado indebidamente su intervención”⁴⁹.

42 El art. 10 LA al referirse a “heredero no forzoso” quiere dar protección a la legítima (art. 806 CC) mediante una referencia indirecta, a contrario, a los herederos forzosos expresados en el art. 807 CC.

43 Como ya se ha observado YÁÑEZ VIVERO, F.: “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 92.

44 Esto en Aragón en relación con, por ejemplo, el art. 487.I Código del derecho Foral de Aragón y art. 490 CDFA: CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 173. Cfr. LEÓN SANZ, F. J.: “Art. 10”, cit., p. 97 y 98.

45 CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 182.

46 CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 182; DE PRADA GUAITA, C., “El arbitraje testamentario”, cit., p. 458.

47 DE PRADA GUAITA, C., “El arbitraje testamentario”, cit., p. 459.

48 STSJ Madrid núm. 73/2016, de 28 de noviembre de 2016, 1ª Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJM:2016:13751; STSJ de Madrid, núm. 21/2018, de 24 de abril, Sala Civil y Penal, Sección Primera, ECLI:ES:TSJM:2018:3982; STSJ Madrid núm. 40/2019, de 29 de octubre 1ª, Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJM:2019:11974; STSJ Madrid núm. 65/2016, de 13 de octubre 1ª, Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJM:2016:11921. La postura es confirmando también posteriormente v.gr. STSJ Madrid, núm. 27/2024, 28 de mayo de 2024, 1ª, Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJM:2024:6579.

49 STSJ Madrid núm. 6/2021, cit..

La no participación en el arbitraje por parte del legitimario, o una actitud pasiva frente a este, reduciría considerablemente la posibilidad de formular un recurso de anulación bajo la constatación de que existiría una renuncia tácita de impugnar (cfr. art. 6 LA), allá donde los legitimarios hayan sido notificados del arbitraje y no se activen consecuentemente. Esto podría validar implícitamente la voluntad de someterse a arbitraje mediante el comportamiento concluyente posterior (a tenor del art. 9.5 LA)⁵⁰.

Por lo tanto, resulta importante poner en conocimiento de los sujetos el procedimiento arbitral, notificándosele la disposición arbitral, aunque esta no se refiriera expresamente a los legitimarios. En este sentido, la notificación del procedimiento arbitral a los legitimarios será una ocasión idónea para validar o verificar que a lo largo del procedimiento arbitral la legítima no sea menoscabada y, si lo fuera, efectivamente, estos podrán y deberán⁵¹ activarse. Por ello, una vez recibida la notificación, lo más efectivo es participar en el proceso arbitral para poder verificar activamente que todo procede conforme a una tutela apropiada de la protección de la legítima. Concretamente, los legitimarios deberán activarse para evitar la aplicación del art. 6 LA para que se interprete su comportamiento como renuncia tácita de impugnación. Podría sostenerse que los legitimarios no deben participar en el arbitraje y tendrían que asumir una posición pasiva a la espera de un laudo esperando que este sea conforme a la protección de la legítima. En ese sentido, aunque existiera una disposición testamentaria que no haga expresa referencia al legitimario (por ejemplo, hablando de controversias de “herederos no forzosos y legatarios”) y, por lo tanto, no imponga *a priori* su participación, será en su interés participar en el arbitraje voluntariamente. De lo contrario, se podría llegar a concluir que no tienen interés directo en la impugnación. Es la misma jurisprudencia la que considera que, si no se cuestiona la validez de la disposición testamentaria arbitral en el seno del procedimiento arbitral, se activa el art. 6 LA y se considera tácitamente la renuncia de la facultad de impugnar la existencia o la validez misma del convenio⁵².

Por ello, la posible activación del art. 6 LA se convierte en elemento clave para entender que existe una *tesis* evidente entre el ámbito subjetivo y el ámbito objetivo de la normativa (ya que una cosa será la protección de la legítima y, otra, la participación de los legitimarios en el proceso arbitral) y se configura como un “serio incentivo para que los contendientes denuncien tempestiva e inmediatamente las violaciones de las normas dispositivas”⁵³. Por lo tanto, el legitimario que no participara en el proceso arbitral actuando para garantizar

50 Vid. STSJ Madrid núm. 6/2021, cit.

51 Así, se observa que, quien no se opone al arbitraje en el momento procesal oportuno, se verá sometido a este: CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 175.

52 En este sentido, la STSJ Madrid núm. 6/2021, cit..

53 COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit. p. 199.

su tutela, quedaría solo en una posición jurídica inferior con respecto al que se activara para su protección desde el momento en que ha conocido la existencia del procedimiento arbitral.

Instituir una disposición testamentaria que prevé la participación de los legitimarios no significa que se estaría quebrantando la legítima, aquel legatario que creyera que es su derecho estar excluido del arbitraje testamentario porque el art. 10 LA se refiere a los “herederos no forzosos”, si bien tendría coherencia a nivel gramatical y sintáctico, no lo tendría a nivel sustancial, ya que caería en una peligrosa equivocación, dado que es sólo en su interés poder participar a ese arbitraje. De aquí, resulta fundamental la importancia de notificárselo, como es menester en todos los casos: sea que estén expresamente aludido en la disposición arbitral testamentaria, o que no lo estén. En definitiva, en aquellos casos en los que la disposición testamentaria no haga referencia a los herederos forzosos, será interés de estos participar en el arbitraje para ser actores de la tutela de sus derechos e intereses.

Allá donde la disposición testamentaria haga expresa referencia a los legitimarios, la doctrina ha defendido su validez bajo la constatación que la legítima estaría disponible después de la muerte del testador⁵⁴. Por ello, la aceptación de la disposición arbitral por parte de los herederos forzosos no perjudica a la legítima⁵⁵ y, si esta existiera, la aceptación de la herencia conduciría a aceptar la disposición, de lo contrario, el sujeto siempre será libre de renunciar a la herencia⁵⁶. Así, el derecho hereditario se configurará como “el derecho de aceptar o repudiar la herencia (...) o trasladar la resolución de los conflictos al árbitro”⁵⁷, ya que “desde el momento del fallecimiento del testador, la legítima es renunciable y desde el momento en que se acepta la herencia, perfectamente disponible, enajenable, gravable y, por tanto, susceptible de ser sometida a arbitraje”⁵⁸.

Además, debe recordarse que la aceptación y la repudiación de la herencia son actos totalmente voluntarios y libres, a tenor del art. 988 CC⁵⁹ y, por ello, en aquellos casos donde la herencia esté vinculada a un arbitraje testamentario, el sujeto podrá llevar a cabo las consideraciones necesarias antes de aceptarla, de lo contrario, quedará libre de no hacerlo.

54 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El arbitraje en derecho sucesorio”, cit., p. 64. La postura queda validada también por STSJ Madrid núm. 6/2021, cit.

55 GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 237.

56 GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 237.

57 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El arbitraje en derecho sucesorio”, cit., p. 60.

58 GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 241.

59 Como también observa COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit. p. 197.

Sin embargo, parte de la doctrina ha pensado consolidar la validez del arbitraje testamentario asociado con los legitimarios mediante la compensación económica y la cautela *socini*, tal y como se verá más adelante.

V. LA IMPORTANCIA Y LA DIFICULTAD DE UN ARBITRAJE PLASMADO EN UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA APROPIADA.

Una de las maneras para comprender cuál puede ser el papel de la legítima y de los legitimarios dentro de una disposición testamentaria arbitral, se basa en las posibilidades de la redacción de la disposición misma y en el análisis de algunas de sus hipotéticas variantes. Efectivamente, el art. 10 de la Ley de Arbitraje española positiviza la institución, aunque, sin embargo, no ofrece un “modelo” que sirva como base de para la redacción de la disposición.

La complejidad interpretativa de la disposición conduce a que sea difícil predisponer una disposición que podría definirse como “estándar”. Un botón de muestra de este problema puede encontrarse, por ejemplo, si se observa que algunas instituciones - si bien sugieren en su página web disposiciones genéricas de mediación y arbitraje - no proponen una relativa al arbitraje testamentario⁶⁰, aspecto que demuestra que la redacción de tal disposición no es ni sencilla ni evidente. En este sentido, incluso se ha eliminado de una página web una variante que se había propuesto⁶¹, o se ha modificado la que se tenía⁶². De aquí se deduce que no solamente es importante que el ordenamiento reconozca o regule el arbitraje testamentario (y/o sucesorio), sino que también los profesionales predispongan de manera cuidadosa una disposición arbitral no patológica.

El art. 10, por ejemplo, se limita, desde el punto de vista subjetivo, a identificar a los “herederos no forzosos” y a los “legatarios” no haciendo directa y expresa referencia ni a la legítima ni a los legitimarios. Como consecuencia de esto, se abre la posibilidad a la redacción libre de varias tipologías de disposiciones, y, en este sentido, algunas de ellas podrían ser (en orden creciente): 1) establecer

60 Este es el caso, por ejemplo, de la Fundación Notarial Signum: Vid. <https://fundacionsignum.org/el-arbitraje/#documentacionarbitraje> (fecha de consultación 16 octubre 2024). Fecha de consultación: 25 noviembre de 2024.

61 Una reproducción de una variante que la Fundación notarial Signum proponía en la página web de la Fundación puede encontrarse en DE PRADA SOLAESA, M. del P.: “El arbitraje testamentario. Estudios de derecho privado”, en AA.VV.: *Homenaje a Juan José Rivas Martínez* (dir. por A. PÉREZ-COCA CRESPO, L. B. PÉREZ GALLARDO; J. A. PÉREZ BUSTAMANTE DE MONASTERIO; coord. por Á. FERNÁNDEZ-REYES (coord.), Vol. I, Dykinson, Madrid, 2013, p. 533 y ss. Otra variante diferente que ha estado presente en la página de la Fundación Notarial Signum puede encontrarse en DE PRADA GUAITA, C.: “El arbitraje testamentario”, cit., p. 454.

62 Actualmente la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia en la actual versión elimina la parte relativa a la cautela *socini*, inicialmente prevista. Se compara la actual versión – disponible en <https://www.cortearbitrajeymediacionvalencia.com/reglamento/anexo-i-modelos-indicativos-de-clausulas-arbitrales/> (fecha de consultación 25 noviembre de 2024) - con un anterior modelo de la Cámara de Comercio de Valencia que puede consultarse en YÁÑEZ VIVERO, F.: “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 101-102.

escuetamente la voluntad de someter las controversias de la herencia “a tenor del art. 10 LA” o expresiones similares; 2) redactar una disposición que retome o transcriba esencialmente el contenido del art. 10 LA; 3) elaborar una disposición más amplia interpretando el contenido del art. 10 LA y, por lo tanto, previendo otros aspectos.

Seguidamente, se llevarán a cabo algunas reflexiones en relación con las tipologías mencionadas anteriormente.

I. Remisión escueta al art. 10 LA.

Seguramente, debería integrarse junto con las disposiciones presentes en la actual normativa de arbitraje una disposición testamentaria que hiciera una mera y concisa remisión a la normativa que regula esta institución, como podría ser una disposición testamentaria ológrafa por la cual el testador afirme: “dispongo que las controversias relativas a mi herencia sean resueltas a tenor del art. 10 de la Ley de Arbitraje española” u otras expresiones similares, debiendo aplicarse, *mutatis mutandis*⁶³, la normativa general. En ese sentido, la controversia será juzgada por un arbitraje de derecho⁶⁴ por un único⁶⁵ jurista⁶⁶ en el pleno ejercicio de sus derechos civiles⁶⁷ que podrá elegir el lugar del arbitraje⁶⁸ y será nombrado por el Tribunal competente a petición de cualquier sucesor designado o que se considere como tal (aunque no expresamente designado en el testamento)⁶⁹.

Principio del formulario

Una disposición que remitiera exclusivamente al art. 10 LA sería, por lo tanto, absolutamente válida y operativa, aunque provocaría todas las problemáticas interpretativas que genera la actual redacción del art. 10 LA.

Si, en cambio, existiera solamente una disposición que estableciera una prohibición expresa de intervención judicial, esta no debiera interpretarse como remisión al procedimiento arbitral⁷⁰, ya que la voluntad de acudir al arbitraje debe manifestarse expresamente y también porque dicha prohibición pudiera referirse

63 Se le aplicarán claramente las otras normas de la LA relativas a la aceptación de los árbitros (art. 16), su abstención o recusación (art. 17 y 18) o la falta o imposibilidad del ejercicio de sus funciones (art. 19) y del nombramiento de su eventual sustituto (art. 20).

64 Arg. art. 34 LA.

65 Arg. art. 12 LA.

66 Arg. art. 15 LA.

67 Arg. art. 13 LA.

68 Arg. art. 26 LA.

69 Arg. arts. 8.1 y 15.2 letra a) LA.

70 GAVIDIA SÁNCHEZ, J., CORRAL GARCÍA, E.: “Art. 10”, en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coord. por A. DE MARTÍN MUÑOZ y S. HIERRO ANIBARRO), Marcial Pons, Madrid, 2006 p. 1028 y ss., análogamente COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit. p. 222.

solamente a un aspecto específico, como puede ser la división⁷¹. En todo caso, lo que cierto es que, aunque no se puede imponer que se acuda a los tribunales, sí se puede imponer que se acuda al arbitraje⁷².

2. Elaboración de una disposición *ad hoc*.

Los otros dos supuestos planteados (vid. *supra*) se inscriben en este contexto y, por lo tanto, se podrá redactar una disposición que retome o transcriba esencialmente el contenido del art. 10 LA, o elaborar una disposición más amplia interpretando el contenido del art. 10 LA y, consecuentemente, previendo otros aspectos.

Seguidamente, se harán algunas reflexiones relativas a: a) la referencia expresa a la disposición legal que institucionaliza el arbitraje testamentario; b) la regulación de aspectos propedéuticos para no tener una disposición arbitral patológica; c) la regulación del ámbito objetivo de aplicación; d) la regulación relativa a la legítima y/o legitimarios y a la cautela *socini*.

A) Referencia expresa a la disposición legal que institucionaliza el arbitraje testamentario.

Un aspecto diferente del analizado algunas líneas más arriba es la inserción de una referencia expresa a la disposición que legitima el arbitraje testamentario, por ejemplo, si se opta por escribir “acogiéndose a la facultad que le reconocen los arts. 10 y 14 de la vigente Ley de arbitraje⁷³”. Esta remisión podría conllevar dificultades en algunos aspectos interpretativos en los casos en los que la disposición redactada reproduzca, en parte, la literalidad del art. 10 (piénsese en la referencia a los herederos no forzosos) y, al mismo tiempo, introduzca referencias a aspectos que pudieran considerarse antitéticos (como la referencia a los herederos forzosos). En este contexto resulta evidente que el art. 10 LA, al regular el arbitraje testamentario, otorga al testador un claro derecho potestativo para poder elegir el arbitraje como método de resolución de controversia relativo a su herencia⁷⁴. Por ello, se consideran superfluos, allá donde el ordenamiento regule la institución, como es el caso español, los debates que consideran el arbitraje testamentario

71 Por ejemplo, se pudo introducir una prohibición de intervención judicial en el proceso de división hereditaria ex art. 792.I. 2° LECiv COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit. p. 209.

72 Como destaca CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 167.

73 Este era el *incipit* de la disposición sugerida por la cámara de Comercio de Valencia que eligió un arbitraje institucional: vid. YÁÑEZ VIVERO, F.: “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 101-102.

74 En este sentido, no sería oportuno afirmar que es una especie de manda o mandato testamentario. Se afirma esto porque algunas disposiciones testamentarias arbitrales han utilizado la expresión “es mandato del testador que...” como en algunos de los modelos que la Fundación notarial Signum consultable en DE PRADA SOLAESA, M. del P.: “El arbitraje testamentario”, cit., p. 533 y ss. Otra variante diferente que ha estado presente en la página de la Fundación Notarial Signum puede encontrarse en DE PRADA GUAITA, C.: “El arbitraje testamentario”, cit. p. 454.

como una disposición modal⁷⁵, como una condición resolutoria negativa⁷⁶, o como una condición potestativa positiva con efectos resolutorios⁷⁷. Por ello, en relación con el arbitraje testamentario previsto por el art. 10, se comparte la visión por la cual no hay que enmarcar su naturaleza en un modo o condición, dado que el art. 10 institucionaliza el arbitraje testamentario y otorga un claro derecho potestativo al testador, no imponiéndose a los sujetos que quedan directamente vinculados ni una obligación de hacer o no hacer⁷⁸. En este sentido, no existiría una “obligación de los sucesores voluntarios consistente en abstenerse de acudir a los tribunales de Justicia para dirimir sus contiendas”⁷⁹ o “someterse a arbitraje para solucionar esas mismas contiendas”⁸⁰.

Mediante el arbitraje testamentario, lo que hace el causante no es imponer la obligación de formalizar un convenio arbitral entre ellos, sino da plena actuación a su derecho, que procede expresamente de la disposición legal del art. 10 LA⁸¹. Cuanto afirmado, por lo menos, resulta válido respecto a los sujetos que se inscriban en el concepto de “herederos no forzosos o legatarios”. Sin embargo, el debate pudiera abrirse quizás en relación con los legitimarios, allá donde se introduzca una compensación económica. En este caso, se estaría introduciendo otra disposición complementaria (relativa a la cautela *socini*). Lo que es cierto es que, el arbitraje deberá llevarse a cabo.

Ahora bien, al margen de una remisión o de un *incipit* relativo a la expresa remisión al art. 10, hay que constatar que una redacción técnica de la disposición testamentaria arbitral, sin duda alguna, sería aconsejable y estaría justificada también por el principio “*permissum videtur id omne quod non prohibetur*”, es decir, que “se considera permitido todo lo no prohibido”⁸².

Sin embargo, ¿hasta dónde podría extenderse este margen de acción?

B) Regulación de algunos aspectos propedéuticos para no tener una disposición arbitral patológica.

Con toda certeza, sería deseable el nombramiento de los árbitros, la determinación de la tipología y sede del arbitraje, la determinación de la modalidad

75 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje testamentario*, cit., p. 132 y ss.

76 GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.; CORRAL GARCÍA, E.: “Art. 10”, cit. p. 1023.

77 COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit. p. 231.

78 Son atentas y agudas aquí las consideraciones de DE PRADA GUAITA, C., “El arbitraje testamentario”, cit., p. 437.

79 GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.; CORRAL GARCÍA, E. “Art. 10”, cit. p. 1023 interpretado por COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit. p. 231.

80 COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit. p. 231.

81 Se comparte plenamente lo afirmado por GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 244.

82 REINOSO-BARBERO, F.: “*Permissum videtur id omne quod non prohibetur*”, en *Diccionario del Español Jurídico*, Real Academia Española, Madrid 2016, p. 1199.

que se debería seguir para imputar los costos administrativos y honorarios arbitrales, y la definición clara de cuál será el reglamento aplicable. En este sentido, la remisión a un arbitraje institucional⁸³ y sobre todo la asesoría apropiada la hora de redactar la disposición arbitral facilitarían enormemente el futuro cauce del arbitraje.

C) Regulación del ámbito objetivo de aplicación.

Seguramente sería posible una disposición testamentaria que ampliara expresamente el margen de acción del arbitraje. En este sentido, si bien es cierto que la doctrina acoge, en sentido amplio, la referencia a la distribución y la administración de la herencia⁸⁴, una disposición que exteriorizara ampliamente el ámbito objetivo sería bienvenida y acertada, dado que el art. 10 de la LA no prohíbe nada en este sentido. Así, además de las referencias a la distribución y la administración, podría añadirse expresamente que el arbitraje se referirá a las controversias relativas a la interpretación, validez o eficacia del testamento y a las actuaciones de los albaceas o del contador partidor. Aunque debería considerarse que estos aspectos indicados entran en un concepto amplio de valoración de las controversias relativas a la distribución y administración de la herencia (aunque no estén indicados en la disposición): su incorporación despejaría cualquier duda.

D) Regulación relativa a la legítima y/o legitimarios.

El límite real y posible del principio *permissum videtur id omne quod non prohibetur* se podría plantear en relación con la legítima y los legitimarios.

Esta criticidad deriva del hecho que, por un lado, la referencia a los “herederos no forzosos y legatarios” no es necesariamente antitética con los “legitimarios” y, por otro lado, al mismo tiempo, hay que tener presente que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”⁸⁵ y que el testador no puede disponer de la legítima si no es a favor de los herederos forzosos⁸⁶. De esto se deriva que la redacción de la disposición testamentaria arbitral debe prestar atención a que no entre en conflicto con el dictado del art. 10 LA.

Para entender la posible limitación que deriva del inciso “herederos no forzosos o legatarios” se abren dos posibilidades, es decir, que esta limitación excluya a otros sujetos – y, por ello, exista una limitación al ámbito subjetivo (y,

83 Se comparte aquella doctrina que sugiere encomendar el arbitraje a una institución y determinar que el arbitraje sea de Derecho: DE PRADA GUAITA, C.: “El arbitraje testamentario”, cit., p. 459.

84 Se remite a la reconstrucción realizada en FERRANTE, A.: “El Arbitraje Testamentario”, cit., en prensa.

85 Art. 2.1 LA.

86 Cfr. art. 806 y 807 CC español.

por lo tanto, a los herederos forzosos: es decir los legitimarios) o se refiera, más bien, e indirectamente, al ámbito objetivo de aplicación de la norma. En este sentido, significaría que la norma quiere proteger la legítima y, por ello, excluirla del arbitraje. Como ha sido oportunamente constatado⁸⁷, atender a una u otra postura significaría incluir o excluir el tercio de mejora en la limitación prevista de la norma.

Frente a este escenario teórico, en la práctica se constata que, a pesar del tenor literal del art. 10 LA, existe la voluntad de ampliar el margen de acción arbitral y, en consecuencia, se abren varias posibilidades, algunas de las cuales serán examinadas en este escrito.

En este sentido, en el momento de la redacción de la disposición testamentaria, se puede operar bajo dos perspectivas.

Desde una primera perspectiva, se hará referencia a los sujetos, operando algunas variantes. Por ello, en algunas ocasiones, se ha hecho referencia a “los herederos o legatarios, sean no forzosos o forzosos en la parte que exceda de la legítima estricta”⁸⁸, o utilizando la expresión “incluso interviniendo herederos forzosos”⁸⁹.

Bajo una segunda perspectiva, se operará desde el punto de vista del ámbito de aplicación, no haciéndose referencia a los herederos forzosos o legitimarios, sino que se actuará mediante una disposición testamentaria que instituye el arbitraje poniendo “a salvo de las legítimas”⁹⁰, posibilidad que - al margen del planteamiento realizado por el demandante en relación con su inexistencia, en el caso concreto⁹¹, - se ha considerado válida por el tribunal⁹² a pesar de que las desavenencias dirimidas por el árbitro afectaban a herederos forzosos, al determinar el activo y el pasivo de la herencia⁹³.

Para validar la eficacia de la disposición testamentaria, allá donde se refiera a los herederos forzosos o a la legítima, se quiere introducir simultáneamente un

87 GOMÁ LAZÓN, I.: “Improcedencia de la invalidez”, cit., p. 474 y ss.

88 Este, concretamente, era el modelo propocinado por la Cámara de Comercio de Valencia, consultable en YÁÑEZ VIVERO, F.: “Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario”, cit., p. 101-102.

89 Vid. GOMÁ LAZÓN, I.: “Improcedencia de la invalidez”, cit., p. 474 y ss.

90 Este modelo por ejemplo puede encontrarse en la disposición que puede encontrarse en STSJ Madrid núm. 6/2021, cit.

91 La nulidad se había fundamentado sobre la letra d) del art. 41.I de la Ley de Arbitraje española afirmándose que la no fijación del objeto arbitral habría impedido expedir sus medios de defensas, sin embargo, como más bien se destaca por parte de la doctrina, no debiera haber acudido a la letra d), sino a la letra b) del art. 41.I Ley de arbitraje, que se refiere a aspectos relativos a la notificación de la designación del árbitro: HINOJOSA SEGOVIA, R.: “Estimación de la anulación”, cit., p. 445 y ss.

92 Se rechaza el recurso de nulidad del laudo: STSJ Madrid núm. 6/2021, cit..

93 Como observa agudamente VERDERA SERVER, R.: “Interpretando testamentos”, cit. p. 89 y 90.

mecanismo de compensación que, *mutatis mutandis*, opera según el esquema de la cautela *socini* (vid. *infra*).

E) Cautela *socini*.

La doctrina, junto con el importante y apreciable efecto propulsor de los notarios⁹⁴, se ha esforzado por consolidar la posible participación de los legitimarios en el proceso arbitral, aconsejando la posibilidad de incluir una opción compensatoria. En este sentido, todas las veces en las que se haya previsto una cuota de legítima superior a la legítima estricta⁹⁵ -, es decir, por ejemplo, en aquellos casos en los que se haya repartido al sujeto una parte del tercio de mejora - se le aplicaría, *mutatis mutandis*, una cautela *socini* de manera que los legitimarios se puedan oponer al arbitraje instituido por el testador si vieran reducida su cuota a la legítima estricta⁹⁶.

De esta manera, se considera oportuno notificar al legitimario, mediante una *interrogatio in iure*, dentro los plazos correspondientes a tenor de los arts. 1004 y 1005 CC⁹⁷, para que pueda decidir si “acepta la herencia con el arbitraje o prefiere quedar reducido a su legítima”⁹⁸. Esta posibilidad se basa sobre la consideración de que la legítima es disponible una vez fallecido el causante⁹⁹, y, en este sentido, no se plantearían dudas cerca de la validez de la *cautela socini*¹⁰⁰. El silencio viene considerado como aceptación tácita del procedimiento arbitral que eventualmente pudiera surgir¹⁰¹.

Aunque no siempre los modelos de disposiciones arbitrales testamentarias incluyen en su redacción la *cautela socini*¹⁰², se considera como “el instrumento

94 Vid. v.gr. DE PRADA SOLAESA, M.^a del P.: “El arbitraje testamentario, Estudios de derecho privado”, cit., p. 533 y ss.; Así, se afirma que “debemos ser los notarios, que somos los que, estudiando esta figura y (...) deberíamos empezar a proponer a los testadores (...) un arbitraje testamentario, basado en una cautela *socini*”:

DE PRADA GUAITA, C.: “El arbitraje testamentario”, cit., p. 453 y ss.

95 En este sentido, se sugiere que se “podrá añadir a la cláusula de arbitraje testamentario que el legitimario que no acepte el arbitraje testamentario dispuesto pierda toda la atribución en su herencia en beneficio de los legitimarios que sí la acepten; y, si ningún legitimario lo aceptara, queden reducidos a la legítima estricta, correspondiendo el resto de lo que en principio de les había atribuido a quien el propio testador determine” CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 175.

96 CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 182.

97 GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 241.

98 GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 241.

99 Así, se afirma que “desde el momento del fallecimiento del testador la legítima es renunciante y cuando se acepta la herencia, perfectamente disponible, enajenable y susceptible de ser gravada con usufructo”: GOMÁ LAZÓN, I.: “Imprudencia de la invalidez...”, cit., p. 474 y ss.

100 DE PRADA GUAITA, C.: “El arbitraje testamentario”, cit., p. 454.

101 GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 241.

102 Como el modelo de la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia: vid. <https://www.cortearbitrajeymediacionvalencia.com/reglamento/anexo-i-modelos-indicativos-de-clausulas-arbitrales/> (fecha de consultación 25 noviembre de 2024). Una parte de la doctrina, incluso si está a favor de la *cautela socini* en estos casos, considera que sería posible un arbitraje entre herederos forzosos que reciban más de su legítima sin acudir a la opción compensatoria: vid. GOMÁ LAZÓN, I.: “Art. 10”, cit., p. 238.

adecuado para garantizar la efectividad de un arbitraje testamentario¹⁰³ y la tendencia actual es incorporar una tipología de disposición que introduzca una opción compensatoria a favor de los legitimarios. Ahora bien, a la hora de incorporarla, debieran prestarse las debidas atenciones, dado que si en la disposición testamentaria aparece el inciso “a salvo las legítimas”, tendría poco sentido introducir posteriormente una disposición que previera la *cautela socini*, dado que, como se ha sostenido, no sería una opción compensatoria plena, ya que, en ese caso, la referencia a las legítimas debiera interpretarse en sentido amplio por parte del tribunal arbitral¹⁰⁴.

La solución propuesta, que asocia el arbitraje testamentario con una opción compensatoria, es válida para aquellos legitimarios que han recibido más de la legítima estricta¹⁰⁵ y se observa que este mecanismo está propulsado en algunos ordenamientos forales¹⁰⁶. Sin embargo, el efecto propulsor de la *cautela socini* no funcionaría con la misma eficacia en el caso de aquellos legitimarios que han recibido solamente la legítima estricta, puesto que el impulso sería darle ese *quid* que el testador le otorgó y no privar de la cuota mínima que le toca por ley. Sin embargo, aquí, aunque el legítimo con legítima estricta no tuviera incentivo para remitirse a la *cautela socini*, sí que tendrá, de todos modos, interés en participar en el arbitraje para comprobar que se tutelan adecuadamente sus intereses, o para activarse con la finalidad de evitar la aplicación del art. 6 LA español, bajo el entendimiento que se ha renunciado tácitamente a la impugnación¹⁰⁷.

VI. SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA ARBITRAL Y LA NULIDAD DEL TESTAMENTO.

La independencia del convenio arbitral respecto al contrato principal es indiscutible e indiscutida al ser normada en ambos ordenamientos¹⁰⁸. En cambio, el problema se plantea, dado que la voluntad del testador se manifiesta mediante un acto unilateral asociado al testamento y podría concluirse que el primero no puede ser independiente del segundo, ya que la normativa anterior no se refiere

103 DE PRADA GUAITA, C.: “El arbitraje testamentario”, cit., p. 454.

104 Esto bajo la constatación de que “en definitiva, la cláusula no ha arriesgado y no ofrece propiamente opción compensatoria porque en realidad los herederos no tienen que aceptar ningún gravamen de su legítima, dado que el árbitro debe respetar con arreglo a su redacción”: GOMÁ LAZÓN, I.: “Improcedencia de la invalidez...”, cit., p. 474 y ss.

105 “Si el «heredero forzoso» en cuestión no lo aceptase, su participación en la herencia quedaría reducida a su estricta porción legítima sin percibir otro beneficio en ella”: COLINA GAREA, R.: “El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario”, cit. p. 231.

106 Es el caso de Aragón con base en el art. 500 Código del Derecho Foral de Aragón: CALATAYUD SIERRA, A.: “El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés”, cit., p. 175.

107 Vid. STSJ Madrid núm. 6/2021, cit..

108 Art. 13.2 LA peruana, Art. 9.I LA.

a los actos no negociales. Sin embargo, se verá que no es así, al menos esta es la tesis que se sostiene en este trabajo.

Una parte de la doctrina - constatando que "el negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario únicamente cabe instrumentarlo en disposición testamentaria"¹⁰⁹ - defiende la posición por la cual hay una "ausencia de autonomía e independencia del negocio arbitral respecto a la disposición testamentaria que lo instrumenta"¹¹⁰. Esto lleva a afirmar¹¹¹ que no sería aplicable el art. 9.I LA al arbitraje testamentario, dado que si esta disposición permite que el convenio arbitral adopte la forma de cláusula incorporada a un contrato (y por lo tanto permite que se configure como un acuerdo independiente), esto no resultaría válido para el arbitraje testamentario, dado que - se sostiene - "el negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario deberá reunir los requisitos formales que la Ley reclame para la disposición testamentaria que lo comprenda"¹¹². Sin embargo, hay argumentos para defender la autonomía e independencia de la disposición arbitral respecto al testamento, del mismo modo que el convenio arbitral lo es con respecto al contrato principal.

Efectivamente, debe recordarse que el ordenamiento español consiente que el testador pueda realizar más de un testamento y puede disponer en estos sólo de parte de sus bienes, y no de la totalidad¹¹³. Así, el art. 739 CC permite, *a contrario*, la existencia de varios testamentos válidos, siempre que se deje constancia oportuna de ello. En este sentido, se comprende que la disposición testamentaria que instituye el arbitraje testamentario tiene su completa independencia del mismo modo que en un arbitraje que se instituye por convenio arbitral. No debe confundirse la razón de ser del arbitraje con la disposición o convenio que lo instituya. Si bien es cierto que la disposición que instituye el arbitraje testamentario es de naturaleza *mortis causa*, esta puede tener una redacción independiente. Esta independencia se justifica *a fortiori* al constatarse que el ordenamiento español

109 COLINA GAREA, R.: "El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario", cit. p. 200.

110 Vid. ampliamente COLINA GAREA, R.: "El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario", cit. p. 201-203.

111 Ahora bien, en este sentido esta doctrina parece entremezclar dos aspectos que pueden manejarse de manera diferente (el hecho de que el arbitraje vaya necesariamente incluido en una disposición testamentaria y que a ésta no se le aplique el art. 9.I LA), dado que, posteriormente, es favorable a que la disposición pueda realizarse mediante otro testamento distinto en el que sólo incluya el negocio de sumisión al arbitraje y validar la posibilidad de que existan varios testamentos simultáneamente con la existencia de una única cláusula: cfr. COLINA GAREA, R.: "El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario", cit. p. 200 y ss. y p. 217 y ss.

Sin embargo, hay otra que rotundamente niega la separabilidad entre la cláusula arbitral y el testamento y, por lo tanto, la aplicación, *mutatis mutandis*, del art. 22 LA a la disposición testamentaria que instituye el arbitraje testamentario: MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: "Función notarial y arbitraje. Convenio y laudo arbitral", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 60, 2014, p. 40.

112 Esta es la postura de COLINA GAREA, R.: "El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario", cit. p. 201 fundamentándola con argumentaciones también de BONACHERA VILLEGAS, R.: *Los arbitrajes especiales*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 217.

113 Vid. v.gr. Resolución de 28 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 228, de 21 de septiembre.

permite el testamento ológrafo (mínimo de requisitos formales). Piénsese, por ejemplo, en la redacción posterior de una disposición testamentaria ológrafa que instituye el arbitraje testamentario refiriéndose a un testamento redactado anteriormente (que no la contiene) ¹¹⁴. Por lo tanto, la validez de la disposición testamentaria arbitral no depende de la validez del testamento (o de uno de los testamentos) redactados, en cambio, sí depende de sus propios requisitos de validez. Puede, por lo tanto, existir una disposición arbitral testamentaria válida y un testamento nulo que la contenga. Además, en el caso de la existencia de más de un testamento, como puede efectivamente verificarse, esto resulta aún más intuitivo, dado que, en algunos de estos, dicha cláusula no estará presente. La nulidad o invalidez de uno de estos no impide aplicar la cláusula a los otros, debiéndose llevar a cabo un trabajo sistemático e interpretativo.

De lo contrario, se llegaría a la situación paradójica en la que los árbitros no serían competentes para valorar la nulidad del testamento (y de las consecuencias que esto implicaría) bajo la equivocada premisa ¹¹⁵ que la nulidad del testamento implicaría también la nulidad del arbitraje testamentario. En cambio, el árbitro podrá decidir sobre la nulidad del testamento ¹¹⁶ siendo legitimado esto por el principio *kompetenz-kompetenz* ¹¹⁷. No debería, por lo tanto, prosperar la postura contraria, que niega esta última posibilidad sobre la base de que la impugnación del testamento no está dentro de las facultades dispositivas del testador ¹¹⁸. Este aspecto afectaría al arbitraje y la competencia del árbitro solo cuando la nulidad del testamento hubiera sido previamente declarada ¹¹⁹.

La independencia de la disposición testamentaria que instituya la voluntad de dirimir las controversias mediante arbitraje, por lo tanto, abre la posibilidad a que esta sea instituida de manera separada ¹²⁰. Efectivamente, si es cierto que la

¹¹⁴ Si, además, se tratara de un mayor de 16, en el caso en el cual el testamento anterior fuera redactado válidamente (no de manera ológrafa), la disposición testamentaria no valdría ex art. 688 CC, mientras que el testamento originario seguiría siendo válido, *a contrario*, se ve como validez de la disposición testamentaria arbitral y validez del testamento son independientes. Así, que si es cierto que la nulidad de disposición testamentaria implica también la nulidad del arbitraje testamentario que la incorpora (MERINO MERCHÁN J. F., CHILLÓN MEDINA, F.; *Tratado de Derecho Arbitral*, Thomson Civitas, Madrid-Cizur menor, 2006, p. 424), esta nulidad resulta independiente de la nulidad del testamento a la cual se refiere o a uno de estos de existir más.

¹¹⁵ Vid. VERDERA SERVER, R.: "Art. 10", cit., p. 546.

¹¹⁶ Una reconstrucción sistematizada puede verse también en BUCHHALTER-MONTERO, B.: "Arbitraje instituido por disposición mortis causa", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, p. 524.

¹¹⁷ Se comparete aquí la postura de GOMÁ LAZÓN, I.: "Art. 10", cit., p. 219.

¹¹⁸ Arg. ex art. 675.2 Vid. CAPILLA RONCERO, F.: "Art. 7", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Ley núm. 36/1988, de 5 de diciembre (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, p. 90.

¹¹⁹ Declarada a tenor del art. 675.2 CC cfr. YÁÑEZ VIVERO, F.: "Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario", cit., p. 97 y 98. Para otra doctrina el art. 675.2 CC se limita a "prohibir la prohibición" de impugnación: CAMPOS VILLEGAS, E.: "La partición hereditaria arbitral", en AA.VV.: *La partición de la herencia* (dir. por X. O'CALLAGHAN MUÑOZ), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 257.

¹²⁰ La independencia de la disposición testamentaria por la cual puede instituirse el arbitraje es facilitada y justificada también por la posibilidad de expedir esta voluntad mediante testamento oral que, por ejemplo, quiera complementar un testamento anterior privo de dicha disposición. A favor de la posibilidad de la

finalidad de la norma es dirimir las controversias relativas a la herencia allá donde exista un testamento, no significa que el art. 10 LA imponga que el testamento exista ya en el momento de la manifestación de la voluntad de acudir al arbitraje, en este caso, será una disposición que se cumplirá, a condición de que se redacte el testamento. Sería una hipótesis un poco bizarra, pero no por esto no válida jurídicamente.

VII. CONCLUSIONES.

El art. 10 LA española genera para el testador un derecho potestativo que le otorga, dentro de su libertad para testar, la decisión de poder remitir a arbitraje las controversias relativas a su herencia todas las veces que existan incompatibilidades entre los sucesores. Estos últimos estarán en su derecho de poder aceptar, o no, la herencia y, de hacerlo automáticamente, se remitirán a esta eventualidad si se produjera un litigio. En este sentido, la herencia posee un elemento inescindible de ella todas las veces de que el testador se haya activado a tenor del art. 10 LA española.

La ausencia de remisión expresa a los legitimarios¹²¹ no impide el desarrollo del proceso arbitral (entre los demás sujetos), el proceso arbitral existirá con o sin su voluntad. Por ello, y con independencia del tenor literal del art. 10 LA, y de lo que disponga la disposición testamentaria arbitral, es de todo interés del legitimario poder participar a dicho proceso, no solo para cerciorarse y comprobar que sus cuotas de legítima sean respetadas por tribunal arbitral, sino que también para evitar que, en caso de laudo impugnabile, no se pueda demandar la nulidad por falta de interés a tenor del art. 41 LA. Esto sí, deberá ser notificado de manera apropiada.

De todos modos, es cierto que la impugnación de la eventual disposición deberá hacerse en el momento oportuno y no *a posteriori* so pena de entendimiento de que se haya renunciado tácitamente a las facultades de impugnación a tenor del art. 6 LA. En este sentido, la referencia que el art. 10 LA hace a los herederos no forzosos debe interpretarse, no en contraposición a los legitimarios, sino a la legítima, ya que es esta la que debe ser respetada por razones de orden público.

Ahora bien, partiendo de la disponibilidad de esta última desde la muerte del causante, pueden introducirse también mecanismos, como es la cautela *socini*, que

disposición testamentaria que instituya el arbitraje testamentario en un acto que no disponga disposiciones de bienes: GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje testamentario*, cit., p. 192.

121 Por ejemplo, cuando la disposición testamentaria se refiera a un abanico más restringido de sujetos (los herederos no forzosos o legatarios).

incentiven la participación de los legitimarios en el proceso arbitral, allá donde al sujeto se le haya atribuido más de la legítima estricta.

A pesar de la posibilidad del testamento ológrafo, es que es oportuno redactar adecuadamente, la disposición arbitral testamentaria bajo la supervisión de un experto, podrá evitar futuros aspectos patológicos en sede de realización del arbitraje, evitando posibles incongruencias sustanciales a la hora de la redacción de la disposición, aún más, allá donde exista de más de un testamento. Finalmente, cabe recordar que la conceptualización de la legítima, no solo es un concepto relativo en ámbito internacional, sino que su modalidades de erogación, su redefinición o re-conceptualización son argumentos que deberán debatirse en el futuro, también en el ámbito español, aún más, cuando en la actualidad pueden existir causas de desheredación por razones afectivas, como es el caso del art. 451-17 del Código Civil de Cataluña por el cual se dispone en su letra e) la posibilidad de privar los legitimarios de su derecho de legítima en caso de “ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”¹²². Esta elasticidad conceptual de la legítima incide e incidirá claramente sobre un nuevo entendimiento de la disposición arbitral testamentaria.

122 Sin carácter de exhaustividad sobre el tema vid. Vid. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: “La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, núm. 775, p. 2603 y ss. Más en general y en relación con la extinción de los alimentos: RIBERA BLANES, B.: “La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 482 y ss; CHARDÍ TORAJADA, P.: “Extinción de la obligación de alimentos en particular por desafición de los hijos” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17-bis, 2022, p. 306 y ss. Sobre las tendencias del Tribunal Supremo en relación con los malos tratos v.gr. vid. BARCELO DOMÈNECH, J.: “Abandono de personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2014, p. 289 y ss; GAGO SIMARRO, C., ANTUÑA GARCÍA, P.: “La ausencia de relación familiar ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 785, p. 1208 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Abandono de personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2014, p. 289-302.

BONACHERA VILLEGAS, R.: *Los arbitrajes especiales*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

BUCHHALTER-MONTERO, B.: "Arbitraje instituido por disposición mortis causa", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, p. 498-533.

CAMPOS VILLEGAS, E.: "La partición hereditaria arbitral", en AA.VV.: *La partición de la herencia* (dir. por X. O'CALLAGHAN MUÑOZ), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 243-300.

CAMPOS VILLEGAS, E.: *Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva ley: discours d'ingrés de l'acadèmic de número Sr. Elías Campo Villegas i contestació de l'acadèmic de número Sr. José Juan Pintó Ruiz, 3 de juny de 2004*, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2004.

CAPILLA RONCERO, F.: "Art. 7", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley núm. 36/1988, de 5 de diciembre* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, p. 75-95.

CHARDÍ TORAJADA, P.: "Extinción de la obligación de alimentos en particular por desafición de los hijos" *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17-bis, 2022, p. 306-335.

COLINA GAREA, R.: "El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario", en AA.VV.: *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada* (dir. por A.-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN: coord. por A. NEIRA PENA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 189-232.

DÁVILA GARCÍA, J.: "Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 185, 1943, p. 661-670.

DE PRADA GUAITA, C.: "El arbitraje testamentario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. LIV, 2014, p. 425-459.

DE PRADA SOLAESA, M. del P.: "El arbitraje testamentario. Estudios de derecho privado", en AA.VV.: *Homenaje a Juan José Rivas Martínez* (dir. por A. PÉREZ-COCA CRESPO, L. B. PÉREZ GALLARDO; J. A. PÉREZ BUSTAMANTE DE MONASTERIO; coord. por Á. FERNÁNDEZ-REYES (coord.), Vol. I, Dykinson, Madrid, 2013, p. 521-537.

DE WAAL, M. J.: "Comparative Succession Law", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Comparative Law* (ed. M. REIMANN, R. ZIMMERMANN), 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 1073-1075.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

FERRANTE, A.: "El Arbitraje Testamentario del art. 10 de la Ley núm. 60/2003: necesidad de nuevo enfoque legislativo", en AA.VV.: *Sucesión testada. Voluntad del causante e interpretación* (dir. por M. CARBALLO FIDALGO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2025, en prensa.

FITZPATRICK, J. C.: *The Last Will and Testament of George Washington and Schedule of his Property, to which is appended the Last Will and Testament of Martha Washington*, The Mount Vernon Ladies' Association of the Union, Mount Vernon, 1939.

FUSARO, A.: "Linee evolutive del diritto successorio europeo, *Giust. Civ.*, 2014, pp. 509-563.

GAGO SIMARRO, C., ANTUÑA GARCÍA, P.: "La ausencia de relación familiar ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 785, p. 1208-1240.

GALLO, P.: "Successioni in diritto comparato", en *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., XIX, Utet, Torino, agg. 2011, p. 851-857.

GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J., CORRAL GARCÍA, E.: "Art. 10", en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coord. por A. DE MARTÍN MUÑOZ y S. HIERRO ANIBARRO), Marcial Pons, Madrid, 2006 p. 1020 y ss.

GLEIM, J.: *Letztwillige Schiedsverfügungen. Geltungsgrund und Geltungsgrenzen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

GOMÁ LAZÓN, I.: "Art. 10", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por C. GONZÁLEZ-BUENO), Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, p. 199-250.-

GOMÁ LAZÓN, I.: "Improcedencia de la invalidez de la cláusula de sumisión a arbitraje predispuesto en testamento. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

de Madrid CP I^a 2 de marzo de 2021", *La Ley: Mediación y Arbitraje*, núm. 8, julio-septiembre 2021, p. 474-485.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, núm. 775, p. 2603-2624.

GOSSELIN-GORAND, A.: "La Convention européenne des droits de l'Homme face au droit de prélèvement compensatoire français", *L'essentiel. Droit de la famille et des personnes*, núm. 4 de I de abril 2024, p. 4 y ss.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: "El arbitraje testamentario en las Leyes de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 y 36/1988, de 5 de diciembre", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 100, 2021, p. 20-27.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: "Estimación de la anulación de un laudo arbitral por haber resuelto el árbitro cuestiones no sometibles en un arbitraje testamentario. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 1 de febrero de 2021", *La Ley: Mediación y Arbitraje*, núm. 8, julio-septiembre 2021, p. 445-456.

LEÓN SANZ, F. J.: "Art. 10", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (coord. D. ARIAS LOZANO), Pérez-Llorca Abogados-Thomson Aranzadi, Cizur Menor, p. 95-99.

LEROYER, A.-M.: "Réforme des successions et des libéralités", *Revue trimestrielle de droit civil Dalloz*, núm. 3, 2006, p. 617 ss.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2022.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: "Función notarial y arbitraje. Convenio y laudo arbitral", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 60, 2014, p. 13-46.

MERINO MERCHÁN J. F., CHILLÓN MEDINA, F.; *Tratado de Derecho Arbitral*, Thomson Civitas, Madrid-Cizur menor, 2006.

MURITANO, D.: "Trust and succession", en AA.VV.: *Eu Cross-Border Succession* (ed. S. BARATTI, I. VIARENGO, F. VILLATA), Elgar, Cheltenham, 2022, p. 33.48.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "El arbitraje en derecho sucesorio", *Ley del Notariado*, núm. 47/48, 2007, p. 57-69.

REINOSO-BARBERO, F.: "*Permissum videtur id omne quod non prohibetur*", en *Diccionario del Español Jurídico*, Real Academia Española, Madrid 2016, p. 1199-1200.

RIBERA BLANES, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 482-529.

SEMPRINI, A.: "La successione necessaria nella prospettiva comparativa", *Comparazione e Diritto Civile*, núm. 1, 2022, p. 89.115.

SOLS GARCÍA, P.: "El heredero: ideas para su estudio", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 196, 1944, p. 568-578.

VELA SÁNCHEZ, A.: "La libertad del causante de disponer de todos sus bienes", *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2022, p. 227-264.

VERDERA SERVET, R.: *Contra la legítima*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

VIRGILI SORRIBES, F.: "Herederos forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (El llamado heredero forzosos no es heredero)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 185, 1943, p. 479-494.

VIVES VELO DE ANTELO, M.^a P.: *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, Fundación Notariado, Madrid, 2024.

YÁÑEZ VIVERO, F.: "Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario", en AA.VV.: *El arbitraje en las distintas áreas del derecho* (dir. por Jorge L. COLLANTES GONZÁLEZ), Vol. II, Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima 2007, p. 76–109.

ZOPPINI, A.: *Le successioni in diritto comparato*, Utet, Torino, 2002.

OTROS DOCUMENTOS

MINISTERIO DE JUSTICIA ESPAÑOL: *Orden de 4 de febrero de 2019 por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y de libertad de testar*, en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803576-Orden_de_4_de_febrero_de_2019__por_la_que_se_encomienda_a_la_seccion_de_derecho_civil_de_la_comisio.PDF.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. España.

STSJ Madrid núm. 65/2016, de 13 de octubre 1ª, Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJM:2016:11921.

STSJ Madrid núm. 73/2016, de 28 de noviembre de 2016, 1ª, Sala de lo Civil y Penal. ECLI:ES:TSJM:2016:13751.

STSJ Madrid, núm. 21/2018, de 24 de abril, Sala Civil y Penal, Sección Primera, ECLI:ES:TSJM:2018:3982.

STSJ Madrid núm. 40/2019, de 29 de octubre 1ª, Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJM:2019:11974.

STSJ de Extremadura núm. 1/2021, de 1 de febrero de 2021, Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJEXT:2021:231.

STSJ Madrid núm. 6/2021, de 2 marzo 2021, 1ª, Sala de lo Civil y Penal, ECLI:ES:TSJM:2021:23.

STSJ Madrid, núm. 27/2024, 28 de mayo de 2024, 1ª, Sala de lo Civil y Penal. ECLI:ES: TSJM:2024:6579.

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15 febrero 2024, caso *Colombier y otros v. Francia* recurso núm. 14925/18.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15 febrero 2024, caso *Jarre v. Francia*, Recurso núm. 4157/18.



EL TESTAMENTO DIGITAL DE LAS PERSONAS MAYORES CON NECESIDADES DE APOYO*

THE DIGITAL WILL OF ELDERLY PEOPLE WITH SUPPORT NEEDS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 764-789

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2022-137330OB-I00 "Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos", de la convocatoria 2022 de los "Proyectos de Generación de Conocimiento" del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente.



Javier
PALLARÉS
NEILA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de septiembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Tras la revolución que supuso la creación de Internet, hemos pasado en poco tiempo de una sociedad de la información, a una sociedad en la que lo digital empieza a desbordar los espacios de comunicación. Todo tipo de usuarios, también las personas mayores con discapacidad, utilizan y suben voluntariamente a los denominados servicios intermediarios, como redes sociales y blogs, una ingente cantidad de datos propios. Muchos de estos contenidos pueden tener valor patrimonial y por lo tanto, deben formar parte de la herencia de su titular. Por ello, en España, la Ley Orgánica 3/2018 regula en su artículo 96 el denominado “derecho al testamento digital”. Se examina en este artículo la eficacia de las previsiones contenidas en dicha norma, cuando el usuario de los servicios de la sociedad de la información es una persona mayor con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Testamento digital; apoyo; personas con discapacidad; contenidos digitales, curatela.

ABSTRACT: *Following the revolution brought about by the creation of the Internet, we have quickly moved from an information society to a society in which digital technology is beginning to overflow communication spaces. All types of users, including elderly people with disabilities, voluntarily use and upload a huge amount of their own data to so-called intermediary services, such as social networks and blogs. Many of these contents may have patrimonial value and therefore must form part of the inheritance of their owner. For this reason, in Spain, Organic Law 3/2018 regulates in its article 96 the so-called “Right to a digital will”. This article examines the effectiveness of the provisions contained in this law when the user of the information society services is an elderly person with a disability.*

KEY WORDS: *Digital will; support measures; people with disabilities; digital content, guardianship.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA LEY ORGÁNICA 3/2018: DATOS Y CONTENIDOS DIGITALES.- I. Datos digitales.- A) La importancia de los datos digitales.- 2. Contenidos digitales.- III. EL DERECHO A LA HERENCIA DIGITAL.- I. Problemas en la determinación del patrimonio digital.- IV. LEGITIMACIÓN PARA EL ACCESO A LOS CONTENIDOS DIGITALES.- I. Legitimación cuando se trata de personas mayores con discapacidad.- 2. Quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.- 3. Legitimación en caso de otras medidas de apoyo.- 4. Legitimación del curador.- V. LAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.- I. Meta Platforms, Inc.- 2. X Corp.- 3. Automattic Inc.- VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Nos resistiremos unos más que otros, pero queramos o no, vivimos ya inmersos en la sociedad digital.

Y sin apenas darnos cuenta.

Pensábamos que Internet era la revolución y solo era el comienzo de esta. De la sociedad industrial, pasamos a la de la información y de esta, a una sociedad en la que lo digital empieza a desbordar los espacios de comunicación para inundar otros hasta ahora inéditos: los del derecho o los de las relaciones interpersonales, con el resultado de que empieza ya a ser difícil distinguir entre la máquina y los seres humanos, la vida y la ficción, las emociones o el resultado de un algoritmo.

Nuevos contextos que dan origen a nuevos problemas, para cuya resolución necesitaremos ingenio, pero también conocer en profundidad nuestras instituciones tradicionales, ya que tras temas tan novedosos como la digitalización, la inteligencia artificial o los algoritmos, el problema que abordamos es el mismo que el derecho siempre intentó ordenar: la forma y medida en que los bienes de una persona se transmiten tras la muerte.

Pero como decimos, de esta realidad virtual es difícil escapar. Alcanza a personas de cualquier condición y, por supuesto, también a las personas mayores y a las personas con discapacidad.

Según la “Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación”¹, el 95,4 % de la población de 16 a 74 años ha usado Internet en los tres últimos meses. Y, computando los datos de los últimos tres meses, el uso de

¹ Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) en los Hogares, año 2023, publicada: 28/11/2023, accesible el 20/08/2024 en https://www.ine.es/prensa/tich_2023.pdf

Internet es casi completamente generalizado entre las personas de 16 a 24 años (el 99,8 % lo utiliza) y, si bien va descendiendo conforme aumenta la edad, alcanza también valores muy altos en el grupo de 65 a 74 años, hasta el 80,1 %.

Todas ellos utilizan esta tecnología para realizar actuaciones relacionadas con la comunicación, servicios de mensajería instantánea, realizar videollamadas, banca por Internet, educación, participación política y social, búsqueda de empleo, compras, etc.

Pero estas personas no solo son usuarios de servicios, sino que también crean contenidos: el 26,5 % de personas de entre los 65 a los 74 años tiene "Habilidades básicas de creación de contenidos digitales" y el 25,1 % avanzadas².

Se hace difícil realizar inferencias válidas en relación con las personas mayores con discapacidad. Los pocos datos existentes sobre el uso de las nuevas tecnologías por parte de este colectivo³, han quedado sin duda anticuados después de la pandemia mundial de la COVID y del impacto que está teniendo y tendrá 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, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación⁴.

Pues bien, uno de los muchos escenarios surgidos en esta nueva etapa digital, es la cuestión referente a la situación en la que quedan todos aquellos datos y contenidos digitales que se encuentran en la red, una vez que su titular fallece.

En nuestro país, esta cuestión se encuentra regulada en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, tal y como analizaremos a continuación.

2 Ibid.

3 La operación estadística más sólida e importante realizada en España sobre el sector de la discapacidad Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia (EDAD 2020), accesible el 13/04/2024 en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=ultiDatos&idp=1254735573175, solo advertía de ciertas dificultades con las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), lo que años después se pondría claramente de manifiesto por la campaña 'Soy mayor, no idiota' que en solitario llevaría a cabo Carlos San Juan recabando más de 600.000 firmas y que puso en la agenda social la discriminación que sufre este colectivo.

4 Constituye el objetivo de esta ley "garantizar de forma efectiva la accesibilidad cognitiva de todas las personas con dificultades de comprensión y comunicación del entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones a disposición o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales" y el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

II. LA LEY ORGÁNICA 3/2018: DATOS Y CONTENIDOS DIGITALES.

La normativa que vamos a estudiar se encuentra recogida en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁵. Especialmente, a los datos de las personas fallecidas se refiere la mencionada ley en distintas ocasiones.

En la primera de ellas, para excluirlos, advirtiendo en su artículo 2 que queda fuera de su ámbito de aplicación “b) A los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3”.

No obsta a esta declaración advertir, ya en el artículo siguiente, que tales datos existen e identifica a las personas que podrán acceder a aquellos y, en su caso, solicitar su rectificación o supresión, una vez fallecido su titular.

Pero de nuevo, en su artículo 96, vuelve a recoger otra cuestión íntimamente ligada a la anterior y la trata de forma muy similar; si bien con dos matizaciones: la primera es el cambio de rúbrica, ahora denominada “Derecho al testamento digital” y la otra, que ya no se refiere a datos, sino a los “contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas”.

Pues bien, llegados a este punto, pensamos que es importante, antes de continuar, distinguir entre datos y contenidos digitales.

I. Datos digitales.

El Reglamento general de Protección de Datos⁶ define los datos personales de forma genérica como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”, considerando como identificable a la “persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

5 Consecuencia de 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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), así como de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

6 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Al poner en conexión uno y otro sistema, la ley sitúa, a un mismo nivel de protección, tanto los rasgos más íntimamente ligados a nuestra identidad, como aquellos otros que pueden actuar como identificadores, como por ejemplo un número, un dato de localización o un identificador en línea, como las credenciales y contraseñas utilizados para acceder a un servicio o cualquier otra huella que, como se advierte en el considerando 30 del citado reglamento, “al ser combinadas con identificadores únicos y otros datos recibidos por los servidores, pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de las personas físicas e identificarlas”.

Por lo tanto, y a título de ejemplo, son datos personales tanto los que se asocian a una persona física concreta, como el nacimiento, matrimonio o su domicilio, como los relativos a su vida académica, profesional, laboral, hábitos de vida y consumo, relaciones personales, ideología o elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social, etc.

De este régimen, únicamente se excluyen los datos anónimos⁷, considerando como tales aquellos que no guardan relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo.

De todos ellos, el reglamento presta mayor atención a aquellos que pueden ser objeto de frecuentes o más graves violaciones y que por lo tanto, son de mayor interés a efectos del presente trabajo: 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 las orientación sexuales de una persona física.

Debemos tener en cuenta, además, que nuestra ley orgánica, a fin de evitar situaciones discriminatorias, prohíbe en su artículo 9.1, el tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico con el solo consentimiento del afectado.

A) La importancia de los datos digitales.

El derecho a la protección de datos, prontamente fue categorizado por el Tribunal Constitucional como derecho fundamental⁸. Para García Herrera⁹, tiene la naturaleza de derecho de la personalidad, tratándose de “un derecho subjetivo

7 Sí se incluye una nueva categoría de datos, los seudonimizados, que, conforme a la definición ofrecida en el párrafo quinto del artículo 4, son aquellos que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional”.

8 STC 94/1998, de 4 de mayo (BOE núm. 137, de 09 de junio de 1998).

9 GARCÍA HERRERA, V.: “El tratamiento de datos de personas fallecidas”, *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2018, núm. 5º, mayo, p. 3.

de naturaleza privada que recae sobre un bien absolutamente indispensable para reconocer la esencia misma de la persona y que por tanto es necesario para que pueda desarrollarse con la mínima dignidad".

Por esta razón, el derecho se extingue con el fallecimiento de su titular¹⁰ y por ello, tanto el Reglamento 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, advierten que no se aplica esta normativa a los datos de las personas fallecidas.

Sin embargo, una cosa es que dichos datos se excluyan de la protección que brinda la ley y otra muy distinta es que no existan.

Mucho antes de la creación de internet, encontramos ya referencias legislativas a ciertos datos personales que sobrevivían al fallecimiento del causante:

- Así, en la Exposición de Motivos de la LO 1/1982, de 5 de mayo se recogía la que se ha denominado como memoria defuncti¹¹ "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".

- También la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, en su artículo 1, concede legitimación para ejercitar el derecho de rectificación "el perjudicado aludido o sus representantes y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o los representantes de éstos".

- El art. 18.4 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, se refiere al acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos.

- Y la Ley de Propiedad Intelectual¹², reconoce en su artículo 15 distintos supuestos de legitimación mortis causa, para exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra; así como a su integridad e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

10 Como advierte BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Disposición mortis causa de los datos digitales. El llamado "testamento digital"", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 783°, p. 573., esta declaración está en línea con lo dispuesto en el artículo 32 del Código civil, "De ahí que, se considere que, las personas fallecidas no sean titulares del derecho a la protección de datos de carácter personal, pues la titularidad del dato se vincula a una persona viva.

11 "La memoria defuncti, es el buen recuerdo, buenas acciones, patrimonio moral que dejamos en vida, que se basa o tiene como sustrato la dignidad del que fue y que sobrevive a la muerte, lo que conlleva que se entienda como prolongación de la personalidad". RAMOS GUTIÉRREZ, M.: "Memoria Defuncti", *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2018, núm. 9°, p. 3.

12 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.

Pero, ciertamente, el legislador de ninguno de estos textos legales pudo siquiera imaginar el enorme cúmulo de datos que nosotros mismos, voluntariamente, ofrecemos a los servicios intermediarios¹³.

Cada vez que damos a un “like” o a un “me gusta” generamos una huella digital que tras pasar por un conjunto de reglas o instrucciones -un algoritmo- permitirá a la empresa receptora de aquellos realizar predicciones.

Así se comprobó en una investigación llevada a cabo por la Universidad de Stanford y la Universidad de Cambridge¹⁴, en el que se mostró que los juicios de los modelos informáticos sobre la personalidad de las personas basados en sus huellas digitales son más precisos y válidos que los juicios hechos por sus personas cercanas o conocidas, necesitando tan solo 10 me gusta para superar a un colega de trabajo; 70 a un amigo; 150 a un familiar y 300 al cónyuge.

Sin pretender entrar en un análisis de su validez empírica, que no nos corresponde, el estudio sí que nos convence de que ese conjunto de datos e interacciones que voluntariamente ofrecemos a las grandes compañías, lejos de ser inconexos e inocuos van configurando nuestra identidad digital, fundamentalmente social, en tanto creada para compartir con nuestros vecinos digitales y que nos supérstite tras la muerte.

Sobre este conjunto de bienes que para Santos Morón, “no están tutelados por el derecho de propiedad sino por otros derechos, como el derecho a la intimidad, honor, imagen, o el derecho a la protección de datos de carácter personal”¹⁵, el ordenamiento nos ofrece ya nuevas facultades o acciones: además de las referidas en párrafos anteriores, el derecho al olvido o el mal llamado testamento digital.

13 Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/2065 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), “servicio intermediario”: uno de los siguientes servicios de la sociedad de la información:

i) un servicio de “mera transmisión”, consistente en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones,
ii) un servicio de “memoria caché”, consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, prestado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos,
iii) un servicio de “alojamiento de datos”, consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este.

14 YOUYOUA, W., KOSINSKIB, M., STILLWELLA, D.: “Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans”, *PNAS*, 2015, vol. 112, núm. 4º. Recuperado el 21/08/2024 en www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1418680112.

15 Como advierte SANTOS MORÓN, M. J.: “La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación, Estudio de derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 1, p. 418, esos datos; “no están tutelados por el derecho de propiedad sino por otros derechos, como el derecho a la intimidad, honor, imagen, o el derecho a la protección de datos de carácter personal, derechos, que otorgan a su titular, básicamente, facultades de exclusión de terceros y les permiten decidir si consienten o no el conocimiento, la comunicación, divulgación y/o reproducción de esos datos por otros sujetos”.

Esta identidad digital es reconocida, a nuestro juicio de forma tan prematura como inadecuada¹⁶, como un derecho, tanto en Carta de Derechos Digitales, al reconocer por primera vez el “Derecho a la identidad en el entorno digital”, como en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01)¹⁷.

No pretendemos resolver la cuestión, sino poner de manifiesto que, si bien los datos digitales no siempre son datos personales y pese a lo dispuesto en el artículo 2, existe una identidad digital de las personas mayores con discapacidad, que les trasciende y que es necesario tutelar.

Por ello, el artículo 3 concede legitimación a determinadas personas para acceder a los datos de las personas fallecidas, que en el caso de las personas con discapacidad es idéntica a la legitimación recogida en el artículo 96, por lo que la analizaremos en líneas posteriores.

2. Contenidos digitales.

A los contenidos digitales se refiere el artículo 96 de la misma ley, al establecer reglas relativas al “acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas”.

Dicho artículo no se refiere a la relación contractual que regula la prestación de los servicios digitales¹⁸, sino a los contenidos digitales, aquello que los usuarios en expresión coloquial “suben” a las correspondientes plataformas.

Susana Navas¹⁹ distingue tres categorías dentro del contenido digital: “la primera, las relaciones jurídicas nacidas al amparo del contrato de uso que se celebra con el titular del sitio web o plataforma tecnológica de que se trate; la segunda, las singulares relaciones jurídicas que nazcan sobre la base de los contratos que se celebren en uso de ese sitio web o plataforma, algunas de las cuales, se desenvuelven en el mundo físico, aunque hayan nacido en el digital; la tercera, los bienes digitales, algunos de los cuales pueden existir también físicamente”.

16 Compartimos la opinión de GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: “Identidad digital y responsabilidad civil de las plataformas digitales: de las redes sociales al metaverso”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 18°, p. 1011, de que “el concepto de identidad digital se encuentra en constante desarrollo y aún no cuenta con una definición universal y aceptada en el ámbito legal”.

17 Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Gobierno de España. Carta de derechos digitales, 2021. Recuperado el 3/8/2024 de: https://derechodigital.pre.red.es/documentos/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf. Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea, Declaración conjunta sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, 2023. Recuperado el 3/8/2024 de: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)).

18 Puede consultarse al respecto la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE L 136, de 22.5.2019).

19 NAVAS NAVARRO, S.: “Herencia y protección de datos de personas fallecidas: a propósito del mal denominado *testamento digital*”, *Revista de derecho privado*, 2020, núm. 104°, mes 1, p. 65.

A nuestro juicio, así como un dato personal puede ser suficiente para identificar a una persona y que un conjunto de datos, aparentemente inconexos, configuran nuestra identidad digital, los contenidos digitales son un conjunto ordenado de datos digitales que se presentan virtualmente por un usuario en un servicio intermediario, en forma de imagen, texto o sonido.

Los contenidos digitales son el objeto y el resultado, de los servicios de la sociedad de la información, especialmente de los servicios intermediarios, que casi sin darnos cuenta han pasado a formar parte de nuestra vida cotidiana, utilizándolos en no pocas ocasiones a diario. Nosotros somos los destinatarios de estos servicios.

Con esta amplitud, son contenidos digitales, entre otros, desde los simples comentarios -post- que escribimos en cualquier red social, hasta los libros electrónicos -eboks-, los diarios -blogs-, las imágenes, los vídeos, los archivos sonoros -podcast- y los seminarios digitales -webinario-, etc. Normalmente, estos contenidos son subidos a internet por los propios usuarios, a través de plataformas que nos prestan servicios digitales, como por ejemplo de almacenamiento en la nube (Google Drive, Dropbox, iCloud); redes sociales (X, TikTok, etc.), gestores de correo electrónico (Gmail, Outlook, etc.), intercambio de vídeos o audio (Vimeo, YouTube, etc.) o plataformas de televisión bajo demanda (Netflix, Filmin, etc.).

Estos contenidos en la mayoría de las ocasiones tienen tan solo un respetable valor sentimental, pero también pueden llegar a tener un importante valor patrimonial. Podemos pensar en las distintas conexiones -hilos- de un mensaje -post- en una red social, que conforman un relato, de quien años después se convertirá en un importante escritor²⁰; o las recetas subidas a un blog, por quien se convertirá en una chef prestigiosa; o los denominados “token”²¹ que, como los bienes materiales, pueden ser fungibles, como la criptomoneda de “Bitcoin” o la criptomoneda de “Ethereum”, o no fungibles “Non Fungible Token (NFT)”, bienes digitales no fungibles, cuya originalidad y autenticidad se acredita a través de una cadena de bloques, denominada tecnología “blockchain” y que pueden ser adquiridos en un mercado virtual, en donde se dispone de toda una galería de objetos de distintos precios a pagar en criptomonedas²².

20 Que se ha llamado “Tuitertura” y que incluso se presentan a premios en una feria: CASTRO-MARTÍNEZ, A., DÍAZ-MORILLA, P.: “Tuitertura: contar historias con los hilos y recursos de Twitter”, *Ocnos*, 2021, 20 (1), pp. 82-95.

21 Como señala DE ROMÁN PÉREZ, S.: “Algunas reflexiones jurídicas sobre la nueva etapa de internet: Web 3.0, tokens, DAOs, y otros aspectos de la economía virtual”, en AA.VV.: *Nuevas tecnologías 2023* (dir. por E. ORTEGA BURGOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 185-200, vienen a ser como una “unidad de valor”, la “representación visible o tangible de otra cosa o derecho”.

22 Puede consultarse al efecto la página web: <https://opensea.io/es>

No olvidemos que esos contenidos digitales son propiedad del usuario²³, pero se concede a la empresa una licencia de uso que, como señala Sergio Cámara²⁴, se extinguirá a su muerte.

En fin, desconocemos dónde nos llevará todo esto, pero lo cierto es que en tanto pertenezcan a una persona determinada y tengan un valor en dinero o signo que lo represente, requiere la atención del derecho al formar parte de la masa patrimonial que se puede transmitir en vida o, como veremos inmediatamente, después de la muerte.

III. EL DERECHO A LA HERENCIA DIGITAL.

Cuando habíamos aprendido de nuestro Código Civil, que la herencia de una persona comprende todos sus bienes y derechos que no se extingan con su fallecimiento, irrumpió en nuestro ordenamiento la mencionada Ley Orgánica 1/1982, para advertirnos de la existencia de una memoria defuncti. Damos ahora un paso más para referirnos a la herencia digital, como esa masa patrimonial caracterizada por su intangibilidad y a la que el propio legislador denomina como patrimonio digital, susceptible también de ser transmitido vía hereditaria.

El epítome del progreso busca perpetuarse en las formas tradicionales de nuestro centenario Código Civil, ¡qué gran paradoja!

Aunque la expresión de “testamento digital”, que emplea el artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018, ha sido -con razón- duramente criticada por la doctrina²⁵, lo cierto es que el término y sus parejos, legado y el más adecuado de herencia digital, han hecho fortuna, recogándose tanto en la Carta de Derechos Digitales de España²⁶, como en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01).

23 Así, por ejemplo, en la empresa Meta Platforms, Inc., dueña de las aplicaciones Facebook, Messenger, Instagram y WhatsApp, se establece en sus condiciones generales que: “El contenido que creas y compartes en Facebook y en los demás Productos de las empresas de Meta que usas es de tu propiedad y ninguna disposición incluida en estas Condiciones anula los derechos que tienes sobre tu propio contenido. Por tanto, puedes compartir libremente tu contenido con quien quieras y donde desees. No obstante, para proporcionar nuestros servicios, es necesario que nos otorgues algunos permisos de uso del contenido. Condiciones del servicio, recuperado el 11/08/2024, de <https://es-es.facebook.com/legal/terms>

24 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1º, p. 842.

25 El “mal llamado testamento digital”, reitera en varias ocasiones BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Disposición mortis”, cit. p. 575. Por su parte, MORALES IMBERNÓN, N.: “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Anuario de Derecho Civil*, 2020, vol. 73, núm. 1, p. 254, detalla las razones por las que no puede ser considerado como un testamento: no tiene las formalidades previstas en nuestro Código Civil; los contenidos digitales, no siempre son transmisibles; y no solo se refiere a las instrucciones del causante.

26 La Carta de Derechos Digitales ha sido elaborada por el Grupo de Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Además, han colaborado representantes del Ministerio de la Presidencia,

En el documento español, dentro de los “Derechos de libertad”, en los siguientes términos:

“1. Conforme a la ley que rijan la sucesión, se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que, en el entorno digital, fuera titular la persona fallecida.

2. Corresponde al legislador determinar los bienes y derechos de carácter digital de naturaleza patrimonial transmisibles por herencia y los bienes de la personalidad que pueden ser objeto de defensa, preservación y memoria, así como las personas llamadas, en su caso, a tal función, en defecto de señalamiento por el fallecido.

3. Se promoverá que la legislación contemple los supuestos en los que, atendidos los derechos de la persona fallecida o de terceros y en particular la protección de su intimidad y del secreto de sus comunicaciones, proceda la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad fuera de las personas a quienes se distribuyeron o se permitió acceder, en los casos en que aquella no haya dejado manifestación expresa sobre su destino.”

Y, en la declaración europea, dentro del epígrafe “Privacidad y control individual de los datos”: “Toda persona debería poder determinar su legado digital y decidir lo que debe hacerse tras su muerte con sus cuentas personales y la información que le concierna”.

La denominación empleada en la ley orgánica, es sin duda un alarde de sensacionalismo jurídico incompatible con la seriedad que exige nuestro Código Civil, ya que, bajo la denominación de “testamento digital”, cualquier civilista esperaría encontrar la regulación del otorgamiento digital de un testamento o, cuanto menos, la expresión y regularización de aquellos bienes y derechos inmateriales nacidos de la innovadora sociedad digital y que, formando parte del patrimonio personal, es necesario arbitrar sus peculiaridades en la transmisión mortis causa.

Pero mucho nos tememos que nada de esto se encuentra en su desarrollo.

Recientemente se ha publicado la Ley 11/2023, de 8 de mayo²⁷, que ha modificado la Ley del Notariado, con la finalidad de regular un protocolo

Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática; del Ministerio de Justicia y de la Agencia Española de Protección de Datos. Accesible en <https://derechodigital.pre.red.es/index.html>

27 Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos

electrónico y establecer la posibilidad de otorgamiento de ciertos instrumentos a través de videoconferencia y comparecencia electrónica, pero no contiene ninguna disposición relativa a un posible testamento digital, con la sola excepción introducida en el artículo 17 ter de la Ley del Notariado de la posibilidad del otorgamiento y autorización de un testamento, a través de videoconferencia en “situación de epidemia declarada mientras dure la obligación de confinamiento”.

Nada nos ofrece al respecto el mencionado artículo 96, que se limita a determinar las reglas y personas legitimadas para acceder a los contenidos digitales que están siendo gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre las personas ya fallecidas. Regulación que ya contaba con un antecedente en derecho español, a través del Código Civil de Cataluña que ya previó en su artículo 222-2 la posibilidad de apoderar a una persona para la gestión de sus voluntades digitales y, en su artículo 411-10 y bajo la denominación también efectiva pero más ajustada de “Voluntades digitales en caso de muerte”, las define como “las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas”, regulando a continuación diversas disposiciones sobre su contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse.

La conclusión, a nuestro juicio, no deja lugar a dudas: el otorgamiento de un supuesto testamento en los que se disponga de los bienes y derechos digitales del causante, que tengan carácter patrimonial, solo puede realizarse en la forma tradicional prevista en nuestro Código Civil.

I. Problemas en la determinación del patrimonio digital.

Pero esa artificiosa calificación sucesoria de testamento, legado o testamento digital, no obsta a que estemos en presencia de una cuestión compleja, afectada por diferentes cuestiones:

En primer lugar, porque si bien la mayoría de esos bienes y contenidos (escritos, opiniones, fotos, etc.) volcados por el usuario en sus redes sociales o en servicios de mensajería tienen por lo general un carácter privado, puramente personal, en otras ocasiones, como hemos mencionado, tienen o pueden tener un importante valor patrimonial.

Sin embargo, su indeterminación física y la ausencia de instrumentos verificados de registro, hace difícil que los herederos sepan de su existencia. La única solución sería poder acceder a sus cuentas de correo, pero esta posibilidad

parece vedada dada su protección a través del derecho de la intimidad y secreto de comunicaciones²⁸.

En segundo lugar, porque, como afirma Berrocal Lanzarot²⁹, no es posible hablar de una herencia digital como algo diferente y separado de la herencia analógica. Como se afirma en el artículo 659 del Código Civil, la herencia “comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”, de forma que, las disposiciones del artículo 96, podrían entrar en conflicto con el derecho sucesorio; a saber, ¿qué ocurriría si uno de los interlocutores, no heredero, legitimados por este artículo solicita la supresión de un archivo digital con valor patrimonial?

En el mismo sentido, advierte García Herrera³⁰, no sería necesario acudir al derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos, sino a las normas generales de la sucesión de nuestro código, previstas en los artículos 651, 659 y 661, cuando esos datos están directamente relacionados con su propia condición de herederos, como “derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y su estado, así como a ejercitar las acciones necesarias para su determinación y defensa”.

Por último, porque esa huella digital se ha generado de forma voluntaria y en virtud de una relación jurídica que no deja de ser un contrato de prestación de servicios entre dos sujetos de derecho, sometido a sus propias normas, que en tanto no contraría la ley, la moral o las buenas costumbres, genera obligaciones que son ley entre las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil.

Veamos ahora como regula la ley orgánica las cuestiones relativas a la legitimación para acceder a dichos contenidos digitales, fundamentalmente, en lo que interesa a este artículo, en lo referente a las personas mayores con medidas de apoyo.

28 Como afirma SANTOS MORÓN, M. J.: “La denominada”, cit. p. 422, “en el Derecho español el derecho al secreto de las comunicaciones está reconocido en el art. 18,3 CE. Se entiende que tal derecho protege la comunicación en sí misma, con independencia de que su contenido revista o no carácter íntimo, y se protege tanto el contenido como las circunstancias o datos externos de la comunicación (v. gr. identidad de los interlocutores). Es necesario que la comunicación se lleve a cabo a través de un medio técnico de carácter cerrado, que ofrezca alguna garantía de secreto, es decir, que no coloque la comunicación al alcance de cualquiera. La mencionada obligación de secreto se considera exigible a los proveedores de servicio de correo electrónico y debe considerarse extensible a los proveedores de servicios de redes sociales, al menos siempre que la comunicación entre los usuarios esté abierta sólo a partícipes concretos y delimitados.

29 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Disposición mortis”, cit. p. 574.

30 Con apoyo en las Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos de 23 de febrero de 2016 (TD/01698/2015), de 16 de marzo de 2011 (TD-01543-2010) y de 13 de octubre de 2010 (Reposición-TD-0322-2010) y SAN de 26 de febrero de 2014 (procedimiento ordinario 216/2013. GARCÍA HERRERA, V.: “El tratamiento”, cit. p. 6.

IV. LEGITIMACIÓN PARA EL ACCESO A LOS CONTENIDOS DIGITALES.

Como gráficamente se ha puesto de manifiesto, lo cierto es que al fallecimiento de muchas personas hay una especie de “necrópolis de datos que permanecen, más allá de las vidas de las personas a las que se refieren, en el control y la disponibilidad de un círculo de gigantes del mercado digital”³¹, que hay que regular.

Como decíamos, la cuestión queda regulada en el artículo 96 de la citada Ley Orgánica donde, bajo la rúbrica de “Derecho al testamento digital”, se reconoce con determinadas peculiaridades y a ciertas personas, el derecho de acceso a los contenidos gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información y, una vez accedido a estos contenidos, se ofrecen reglas para el mantenimiento o eliminación de sus perfiles personales.

Pues bien, en relación con dicho acceso y con ciertos requisitos, se reconoce legitimación a

- Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y sus herederos, salvo que la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley y sin que en dicha prohibición afecte al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

- Los albaceas testamentarios³² o persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello.

- Y, por último, contiene una referencia especial cuando se trate de menores o personas con discapacidad que, dado que es el tema esencial de este trabajo, se recoge literalmente a continuación:

“c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales

31 MARINO, G.: “La sucesión de los derechos de control sobre los datos personales digitales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20°, 2024, febrero, p. 1093.

32 SANTOS MORÓN, M. J.: “La denominada”, cit. p. 437, duda de que cualquier albacea designado testamentariamente puede solicitar el acceso a los datos del causante, así como su rectificación o supresión, o si es preciso que el testador le haya encomendado expresamente esas facultades.

facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”.

En principio, cualquiera de estas personas podrá 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”.

1. Legitimación cuando se trata de personas mayores con discapacidad.

Como hemos podido leer, la legitimación en el caso del fallecimiento de menores, se atribuye a sus representantes legales y al Ministerio Fiscal.

Sin duda es correcto. Todos los menores disponen de representantes legales, bien aquellos que ejercen las funciones tuitivas reservadas a la patria potestad; o bien un tutor, en los casos previstos en el Código Civil.

Sin embargo, es incorrecta dicha atribución en relación con las personas con discapacidad.

Ninguna persona con discapacidad, mayor de edad, tiene representante legal por el mero hecho de tener una discapacidad. Únicamente dispondrán de él cuando haya sido designado voluntariamente en escritura pública de provisión de apoyos o mediante resolución judicial dictada por un órgano judicial. Dicho de otra forma, este primer párrafo de la letra “d” carece de sentido y pese a su literalidad, resulta inaplicable en lo que se refiere a las personas con discapacidad.

Siendo así, los sujetos pasivos de este apartado de la norma no son las personas con discapacidad, sino las personas con discapacidad que en vida hayan dispuesto de medida de apoyo. El ejercicio de los derechos sobre sus datos digitales de aquellas personas con discapacidad, sin medidas de apoyo, no ofrecen ninguna singularidad respecto a los del resto de los ciudadanos, por lo que se les debe aplicar sin matización ninguna, lo dispuesto en los restantes párrafos del artículo.

2. Quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.

Pero, además, en la letra d), del citado artículo se advierte que “En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”.

La legitimación del Ministerio Fiscal, resulta del juego de lo dispuesto en los artículos 124 de la Constitución, así como de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de

su Estatuto Orgánico, pero en cuanto a los demás, nos preguntamos a qué tipo de apoyos se refiere.

Como sabemos, la ley 8/2021³³ ha modificado todo el sistema de atención a las personas con discapacidad, que sucintamente puede resumirse en los siguientes aspectos: preferencia de las medidas voluntarias sobre las judiciales; supresión de la tutela para los mayores de edad; renovación de los mecanismos de sustitución de la voluntad por otros de mero apoyo en los que la asunción de funciones representativas resulta excepcional; y la sustitución de las formas tradicionales de protección: tutela y curatela, por unas medidas de apoyo guiadas por el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las persona con discapacidad.

El nuevo sistema prevé dos formas por las que una persona puede ser designada para el desempeño de una medida de apoyo: mediante una escritura pública otorgada por la propia persona con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 254 y siguientes y mediante el nombramiento por resolución judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 275 y siguientes.

A su vez, la primera de ellas, la medida de apoyo voluntaria, se subdivide en dos: la que denominaremos autoapoyo y el poder preventivo; junto a ellas, existe otra que también se configura mediante escritura pública otorgada por la persona con discapacidad, que es un híbrido entre las medidas de apoyo voluntarias y las judiciales: la denominada autocuratela.

En relación con la primera de ellas, la prevista en el artículo 255 del Código Civil, es posible que la persona mayor con discapacidad, en la escritura pública que otorgue en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica, pueda haber legitimado a otra persona, física o jurídica, para acceder tanto en vida, como para después de su fallecimiento a esos contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, impartiendo incluso las instrucciones que sean precisas sobre su utilización, destino o supresión.

Es cierto que la constitución voluntaria de apoyos se extingue con el fallecimiento del disponente, pero su oficio lo entendemos comprendido dentro de la generosa legitimación que la letra b) del artículo 96 admite “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”.

33 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.

Sin embargo, es dudoso que pueda tener legitimación el apoderado del mandato preventivo otorgado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 256 y siguientes.

Habría quien considere que su legitimación también la reconoce la letra “d” del artículo 96: “... estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”. Sin embargo, rechazamos esa interpretación por contrariar la naturaleza jurídica del negocio subyacente en esa declaración de voluntad. Como sabemos, el poder no es más que el instrumento jurídico por el que se manifiesta fehacientemente el contrato de mandato y este, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1732, se extingue por la muerte del mandante³⁴.

La persona mayor con discapacidad, en previsión de sus dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá otorgar un poder preventivo a cualquier persona para gestionar en vida esos contenidos, pero no para gestionarlos tras su muerte. Si este es también su deseo debería incorporarlos en su testamento, atribuyendo dichas facultades al albacea, al heredero o a la persona o institución que desee, de conformidad con lo dispuesto en la letra b, del artículo 96 de la Ley Orgánica.

Por último, en cuanto a la denominada autocratela, es posible que esas facultades puedan ser parte de los contenidos que puede diseñar el mayor con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 del CC; si bien, por su propia naturaleza, será necesario su constitución judicial para que pueda ejercer las funciones otorgadas y, tras su fallecimiento pueda el curador dirigirse a los prestadores de la sociedad de la información, de conformidad con lo dispuesto en la letra d, del mencionado artículo 96.

3. Legitimación en caso de otras medidas de apoyo.

Pero tras la reforma, el código también prevé otras medidas de apoyo. Nos referimos a la guarda de hecho y a la defensa judicial.

Respecto a la primera, no parece plausible, ya que por su propia naturaleza no debería haber ningún tipo de designación. Pero hablamos en condicional,

34 Aceptaremos las críticas de quien piense que, por la misma razón, tampoco es posible la extensión de las funciones del curador dado que la curatela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291, “se extingue de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo”. La diferencia está en que en este caso la ley orgánica prevé la subsistencia de esas facultades, para la gestión de los contenidos digitales.

porque, como pone de manifiesto De Verda³⁵, cada vez se hacen más frecuentes las solicitudes para acreditar la existencia de esa guarda de hecho; bien mediante un acta de notoriedad e incluso, pone de manifiesto el autor; mediante un auto de declaración de la condición de guardador de hecho a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, lo que no deja de parecerle una paradoja ya que “asistimos a una suerte de “judicialización” de la “desjudicialización”, opinión que compartimos plenamente.

Pese a ello, rechazamos esta opción. Una cosa es que la conjunción de las nuevas facultades atribuidas al guardador, con los requerimientos del tráfico jurídico, puedan facilitar su labor si acredita su condición y otra que también se puedan detallar en esos documentos sus funciones, lo que nos parece una extralimitación que rompe totalmente con la naturaleza jurídica de la figura.

Reconocemos, sin embargo, que la discusión es baladí. El guardador de hecho no tendría legitimación como persona de apoyo, pero sí tras abrir la puerta de esa generosa legitimación que otorga el artículo 96 a cualquier persona vinculada al fallecido por “razones familiares o de hecho”.

Estimamos, empero, que en ningún caso la tendría el defensor judicial -salvo que fuera familiar-, ya que pese a desempeñar una medida de apoyo, sus funciones obedecen a necesidades puramente ocasionales que por su propia naturaleza no deberían prorrogarse más allá de su fallecimiento.

Cuestión distinta sería que precisamente dicho defensor haya sido designado para el apoyo a la gestión de los contenidos digitales de la persona con discapacidad y que, en el desempeño de estos, hubiera fallecido la persona con discapacidad, en cuyo caso no veríamos inconveniente en atribuirle las funciones reconocidas en la letra “d”, ya que, indudablemente, habría “sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo”.

4. Legitimación del curador.

Pero es sin duda la curatela, junto con la medida voluntaria del autoapoyo, donde mejor encaja la previsión del legislador.

A nuestro juicio, el principio de proporcionalidad es uno de los ejes de referencia de la nueva medida de apoyo y por ello, pese a que se predica en la práctica una visión bifronte de la medida a través de la distinción entre curatela asistencia y

35 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Prueba de la guarda de hecho”, *Instituto de Derecho Iberoamericano*, tribuna 8 de febrero de 2024. Recuperado el 19/08/2024 de <https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho/>

curatela representativa, pensamos con Pereña Vicente que realmente hay una sola curatela, con distintas extensiones a medida de la persona con discapacidad³⁶.

En este sentido, dado que la previsión del legislador no se refiere a las funciones desempeñadas, sino únicamente a su nombramiento y al mero hecho de que dentro de ellas “se entiendan comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”, las funciones previstas en el artículo 96, pueden ser atribuidas a cualquier curador, con independencia de que tengan atribuidas funciones representativas o meramente asistenciales.

Dicho esto, nos resulta difícil de imaginar que “tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”. Tratándose de algo tan singular como la identidad o los contenidos digitales de una persona, lo más razonable, si se quieren evitar problemas con los servidores de la sociedad de la información es que, tratándose de una persona con discapacidad que tenga una vida digital activa, la resolución judicial atribuya expresamente al nombrado para ello funciones de apoyo, asistenciales o representativas, para la gestión de sus datos o contenidos digitales.

V. LAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

A luz de lo expuesto examinemos, a título de ejemplo, el contenido de las cláusulas contractuales de algunas de las plataformas que prestan estos servicios y si contemplan el posible fallecimiento del usuario titular.

I. Meta Platforms, Inc.

Esta empresa, cuyo nombre comercial es “Meta”, es la empresa matriz dueña de las aplicaciones Facebook, Messenger, Instagram y WhatsApp.

Las aplicaciones Facebook e Instagram, ofrecen dos opciones a sus usuarios³⁷, previstas para el caso del fallecimiento del titular de la cuenta y, por lo tanto, de

36 PALLARÉS NEILA, J.: “El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2022, núm. 9º, p. 11.; 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 y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 145.

37 “Convertir la cuenta en conmemorativa: Las cuentas conmemorativas proporcionan un espacio para que amigos y familiares se reúnan y compartan recuerdos de un ser querido que ha fallecido. Además, una vez que una cuenta se convierte en conmemorativa, nadie puede iniciar sesión en ella, lo que la hace más segura.

Contactos de legado: Un contacto de legado es la persona elegida para que se ocupe de tu perfil si este pasa a ser conmemorativo. Te recomendamos encarecidamente que designes un contacto de legado para que pueda administrar tu perfil cuando este sea conmemorativo.

los derechos de propiedad intelectual sobre los bienes digitales incorporados a dichas plataformas:

- La creación de una “cuenta conmemorativa”, lo que ocurrirá tras la comunicación del fallecimiento de su titular; lo que provoca su bloqueo para que nadie pueda entrar en ella.

- Y, la designación de un contacto de legado³⁸, que será la persona encargada de la administración de esas cuentas conmemorativas.

En su clausulado general y bajo el epígrafe de “Eliminar la cuenta”³⁹, se advierte que el propio usuario puede decidir que su cuenta se elimine de forma permanente en caso de fallecimiento, lo que implicaría la eliminación de todos los mensajes, fotos, publicaciones, comentarios, reacciones e información, así como su perfil principal.

Pero también pueden realizarlo “Los amigos de Facebook que dispongan de la documentación”, siendo la documentación referida la siguiente⁴⁰:

- Copia escaneada o una foto del certificado de defunción del propietario de la cuenta.

- Poder notarial.

- Certificado de nacimiento (en caso de que el fallecido sea menor).

- Última voluntad y testamento.

- Declaración de bienes.

2. X Corp.

X Corp. empresa tecnológica propietaria de la red social “X”, sucesora de “Twitter”, también prevé el posible fallecimiento de un usuario⁴¹, advirtiendo

Un contacto de legado puede aceptar solicitudes de amistad en nombre de un perfil conmemorativo y cambiar la foto de perfil y de portada”.

Recuperado el 11/08/2024 de <https://es-es.facebook.com/help/150486848354038>

38 “Puedes designar a una persona (denominada “contacto de legado”) para que administre tu cuenta si esta se convierte en conmemorativa. Si activas esta opción en la configuración, solo el contacto de legado o una persona que hayas designado en un testamento válido o documento legal similar en el que expreses claramente tu consentimiento para divulgar tu contenido a esa persona en caso de fallecimiento o incapacidad podrán solicitar que se divulgue de forma limitada la información de tu cuenta una vez que esta pase a ser conmemorativa”. Condiciones del servicio, recuperado el 11/08/2024, de <https://es-es.facebook.com/legal/terms>

39 Recuperado el 11/08/2024 de https://es-es.facebook.com/help/1518259735093203?helpref=faq_content

40 Recuperado el 11/08/2024 de https://es-es.facebook.com/help/1518259735093203?helpref=faq_content

41 Recuperado el 12/08/2024, en <https://help.x.com/es/rules-and-policies/contact-x-about-a-deceased-family-members-account#:~:text=Fallecimiento%20de%20un%20usuario&text=Solicitar%20la%20eliminaci%C3%B3n%20de%20la,copia%20del%20certificado%20de%20defunci%C3%B3n>

que “X” podrá actuar con aquella persona “autorizada en representación de su patrimonio o con un familiar directo comprobado del fallecido para desactivar su cuenta”.

En este caso, también se exige información sobre el fallecido, una copia del DNI y una copia del certificado de defunción. Empleando una terminología obsoleta, también advierte que tratándose de un “usuario incapacitado”, “por razones médicas o de otra índole, podemos desactivar su cuenta si lo solicita una persona autorizada para actuar en su nombre”, en cuyo caso solicita, además de otros documentos, “copia del poder notarial que te autoriza a actuar en nombre del titular de la cuenta”

3. Automattic Inc.

Automattic Inc es una empresa enfocada principalmente en el desarrollo de aplicaciones de gestión de contenido, siendo su aplicación más conocida en España “WordPress.com” destinada a la creación de blogs personales.

Como en los demás casos, también se prevé el fallecimiento del propietario de los contenidos⁴², en cuyo caso “hay que comunicarlo exponiendo la situación y la acción que quieres que se realice en el sitio (hacerlo privado o transferirlo a otro propietario)”.

En el caso de que se quiera transferir la propiedad a otra cuenta, se deberá adjuntar el certificado de defunción y un poder notarial que acredite actuar a nombre del fallecido.

Si no se tiene esta representación, se solicita una “declaración firmada y notariada que incluya: nombre y apellidos, información de contacto actual, correo electrónico, la relación con el propietario fallecido y la acción que se solicita.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

Desde luego, nos sumamos a las críticas ya apuntadas relativas a la inadecuada terminología empleada y a los graves conflictos que pueden provocarse con los herederos que, no obstante su condición, pueden ver perder determinados contenidos de carácter patrimonial, por la decisión de una persona que temerariamente actúe en base a un poder o a un cargo ya extinguidos.

En relación con el tema que nos ocupa, el imperdonable error de identificar la situación de los menores, con la de las personas con discapacidad, atribuyendo una

42 Recuperado el 9/8/2024 de <https://wordpress.com/es/support/usuario-fallecido/>

representación que no existe, nos informa de que el sistema no es válido para la protección de las personas mayores con discapacidad, con necesidades de apoyo, que tengan o hayan tenido intereses patrimoniales de contenido digital.

Desafortunado es también el empleo de un concepto indeterminado para atribuir legitimación a la persona de apoyo, fallecida ya la persona mayor con discapacidad. Esta indefinición generará no pocos conflictos si llegado el momento, el curador se dirige al prestador de los servicios de la sociedad de la información, con la finalidad de gestionar dichos contenidos, con la agravante de tratarse, como sabemos, de corporaciones multinacionales de enorme poder frente a las cuales el usuario se encuentra en clara desprotección.

Pensamos que no es ajeno a todo ello, el hecho de que las empresas analizadas recojan tan solo en parte las previsiones del artículo 96, relegando la legitimación en relación con las personas mayores con discapacidad que en vida hubieran dispuesto de medidas de apoyo, a un poder de representación otorgado en vida o a un testamento.

BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Disposición mortis causa de los datos digitales. El llamado «testamento digital»", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 783, pp. 570 a 609.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 838-862.

CASTRO-MARTÍNEZ, A., DÍAZ-MORILLA, P.: "Tuitertura: contar historias con los hilos y recursos de Twitter", *Ocnos*, 2021, 20 (1), pp. 82-95.

DE ROMÁN PÉREZ, S.: "Algunas reflexiones jurídicas sobre la nueva etapa de internet: Web 3.0, tokens, DAOs, y otros aspectos de la economía virtual", en AA.VV.: *Nuevas tecnologías 2023* (dir. por E. ORTEGA BURGOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 185-200.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Prueba de la guarda de hecho", Instituto de Derecho Iberoamericano, Tribuna 8 de febrero de 2024. Recuperado el 19/08/2024 de <https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho/>

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: "Identidad digital y responsabilidad civil de las plataformas digitales: de las redes sociales al metaverso", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 18, pp. 1008-1033.

GARCÍA HERRERA, V.: "El tratamiento de datos de personas fallecidas", *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2018, núm. 5, mayo, pp.1-14.

MARINO, G.: "La sucesión de los derechos de control sobre los datos personales digitales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 20, 2024, febrero, pp. 1088-1127.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: "El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, vol. 73, núm. 1, pp. 241-281.

NAVAS NAVARRO, S.: "Herencia y protección de datos de personas fallecidas: a propósito del mal denominado *testamento digital*", *Revista de derecho privado*, 2020, núm. 104, mes 1, pp. 59-88.

PALLARÉS NEILA, J.: "El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021", *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2022, núm. 9.

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 y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 125-159.

RAMOS Gutiérrez, M.: "Memoria Defuncti", *Actualidad Civil*, Editorial Wolters Kluwer, 2018, núm. 9.

SANTOS MORÓN, M. J.: "La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación, Estudio de derecho español", *Cuadernos de Derecho Transnacional* , 2018, vol. 10, núm. 1, pp. 413-438.

YOUYOUA, W., KOSINSKIB, M., STILLWELLA, D.: "Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans", *PNAS*, 2015, vol. 112, núm. 4°. Recuperado el 21/08/2024 en www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1418680112.



¿ES ABUSIVA LA PRÁCTICA DE IMPOSIBILITAR AL
CONSUMIDOR O USUARIO PODER RESPONDER AL MISMO
CORREO ELECTRÓNICO QUE HA RECIBIDO DE UNA
EMPRESA, ENTIDAD O PROFESIONAL? LOS EMAILS “NO-REPLY”

*IS THE PRACTICE OF MAKING THE CONSUMER OR USER ABLE TO
RESPOND TO THE SAME EMAIL THAT THEY HAVE RECEIVED FROM
A COMPANY, ENTITY OR PROFESSIONAL? “NO-REPLY” EMAILS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 790-839

Ángel ACEDO
PENCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de septiembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la práctica habitual de muchas empresas y profesionales de remitir correos electrónicos a los consumidores y usuarios donde se incluye información relativa a sus relaciones contractuales utilizando un mecanismo técnico (emails "no reply") que impide al destinatario responder a la propia dirección electrónica del remitente. En este estudio, pionero en la materia, pues no existe doctrina patria al respecto, se cuestiona la legalidad de tales prácticas empresariales, llegándose a la conclusión, basada en sólidos fundamentos jurídicos, de que generan, con transgresión de la buena fe, un significativo desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, pudiendo ser consideradas, en determinados casos, prácticas abusivas, y por tanto, cláusulas de esta índole. Pese a la ausencia de previsión normativa expresa y jurisprudencial, se aportan instrumentos legales y medios que podrían hacer frente a las injusticias, producto de aquel desequilibrio, que se vienen produciendo.

PALABRAS CLAVE: Email; consumidores; prácticas abusivas.

ABSTRACT: *This work analyzes the common practice of many companies and professionals of sending emails to consumers and users that include information related to their contractual relationships using a technical mechanism ("no reply" emails) that prevents the recipient from responding to the address itself. sender's email address. In this study, a pioneer in the matter, since there is no national doctrine on the matter, the legality of such business practices is questioned, reaching the conclusion, based on solid legal foundations, that they generate, with violation of good faith, a significant imbalance in the rights and obligations to the detriment of the consumer, which may be considered, in certain cases, abusive practices, and therefore, clauses of this nature. Despite the absence of express normative and jurisprudential provision, legal instruments and means are provided that could address the injustices, a product of that imbalance, that are occurring.*

KEY WORDS: Email; consumers; abusive practices.

SUMARIO.- I. APROXIMACIÓN.- II. EMAILS “NO-REPLY”: UNA PRÁCTICA HABITUAL.- III. SUPUESTOS MÁS COMUNES CON RELEVANCIA JURÍDICA.- 1. Enfoque.- 2. Spam que no permiten respuesta.- 3. Correos que no precisan contestación.- 4. Remisión de documentos y títulos definitivos en los contratos a distancia.- 5. Mero acuse de recibo de una comunicación previa del usuario.- 6. Confirmación de una operación solicitada/realizada por el consumidor.- 7. Envío de documentos para la perfección y firma de un contrato por escrito.- 8. Cambios en las condiciones generales y particulares del contrato.- 9. Notificaciones de actos contractuales con efectos jurídicos para el consumidor.- 10. Un caso paradigmático: el contrato de seguro.- IV. INTERROGANTES SOBRE LA CUESTIÓN.- V. VENTAJAS OBJETIVAS PARA LA EMPRESA O ENTIDAD EMISORA. VI. DESVENTAJAS PARA EL RECEPTOR USUARIO.- 1. Imponen al usuario acudir a los canales diseñados por la empresa.- A) *Los formularios electrónicos obligatorios para el envío de comunicaciones.*- B) *La espinosa y forzosa vía del canal telefónico.*- C) *Las aplicaciones o apps de la empresa.*- 2. Restringen la comunicación del usuario receptor con la empresa emisora.- 3. Disuaden al consumidor de formular quejas y reclamaciones.- VII. FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE SU PROBABLE ILICITUD.- 1. Planteamiento.- 2. El artículo 82.I TRLCU: prácticas abusivas y contrarias a la buena fe por desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.- 3. El artículo 4.I de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: prácticas desleales contrarias a la buena fe.- 4. El artículo 10.I de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: ausencia de comunicación esencial preceptiva.- 5. El art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación: cláusulas predispuestas que no se incorporan al contrato.- 6. Los artículos 7.1, 1256 y 1258 del Código civil: prácticas contrarias a la buena fe.- VIII. MEDIOS PROCESALES DE DEFENSA.- 1. La relativa efectividad de las acciones de defensa individual del consumidor.- 2. La potencial eficacia de las entidades –públicas y privadas– de consumo.- IX. SUCINTAS CONCLUSIONES: DECÁLOGO CRÍTICO.

I. APROXIMACIÓN.

Entre los mayores trastornos y perjuicios que genera el mal uso del correo electrónico, tal vez sea la utilización masiva del “spam”¹ el problema que mayores de cabeza genera y el principal de los desastres que amenazan a este magnífico sistema de comunicación universal. Sin embargo, no se agotan ahí las malas prácticas puesto que hay otras que pasan desapercibidas pudiendo competir en injusticia, ilegitimidad e ilicitud con aquella tan extendida y generalizada, como es la de remitir emails² con la peculiaridad de que el receptor-usuario no puede, técnicamente, responder al propio correo recibido³.

1 Anglismo aceptado en todo el mundo y de modo expreso en nuestro país. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia (actualizado a 2023), define la voz inglesa “spam” como “correo basura”, que identifica con “correo electrónico de distribución masiva y contenido normalmente publicitario o malicioso, que se recibe sin haberlo solicitado”. Disponible en <https://dle.rae.es/spam> (consulta 18-07-2024).

2 Al contrario que la voz “spam”, las expresiones inglesas “e-mail”, “email” o “emails”, para referirse al correo electrónico, no están recogidas en el citado *Diccionario de la Lengua Española*, sin embargo, se utilizarán en estas páginas indistintamente, tal como hace la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3 Mayoritariamente estos correos electrónicos que impiden al destinatario responder al remitente se reconocen fácilmente porque utilizan en la denominación de su propia dirección de correo específica

• Ángel Acedo Penco

Profesor titular de Derecho Civil, Universidad de Extremadura. Correo electrónico: aacedo@unex.es. ORCID: 0000-0002-7424-4601

El ayuno de normas jurídicas directas sobre esta cuestión es absoluto, pues ni se trata, ni se prohíbe, ni se sanciona de manera expresa, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo tampoco ha tenido ocasión de pronunciarse, pues ni llega a citar la expresión “email no reply”, ni otra similar⁴, tal vez por su apariencia de normalidad al no contradecir la letra de la ley, sin que nadie discuta tal práctica, como en verdad ocurre, de ahí la novedad, por su singularidad temática, y tal vez, el atrevimiento del presente estudio.

Así, pensamos que esta práctica pasa por “conducta legítima” por el motivo aludido de no transgredir la letra expresa de las leyes y porque se ha generalizado su uso universal implantado por las gigantes corporaciones internacionales, luego imitado por las medianas, dándose menos en las pequeñas y casi nada en las microempresas.

En todo caso, por muy extendida que esté en todo el mundo, a nuestro entender, y avanzando en esta introducción el resultado de nuestras conclusiones, ello implica un claro abuso de la posición dominante de los operadores frente a los consumidores y usuarios en las comunicaciones electrónicas, generando un evidente desequilibrio entre las obligaciones de las partes, generalmente contractuales, con abierta transgresión de la buena fe. Ello deriva, en definitiva, en que puedan reputarse nulas en cuanto sean calificadas como “prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, conducta que se define, más concretamente, como una “cláusula abusiva”⁵, lo que ya sí que encuentra un sólido encaje legal con muy eficaces mecanismos jurídicos de protección frente a ella.

II. EMAILS “NO-REPLY”: UNA PRÁCTICA HABITUAL.

Resulta frecuente, para todo usuario de internet recibir estos correos electrónicos a los que no se puede responder que son remitidos por empresas

—antes del signo @ que caracteriza a los e-mails— las expresiones “non-reply” y “no reply”, y también, aunque muy pocas veces, otras en castellano como “no-contestar” o “no-responder”.

- 4 En el repertorio del CENDOJ (Centro de Documentación Judicial, del Consejo General del Poder Judicial), que aquí venimos utilizando, no hemos encontrado ni una sola resolución del Tribunal Supremo que contenga alguno de estos términos referidos al correo electrónico: “non-reply”, “no reply”, “no-contestar” o “no-responder”. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 9 de febrero de 2017, FD 2º, apartado 6, cita, si bien con ocasión de una mera explicación de los hechos, esas cuatro denominaciones para referirse a estos e-mails (ROJ: SAN 593/2017). También se nombra la expresión en estas muy recientes: STSJ Andalucía 11 abril 2024 (ROJ: STSJ AND 2085/2024); SAP Madrid 25 enero 2023 (ROJ: SAP M 1264/2023); SAP Salamanca 8 abril 2022 (ROJ: SAP SA 279/2022) y SAP Madrid, 21 diciembre 2021 (ROJ: SAP M 14985/2021), pero sin que se discuta en ninguna de ellas tales emails.
- 5 Arts. 59.3 y 82.2 de la 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 (TRLUCU), y 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC).

y entidades de toda índole con las que tenemos alguna relación –casi siempre contractual, aunque muchas veces lo desconozcamos– o a la que hemos solicitado información, la petición de un servicio, la comunicación de una anomalía, error o fallo para formularle alguna aclaración, petición, queja o reclamación, etc., mediante un correo electrónico. No solo ocurre con quienes tienen la condición jurídica de consumidor o usuario, sino con todo sujeto, también las empresas y profesionales son objeto de tal práctica. En otras ocasiones, sin que exista una previa comunicación o correo del usuario, contratante o potencial contratante, este recibe un correo electrónico de una empresa o entidad que le envía cualquier información o comunicación, incluyendo ofertas, promociones, publicidad comercial y también otras veces, notificaciones del más diverso alcance.

Haya iniciado o no el remitente la correspondencia con la empresa o entidad emisora, por lo general, como se avanzó, estas se envían un e-mail incluyendo la expresión “no-reply” que los identifica ya que su propia denominación advierte que, técnicamente, no es posible contestar al mismo, pues la dirección desde la que se remite el correo está configurada para que, de manera automática, no admita respuesta alguna, pues no está habilitada para recibir correos electrónicos, por lo que, si el receptor quiere responder al email recibido habrá de acudir al canal previsto por el emisor –si lo tiene–, o a otra dirección de email diversa si se le indica o la conoce, o en otro caso, a los medios convencionales (correo postal, certificado u ordinario, con o sin acuse de recibo, burofax, requerimiento o notificación notarial, etc.), para remitirle la pretendida contestación.

A veces el correo (no reply) recibido nos remite a alguna dirección de internet (URL)⁶ mediante un enlace, y otras, las menos, tan solo incluyen la identificación de otro e-mail al que dirigirse, todo ello, ya en el espacio reservado al “asunto”, ya en la propia dirección del correo electrónico, ya en el texto contenido en el cuerpo del mismo.

En materia de Derecho de consumo, muchas empresas (que son parte de un contrato ya suscrito o están en trámites de concertarlo), pese a usar el correo electrónico para comunicarse con sus clientes actuales o potenciales (consumidores y usuarios a estos efectos) limitan, o más bien, excluyen técnicamente toda posibilidad de recibir correos de aquellos, bloqueando la reciprocidad comunicativa por el mismo medio y obligándoles, si quieren contestar, a utilizar otro medio o el canal propio diseñado por tal empresa y que no siempre tiene las garantías y libertad de una comunicación epistolar electrónica respecto de su forma, extensión, archivos adjuntos y demás elementos, de una declaración libre y abierta como es el e-mail habitual, común y ordinario.

6 URL son las siglas en inglés “Uniform Resource Locator” que significa Localizador de Recursos Uniforme; se trata simplemente de una dirección de internet que remite a un recurso web único.

Resulta significativo poner de manifiesto el hecho de que muchas de estas empresas, profesionales en sentido amplio y entidades, pese a que toda, o la gran mayoría de su contratación la suelen realizar por vía electrónica (y también telefónica en lo que se refiere a las ventas y atención al cliente) no disponen (y si la tienen la ocultan) de una dirección institucional propia de correo electrónico a la que puedan dirigirse quienes han contratado y desean contactar con ella, entre otros motivos para notificar cuestiones que pueden ser muy relevantes respecto del contrato o del servicio de que se trate⁷.

Hasta existen lugares en internet donde acudir para averiguar cuál es el correo oficial de una empresa al que poder reclamar⁸ y también hay empresas que ofrecen, bajo precio, las direcciones de correo electrónico corporativas de cualquier entidad, si bien, en estos casos, su finalidad principal es la de promoción de ventas y marketing⁹.

La práctica del no reply está generalizada no solo por las más conocidas corporaciones, los gigantes de internet¹⁰, sino también entre el resto de las grandes empresas, ya sean operadoras de telecomunicaciones, proveedores de suministros, de venta por internet, entidades aseguradoras y financieras, y tantas otras, en todos los sectores¹¹.

III. SUPUESTOS MÁS COMUNES CON RELEVANCIA JURÍDICA.

I. Enfoque.

No tiene las mismas repercusiones para el consumidor o usuario recibir un correo electrónico a través del cual tan solo se le suministra una información genérica o publicidad comercial, indiscriminada o personalizada, que cuando se le

7 Es fácil constatar la enorme dificultad que, en no pocas ocasiones, se le presenta a cualquier usuario de internet tratar de localizar una dirección institucional válida de correo electrónico de grandes empresas, en especial las más conocidas, donde poder dirigirse ya que la ocultan de propósito. A veces, rastreando, puede encontrarse alguna camuflada entre las políticas de privacidad, políticas de uso o condiciones generales, y en ocasiones, simplemente, no es posible lograr alguna dirección de e-mail corporativa (salvo, en ocasiones, una reservada en exclusiva para el ejercicio de los derechos de protección de datos personales).

8 Aunque existen numerosos lugares de pago en internet para formular toda clase de reclamaciones, la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), asociación sin ánimo de lucro, ofrece en España a sus asociados un mecanismo de reclamación directa cuando no conocen el e-mail de la empresa. Disponible en <https://www.ocu.org/reclamar> (consulta: 25-06-2024).

9 Véase, KUMAR C.: *9 herramientas asombrosas para encontrar la dirección de correo electrónico de cualquier persona al instante*, última actualización 14 de mayo de 2024, disponible en <https://geekflare.com/es/best-email-finder-tools/> (consulta: 5-07-2024).

10 Las cinco mayores empresas del mundo por capitalización bursátil (Apple, Microsoft, Alphabet, Amazon y NVIDIA) usan habitualmente esta práctica o técnica del “non-reply”, aunque le siguen la infinidad –casi la totalidad– de empresas y entidades, españolas y extranjeras, grandes y medianas.

11 Será rara la bandeja de entrada de correo electrónico de cualquier usuario que no reciba emails “no-reply” que advierten de la imposibilidad técnica de responder a la dirección de quien envía el correo.

comunican ciertos aspectos relevantes de una relación contractual previa, o que se está perfeccionando.

Por ello, a efectos de encuadrar mejor las consecuencias jurídicas de estas prácticas y las posibles soluciones que propongamos, conviene agrupar los distintos tipos de e-mails según el contenido y la función que vayan a desempeñar atendiendo al diseño e intencionalidad previsto por su emisor, esto es, una empresa o profesional, o sujetos que se ocultan tratando de tener esa apariencia formal.

Analicemos un esbozo de las principales modalidades de emails “no-reply” extraídas de la realidad cotidiana advirtiéndoles su carácter admisible o no según nuestro criterio.

2. Spam que no permiten respuesta.

Es bien sabido que los correos electrónicos comerciales calificados de spam, invaden los buzones electrónicos y saturan el tráfico de internet por su envío masivo, siendo una excelente herramienta, el “email marketing”¹², que permite ofrecer bienes y servicios, incluso prohibidos, a muy bajo coste y a un número elevadísimo de destinatarios de todo el mundo, resultando muy difícil, además de ineficaz, su rastreo y localización.

El uso del spam que menoscaba, indistintamente, los derechos e intereses tanto de consumidores como de empresas y entidades, ha sido objeto de numerosos estudios, sobre todo desde disciplinas no jurídicas, pero también desde la óptica del Derecho público, y menos profusamente quizá, desde el Derecho privado¹³.

12 RAMOS SERRANO, M. y MUÑIZ VELÁZQUEZ, J. A.: “La eficacia de la publicidad directa e interactiva a través del correo electrónico, Comunicación y desarrollo en la era digital”, en *Congreso de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*. 3, 4 y 5 de febrero de 2010, Universidad de Málaga, 2010, p. 25.

13 Sobre el la cuestión del spam en nuestro país, desde una óptica jurídica, pueden verse, entre otros, ARBAS MARTÍN, C.: “Primer semestre de resoluciones del año 2023: El fin de las llamadas spam y 17 millones de diferencia respecto a 2021 y 2022”, en *La Ley* privacidad, núm. 16 (abril-junio), 2023; GUILLEN CATALÁN, R.: *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 129; RIVERO GONZÁLEZ, M. D.: “Régimen jurídico de la publicidad en Internet y las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico”, *Revista de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, núm. 250, 2003, pp. 1587-1614; PLAZA SOLER Juan Carlos, “Los correos electrónicos comerciales no solicitados un año después de la LSSICE”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 45, 2004, pp. 3-37; y también, EMPARANZA SOBEJANO, A.: “Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de prácticas agresivas por acoso”, partes I y II, *Autocontrol*, año 2013, núm. 180, pp. 12-15 y núm. 181, pp. 10-15 y el mismo trabajo también en, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 31, 2010-2011, pp. 153-175; TATO PLAZA, A.: “Aspectos jurídicos del spam”, en *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, coord. por J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 55-76. Y tres análisis comparativos del spam en España con Perú, Portugal y Estados Unidos, respectivamente: LEYSER, L. H.: “Spamming y responsabilidad civil. Compensación pecuniaria y protección resarcitoria ordinaria en el régimen jurídico del correo electrónico comercial no solicitado”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 50, Lima-Perú, año 2005 (Ejemplar dedicado a: Responsabilidad Civil. Edición de Aniversario), pp. 295-311; DINIS, M. y ALMEIDA, S.: “Las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico (spam) y la prueba (electrónica) del “opting out”: breve estudio comparativo de los regímenes portugués y español”, en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático* (2ª época), núm. 2, 2017, pp. 67-78; y TAPIA GUTIÉRREZ, P.: “Informes sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas efectuadas por correo electrónico (estudio

Fuera de lo anterior, es común advertir que los grandes problemas y peligros del uso del spam se centran, de un lado en la seguridad de los usuarios, sus datos y sus equipos, que puede verse afectada por el “phishing”, esto es, una técnica maliciosa consistente en enviar correos electrónicos que tratan de obtener información confidencial, en especial contraseñas de acceso a servicios bancarios y otros datos financieros, siendo cada vez más sofisticado y difícil de detectar, que suele ir unida a la suplantación de identidades y ausencia de autenticación del emisor, así como diferentes técnicas que atentan contra la privacidad y la economía de los usuarios¹⁴.

Además, una gran parte de los virus con toda clase de amenazas que infestan a los equipos informáticos y teléfonos inteligentes suelen inocularse por la vía del correo electrónico –sobre todo en los archivos adjuntos–, aunque también mediante el acceso a páginas web “contaminadas” (en especial las de contenido para adultos), contagiando luego al resto de usuarios con los que el afectado tiene contacto por aparecer en su agenda o en su lista de remitentes y destinatarios de sus dispositivos, y estos, a su vez a los suyos propagándose el fallo en progresión geométrica y pudiendo llegar a colapsar una red cerrada o, en los casos más graves, incluso bloquear a millones de usuarios¹⁵.

En España, la prohibición legal del spam es taxativa, si bien, ineficaz. Así, el art. 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), ordena con claridad lo siguiente: “queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas”¹⁶.

Frente a tan rotunda y cabal prohibición se alza el infortunado art. 21.2 de la misma Ley: “Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío

comparativo de la ‘Unsolicited Commercial Electronic Mail Act’ norteamericana de 14 de febrero de 2001 y del anteproyecto español de Ley de Comercio”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 57, año 2001, pp. 105-118.

- 14 GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “La lucha contra el ciberblanqueo como vía para acabar con el phishing”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. extra (diciembre), 9-10, 2014, pp. 261-293; ARETIO BERTOLÍN, J.: “Identificación de riesgos en el correo electrónico: spam y phishing/scam”, *Eurofach electrónica: Actualidad y tecnología de la industria electrónica*, editora Goodman Business Press, núm. 394, 2010, pp. 42-47.
- 15 SETTEMBRINO, F.: “Los peligros de la informática, donde el riesgo se hace evidente”, *Gerencia de riesgos y seguros*, Estudios Mapfre, año 32, núm. 121, 2015, pp. 41-45; SANZ DE LAS HERAS, J.: “Abusos en el correo electrónico: el Documento ACE de Red Iris”, en AA.VV.: *Los retos jurídicos de la información en internet: Las libertades de acceso y difusión* (coord. por L. CORREDOIRA Y ALFONSO), Universidad Complutense, Madrid, 1999, pp. 77-84.
- 16 La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2017, FD 3º (ROJ: SAN 593/2017), citada anteriormente, confirmó la sanción impuesta por la Agencia Española de Protección de Datos a la empresa WAKI TV S.L.: por infracción del art. 38.4.d) LSSI a una multa de 2.300 € por la remisión de correos electrónicos publicitarios o comerciales no deseados a un usuario que había solicitado expresamente no recibirlos.

de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”.

Presupone aquí, arriesgadamente, el ingenuo legislador que cuando un consumidor o usuario contrata cualquier bien o servicio ya estará siempre “encantado” de recibir toda suerte de correos publicitarios de esa empresa con tal de que sean “similares” a los inicialmente contratados, todo lo cual es una quimera inaceptable.

Para tratar aminorar el desatino el art. 21.2.II LSSI exige que la comunicación ofrezca la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos por un procedimiento sencillo y gratuito y que, si la publicidad comercial se remitió por correo electrónico, lo que ocurre en la práctica totalidad los casos, tal medio: “deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Sin embargo, cabe preguntarse lo siguiente: si bien el precepto prohíbe expresamente en estos casos el envío de correos electrónicos que no incluyan una dirección de correo electrónico para poder ejercitar los derechos de protección de datos (“posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales”), ¿no será mucho más importante para el consumidor-receptor que prioritariamente se obligue al remitente a que le facilite una dirección electrónica de correo, o poder responder directamente al recibido, respecto del asunto material o de fondo del correo recibido?

Es decir, si ya se impone la obligación legal de facilitar un correo de respuesta para ejercitar el derecho a oponerse a tratamiento de los datos con fines promocionales en los correo de esta índole, ¿qué impide extender tal obligación a todos los correos enviados al consumidor para que puede ejercitar todos sus derechos, y no solo los derivados de la protección de datos?

Buscando mayor acierto, posteriormente, el art. 66.I de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, reconoce, “respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración”, es decir teléfonos fijos y móviles, los derechos a no recibir llamadas con fines comerciales¹⁷. En realidad, se trata de una extensión

17 Ambos derechos entraron en vigor el día 28 de junio de 2023, un año tras la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones: “a) a no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de comunicación comercial sin haber prestado su consentimiento previo para ello; b) a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, salvo que exista consentimiento previo del propio usuario para recibir este tipo de comunicaciones comerciales o salvo que la comunicación pueda

del derecho a no recibir comunicaciones indeseadas o no solicitadas, solo que aquí mediante llamadas telefónicas.

Pero ha sido necesario promulgar la Circular 1/2023, de 26 de junio, sobre la aplicación del art. 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, para fijar los criterios a que responderá la actuación de la Agencia Española de Protección de Datos “en relación con el derecho de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial”¹⁸.

Pese a los buenos deseos, la nueva norma de prohibición del spam telefónico y su circular aclaratoria, un año después de su entrada en vigor, no ha corrido mejor suerte que su antecesora, fallida, sobre el correo electrónico, debido a los consentimientos encubiertos o involuntarios y a la fatal interpretación de la figura del “interés legítimo” de las empresas¹⁹, y los responsables del tratamiento de datos²⁰, que se realiza en el infructuoso art. 3 de la Circular 1/2023, además de los comportamientos fraudulentos y abusivos de muchos operadores.

En ambos casos, se favorece la permanente y sistemática burla a la prohibición legal del envío de spam (e-mail y telefónico), tanto por la actuación fraudulenta desde el anonimato (lo cual es muy difícil de perseguir técnicamente, sobre todo al tratarse de remitentes de otros países), como por las malogradas interpretaciones de las excepciones a la regla general que viene haciendo el legislador (lo que no sería tan difícil de frenar).

Finalmente, cabe señalar sobre el spam, que pese a la enorme importancia, cualitativa y cuantitativa, que se deriva de los problemas e injusticias que genera, sin que suela responderse civilmente por los daños y perjuicios que sus autores ocasionan, a veces de difícil o imposible cuantificación, todavía no existen

ampararse en otra base de legitimación de las previstas en el art. 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679 de tratamiento de datos personales”

- 18 Según su art. 2: “El consentimiento de los usuarios finales deberá haber sido prestado de acuerdo con las previsiones del Reglamento (UE) 2016/679 y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. No podrán realizarse llamadas comerciales a números generados de forma aleatoria sin el consentimiento previo del usuario. Las llamadas a los usuarios que figuren en las guías de abonados requerirán que hayan prestado su consentimiento específico previo para que sus datos puedan ser usados con fines comerciales, debiendo constar expresamente dicho consentimiento, con carácter general, en las correspondientes guías”.
- 19 Toda la prensa española se hizo eco del rotundo fracaso de la prohibición legal del spam telefónico. Así, a modo de ejemplo: “Las llamadas comerciales no se extinguen a pesar de su prohibición: las empresas se amparan en el interés legítimo”, web de RTVE del 28 de junio de 2024 (M. Stüber), disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20240628/llamadas-comerciales-no-se-extinguen-a-pesar-su-prohibicion-empresas-se-amparan-interes-legitimo/16167425.shtml> (consultado el 8-07-2024).
- 20 Art. 6.1 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 –RGPD–.

pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro país que hayan tratado este fenómeno²¹.

3. Correos que no precisan contestación.

Cuando el remitente del correo, pese a aplicar el “no-reply”, facilita en el cuerpo de su correo una dirección de email diferente, pero a la que se puede contestar, entendemos que dicha práctica estaría legitimada, siendo perfectamente admisible.

Los mismo cuando aportan un enlace habilitando una URL (sitio web) donde el usuario puede dirigirse rellenando un formulario con sus datos y petición, u objeto de la comunicación pretendida, con espacios tasados, donde tras ser cumplimentado se remita automáticamente un correo electrónico al usuario con el acuse de recibo del texto de la comunicación que ha formalizado, tal como hacen los operadores más cumplidores.

Entre ellos, cabría admitir la técnica del “no-reply”, por ejemplo, en las comunicaciones del vendedor informando de que ha realizado el envío de un pedido y entregado al transportista de paquetería, o el de este constatando que lo ha entregado para su envío, como también la ulterior comunicación por el vendedor/transportista informando al comprador/usuario/consumidor, de que el paquete ha sido entregado, o finalmente, para remitir al usuario encuestas de satisfacción del servicio realizado.

En estos casos, y en aquellos de idéntica o similar finalidad, por su irrelevancia para el ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios, podría quedar justificado que el receptor no pueda contestar directamente al emisor dado que se trata de mecanismos de respuesta automática para facilitar y agilizar el proceso.

Sin embargo, en todos ellos debe ofrecerse una dirección de e-mail en el cuerpo de la comunicación para responder sobre cualquier incidencia, la que sea, respecto de la información recibida, incluyendo, siempre, una dirección de correo electrónico²², para ejercitar los derechos ARCO (o, más exactamente, ARCO-POL) de acceso, rectificación, supresión –u olvido–, limitación del tratamiento, portabilidad y oposición al tratamiento de los datos personales como se reconoce

21 El Tribunal Supremo menciona la práctica del “spam”, sin haber tenido ocasión de pronunciarse sobre ella, en los antecedentes de cinco resoluciones de la Sala Iª de lo Civil: STS 28 mayo 2024 (ROJ: STS 2886/2024), la STS 21 diciembre 2022 (ROJ: STS 4491/2022), STS 3 noviembre 2022 (ROJ: STS 3970/2022), STS 15 marzo 2022 (ROJ: STS 969/2022), STS 12 junio 2020 (ROJ: STS 1578/2020), y en una sola de la Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo: STS 24 abril 2020 (ROJ: STS 1578/2020).

22 Art. 21.2.II LSSI: “Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico sobre todo tras la aprobación y vigencia en la Unión Europea del Reglamento General de Protección de Datos²³.

4. Remisión de documentos y títulos definitivos en los contratos a distancia.

Otra serie de correos enviados bajo la práctica del “non replay” son utilizados por las empresas o entidades para enviarnos, por ejemplo, los títulos de transporte para un viaje (tarjetas de embarque, billetes de tren, autobús o barco), para los tiques de las entradas de espectáculos, la confirmación de reservas de hotel o paquetes turísticos o las facturas de cualquier bien, servicio o producto en los “contratos celebrados a distancia”²⁴.

En todos ellos se trata de la recepción de los documentos necesarios para la ejecución de un contrato (de transporte, hospedaje, viaje combinado, servicios, compraventa, etc.), o para la entrega del documento que, bien acredita el pago, o bien se emite para su abono, tal como se deriva del art. 1258 CC para toda clase de contratos²⁵, y en cierto modo, analógicamente, del art. 1464, sobre la entrega de bienes incorporeales²⁶.

Aunque también podría ser admisible que no es necesario responder al empresario o profesional remitente, lo cierto es que a veces sí que el receptor desea manifestar su falta de conformidad con los documentos recibidos por los motivos que sean, ya fuere por el contenido de los bienes y servicios, por inexactitudes en la titularidad u otros motivos. Sin embargo, en estas situaciones, lo cierto es que en el e-mail recibido raramente se ofrece al receptor la posibilidad de responder directamente a la dirección de correo desde donde se nos remite, y desde luego, tampoco, en estos casos, suele ofrecerse un correo alternativo para poder dirigirse de manera expresa el usuario para comunicar algo sobre lo recibido.

Lo anterior adquiere mucha mayor importancia cuando estos correos electrónicos son remitidos por empresas gigantes de toda clase de servicios relacionados con la comunicación, la distribución minorista o las entidades financieras y aseguradoras, por citar tan solo algunas. Y ello porque resulta

23 Arts. 15 al 19 RGPD y arts. 13 al 18 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD).

24 Los arts. 92 a 95 TRLCU regulan los que denomina “Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil”.

25 “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”.

26 “Respecto de los bienes incorporeales (...) se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiendo el vendedor”.

verdaderamente complicado que nuestra notificación, queja o respuesta, llegue al órgano competente cuando no se ha facilitado la dirección concreta de respuesta, y cuando tampoco se aporta un enlace expreso con un formulario al efecto, lo que, por otra parte, también merma los derechos del consumidor al verse privado de un canal eficaz de comunicación con la empresa o profesional que contrató.

Parece razonable extender a estos supuestos la aplicación del art. 21.2.II LSSI, pues si se obliga a que todo correo electrónico enviado sobre publicidad comercial exige al oferente facilitar una dirección a la poder dirigirse para ejercitar sus derechos sobre protección de datos, mucho más importante será para el consumidor disponer de alguna dirección de email para poder comunicarse con la empresa para los asuntos de fondo que, inicialmente, serán los más relevantes para quien esté sufriendo un daño patrimonial.

5. Mero acuse de recibo de una comunicación previa del usuario.

No será imprescindible, aunque sí conveniente, poder responder directamente al correo del emisor cuando la empresa o profesional se limitan a comunicar al consumidor o usuario datos complementarios, accesorios, o meramente informativos, siempre que esté habilitado un sencillo canal de comunicación directo con el consumidor.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando el email recibido simplemente constata que el usuario ha sido dado de alta correctamente en una plataforma –sin llegar con ello a perfeccionar, todavía, un contrato de servicios–, como es el registro en toda clase de aplicaciones digitales, redes sociales, mensajería instantánea, compras por internet, servicios de vídeo por streaming, suministros, telefonía, fibra óptica, entre otros.

No obstante la posible justificación de no impedir la respuesta habida cuenta del simple trámite que se comunica, sí que habrá de existir, a disposición del usuario, una dirección de correo electrónico (o más dudosamente el enlace a un formulario) en la que pueda ejercer los derechos de acceso, rectificación, supresión –u olvido–, limitación del tratamiento, portabilidad y oposición al tratamiento de los datos personales reconocidos en las normas esenciales ya indicadas²⁷.

6. Confirmación de una operación solicitada/realizada por el consumidor.

Igual suerte y efectos que sobre los referidos en el epígrafe anterior, podría deducirse de los correos electrónicos recibidos sin posibilidad de respuesta respecto de los supuestos similares, pero con ciertos matices diferentes por su

27 Arts. 15 a 18 RGPD y 13 a 19 LOPD y en particular, como se ha visto, el art. 21.2.II LSSI.

contenido, como son aquellas que informan de una transferencia bancaria, la remisión de la certificación de titularidad de cuentas, saldos o extractos, los que se generan por la activación una tarjeta bancaria (o de cualquier otro servicio asociados a tarjetas), el correo para el cambio o recuperación de contraseñas, los recibidos tras la creación de una identidad en las aplicaciones, el envío de códigos de verificación de identidad, entre otros tantos.

En este grupo podrán incluirse los emails que suministran una información sobre una actividad del usuario que no requiere respuesta del receptor, como por ejemplo, las alertas de seguridad, las comunicación de que se están usando de servicios streaming o bancarios, o se acaban de utilizar a efectos de seguridad, las comunicaciones sobre la conveniencia de actualizar las aplicaciones de los teléfonos móviles, tabletas y demás dispositivos electrónicos conectados a internet.

7. Envío de documentos para la perfección y firma de un contrato por escrito.

Una situación inaceptable es la que produce en los casos de contratación por internet y también en la que se realiza telefónicamente cuando, tras haber pactado el contrato de una u otra forma (por lo general, con la mera adhesión del consumidor a las condiciones generales o particulares, pero nunca redactadas por él, ni participando en su elaboración), la empresa o profesional utiliza la práctica de remitir el contrato para la firma pero impidiendo contestar al correo enviado.

Sucede muchas veces con las entidades de seguros y las compañías suministradores de energía (gas y electricidad), que remiten un correo “no-reply” que no admite respuesta, donde se nos indica la forma de perfeccionar –firmar– el contrato, ya sea imprimirlo en papel y remitirlo por correo postal (las menos de las veces), o más frecuentemente, utilizando alguna plataforma de firma a través del teléfono móvil o confirmando la operación por e-mail, pero sin posibilidad de otra respuesta que aceptar (si se contesta o introducen las claves recibidas), o no, es decir, cercenando cualquier atisbo de expresión de su voluntad al consumidor. Es decir, o se acepta –todo– y se contrata, o no se acepta y se pierde por completo el bien o servicio, pues es un contrato tipo sometido, además, a condiciones generales de la contratación, con los efectos jurídicos que de ello se derivan²⁸.

28 Véase la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, a la que luego se volverá, y en especial, los arts. 7 a 10 sobre “no incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales”. El Preámbulo de esta Ley explica oportunamente la distinción entre condición general de la contratación y cláusula abusiva: “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”.

8. Cambios en las condiciones generales y particulares del contrato.

Con suma frecuencia las grandes compañías y no solo los llamados gigantes de internet, remiten a sus usuarios (que, aunque eludan el término, son a su vez “contratantes” de sus bienes y servicios, y además, la parte débil del contrato), correos electrónicos masivos, individualizados solo con el nombre de cada cliente, pero siempre con idéntico contenido para todos ellos, en los que, usando la práctica del “no-reply”, comunican el cambio –siempre unilateral– de las condiciones generales y/o particulares de sus contratos con el cliente.

El consumidor, que recibe este e-mail no tiene opciones de ninguna clase, ni tan siquiera de contestar, por ejemplo, que ya no le interesa el servicio apartándose del contrato con motivo de esa modificación contractual de carácter unilateral²⁹.

La denominación de las notificaciones de estos “cambios en las políticas” es de lo más variada: cambios en la política de privacidad, modificación de las políticas de uso, actualización de las condiciones y otros tantos eufemismos, puesto que se trata, simple y llanamente, de una alteración unilateral de los términos del contratos entre la empresa operadora y el cliente, consumidor o usuario por voluntad exclusiva de la primera, lo que alberga dudas sobre su plena eficacia³⁰.

Es claro que, de acuerdo con la teoría general del contrato, la alteración sustancial del contrato –por modificación de uno de sus elementos esenciales– por una de las partes permite a la otra, en todos los casos, apartarse del mismo, desistir o resolverlo. Sin embargo, aunque dicha posibilidad se contenga expresamente escrita entre los centenares de líneas diminutas y eterna de las nuevas condiciones, lo cierto es que dicha actuación raramente va acompañada del ofrecimiento de ejecutar de inmediato tal resolución mediante el envío de un correo electrónico, pues si bien no se permite contestar por su carácter y diseño técnico “non replay”, tampoco suele aportarse una dirección de e-mail, clara y visible, a disposición del usuario para que pueda apartarse con sencillez y sin trabas del contrato.

Temprano advirtió la mejor doctrina que “las condiciones generales que permiten a quien la utiliza alterar unilateralmente el contenido del contrato, incluso poniendo fin al mismo (resolución) son quizá las que resultan más claramente contrarias a equilibrio del contrato, incluso a la idea de contrato”; a estas, cláusulas, sin necesidad de que sean condiciones generales, se niega toda validez en los arts. 1115 y 1256 CC³¹.

29 ACEDO PENCO, Á.: *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, Dykinson, 3ª edición revisada y puesta al día, Madrid, 2019, pp. 100-103.

30 La claridad del art. 1256 del Código civil es meridiana, aquí certeramente aplicable: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

31 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 205 (brillante monografía que pronto se convertiría en un

Recuérdese que son abusivas “las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario”³², por lo que, cualquier cambio unilateral de carácter esencial permitirá al consumidor apartarse del mismo. Aunque en demasiadas ocasiones el autor de los contratos de adhesión suele reservarse la facultad de modificar los contratos unilateralmente, al respecto, es doctrina asentada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que han de calificarse como abusivas las “cláusulas que tengan por objeto o por efecto autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo”³³, sin reconocer simultáneamente el derecho al consumidor a desistir del contrato, doctrina absolutamente aplicable al supuesto que examinamos y resumida con claridad y acierto por la Abogada General (V. Trstenjak), en el asunto C-472/10³⁴.

9. Notificaciones de actos contractuales con efectos jurídicos para el consumidor.

Finalmente, y aunque alguno de los supuestos anteriores podría también caber dentro de este epígrafe, adquieren especial relevancia, por sus camuflados efectos jurídicos, al menos no alertados, otra serie de correos electrónicos que, pese a comunicar hechos, actos o conductas con enorme trascendencia jurídica para el receptor, consumidor o usuario, no permiten responder directamente al empresario o profesional emisor al utilizar, abusivamente, la técnica del “no-reply”. Entonces, no hay posibilidad de acceder a ningún correo electrónico de

referente, y lo sigue siendo, en la materia. Al margen de esta referencia concreta, un mayor tratamiento legal y doctrinal de las condiciones generales, probablemente aquí aplicable, se acometerá en epígrafes posteriores donde se fundamentan jurídicamente las tesis que defendemos.

32 Arts. 82.4.a) y c) y 85 TRLCU.

33 La Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 21 de marzo de 2013 (apartado 55) reconoce a las empresas un interés legítimo a modificar unilateralmente los precios, siempre que se salvaguarde el interés del consumidor a conocer y prever el motivo y modo de aplicar la modificación, y se le reconozca –al consumidor– la facultad efectiva de rescindir el contrato sin penalización. Asunto C-92/11, RWE Vertrieb AG vs Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. (ECLI:EU:C:2013:180).

34 “El punto de partida de la interpretación lo constituye la disposición fundamental recogida en el art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Según esta disposición, las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, “pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Si, como sucede en el asunto principal, el profesional se reserva el derecho a modificar unilateralmente elementos importantes del contrato, entre los que se encuentra el precio y los gastos de ejecución del contrato, esto puede llevar, en determinadas circunstancias, a una situación en la que el consumidor se encuentra indefenso y a merced de la voluntad del profesional, si excepcionalmente no se le concede el derecho a oponerse en determinados casos a la modificación. El riesgo de sufrir un perjuicio es aún mayor cuanto más imprecisa sea la cláusula controvertida respecto a los aspectos del contrato que el profesional puede modificar unilateralmente. Tal régimen puede conducir, en definitiva, a una alteración de los derechos y obligaciones derivados del contrato en detrimento del consumidor contraria a las exigencias del principio de buena fe. Esto sucede, en particular, cuando la facultad de modificación del profesional se extiende, como en el asunto de autos, al objeto principal del contrato y no se limita sólo a otros aspectos propios del contrato. Siendo consciente de los riesgos que tal situación entraña para el consumidor, el legislador de la Unión ha recogido la misma en términos generales en el punto 1, letra j), del anexo de la Directiva 93/13”. Apartado 86 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. V. Trstenjak, presentadas el 6 de diciembre de 2011 en el Asunto C-472/10: Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság vs Invitel Távközlési Zrt. (ECLI:EU:C:2011:806).

la empresa dado que se ocupa y preocupa de ocultarlos para que el usuario no pueda comunicarse vía email.

Aunque el catálogo de supuestos de hecho de correos electrónicos de gran trascendencia jurídica que remiten las empresas o profesionales a los consumidores, sin posibilidad de respuesta directa dado el carácter “no-reply”, y a veces, tampoco indirecta por vía escrita, nos detenemos ahora en aquellos casos (centenares de miles y que afectan a todos) en los que tal e-mail informa, o avisa al consumidor, del próximo vencimiento del plazo del contrato de tracto sucesivo que mantienen, o temporal, pero con prórroga automática—por lo general, cada año—, si ninguna de las partes comunica a la otra su deseo de no renovación del contrato.

10. Un supuesto paradigmático: el contrato de seguro.

Un ejemplo claro (y de utilización masiva) de esta práctica se da el contrato de seguro en casi todas sus modalidades (motor, hogar, salud, accidentes, etc.), las compañías suelen remitir un e-mail al asegurado comunicándose su próximo vencimiento en cuyo cuerpo suele aparecer el importe de la póliza para cubrir los riesgos de los siguientes doce meses, dado que, por lo general, la póliza se abona por anticipado³⁵.

En realidad, en España la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), no obliga a comunicar al tomador en todos los casos la próxima renovación, sino tan solo —y debe hacerlo por escrito con dos meses de antelación al vencimiento— cuando haya alguna modificación del contrato³⁶.

A nuestro juicio, se producirá una alteración contractual, entre otros casos, cuando se modifique un elemento esencial del mismo como ocurre siempre que suba el precio (o, más raramente, baje) la prima anual, por lo que resultará obligatorio comunicarlo al tomador, aunque la subida tan solo sea por aplicación del porcentaje producto de la variación del Índice de Precios al Consumo (dado que los intereses no se presumen). Solo cabría no considerar que existe alteración contractual cuando se hubiere pactado expresamente en la póliza la actualización anual de la prima con referencia al IPC o a otro índice de variación de precios similar y homologable, y además, la subida del importe de la prima se circunscriba

35 PAGADOR LÓPEZ, J.: “La protección del consumidor en el contrato de seguro”, en AA.VV.: *Derecho (privado) de los consumidores* (dir. por L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 367-388; STIGLITZ, R.S.: “Cláusulas y prácticas abusivas”, en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de seguro* (dir. por M.R. QUINTÁNS-EIRAS y L. RAMÍREZ OTERO), Universidad de Pirua, Perú, 2017, pp. 291-316.

36 Art. 22.3 LCS: “El asegurador deberá comunicar al tomador, al menos con dos meses de antelación a la conclusión del período en curso, cualquier modificación del contrato de seguro.

estrictamente a tal incremento, sin poder adicionarse otros que exceden de la aplicación de tal índice³⁷.

Pues bien, no pocas compañías aseguradoras al avisar de la próxima renovación del contrato mediante el envío de un correo electrónico al tomador del seguro, lo hacen bajo la práctica del “non replay”, lo que impide al receptor contestar directamente notificando su deseo de no renovación, dificultando y restringiendo los derechos del tomador, previstos en el art. 22.2 LCS: “las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de, al menos, un mes de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso cuando quien se oponga a la prórroga sea el tomador”³⁸.

Es decir, que recibido el correo con aviso de renovación de la compañía aseguradora con el impedimento técnico de comunicar inmediatamente el posible deseo de no renovar la póliza resulta que el receptor tiene que buscar, si quiere responder vía e-mail, una dirección de correo electrónico de la aseguradora para tal fin, lo que le costará puesto que, en muchos casos, no hay correo alguno disponible dado que no solo no lo facilitan, sino que –muchas veces– lo ocultan.

El motivo, pensamos, no es otro que acudir a la vía telefónica, la preferida de las grandes operadoras de cualquier sector, donde expertos teleoperadores bien entrenados tienen muchas más posibilidades de persuadir al consumidor de su intención de no renovar el contrato. Esta preferencia por llevar al usuario al usar el teléfono rinde frutos en la mayoría de los casos puesto que, salvo que el consumidor esté muy preparado o sea firme su decisión, lo más probable es que las técnicas del operador telefónico le podrán llevar más fácilmente por el camino que desee la teleoperadora.

Ello ocurre porque los teleoperadores disponen del entrenamiento adecuado y las técnicas de persuasión estudiadas que vaticinan el comportamiento del consumidor ya que tienen preparadas todas –o casi– las respuestas a las preguntas que le realicen habida cuenta de la estadística de miles de llamadas similares.

La falta de reciprocidad de la llamada y conversación del consumidor con cualquier teleoperador –siempre profesional– es absoluta, con perjuicio para el primero que se ve presionado para tomar algunas de las decisiones inmediatas que

37 Téngase en cuenta que la aseguradora ha de comunicar con dos meses de antelación la modificación del precio o de las condiciones de la póliza teniendo el tomador quince días para resolver el contrato o desistir del mismo para los siguientes periodos. Sin embargo, la ausencia de comunicación por el tomador, o su silencio, una vez hecha la notificación por la aseguradora, se entenderá como aceptación tácita de las nuevas condiciones y precio.

38 La disposición final 1.3 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, otorgó la actual redacción al art. 22 LCS.

le propone su interlocutor profesional, sin el sosiego y la medida que tendría si se le permitiera comunicar su decisión por correo electrónico, justo por la misma vía que ha utilizado la compañía para informarle del próximo vencimiento/renovación.

En la misma línea, y como ya se adelantó más arriba, también es frecuente que en el email “no-reply” de aviso del próximo vencimiento y pago de la siguiente prima para el periodo (anual casi siempre, pero también otros periodos), se invita al tomador a que instale en su teléfono móvil la aplicación (app) de la compañía, o acceda a ella si ya lo hizo y está registrado, para realizar “cualquier” operación relacionada con su contrato de seguro. Así, podrá el usuario ampliar las coberturas a golpe de clic, contratar nuevos seguros y otras operaciones beneficiosas para la aseguradora. Sin embargo, como hemos podido comprobar, al menos con una de las compañías aseguradoras más conocidas de España, y desde luego con la que más se publicita en toda clase de medios de comunicación, no es posible mediante la aplicación, comunicar la no renovación, desistimiento, apartamiento o resolución del contrato de seguro. Las facilidades para contratar se contraponen a las grandes dificultades que, desigualmente, se imponen para comunicare el deseo de no renovar la póliza por un nuevo periodo. Escaso es el equilibrio en derechos y obligaciones aseguradora/tomador y muy parca la buena fe que puede deducirse de tales prácticas que, en buena medida, justifican el presente trabajo.

Claro que siempre podrá acudir al burofax, o carta certificada (aunque en este caso no se pueda probar el contenido), para no notificar el deseo de no renovar el contrato durante otro año, sin embargo, no fue por esa vía por la que se le anunció el vencimiento próximo, o el la modificación del precio, pues se usó la vía del correo electrónico “non replay” que es a la única que aquí nos referimos.

Lo mismo que se ha expuesto para la renovación anual del contrato de seguro mediante un aviso previo de la compañía mediante un email al que, técnicamente, no es posible responder; puede predicarse para todos los demás contratos de tracto sucesivo o de renovación por periodos, principalmente de servicios, aunque no solo de estos, en los que también se notifica el próximo recibo o vencimiento.

IV. INTERROGANTES SOBRE LA CUESTIÓN.

Llegados a este punto, resulta oportuno –en realidad, imprescindible– formularse algunas cuestiones que justifican las presentes líneas:

¿Cómo es posible que las empresas y operadoras que se comunican a sus clientes mediante el correo electrónico amputen tal posibilidad a sus usuarios destinatarios?

¿Resulta ajustada a derecho dicha práctica o técnica del “no-reply” en todos los casos?

¿Qué puede justificar -ética y legalmente- bloquear por la fuerza al destinatario de un correo electrónico “su derecho” a responder a quien se lo envió previamente?

¿Cabe algún reproche legal a la conducta de impedir que los consumidores y usuarios puedan dirigirse a la empresa con la que contratan mediante el correo electrónico?

¿Será lícito que no dispongan estas empresas y profesionales de una cuenta de correo electrónico a la que dirigirse sus contratantes, actuales o potenciales, en aquellos casos en los que ellas mismas se han dirigido a tales sujetos por esta misma vía comunicativa?

¿Infringen quienes utilizan estas prácticas alguna norma expresa, legal o reglamentaria, de carácter común, o específica para los consumidores y usuarios?

¿Conculcan alguno de los principios generales del derecho como el de la buena y de la equidad u otros constitucionales básicos como el de la libertad, la igualdad y la justicia?

¿Son contrarias tan extendidas prácticas al ya acuñado principio “pro consumatore”?

¿Puede considerarse legítimo que ciertas empresas —e instituciones— no hagan pública alguna dirección de correo electrónico a la que el ciudadano pueda dirigirse?

¿Qué justifica que entidades privadas y, muchas públicas, traten de ocultar por todos los medios posible cuál es su dirección de correo electrónico?

¿Pueden ser calificadas de abusivas, con los efectos que de ello se derivan, en aquellos casos en que el consumidor necesita responder al correo recibido para informarse o ejercer algún derecho sin tener que acudir a otros canales más inciertos y gravosos?

Como se avanzó nos produjo cierta sorpresa no encontrar en la doctrina ninguna alusión a este problema pese a la extensión, importancia y consecuencias negativas o perjudiciales que tiene para las relaciones jurídicas entre los empresarios o profesionales y los consumidores o usuarios en determinados.

No obstante, en nuestro país gozamos de nutridos y muy fructíferos los estudios sobre cláusulas y prácticas abusivas, así como sobre la protección jurídica

de los consumidores y usuarios en sus diversas facetas, doctrina que resulta de obligada consulta al contener privilegiados referentes en materia de protección jurídica del consumidor frente a cualesquiera conductas contrarias a la legalidad o por transgresión de la buena fe³⁹.

Tampoco la jurisprudencia examinada nos ha aportado ninguna luz pues los pocos pronunciamientos que hemos encontrado donde aparezcan citados esta modalidad de correos lo hacen de manera tangencial como mera descripción fáctica ajenas por completo a su régimen jurídico o a sus efectos, ni siquiera a su descripción más allá de nombrarlos.

Tal dificultad no supondrá que nos arredremos y huyamos de arar en un campo virgen que, en apariencia, no ha sido arado antes por otros más sabios. También, es verdad, que nos parecería ciertamente insólito que fuéramos nosotros los primeros en poner de manifiesto esta cuestión, por lo que, no podemos descartar, en absoluto, que existan textos jurídicos (normas, doctrina y/o jurisprudencia) que lo traten directa y expresa, contenidos a los que, simplemente, no hemos logrado —o sabido— acceder. En cualquier caso, pensamos, el esfuerzo merece la pena⁴⁰.

V. VENTAJAS OBJETIVAS PARA LA EMPRESA O ENTIDAD EMISORA.

Seguramente haya ocurrido, como en los inicios de la Revolución Industrial en el siglo XVIII con la división del trabajo planteada como un mecanismo que buscaba lograr máximos niveles de productividad y mayor eficiencia en la economía⁴¹.

Claro que los principios de la división del trabajo se llevan al extremo en el tema que glosamos puesto que se ha llegado a un nivel de optimización tan sublime que ya ni se requiere trabajo alguno que dividir en la empresa, sino que suprime de un plumazo la actividad al eliminar toda posibilidad de que se genere una tarea ingente, necesariamente ardua, como sería la de contestar a cada e-mail recibido.

39 Tales aportes doctrinales, que serán citados en las subsiguientes páginas y sus notas, sirven de sustento donde se apoyan, directa o analógicamente, las posturas que se defienden en el presente trabajo.

40 En realidad, a la hora de abordar la presente cuestión, no hacemos otra cosa que seguir aquella genial máxima, esencial y utilísima para todo investigador, del francés Paul Valéry, que ya adoptamos en nuestros primeros años universitarios: “Lo que ha sido creído por todos siempre y en todas partes, tiene todas las posibilidades de ser falso”.

41 Adam Smith (*Investigación de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, p. 7) afirmaba que: “Los mayores adelantamientos en las facultades o principios productivos del trabajo, y la destreza, pericia y acierto con que éste se aplica y dirige en la sociedad no parecen efectos de otra causa que de la división del trabajo mismo”. Véase, *GestioPolis.com Experto*. “¿En qué consiste la división del trabajo propuesta por Adam Smith?”, que cita a ALCÓN YUSTAS, M. F.: *El pensamiento político y jurídico de Adam Smith: la idea de orden en el ámbito humano*, Universidad Pontificia Comillas, 1994. Recurso disponible en el sitio de internet <https://www.gestiopolis.com/en-que-consiste-la-division-del-trabajo-propuesta-por-adam-smith> (Consulta: 20-06-2024).

Siendo un principio básico de toda empresa y organización la optimización de los recursos, dado que estos son escasos —y caros—, en la actualidad casi todas las grandes entidades, comerciales o no, acuden a la práctica del “non replay” para evitar recibir correos electrónicos que necesitan una ingente cantidad de recursos humanos para poder ser respondidos individualmente.

Mediante esta técnica que bloquea automáticamente, y sin intervención humana, toda posibilidad de recibir e-mails de los sujetos a los que se les escribe por esta vía no cabe duda de que supone un significativo ahorro en términos económicos, de tiempo y de recursos de personal.

La aparición de esta eficaz técnica oclusiva de recepción de comunicaciones resulta demasiado tentadora, por las ventajas que reporta a la organización que la utiliza, para que no sea utilizada, aunque, claro está, sea a costa de la restricción de los derechos de los destinatarios de los correos electrónico, pues además, no existe una prohibición legal expresa que impida esta conducta, y al parecer está aceptada por el usuario receptor (¡qué remedio!).

En consonancia con lo anterior, no deja de ser una ventaja para una gran empresa el poder derivar todas las comunicaciones de sus clientes, consumidores o usuarios, en especial las que se refieren a reclamaciones o notificaciones con relevancia jurídica, el obligar a los destinatarios de cualesquiera e-mails a acudir a un canal específico de comunicación habilitado por la propia organización.

VI. DESVENTAJAS PARA EL RECEPTOR USUARIO.

Como es natural cuando una persona u organización adopta un sistema concreto o modalidad técnica precisa para operar en cualquier campo de actividad lo hace por motivos específicos que han sido pensados previamente y, mucho más en el mundo empresarial, donde, salvo excepciones, nada se improvisa. Así ocurre, también, con el fenómeno comunicativo del correo electrónico de inmenso alcance cuantitativo, que sigue creciendo en la actualidad, en contra de lo que pudiera pensarse tras la multiplicación de otros sistemas de comunicación en internet como las redes sociales y las aplicaciones de mensajería instantánea⁴².

Volviendo a las repetidas conductas de las empresas y entidades que envían emails que imposibilitan al receptor (consumidor o usuario, en lo que aquí respecta)

42 Durante el año 2021 siguiendo los datos publicados por el acreditado portal estadístico “statista.com”, fueron enviados y recibidos más de 300.000 millones de correos electrónicos diarios en todo el mundo, con una previsión de crecimiento de un 17,8% hasta el año 2026, lo que supondrá unos 3.925.000 millones de e-mails al día en ese año. Véanse los datos recogidos en: FERNÁNDEZ, R.: *Número de correos electrónicos al día en todo el mundo 2017-2025*, entrada publicada el día 6 de diciembre de 2023. Disponible en <https://es.statista.com/estadisticas/637674/numero-de-correos-electronicos-al-dia-en-todo-el-mundo--2019/> [consulta: 5-07-2024].

contestar al mismo correo electrónico que le ha sido enviado, no hay duda de que implican trabas y limitaciones para el ejercicio de sus derechos. Veamos algunos de los más comunes.

I. Imponen al usuario acudir a los canales diseñados por la empresa.

Parece que lo que pretende la empresa en tales casos es controlar férreamente el flujo de comunicaciones/notificaciones con el consumidor o usuario a través de sus propios canales, restringiendo —que no anulando— la libertad e igualdad de mecanismos de comunicación entre las partes que ha de presidir toda relación contractual.

Estos canales, cuando evitan enviar las respuestas mediante correo electrónico suelen ser la habilitación de un link, esto es, un enlace que direcciona hacia una URL determinada que facilita la empresa, o bien indica un número de teléfono al que llamar, o donde introducir el usuario el suyo para ser llamado por un teleoperador.

A) Los formularios electrónicos obligatorios para el envío de comunicaciones.

En el primer caso, una vez el enlace envía al usuario a la página web diseñada al efecto por la empresa allí aparece un formulario para cumplimentar con todos los datos identificativos y complementarios que le parezca oportuno recabar —muchos de ellos innecesarios y recopilados con otros fines ajenos a lo que al usuario interesa—. A veces, mientras no se rellene el dato que se pide no es posible avanzar a otra casilla por lo que si deja en blanco el proceso no continua.

En el formulario, por fin, además de tal identificación existe un espacio de texto libre pero tasado en número de caracteres donde el comunicante puede expresar en el constreñido espacio aquello que desee preguntar, reclamar, informar o notificar. También, a veces, siendo ya algo menos común, se habilita un mecanismo para subir archivos, pero siempre hasta un tamaño determinado que se indica.

Pero este constreñido sistema, además de limitar la extensión de aquello que se quiera hacer constar —sobre todo cuando tiene relevancia jurídica— suele tener trampa en las empresas más agresivas, dado que algunas —o muchas— no dan acuse de recibo de lo que se ha escrito y enviado, por lo que al usuario avezado no queda otro remedio que realizar y guardar sucesivas capturas de pantalla (fotografías o “print” de las pantallas donde conste lo que se ha escrito en el propio formulario), por quedarse con alguna prueba —endeble— de dicha comunicación.

No ha de ocultarse hay empresas y organizaciones —no la mayoría— que teniendo mayor sensibilidad en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, envían —como habría de ser obligatorio legalmente— un

correo electrónico al usuario con el texto íntegro de la comunicación recibida que fue expuesta en el formulario lo que supone un útil acuse de recibo y un eficaz medio probatorio.

B) La espinosa y forzada vía del canal telefónico.

El otro de los canales a los que suele derivar la empresa que envía el email “non replay” suele ser la vía telefónica a la que se aludió más arriba y las razones por la que es la preferida de muchas compañías. El consumidor no tiene la misma libertad y capacidad de decisión en una conversación por teléfono con una persona bien entrenada en telemarketing, que conoce la mayoría de las capacidades de respuesta del consumidor incluso antes de que a este se le ocurra esbozarlas.

Habrán casos en los que el consentimiento telefónico pueda viciado para aceptar cualquier cosa que el teleoperador le proponga al usuario (continuar con el contrato del que pretendía apartarse, desistir de la reclamación por un mal servicio y otras tantas posibilidades que benefician a la empresa), pero será muy difícil de probar, y además estéril por lo general⁴³.

Como se avanzó, parece que el canal telefónico es el favorito de comunicación de determinadas empresas que huyen de la comunicación mediante la recepción de correos electrónicos. Solo hay que echar un vistazo a la publicidad comercial en todos los medios para comprobar la predilección de vía telefónica de tantas empresas, que por otra parte ofrece muchas más ventajas a las ya expuestas.

Una de ellas es la volatilidad de la conversación telefónica, que, aunque advierten de que puede ser grabada —aunque no siempre lo hacen—, luego tal grabación es muy difícil, sino casi imposible acceder a ella por parte del consumidor o usuario, siendo un laberíntico proceso que, necesariamente, le hace desistir. Así, la grabación de la conversación sitúa al operador que la realiza —o dice hacerlo— en una posición de ventaja probatoria que no tiene el consumidor.

C) Las aplicaciones o apps de la empresa.

Junto a las modalidades anteriores destacan las denominadas aplicaciones —más conocidas como apps— que son programas informáticos creados o encargados, pero en todo caso controlados, por la propia compañía que remitió el email con la que contratamos y que donde aquella tiene todo el control de la actividad del

⁴³ Para ver la convicción de este sistema piénsese que, en materia de marketing telefónico no son raros los casos —están constatados— en los que hasta se llegó a vender una enciclopedia sobre la fauna marina por ejemplo, de docenas de tomos y pagadera mensualmente durante cuatro años a una persona anciana que vivía sola y que ni tan siquiera sabían leer. Es más, en el estrambótico y real ejemplo expuesto —del que es testigo quien esto escribe— se llegó a inscribir a la anciana deudora en un registro de morosos por impago cuando fue ingresada en un asilo de monjas de la caridad y con la pensión la cuenta corriente ya no le alcanzaba para sufragar las cuotas mensuales.

usuario con la empresa. Este accede a ella aportando casi siempre su número de teléfono móvil, y también su dirección de correo electrónico, junto a una contraseña para su exclusivo acceso personal que a la vez garantiza su identidad en las operaciones. La app se instala, y accede a ella, desde un teléfono móvil “inteligente” (smartphone), una tableta, un ordenador u otro dispositivo, siempre con conexión a internet⁴⁴.

Muchos correos “no-reply” indican al usuario receptor que accediendo a dicha aplicación podrá acceder a toda la información y comunicarse con la empresa. Ello no siempre es cierto, porque no siempre contienen un apartado, formulario o sitio donde el usuario pueda comunicar, o notificar de manera que quede constancia, los hechos o reclamaciones que desea, y cuando existen están limitadas en el espacio y capacidad de subida de archivos, sin garantizar siempre el acuse de recibo.

En teoría, estas aplicaciones habrían de estar previstas para facilitar el canal de comunicación entre proveedor y usuario, pero en la práctica suelen ir mucho más allá dado que recopilan una ingente cantidad de datos personales y amplia información del consumidor (desde su ubicación, desplazamientos, hábitos de compra, bienes y servicios que adquiere, sitios de internet que visita hasta los datos sobre su salud, entre otros muchos), sin que, por lo general, este se de cuenta de ello, dado que suele prestar la autorización para ello entre políticas de privacidad muy extensas, que nadie lee (y el operador lo sabe), datos que luego son utilizados para los intereses comerciales de aquellas, o cedidos por precio a terceros.

Como ocurriera con el canal telefónico, también las aplicaciones de las empresas son preferidas por estas dado el extraordinario control que tienen sobre la actuación posible del usuario/cliente a quien se le permiten determinadas operaciones, con plena validez, pero se le excluye la posibilidad otras. Valga un ejemplo práctico, muchas veces, desde la app es posible contratar toda clase servicios de la empresa, comprar productos, prorrogar contratos, ampliar los términos del mismo en el tiempo, condiciones y precio, pero muy raramente reducirlos o cancelarlos. No se da, desde luego, equilibrio alguno entre los derechos y obligaciones de las partes, ni se atisba asomo de buena fe por parte de quien crea y controla la aplicación.

Añádase, tanto en los casos de obligatoria utilización de la app, como en los formularios web— para responder al email “non replay” recibido, la enorme impotencia y dificultad que genera en muchas personas el acceso a tales

⁴⁴ La palabra *app* es la abreviatura del vocablo en lengua inglesa “application”. El *Diccionario de la Real Academia Española*, en su 4ª acepción entiende por aplicación: “Programa preparado para una utilización específica, como el pago de nóminas, el tratamiento de textos, etc.” (<https://dle.rae.es/aplicación>).

modalidades de comunicación tal como ocurriera, y así lo pusimos de manifiesto en otra ocasión, con la exigencia de cita previa solicitada forzosamente por vía electrónica para acceder a los registros públicos, cuya práctica, si bien operada sobre todo por la Administración pública (aunque también por entidades bancarias y financieras), no pierde su carácter ilícito y abusivo, con muchas similitudes con la indefensión de estos emails, siempre en claro detrimento del ciudadano que, frente a la Administración, también viene a situarse en la condición de usuario⁴⁵.

2. Restringen la comunicación del usuario receptor con la empresa emisora.

Al constreñir las posibilidades de comunicación del cliente a los canales previstos por la empresa, y previamente, de la propia práctica de los emails “non replay” por la misma, se limita la libertad del consumidor y usuario en el modo de dirigirse a la empresa.

Siempre quedará –se podrá rebatir desde el punto de vista opuesto– para comunicarse con la empresa, la posibilidad de escribir lo tradicional carta postal en papel, el correo certificado en un sobre también de papel, el uso del burofax con acuse de recibo y certificación de contenido, e incluso la notificación por vía notarial. Sin embargo, en los tiempos que corren, ello no resulta lo más práctico, ni tampoco lo más dinámico –salvo cuando, por su significativa importancia o cuantía, el asunto lo requiera–, sobre todo teniendo en cuenta que fue la propia empresa que no admite recibir emails la que se dirigió previamente al consumidor por la vía del correo electrónico.

Pero hoy día, la realidad es que la inmensa mayoría de las comunicaciones entre empresas y clientes se realiza por la vía del correo electrónico, es un hecho que, como se ha expuesto más arriba, no desaparece pese a los nuevos sistemas de comunicación y plataformas emergentes. Cercenar al consumidor o usuario la utilización del correo electrónico puede ser un exceso arbitrario que puede ir más allá de los límites jurídicamente admisibles.

3. Disuaden al consumidor de formular quejas y reclamaciones.

Las empresas y profesionales que ejercen cualquier actividad nunca –salvo que se trate de organizaciones delictivas–, persiguen la finalidad de perjudicar a sus clientes, sino que su principal objetivo y es la razón de su existencia, es obtener un justo y legal beneficio de las actividades comerciales, industriales o profesionales que ejercen. Sin embargo, ello no impide que, en ocasiones, como ocurre con el fenómeno del “no-reply”, acudan a prácticas no siempre ventajosas

⁴⁵ ACEDO PENCO, Á.: “El escándalo de la exigencia de cita previa para acceder a los registros públicos: abusivo ataque a la seguridad jurídica y al derecho de defensa. La sinrazón de su actual vigencia”, en *Diario La Ley*, Estudios doctrinales, núm. 9909, de 9 de septiembre de 2021, Wolters Kluwer.

para los clientes porque les produce claras y evidentes ventajas, máxime cuando son legítimas y lícitas –aparentemente– por ser casi unánimes.

Así, no cabe duda, a nuestro entender, que imposibilitar al receptor de un correo electrónico (a través del cual se le comunica, por ejemplo, que le ha sido entregado su pedido) responder al mismo e-mail de manera directa donde poder manifestar, entre otras cosas, su disconformidad con el producto, bien o servicio, recibido, merma de manera ostensible sus posibilidades de reclamación y defensa.

Ello no impedirá, claro está, que el consumidor o usuario pueda acudir a los diversos mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para ejercitar sus derechos, pero no parece discutible, en la práctica, que el bloqueo técnico de poder contestar al propio email recibido se lo dificulta de manera clara.

En muchas ocasiones, y casi siempre en asuntos de escasa cuantía, se obliga al consumidor –pues no tiene otros mecanismos– a acudir a otros sistemas de notificación mucho más engorrosos que el e-mail como enviar un burofax, o realizar una llamada telefónica a la empresa, con las particularidades que se han descrito sobre la posición dominante de quien vendió el bien o prestó el servicio, extremos que disuaden, no pocas veces, al potencial reclamante de su intención inicial.

VII. FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE SU PROBABLE ILICITUD.

I. Planteamiento.

Como se ha visto más arriba el envío de correos electrónicos, por la empresa o profesional, a los que no puede responder el destinatario-consumidor no tiene igual finalidad y consecuencias en todos los casos. Así, en algunos supuestos examinados no es grave la trascendencia, aunque nunca deseable a nuestro juicio, siendo siempre conveniente evitarlos por la amputación de la libertad de comunicación impuesta a una de las partes, la más débil, por la otra, la dominante.

Pero en otros muchos casos cotidianos, de acusada trascendencia jurídica, parece inaceptable de todo punto la utilización de la práctica denunciada en las comunicaciones empresa/consumidor. Claro que, siendo muy precisos, también es verdad que “inaceptable” –ética, moral y socialmente– no habría de significar necesariamente que siempre haya de ser contraria al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en estos casos de mayor trascendencia jurídica, dicha conducta empresarial o profesional, que la realiza de manera habitual y masiva, además de oponerse al principio de la buena fe, quebrar el principio de igualdad en la contratación, romper el equilibrio de las prestaciones, quebrar el balance de

herramientas disponibles para ambas partes en todo el proceso de preparación, perfección y ejecución del contrato, a nosotros nos parece indudablemente contraria a las leyes, y además, a la leyes imperativas y prohibitivas (al menos cuando una parte sea consumidor o usuario en sentido jurídico) y en consecuencia, ilícita.

Sincréticamente, para nosotros, la respuesta a la simple pero trascendente pregunta que formula el epígrafe es clara: se trata, en determinados casos (no todos, pero sí muchísimos), de una práctica ilegítima –por vulnerar principios generales del derecho– y además ilegal, contraria tanto al espíritu como a la letra de las leyes.

De todo lo expuesto cabe ir concretando y resumiendo los razonamientos jurídicos que sustentan la postura de calificar de ilícita –en aquellos casos expresamente señalados de la relación contractual–, la repetida práctica consistente en el envío por parte de la empresa o profesional de correos electrónicos al consumidor que este no puede responder directamente debido a que aquellos han dispuesto una sistema muy extendido (“no-reply”) que lo impide técnicamente.

Si algo parece claro, objetivamente, es que dichas prácticas son, en todo caso, contrarias a la buena fe e incompatibles con ella. Las leyes aplicables en este punto centran la atención en la transgresión de buena fe para determinar el carácter ilícito de una determinada conducta empresarial como la que aquí se examina⁴⁶.

Las principales infracciones al ordenamiento jurídico, teñidas todas ellas por la contravención al principio general de la buena fe en el ejercicio de los derechos, donde fundamentamos nuestras posturas, se desmenuzan en las siguientes líneas.

2. El artículo 82.I TRLCU: prácticas abusivas y contrarias a la buena fe por desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

A la vista de los supuestos enunciados puede colegirse que tales conductas o prácticas encajan dentro del concepto de “cláusulas abusivas” sometidas a su régimen jurídico que nuestro ordenamiento regula en la actualidad en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLCU)⁴⁷.

⁴⁶ ACEDO PENCO, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 52.

⁴⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. y PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.: “Artículos 80 a 91: condiciones generales y cláusulas abusivas”, en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, pp. 696-954; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Capítulo II. Cláusulas abusivas”, en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes*

Así, el art. 82.I TRLCU incluye dentro de estas a: “todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Y la respuesta, general y directa, que prevé la citada Ley protectora en su art. 83.I no puede ser más clara y contundente: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”⁴⁸.

Con carácter previo, conviene recordar que la doctrina ha venido advirtiendo que los tradicionales conceptos de “buena fe” y “justo equilibrio de las contraprestaciones”, muchas veces resultan difícilmente separables en la práctica: “el justo equilibrio de las contraprestaciones implica la existencia de buena fe, y la fue fe difícilmente existirá si no hay un equilibrio contractual justo”. Además, se advierte que, aunque pueda parecer sorprendente, condiciones abusivas, o sea, las que ha sido establecidas en las que falte la buena fe o el justo equilibrio, no es sinónimo de condiciones ilícitas, aunque sí lo serían, claro está, cuando infrinjan la ley o el orden público.

Esta buena fe no es la de los arts. 433 y siguientes del Código civil, esto es, la simple creencia propia y particular de obrar correctamente, sino la del art. 1258 CC, solamente que llevada a un momento anterior al de los efectos del contrato, al de perfección del mismo, por ello: “la carencia de esa buena fe ocasionará un desequilibrio contractual injustificado, favorable a la parte más fuerte; el empresario”⁴⁹.

Volviendo al precepto, una apresurada lectura del art. 82.I TRLCU podría dar a entender que la utilización de los emails “no-reply” quedarían fuera al no tratarse de “cláusulas” en sentido estricto, al no poder considerarse “estipulaciones” no negociadas individualmente. Sin embargo, el legislador, con sumo acierto, ha incluido entre las cláusulas abusivas no solo a tales “estipulaciones” no negociadas individualmente, sino también, a “las prácticas” que perjudican al consumidor en el sentido expuesto⁵⁰.

complementaria (Real Decreto Legislativo 1/2007) (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1103-1348; y, previos al vigente TRLCU, resulta esencial la excelente obra colectiva: AA.VV.: *Comentarios a la Ley General sobre la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y J. SALAS HERNÁNDEZ), Civitas, Madrid, 1992.

48 ACEDO PENCO, Á.: *Derecho de consumo. Análisis jurídico-privado de la Ley general para la defensa de los consumidores de 2007*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 132.

49 DÍAZ ALABART, S.: “Artículo 10.1.c)”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General sobre la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y J. SALAS HERNÁNDEZ), Civitas, Madrid, 1992, pp. 252-253.

50 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales ‘gratuitos’)?”, en AA.VV.: *Estudios de derecho contractual europeo* (dir. por F. GÓMEZ POMAR e I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 331-405; MORENO GARCÍA, L.: *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson

También podría –mal– entenderse que el precepto, al equiparar “cláusulas” y “prácticas” solo incluye en estas últimas a las “no consentidas expresamente” y que el consumidor o usuario no manifiesta reparo alguno sobre los emails “no-reply”.

Pero ello es una falacia porque, en primer lugar, a ningún consumidor le puede agradar el bloqueo técnico a su posible deseo de respuesta directa al empresario o profesional que le escribe; en segundo lugar, porque no tiene ninguna otra opción, ni de consentir, ni de no consentir, ni expresa, ni tácitamente, dado que se le amputa toda capacidad de reacción al impedírsele contestar por esa vía; y en tercer lugar, porque, siempre que el consumidor reciba un correo “no-reply” se atentará contra la buena fe y le perjudicará produciendo un evidente desequilibrio en sus derechos y obligaciones por la desigualdad palmaria que se deriva: el emisor le escribe libremente pero el receptor no le puede contestar.

Declarar judicialmente como abusiva esta práctica será muy difícil, al tratarse de una conducta, un hecho, nunca plasmado por escrito como ocurre con las estipulaciones y condiciones, y habiéndose extendido universalmente, será muy difícil restringir.

No obstante, pese a esa dificultad de una declaración judicial de nulidad, lo que no alberga duda es la otra consecuencia jurídica que establece el art. 83.I TRLCU, donde, tras indicar que “son nulas de pleno derecho” determina que “se tendrán por no puestas”. Este último inciso permite al consumidor, en la medida de lo posible, ignorar ese mandato o prohibición de no contestar al correo recibido, si bien no podrá hacerlo de manera directa (con el comando “responder”), sí que podrá hacerlo, con amparo legal, mediante cualquier otra dirección de correo electrónico del empresario o profesional remitente.

Determina la jurisprudencia, respecto el conjunto normativo de aplicación (arts. 80 a 91 TRLCU y 3.I Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril) que el control de abusividad de estas cláusulas predispuestas en contratos concertados con consumidores combina la aplicación de una cláusula general (el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe) con un listado ejemplificativo de cláusulas que han de considerarse en todo caso abusivas, considerándose metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si la cláusula que se dice abusiva puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos “en todo caso”, pasándose

Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006; PARDO GATO, J. R.: *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)*, Madrid, Dijusa, 2004.

a valorar su abusividad con base en la referida cláusula general solo de manera subsidiaria⁵¹.

Resulta oportuno destacar, como hace la jurisprudencia comunitaria, aquí aplicable, que: “La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato”. Es claro que las prácticas consideradas abusivas en estas líneas carecen de una importancia económica significativa, sin que ello obste para los receptores perjudicados no sean merecedores de la protección legal que puede otorgar el ordenamiento jurídico⁵².

En definitiva, la doctrina recomienda que para averiguar cuando una cláusula o condición es abusiva (o “una práctica no consentida expresamente”, añadimos nosotros, siguiendo el texto del art. 82.I CLU), por lo general, lo más procedente y acertado será “examinar no solo esa condición, sino el contrato en su conjunto, que es precisamente lo que nos dará la idea de si se ha respetado o no ese equilibrio necesario”⁵³.

3. El artículo 4.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: prácticas desleales contrarias a la buena fe.

Efectivamente, este instrumento normativo contenido en el párrafo I del art. 4.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), resulta esencial en la apreciación del comportamiento de las empresas, con evidentes y claras consecuencias en relación con los consumidores y usuarios (clientes y destinatarios finales de la actividad de aquellas) establece el siguiente principio general de carácter esencial: “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”⁵⁴.

Pero la riqueza del precepto citado en el epígrafe no termina aquí puesto que su texto continua con expresiones que permiten incluir determinadas prácticas como las que se censuran en el presente análisis acerca de los emails “no-reply”.

51 STS 24 enero 2016, FD 3º (ROJ: STS 28/2016), añadiendo, respecto de las cláusulas no negociadas individualmente, que: “pueden suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que sea contraria a las exigencias de la buena fe”.

52 STJUE, Sala Primera, 16 enero 2014, C-226/12, sobre la determinación del “desequilibrio importante” con base a la lesión de los derechos del consumidor (ECLI:EU:C:2014:1).

53 DÍAZ ALABART, S.: “Artículo 10.1.c)” cit., p. 253.

54 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Artículo 4. Cláusula general”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley de competencia desleal* (dir. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Colección Grandes Tratados, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 93-113.

Prosigue así su párrafo II: “En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”⁵⁵.

Objetivamente, no puede calificarse de “prácticas honestas del mercado”, ni pueden considerarse acordes con “las exigencias de la buena fe” las conductas que impiden al consumidor responder a los correos electrónicos del empresario de los que se derivan consecuencias jurídicas, puesto que, es más que evidente que tales práctica pueden “distorsionar el comportamiento económico del consumidor”⁵⁶.

Por otra parte, la práctica del envío de emails “no-reply” en determinados casos podría encajar, también, dentro de alguna de las denominadas “prácticas agresivas” del art. 8.I LCD que considera desleal “todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa” afectando a “la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio” y a su comportamiento económico⁵⁷.

Asimismo, entendemos, que estas prácticas podrían encuadrarse, en concreto, en uno de los supuestos previstos por esta Ley 3/1991, de 10 de enero, respecto de la “influencia indebida” ejercida sobre el consumidor cuando el empresario o profesional impone obstáculos para evitar que la otra parte ejercite derechos legales o contractuales, incluyendo poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio⁵⁸.

El art. 19.I LCD determina que las prácticas anteriores (de sus arts. 4 y 8)⁵⁹ “tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores

55 ACEDO PENCO, Á.: *Derecho de consumo. Análisis jurídico-privado de la Ley general para la defensa de los consumidores de 2007*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 132.

56 Y añade el art. 4.I.III LCD, aquí oportunamente aplicable: “A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: d) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios”.

57 ARROYO APARICIO, A.: “Artículo 8. Prácticas agresivas”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley de competencia desleal* (dir. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Colección Grandes Tratados, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 197-221.

58 Art. 8.2.d) LCD: Para determinar si una conducta hace uso de la influencia indebida se tendrá en cuenta, entre otros, “cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador”.

59 El art. 32.I LCD establece un amplio catálogo de seis acciones contra los actos de competencia desleal, entre ellas las dos indicadas en el texto que serían las más acordes contra la práctica del “no-reply” que, tal

y usuarios", y además de las acciones compatibles con el TRLCU, contra ellas podrá ejercitarse la "acción declarativa de deslealtad" y la de "cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica"⁶⁰.

Este mecanismo, junto a los demás que se desprenden del texto de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal no dejan de ser, infelizmente, papel mojado, pues somos conscientes de que, en el momento presente, y dada la "normalización" tan masiva, extensa y universal del uso –abusivo– de los emails "no-reply" incluso cuando tienen efectos jurídicos (dificultando por ejemplo apartarse o poner fin al contrato como prevé la norma expuesta), las posibilidades del ejercicio –no tanto, quizá, de su éxito– de esta acción nos parece, simplemente, quiméricas, por muy sólidos que sean los fundamentos jurídicos –que lo son– que aquí sostenemos con firmeza.

4. El artículo 10.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: ausencia de comunicación esencial preceptiva.

El precepto que intitula este epígrafe determina que el profesional o empresario que utilice servicios de la sociedad de información (páginas web y correos electrónicos) está "obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita" la información prolija que detalla en los siete apartados del propio art. 10.1 LSSI.

Sobre todos ellos destaca, dentro del apartado a), una obligación del empresario o profesional de difusión de una información esencial a nuestros efectos: "su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva"⁶¹.

como prevé el art. 33.1 y 3 LCD pueden ser ejercitadas por los consumidores y también por las asociaciones de consumidores y usuarios.

60 MARIMÓN DURÁ, R.: "Prácticas comerciales desleales con los consumidores", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad* (coord. por J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1645-1808; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: "Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores", en AA.VV.: *Comentarios a la ley de competencia desleal* (dir. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Colección Grandes Tratados, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 517-544.

61 RAMOS SUÁREZ, Á.: "El envío de publicidad a través de medios electrónicos y a través de correo físico", en *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 33, 2008, y también en *Revista de Derecho Vlex*, disponible en <https://app.vlex.com/vid/467206> (consulta 11-07-2024), quien pone de manifiesto que la contradicción entre la LSSI que no tiene en cuenta ni las fuentes de acceso público ni el tipo de destinatario (al no diferenciar entre datos de carácter personal o datos corporativos) y la LOPD que permite el envío de promociones publicitarias a personas físicas cuyos datos aparezcan en las fuentes de acceso público, lo que ratifica la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de la Audiencia Nacional, de 3 de octubre de 2007 (ECLI:ES:AN:2007:4104).

La importancia radica, en nuestra opinión, en que no solo se ha de ofrecer al usuario una dirección de correo electrónico, lo que resulta insoslayable a tenor de la letra de la norma, sino que, además, del e-mail se ha de permitir establecer una comunicación directa y efectiva por parte del usuario con la empresa o profesional.

Ello supone que no basta con suministrar una dirección de e-mail, sino que esta ha de ser susceptible de recibir comunicaciones directas por el empresario enviadas por el usuario del sitio web o del correo electrónico. No parece compatible la dicción del art. 10.1.a) LSSI con el envío de un e-mail “no-reply” al que no se puede responder puesto que ello infringe el tenor claro repetido que impone que se “permita establecer con él –empresario, esto es, el prestador de servicios de la sociedad de la información– una comunicación directa y efectiva”.

No terminan aquí las transgresiones a esta Ley, puesto que el art. 21.2 LSSI, tras prohibir el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas o autorizadas por el receptor realizadas a través de correo electrónico (spam), ordena que siempre deberá ofrecerse la posibilidad de oponerse al tratamiento de datos de manera sencilla “en cada una de las comunicaciones comerciales –emails– que le dirija”.

Queda más clara aún la obligación, sistemáticamente incumplida, al concluir la norma ordenando que “cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”⁶².

El incumplimiento de los anteriores mandatos se tipifica como infracción grave cuando envían correos electrónicos, de manera masiva o sistemática, sin respetar los requisitos arriba indicados, así como no cumplir los procedimientos para revocar el consentimiento prestado por los destinatarios y, especialmente, “el incumplimiento habitual de la obligación de confirmar la recepción de una aceptación”, cuando “el contrato se haya celebrado con un consumidor”⁶³.

No parece que pueda considerarse válido, desde ningún punto de vista, a efectos de la legalidad acorde con esta Ley, un correo electrónico que no admita que se le responda en ningún sentido, máxime cuando incumple la obligación de que se incluya una dirección de e-mail eficaz que permita el ejercicio del derecho en materia de protección de datos, por lo general, el de oposición y cancelación (es decir, darse de baja) y tampoco, claro, el de poder apartarse o desistir del contrato,

62 La redacción actual del art. 21.2 LSSI fue otorgada mediante la disposición final segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

63 Art. 38.3 LSSI que tipifica las infracciones graves citadas en sus letras c), d) y f).

o manifestar algún reparo sobre su defectuoso cumplimiento o incumplimiento total por el empresario o profesional que le remite el correo electrónico.

5. El artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación: cláusulas predisuestas que no se incorporan al contrato.

Como es sabido, son condiciones generales de la contratación “las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”, según las define el art. 1 de esta norma⁶⁴.

Sin embargo, no formarán parte del contrato: “cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”, como ordena taxativamente su art. 5.1.II.

Y más certeramente, el art. 8.2 LCGC determina que: “en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas” en la legislación general para la defensa de los consumidores y usuarios”.

Habida cuenta de lo expuesto más arriba sobre las cláusulas abusivas que, según el art. 82.1 TRLCU incluyen todas aquellas “prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, nada obsta a calificar de abusivas y nulas las condiciones generales que consistan en la realización sistemática, en todos sus contratos (incluso no escritos) que incluyan las prácticas denunciadas de enviar correos que no permiten contestación.

Como se ve, la protección específica prevista para los consumidores se aplica a las “cláusulas no negociadas individualmente” (arts. 80 y 82 TRLCU). Añade el

64 Véanse, por su carácter esencial, entre otros: AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, (dir. por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. Díez-PICAZO, coord. por J. ALFARO ÁGUILA-REAL), Madrid, Civitas, 2002; AA.VV.: *Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, (dir. por U. NIETO CAROL), Valladolid, Lex Nova, 2000; AA.VV.: *Comentarios a la Ley de condiciones generales de contratación* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2000; AA.VV.: *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de Abril* (coord. por S. ESPIAU ESPIAU), Marcial Pons, Madrid, 1999; MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Federico de Castro y las condiciones generales de los contratos”, en *Glosas sobre Federico de Castro* (dir. por L. Díez-PICAZO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015 pp. 279-305; MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Artículo 8. Nulidad”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, (dir. por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. Díez-PICAZO, coord. por J. ALFARO ÁGUILA-REAL), Madrid, Civitas, 2002, pp. 428-482; también de MIGUEL y en la misma obra colectiva: “Disposición adicional 1.ª, 2 (art. 10.1.c) LCU”, pp. 875-892 y “Disposición adicional 1.ª, 3 (art. 10 bis. 1, apdos. 1.º y 4.º)”, pp. 893-964; PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de la Contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

art. 80.2 TRLGCU que “el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. El art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente “cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión”.

La jurisprudencia ha sentado doctrina sobre lo anterior fijando que: a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Y finalmente, c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios⁶⁵.

Sin embargo, ha de precisarse, que no gozan de tan alta protección quienes no sean consumidores pues, “en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, 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 art. 1255 CC , y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC”⁶⁶.

6. Los artículos 7, 1256 y 1258 del Código civil: prácticas contrarias a la buena fe.

Las prácticas de los emails “no-reply” objeto de estas líneas impiden abiertamente que se cumpla el principio establecido en el primero de los preceptos citados: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. Todo ello, claro está, en detrimento de la parte débil de la relación

65 STS, Pleno, 12 noviembre 2020, FD 6º (ROJ: STS 3629/2020).

66 STS 30 abril 2015, FD 5º (ROJ: STS 1923/2015), que añade: “En sentencias como las núm. 149/2014, de 10 de marzo , 166/2014, de 7 de abril , y 246/2014, de 28 de mayo , esta Sala ha considerado que un contrato, aun integrado por condiciones generales, en el que el adherente no ostenta la condición de consumidor, queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, y se debe aplicar el régimen general del contrato por negociación”.

jurídica, los consumidores y usuarios que son los receptores de los correos que no pueden contestar.

Las exigencias de ejercitar los derechos conforme a la buena fe, y su consecuencia natural del desamparo jurídico del abuso del derecho, se incardinan entre los principios generales del Derecho que se constituyen en el art. 7 CC sirviendo aquí para exigir unas reglas de conducta dignas de respeto como las que están socialmente aceptadas⁶⁷.

En materia contractual, aunque el art. 1256 CC, ya aludido más arriba, no menciona expresamente las palabras “buena fe”, el racional axioma que contiene es el resultado directo de su exigencia⁶⁸. El art. 1258 CC, como es sabido, obliga a los contratantes a “las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”, aunque no se incluyan expresamente en el texto del contrato.

Nuevamente la buena fe se convierte en una exigencia a la partes que impide considerar acorde con ella la conducta empresarial o profesional de dificultar, y en ocasiones, impedir al consumidor o usuario, contratante en definitiva, responder de manera sencilla y directa al primero que fue quien previamente le remitió un correo electrónico abordando algún aspecto del contrato. La ausencia de buena fe tiñe a esta práctica de abusiva⁶⁹.

VIII. MEDIOS PROCESALES DE DEFENSA.

En los casos en que se produce un abuso de esta modalidad de correos sin posibilidad de respuesta, los instrumentos legales sustantivos descritos permiten al consumidor actuar contra tales prácticas, esencialmente, en vía civil, a través de los medios procesales de defensa, haciendo uso de sus derechos, incluyendo las acciones de cesación de ciertas conductas y de resarcimiento en caso de probar los daños y perjuicios padecidos

Fuera ya del Derecho privado, aunque sin posibilidad de resarcimiento del perjudicado, tal vez cabría acudir a la vía administrativo-sancionadora por introducir en los contratos “cláusulas abusivas” o “prácticas comerciales desleales”, al amparo

67 Art. 7 CC: “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

68 ACEDO PENCO, Á.: *Compendio de derecho de contratos*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2024, p. 55.

69 AVILES GARCÍA, J.: “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del Derecho de la contratación en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 74, núm. 648, 1998, pp. 1533-1586. Sobre tan esencial concepto, puede verse la clásica obra de WIEACKER, F., CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. y DIEZ-PICAZO, L.: *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982.

del art. 47.I.j) y m) TRLCU, que las incluyen literalmente en esos términos como conductas sancionables, entre las “Infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios”⁷⁰.

aunque pueden caer en los tipos previstos, y además, sin que ello afecte a la situación individual del denunciante.

I. La relativa efectividad de las acciones de defensa individual del consumidor.

La tutela individual de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios no gozan de un procedimiento especial en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), tal como advierte su propia Exposición de Motivos⁷¹, sino que, en numerosas ocasiones se contienen determinadas peculiaridades procesales concretas (privilegios, en realidad), en atención a la condición jurídica de consumidores o usuarios⁷².

Sin embargo, pese a tales beneficios, infelizmente, y esta es una de las más comunes y lamentables enfermedades del Derecho, a veces, los mecanismos de contención y los efectos diseñados legalmente para retribuir los incumplimientos –sobre todo cuando su importancia económica es reducida– no siempre resultan efectivos en la práctica, sino que, en demasiadas ocasiones, más en el entorno

70 Art. 47.I TRLCU: “Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios las siguientes... j) La introducción o existencia de cláusulas abusivas en los contratos...” y “m) El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios”.

71 “Esta realidad, mencionada mediante la referencia a los consumidores y usuarios, recibe en esta Ley una respuesta tributaria e instrumental de lo que disponen y puedan disponer en el futuro las normas sustantivas acerca del punto, controvertido y difícil, de la concreta tutela que, a través de las aludidas entidades, se quiera otorgar a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades. Como cauce para esa tutela, no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos” (EM, VII, 5º párrafo LEC).

72 Las especialidades procesales respecto del consumidor cuando actúa individualmente se contienen en los siguientes preceptos de la LEC: Art. 6.1.7ª sobre la capacidad para ser parte de los grupos de consumidores. Art. 11, sobre la legitimación individual de los consumidores y usuarios perjudicados para la defensa de sus derechos e intereses en juicio. Art. 13. Intervención de sujetos (consumidores o usuarios) originariamente no demandantes ni demandados. Art. 52.3: Competencia territorial en los litigios derivados del ejercicio de acciones individuales de consumidores o usuarios será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente. Art. 54.2: “No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios”. Art. 63.1: declinatoria en los “supuestos en que exista un pacto previo entre un consumidor y un empresario de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo y el consumidor sea el demandante”. Art. 152.2.b): Forma de los actos de comunicación en los contratos de adhesión en los que intervengan consumidores y usuarios. Art. 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados. Extensión de efectos de sentencias dictadas en procedimientos en los que se hayan ejercitado acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación. Art. 551.2.5º: auto de títulos ejecutivos extrajudiciales contra consumidores por contratos cuyas cláusulas no serán abusivas. Art. 552.4 sobre el control de oficio y la denegación del despacho de la ejecución por existencia de cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Art. 721.3 sobre la “suspensión del proceso en que se ejercita la acción individual de un consumidor dirigida a obtener que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual”. Art. 815.3 sobre cláusulas abusivas en el procedimiento monitorio apreciadas en el contrato celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario. Los tres últimos preceptos han sido añadidos por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

del Derecho de consumo, la previsiones normativas, y desde luego, los principios generales, suelen quedar en papel mojado que no cumplen los objetivos previstos, pues se elude la interposición de las acciones legales en vía judicial, ya por su elevado coste —económico, temporal y anímico— en la mayoría de los casos, ya por su incierto éxito.

Esta pasividad del consumidor o usuario se justifica en la molestia y complicación, que supone actuar judicialmente ante ciertos incumplimientos, ya sea contractuales o normativos contra una empresa a la que se supone mucho más potente en medios, en especial, cuando, como se ha avanzado, la cuantía es escasa, a veces simbólica, o no hay cuantía económica, lo que ocurre en la inmensa mayoría de los casos en los que se navega e interactúa por internet, contratando o no, pequeños servicios, y, entre otros casos, se reciben estos correos denunciados que no se pueden responder.

No obstante, cuando son significativos los daños, sobre todo económicos, que produce al consumidor una práctica abusiva, entonces sí que existirá mayor predisposición para ejercitar las acciones civiles (y las específicas de consumo) ante los tribunales de justicia ordinarios y, en los demás casos, ante el sistema arbitral de consumo (cuando la empresa o profesional acepta, previa o posteriormente, someterse al mismo).

Ahora bien, como se expuso más arriba, ante la utilización de estas abusivas prácticas comerciales en vía electrónica que se asimilan a las cláusulas de igual nombre, puede el usuario, contratante en general, esgrimir por vía de acción o excepción, según los casos, otros efectos que pueden ser determinantes en una controversia⁷³.

Ello porque la consideración de nula que legalmente se otorga a las cláusulas y prácticas abusivas, determinará que se pueda tener por no realizada tal conducta empresarial o profesional infractora, con los consiguientes efectos jurídicos en una relación contractual viciada por ella⁷⁴, como podrían ser, entre otros muchos: darse por notificado o no de un hecho, tener por desistido, apartado o resuelto un contrato, privar de las consecuencias de una prórroga automática del contrato notificada mediante esta práctica abusiva, aplicación o no de la prescripción, caducidad, etc.

73 PLATERO ALCÓN, A.: “La protección de los consumidores en la contratación electrónica”, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 31, 2014, pp. 173 y 174.

74 Así lo indica el art. 83.I TRLCU: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. Pero también lo son: “todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (art. 82.I TRLCU).

No ha de olvidarse que también se puede acudir, y así se hace a veces sobre todo para pequeñas cuantías, a los cauces del Sistema Arbitral de Consumo que, como indica el art. 57 TRCLU es un mecanismo “el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito”.

No obstante, como es sabido, se trata de un sistema voluntario para consumidor y empresario, quedando vinculado este tan solo en los casos en que haya suscrito antes un convenio para tal fin o cuando acepte someterse al arbitraje una vez conocida la reclamación por esta vía del consumidor, siendo uno de los factores que aconsejan una profunda reforma del sistema⁷⁵, habiéndose aportado interesantes propuestas que podrían revitalizar la eficacia, siempre dudosa, por residual, del arbitraje de consumo⁷⁶.

Por ello, a veces, el consumidor descontento acude, como mucho, a formalizar una denuncia administrativa que no suele ir mucho más allá de la mera presentación de la tradicional “hoja de reclamaciones”, o un trámite de queja similar poco efectivo.

2. La potencial eficacia de las entidades –públicas y privadas– de consumo.

Sin embargo, las asociaciones de consumidores y usuarios (que se pueden agrupar en federaciones y confederaciones), y las cooperativas de consumidores (mucho menos frecuentes) han sido configuradas para, entre otras funciones, la defensa de los intereses generales y también los difusos de los consumidores y usuarios, precisamente en aquellos casos en los que resulta especialmente gravoso para el consumidor individual, por lo que el legislador les ha encomendado, entre sus principales funciones, y legitimado para ello, el ejercicio e interposición de acciones de protección del consumidor⁷⁷.

A tal fin, a las asociaciones de consumidores y usuarios el Estado les ha concedido una amplia y exclusiva legitimación pues “son las únicas –asociaciones– legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales

75 COLOMER HERNÁNDEZ, I.M.: “Hacia un arbitraje obligatorio de consumo: límites y posibilidades”, en AA.VV.: *Proceso y consumo* (dir. por M. CACHÓN CADENAS y V. PÉREZ DAUDÍ) Atelier, Barcelona, 2022, pp. 43-74.

76 MARCOS FRANCISCO, D.: “Sistema Arbitral de Consumo: algunas propuestas «inteligentes» de lege ferenda”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2024, pp. 114-150.

77 El art. 37 c) TRLCU, determina que las asociaciones de consumidores y usuarios tendrán, entre otros, el derecho a “Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios”.

de los consumidores y usuarios”, según dispone el art. 24.I TRLCU. También ostentan “la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos”, cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación⁷⁸, incluyendo el ejercicio de las acciones de cesación⁷⁹.

Además de legitimarlas, en su art. 11 LEC, “para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios, la propia Ley procesal establece numerosas especialidades a lo largo de su articulado que suponen significativas ventajas exclusivas para ellas en especial en el ejercicio de las acciones colectivas de defensa de los consumidores⁸⁰”.

Frente a las conductas contrarias en materia de cláusulas abusivas”, que es justo el principal incumplimiento normativo que hemos puesto de manifiesto más arriba, por el uso ilícito del correo “no-reply”, incardinado en el art. 82.I TRLCU, la legitimación activa para la defensa y protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios la extiende más el art. 54 TRLCU, para el ejercicio de las acciones de cesación, además de a las asociaciones ya indicadas, a una nutrida serie de organismos públicos como el Instituto Nacional del Consumo, los órganos de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, el ministerio fiscal y las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

78 El art. 14 LEC se dedica íntegramente, con cierta extensión, a la: “Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, reconociendo, con enorme amplitud, la legitimación procesal a estas asociaciones. Igual legitimación “para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios” se otorgó, al Ministerio Fiscal, si bien, en la práctica, hasta ahora, no parece que venga haciendo un excesivo uso de esta facultad procesal.

79 También podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: “Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios” (art. 6.1.8° LEC).

80 Las singularidades procesales sobre protección de los intereses generales y difusos de los consumidores, de las asociaciones de consumidores, así como sobre el ejercicio de las acciones colectivas, se ubican en estos lugares de la LEC: Art. 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. Art. 52.1.16°: Competencia territorial en los procesos en los que se ejerce la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios. Art. 76.2.1°: acumulación de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios. Art. 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios. Art. 249.1.5°: Ámbito del juicio ordinario en las demandas en que se ejerciten acciones colectivas relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia. Art. 250.1.12°. Ámbito del juicio verbal para las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Art. 256.1.6°: diligencias preliminares en “un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables”. Art. 711.2 sobre las multas coercitivas que se consignarán en “la sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”. Art. 728.3 sobre dispensa de caución en la “acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”.

Algo más efectivo puede resultar, tal vez, el Derecho administrativo sancionador, dado que las normas han tipificado como faltas administrativas algunas de aquellas prácticas ilícitas como las “abusivas” aquí denunciadas, cuyo régimen jurídico viene establecido en los arts. 46 a 52 TRLCU, si bien sería precisa una reforma legislativa para precisar más el tipo sancionable de modo que no queden dudas de la infracción concreta⁸¹.

Sin embargo, salvo casos de especial agravio, pocas veces el particular, consumidor individual, suele emprender acciones administrativas de denuncia, siendo más bien una tarea propia de las organizaciones de consumidores y usuarios, y también, de las demás entidades públicas indicadas con competencias en materia de defensa del consumidor. No obstante, la pasividad de todas ellas parece más que evidente.

IX. SUCINTAS CONCLUSIONES: DECÁLOGO CRÍTICO.

1ª) Es un hecho tal vez poco conocido que en la actualidad, pese a las nuevas formas de comunicación electrónica derivada de las redes social, mensajería instantánea y plataformas digitales, el uso masivo del correo electrónico por parte de empresas y profesionales en sus comunicaciones con los consumidores y usuarios que contratan, o pretenden contratar, sigue siendo un fenómeno que va en progresivo crecimiento, convirtiéndose muchas veces en el primer y principal medio de comunicación escrita entre contratantes, con evidentes consecuencias jurídicas.

2ª) Es masiva, impuesta unilateralmente y habitual en todo el planeta, la utilización por parte de las empresas, entidades públicas y privadas, y profesionales en sentido amplio—incluyendo muy especialmente a las grandes compañías de todos los sectores y a los gigantes de internet— de correos electrónicos, dirigidos a los consumidores y usuarios (contratantes actuales o potenciales), para comunicar algún aspecto del contrato suscrito, o del que pretenden suscribir, que bloquean la respuesta directa del remitente, al estar diseñados técnicamente para imposibilitar tal acción: son los correos que vienen identificados como “no-reply”, o más raramente, “no contestar”, o “no responder”.

3ª) No sería justo obviar que la ausencia de toda referencia doctrinal o jurisprudencial a la concreta cuestión planteada nos causó, inicialmente, cierta inquietud y desasosiego, próxima al pavor del síndrome del “folio en blanco” propio de todo aquel que se enfrenta a territorio tan inexplorado. Sin embargo, tal

81 Sobre esta cuestión, en vía administrativa, véase ampliamente: BONACHERA VILLEGAS, R.: “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, núm. 46, 2018.

vez con la “valentía” que otorga la ingenuidad, al tratar de desmenuzar un asunto tan amplia y universalmente extendido en todos los sectores de la comunicación por email, nos percatamos de que podrían encontrarse algunos mimbres jurídicos con los que abordar la aproximación a tan anómala materia.

4ª) El uso de estos correos electrónicos, de imposible respuesta directa, aun siendo muchas veces incómodo para el receptor por la limitación que contienen, no ha de suponer que siempre, necesariamente, se trate de una práctica comercial ilícita, abusiva o un comportamiento empresarial contrario al ordenamiento jurídico. No siendo, desde luego, el mejor ejemplo de buenas prácticas empresariales o profesionales en la comunicación con sus clientes – consumidores y usuarios– pudiera quedar justificada en determinados casos, en particular, en aquellos donde la posible respuesta directa del receptor resulte innecesaria. Más claramente, no todo correo electrónico (sea o no spam) que no sea posible contestar directamente ha de ser contrario a la ley.

5ª) Sin embargo, en otros casos, el envío de emails “no-reply”, puede convertirse en una práctica –empresarial o profesional– abusiva, con fundamento en lo dispuesto en el art. 82.I TRLCU que incluye dentro de estas (cláusulas abusivas), también, a: “todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Esta necesidad de ejercicio de los derechos conforme a la buena fe se convierte en el principal enemigo de estas prácticas que se imponen al usuario (tal vez contratante) receptor del correo.

6ª) Así, en nuestra opinión, el hecho objetivo de limitar al consumidor las posibilidades de responder, de manera directa, al empresario, entidad o profesional que le remite un correo electrónico, puede calificarse como un acto contrario a la buena fe que, además, desequilibra de manera importante en perjuicio del primero los derechos y obligaciones entre ambos: el empresario puede libremente escribir al consumidor sobre cualquier aspecto del contrato, pero este no le puede responder con idénticas armas, herramientas o mecanismos técnicos. A vueltas con la exigencia de la buena fe, a mayor abundamiento, la reitera el art. 4.I LCD que “reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. En concordancia, resulta igualmente oportuno el encaje de los arts. 7.I, I256 –este indirectamente– y I258 CC.

7ª) Con mayor claridad aun, la práctica empresarial o profesional de estos correos electrónicos ha de considerarse abiertamente ilícita por abusiva siempre en aquellos casos en los que el emisor (empresa), además de bloquear la respuesta directa por medios técnicos, no pone a disposición del receptor (usuario) ningún otro medio alternativo, sencillo y accesible al que poder responder dentro del

cuerpo del propio correo electrónico remitido (como un enlace útil que lleve a un formulario de la empresa u otra dirección válida de e-mail), resultando que, en tales supuestos, además, se incumple por la empresa o entidad (llamado proveedor de servicios de la sociedad de información) las obligaciones que le son impuestas por los arts. 10.1 y 21.1 LSSI.

8ª) En particular, en todos los casos en los que la comunicación afecte al contenido del contrato y a sus elementos esenciales –como su renovación/duración, precio, o cambio de las condiciones, y consistan, por ejemplo, en: remitir al consumidor una aplicación informática de la empresa –con su identificación y claves, que no siempre estarán a su disposición como sí el email recibido–; constreñir al formulario reenviado a través de un enlace con limitaciones significativas de la posible respuesta; o especialmente, derivar, sin otro medio posible, a una comunicación telefónica con los teleoperadores profesionales de la compañía para cualquier aspecto del correo recibido, implicarán, abiertamente, y en todos los casos, conductas o prácticas abusivas e ilícitas.

9ª) Sería deseable modificar el art. 21 LSSI, o ubicar la siguiente propuesta en otro precepto, extendiendo a todas las comunicaciones por correo electrónico, sin excepción, entre un empresario, profesional o entidad y un consumidor o usuario, la obligación legal ya prevista para los citados remitentes en el párrafo III del apartado 2 de dicho precepto cuyo tenor actual ordena que: “cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho [de oposición], quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Es decir, se propone que la obligación legal del art. 21.2.III no quede restringida a los correos comerciales, promocionales o publicitarios y a los solos efectos de poder oponerse al tratamiento de datos del receptor, sino ampliarla a todos aquellos emails que todo empresario dirija a un consumidor, pues si utiliza la habitual práctica del “no reply” y no aporta otra dirección, el receptor no goza de la misma oportunidad que él de responder, salvo para oponerse al tratamiento de sus datos. Siendo importante esa dirección legal de correo para oponerse al tratamiento de sus datos y clave este derecho fundamental, parece lógico que el consumidor o usuario-receptor del correo tenga mayor interés aun en que se le facilite, por ley, alguna dirección de correo electrónico válida a la que poder responder al empresario sobre las demás cuestiones de fondo, económicas o materiales, que con toda seguridad tendrán la máxima prioridad para el destinatario.

10ª) Existen en el ordenamiento jurídico español y comunitario, como se ha expuesto, mecanismos, de carácter material y adjetivo o procesal, que permiten

tratar de limitar o reprimir estas prácticas comerciales de comunicación por parte de empresas y entidades, tanto privadas como públicas, sobre todo cuando exista un contrato o los actos preparatorios de este. La valoración de las trabas que la empresa, entidad o profesional emisor del email “no-reply”, así como su intensidad, imponga al usuario receptor serán determinantes a la hora de valorar si dicha práctica puede considerarse abusiva, el grado de su gravedad y las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de esta práctica.

No obstante, lo cierto es que el consumidor o usuario individual pocas veces –ninguna de hecho– acudirá a tales mecanismos respecto de esta cuestión concreta, por su alto coste y más que dudosa eficacia, aunque sí es recomendable tenerlas en cuenta en vía de oposición dada su posible nulidad.

Por el contrario, las organizaciones de consumidores y usuarios, tanto asociaciones privadas como entes públicos legitimados con competencia en esta materia, incluyendo a la Administración pública, sí que gozan de mecanismos, medios y poder –aunque tal vez ausencia de voluntad– para actuar de manera eficaz en los términos que aquí se han defendido, no solo en vía jurisdiccional –poco probable en estos momentos, por la novedad del tema expuesto–, como, mucho mejor, por la vía de la sensibilización social, la información y la educación de los consumidores, así como alertando, invitando e incentivando (no solo sancionando, lo que, además, exigiría una nueva y más concreta tipificación de esta infracción administrativa que incluya el supuesto de hecho del envío de emails no reply) a las empresas y entidades a evitar el desequilibrio en las obligaciones que se derivan en perjuicio de aquellos, y finalmente, promoviendo medidas legislativas y códigos de conducta, que regulen, limiten y/o supriman en los casos más graves al menos, estas prácticas denunciadas cuando se puedan considerar abusivas siguiendo la letra, pero también el espíritu, de las leyes vigentes de protección de los consumidores y usuarios y del resto del ordenamiento jurídico aplicable, sin descartar propuestas de “*lege ferenda*” que se ocupen del problema que hemos tratado de analizar.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Á.: *Compendio de derecho de contratos*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2024.

ACEDO PENCO, Á.: “El escándalo de la exigencia de cita previa para acceder a los registros públicos: abusivo ataque a la seguridad jurídica y al derecho de defensa. La sinrazón de su actual vigencia”, en *Diario La Ley*, Estudios doctrinales, Wolters Kluwer, núm. 9909, de 9 de septiembre de 2021.

ACEDO PENCO, Á.: *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, 3ª edición revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 2019.

ACEDO PENCO, Á.: *Derecho de consumo. Análisis jurídico-privado de la Ley general para la defensa de los consumidores de 2007*, Dykinson, Madrid, 2012.

ALCÓN YUSTAS, M. F.: *El pensamiento político y jurídico de Adam Smith: la idea de orden en el ámbito humano*, Universidad Pontificia Comillas, 1994. Disponible en <https://www.gestiopolis.com/en-que-consiste-la-division-del-trabajo-propuesta-por-adam-smith> (Consulta: 20-06-2024).

ARBÁS MARTÍN, C.: “Primer semestre de resoluciones del año 2023: El fin de las llamadas spam y 17 millones de diferencia respecto a 2021 y 2022”, en *La Ley privacidad*, Núm. 16 (abril-junio), 2023.

AREITIO BERTOLÍN, J.: “Identificación de riesgos en el correo electrónico: spam y phishing/scam”, *Eurofach electrónica: Actualidad y tecnología de la industria electrónica*, editora Goodman Business Press, núm. 394, 2010, pp. 42-47.

ARPIO SANTACRUZ, J. L.: “Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley de competencia desleal* (dir. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Colección Grandes Tratados, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 517-544.

ARROYO APARICIO, A.: “Artículo 8. Prácticas agresivas”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley de competencia desleal* (dir. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Colección Grandes Tratados, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 197-221.

AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, (dir. por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. Díez-PICAZO, coord. por J. ALFARO ÁGUILA-REAL), Madrid, Civitas, 2002.

AA.VV.: *Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, (dir. por U. NIETO CAROL), Valladolid, Lex Nova, 2000.

AA.VV.: *Comentarios a la Ley de condiciones generales de contratación* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

AA.VV.: *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de Abril* (coord. por S. ESPIAU ESPIAU), Marcial Pons, Madrid, 1999.

AA.VV.: *Comentarios a la Ley General sobre la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS HERNÁNDEZ), Civitas, Madrid, 1992.

AVILÉS GARCÍA, J.: "Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del Derecho de la contratación en España", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 74, núm. 648, 1998, pp. 1533-1586.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Artículo 4. Cláusula general", en AA.VV.: *Comentarios a la ley de competencia desleal* (dir. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Colección Grandes Tratados, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 93-113.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987.

DINIS, M. y ALMEIDA, S.: "Las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico (spam) y la prueba (electrónica) del 'opting out': breve estudio comparativo de los regímenes portugués y español", en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático* (segunda época), núm. 2, 2017, pp. 67-78.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales 'gratuitos')?", en AA.VV.: *Estudios de derecho contractual europeo* (dir. por F. GÓMEZ POMAR y I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 331-405.

CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2006.

CÁMARA LAPUENTE, S., MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Artículos 80 a 91: condiciones generales y cláusulas abusivas", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, pp. 696-954.

DÍAZ ALABART, S.: "Artículo 10.1.c)", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General sobre la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y J. SALAS HERNÁNDEZ), Civitas, Madrid, 1992, pp. 246-312.

EMPARANZA SOBEJANO, A.: "Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de prácticas agresivas por acoso", partes I y II, *Autocontrol*, año 2013, núm. 180, pp. 12-15 y núm. 181, pp. 10-15 y el mismo trabajo también en, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 31, 2010-2011, pp. 153-175.

FERNÁNDEZ, R.: *Número de correos electrónicos al día en todo el mundo 2017-2026*, entrada de 6 diciembre 2023, en: <https://es.statista.com/estadisticas/637674/numero-de-correos-electronicos-al-dia-en-todo-el-mundo--2019//> (consulta: 5-07-2024).

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Capítulo II. Cláusulas abusivas", en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementaria (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1103-1348.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: "La lucha contra el ciberblanqueo como vía para acabar con el phishing", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. Extra (diciembre), 9-10, 2014, pp. 261-293.

GUILLÉN CATALÁN, R.: *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*, Aranzadi, Navarra, 2005.

KUMAR C.: *9 herramientas asombrosas para encontrar la dirección de correo electrónico de cualquier persona al instante*, última actualización 14 de mayo de 2024, disponible en <https://geekflare.com/es/best-email-finder-tools/> (consulta: 5-07-2024).).

LEYSSER, L. H.: "Spamming y responsabilidad civil. Compensación pecuniaria y protección resarcitoria ordinaria en el régimen jurídico del correo electrónico comercial no solicitado", en THEMIS: *Revista de Derecho*, núm. 50, Lima-Perú, año 2005 (Ejemplar dedicado a la Responsabilidad Civil. Edición de Aniversario), pp. 295-311.

MARIMÓN DURÁ, R.: "Prácticas comerciales desleales con los consumidores", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad* (coord. por J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1645-1808.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Artículo 8. Nulidad", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, (dir. por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DíEZ-PICAZO, coord. por J. ALFARO ÁGUILA-REAL), Madrid, Civitas, 2002, pp. 428-482.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Disposición adicional 1.ª, 2 (art. 10.1.c) LCU" , en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, (dir. por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DíEZ-PICAZO, coord. por J. ALFARO ÁGUILA-REAL), Madrid, Civitas, 2002, pp. 875-892.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: y "Disposición adicional 1.ª, 3 (art. 10 bis. 1, apdos. 1.º y 4.º)" , en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, (dir. por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DíEZ-PICAZO, coord. por J. ALFARO ÁGUILA-REAL), Madrid, Civitas, 2002, pp. 893-964.

MORENO GARCÍA, L.: *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PAGADOR LÓPEZ, J.: "La protección del consumidor en el contrato de seguro", en AA.VV.: *Derecho (privado) de los consumidores* (dir. por L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 367-388.

PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de la Contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PARDO GATO, J.R.: *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)*, Madrid, Dijusa, 2004.

PLATERO ALCÓN, A.: "La protección de los consumidores en la contratación electrónica", en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 31, 2014, pp. 163-176.

PLAZA SOLER J. C.: "Los correos electrónicos comerciales no solicitados un año después de la LSSICE", *Revista de la contratación electrónica*, núm. 45, 2004, pp. 3-37.

RAMOS SERRANO, M. y MUÑIZ VELÁZQUEZ, J. A.: "La eficacia de la publicidad directa e interactiva a través del correo electrónico, Comunicación y desarrollo en la era digital", en *Congreso de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación. 3, 4 y 5 de febrero de 2010*, Universidad de Málaga, 2010.

RAMOS SUÁREZ, Á.: "El envío de publicidad a través de medios electrónicos y a través de correo físico", en *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de*

Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, núm. 33, 2008, y también en *Revista de Derecho Vlex*, disponible en <https://app.vlex.com/vid/467206>.

RIVERO GONZÁLEZ, M. D.: "Régimen jurídico de la publicidad en Internet y las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico", *Revista de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, núm. 250, 2003, pp. 1587-1614.

SANZ DE LAS HERAS, J.: "Abusos en el correo electrónico: el Documento ACE de Red Iris", en *Los retos jurídicos de la información en internet: Las libertades de acceso y difusión*, coord. por L. CORREDOIRA Y ALFONSO, Universidad Complutense, Madrid, 1999.

STIGLITZ, R.S.: "Cláusulas y prácticas abusivas", en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de seguro* (dir. por M.R. QUINTÁNS-EIRAS y L. RAMÍREZ OTERO), Universidad de Pirua, Perú, 2017, pp. 291-316.

SETTEMBRINO, F.: "Los peligros de la informática, donde el riesgo se hace evidente", en *Gerencia de riesgos y seguros*, Estudios Mapfre, año 32, núm. 121, 2015.

TAPIA GUTIÉRREZ, P.: "Informes sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas efectuadas por correo electrónico (estudio comparativo de la 'Unsolicited Commercial Electronic Mail Act' norteamericana de 14 de febrero de 2001 y del anteproyecto español de Ley de Comercio", *Estudios sobre Consumo*, núm. 57, año 2001, pp. 105-118.

TATO PLAZA, A.: "Aspectos jurídicos del spam", en *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, coord. por J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 55-76.

WIEACKER, F., CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. y DÍEZ-PICAZO, L.: *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982.

O EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NOS
CONTRATOS DE CONSUMO EM PORTUGAL: QUESTÕES
INERENTES À SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

*THE EXERCISE OF THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN
CONSUMER CONTRACTS IN PORTUGAL: ISSUES RELATED TO
ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 840-875

Sérgio Manuel
DA COSTA
MACHADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de junio de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: O direito de arrependimento é uma exceção ao princípio “pacta sunt servanda”. Esta exceção ocorre, nomeadamente, na contratação de bens e serviços de consumo, porque, por vezes, o consumidor toma decisões precipitadas, irrefletidas e sem a informação necessária. Desta forma, pode recorrer ao direito de arrependimento para colocar termo ao contrato, sem apresentar qualquer justificação e pagar qualquer compensação. Todavia, na sociedade hodierna, as questões de proteção ao meio ambiente são uma preocupação constante e colocam em causa o exercício do direito de arrependimento por parte dos consumidores.

PALABRAS CLAVE: Contratos de consumo; consumidor; direito de arrependimento; sustentabilidade ambiental.

ABSTRACT: *The right of withdrawal is an exception to the principle of “pacta sunt servanda”. This exception occurs notably in the contracting of goods and services for consumption, because sometimes the consumer makes hasty, thoughtless decisions without the necessary information. In this way, they can resort to the right of withdrawal to terminate the contract without providing any justification or paying any compensation. However, in today’s society, environmental protection issues are a constant concern and challenge the exercise of the right of withdrawal by consumers.*

KEY WORDS: Consumer contracts; consumer; right of withdrawal; environmental sustainability.

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.- III. O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.- IV. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO.- V. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA.- VI. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO E A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL.- VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. INTRODUÇÃO.

O crescimento económico, que ocorreu, sobretudo, após a Segunda Grande Guerra Mundial, implicou uma modificação na dinâmica de funcionamento da sociedade de consumo, levando a novos paradigmas¹. Tornou-se imperioso, então, reforçar e proteger as relações de consumo, surgindo também, a partir dos finais dos anos 60 do século XX, a aprovação de diplomas legais que visavam a proteção dos consumidores².

A nível europeu, a partir da década citada até aos tempos atuais, foram produzidas normas de defesa do consumidor, compreendendo matérias diversas para sua proteção³. Assim, houve a necessidade de regulamentar em matérias relativas à comercialização de alimentos; à indicação de preços; à comercialização de materiais perigosos; à publicidade enganosa; à responsabilidade por produtos defeituosos; às vendas fora de estabelecimento comercial e à distância; às matérias inerentes ao crédito ao consumo; às práticas comerciais desleais; às garantias nas vendas de consumo; entre outras matérias com relevância para a defesa do consumidor⁴.

1 Cfr. PASSINHAS, S.: *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 36-42.

2 Cfr. PIEDELÉVRE, S.: *Droit de La Consommation*, Economica, Paris, 2008, p. 1 e ss.. Sobre a evolução legislativa de proteção ao consumidor na União Europeia, vide ÁLVAREZ MORENO, M. T.: *La Protección Jurídica En La Contratación En General*, Reus, Madrid, 2015, p. 6 e ss., onde a autora traça quatro fases de proteção do consumidor, no seio da União Europeia. São estas: 1) a época dos comerciantes (1957 a 1974); 2) a Europa dos cidadãos (1974 a 1984); 3) o relacionamento da Europa com os cidadãos (1984 a 2001); 4) a que se inicia em 2001, que apelida de “reorganização e consolidação de normas de proteção dos consumidores”, considerando que a mesma se inicia com a Comunicação da Comissão Europeia sobre “Direito Contratual Europeu”, de 11 de julho 2001 [COM (2001) 398 final], assim como o “Livro Verde” sobre a proteção dos consumidores na União Europeia [COM (2001) 531 final], apresentado pela comissão em 02 de outubro de 2001. Vide ainda LEÓN ARCE, A.: “El Consumo Como Realidade Social, Económica Y Jurídica”, in AA.VV.: *Derecho de Los Consumidores y Usuarios – Doctrina, Normativa, Jurisprudencia, Formularios* (coord. por L. M. GARCÍA GARCÍA), Tomo I, 3.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 59 e ss..

3 Vide LIEVA, M.: *La protection des consommateurs et les droits fondamentaux dans l’Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2021, pp. 23-73.

4 Cfr. GATTA SÁNCHEZ, D. F.: “Sistema Normativo, Competencias y Organización Administrativa en Materia de Consumo: Unión Europea, Estado y Comunidad de Castilla y León”, in AA.VV.: *Estudios Sobre Consumo* (coord. por M. I. SÁNCHEZ BARRIOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 134-164; HUALDE MANZO, T.: *Del Consumidor Informado al Consumidor Real – El Futuro del Derecho de Consumo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 11 e ss..

• Sérgio Manuel da Costa Machado

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusfada do Porto – Portugal, Investigador Integrado do CEJEIA (Centro de Estudos Jurídicos Económicos, Internacionais e Ambientais). ORCID ID: 0000-0002-8305-1553. E-mail: sergiomachado@por.ulusiada.pt

Podemos atender que o direito do consumo preocupou-se primeiramente, ao longo das últimas décadas, com a proteção dos consumidores na aquisição de bens, a exemplo, com a aquisição de um frigorífico, um rádio, um televisor; em segundo lugar, com a prestação de serviços, a exemplo, água, energia elétrica, gás e telefone fixo; em terceiro, com a proliferação de informações, ou seja, com a sociedade digital e a expansão da Internet; e, por fim, no presente, enfrenta os problemas da sustentabilidade ambiental⁵.

Assim sendo, o direito do consumo está em constante mutação e tem um forte impacto na economia, na política e na sociedade em geral. Desta forma, existe um desafio persistente, no direito do consumo, em se saber, em cada momento temporal, o seu alcance.

II. O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.

No ordenamento jurídico português existiam algumas normas penais seculares que protegiam os consumidores e puniam práticas comerciais como a venda de substâncias nocivas para a saúde pública, ou o engano sobre a natureza ou a quantidade das coisas⁶. No seguimento de toda a evolução legislativa

5 Cfr. SANTOS, M. B.: *Sociedade de Consumo e Consumidores em Portugal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2023, pp. 67-92.

6 Cfr. ALMEIDA, C. F.: *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 40 e LIZ, J. P.: *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Editorial Notícias, Lisboa, 1999, p. 66. Para uma análise mais detalhada sobre a evolução e a tutela penal do ordenamento jurídico português, vide SOUSA, S. A.: *A Responsabilidade Criminal Pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal – Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 505-600. Atente-se ainda nas normas jurídicas contidas no Código Penal Português, por exemplo, no artigo 270.º (Pesos e medidas falsas), e no artigo 282.º (Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais). Mas também no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, relativo às Infrações Antieconómicas e Contra a Saúde Pública: vide DIAS, A. S.: “Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, núm. 4, 1998, pp. 515-592 e (continuação) núm. 9, 1999, pp. 45-84; ALMEIDA, C. P.: “Direito Penal do Consumo – Algumas Questões”, in AA.VV.: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* (coord. por L. M. LEITÃO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 255-278; COSTA, J. F. e SOUSA, S. A.: “A interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: reflexão a propósito dos bens alimentares perigosos para a saúde e vida humanas. Anotação ao Acórdão do TRC de 2 de Maio de 2007”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 144, núm. 3990, 2015, pp. 198-215; BRANDÃO, N.: *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, Coimbra, 2016, pp. 717-808; MELIM, M. M. e ROSÁRIO, R.: “Protecção Penal do Consumidor”, in AA.VV.: *Estudos de Direito do Consumo* (coord. por R. P. C. M. ATAÍDE, F. R. ROCHA e V. P. FIDALGO), Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 425-450. Existem também, fora do Código Penal Português, normas penais referentes ao consumo, como é o caso dos artigos 318.º a 329.º do Código da Propriedade Industrial Português. A título de exemplo, o artigo 320.º do Código da Propriedade Industrial Português regula a “contrafação, imitação e uso ilegal de marca”, para proteger o consumidor dos riscos de confusão e engano, além de garantir a qualidade da origem de um determinado produto. Ora, a marca tem como finalidade um caráter distintivo para identificar a natureza das diversas atividades, como sejam as de indústria, de comércio, de produtos agrícolas, pecuários, florestais ou de indústrias extrativas, de serviços, de criadores ou artífices (artigo 211.º do Código da Propriedade Industrial Português), vide CARVALHO, M. M.: *A Marca Enganosa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 135-143; SOUSA, D.: “A concorrência desleal e o uso da marca”, *Revista de Direito Civil*, núm. 1, 2021, pp. 153-203; ABREU, J. M. C.: *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 371-413; GONÇALVES, L. C.: *Manual de Direito Industrial*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2024, pp. 179-300. O artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial Português disciplina a “violação e uso ilegal de denominação de origem ou de indicação geográfica”, que sanciona uma função de garantia, quer quanto aos agentes que se encontram dentro, quer quanto aos que se encontram fora de uma determinada região: neste sentido, vide ALMEIDA, A. R.: *A Autonomia Jurídica da Denominação de Origem – Uma Perspectiva Transnacional – Uma Garantia de Qualidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010,

que foi decorrendo, Portugal não ficou indiferente ao apelidado “movimento consumerista”⁷.

Saliente-se que o Código Civil português de 1966 não teve em conta de forma concreta a proteção do consumidor; mas, antes pelo contrário, ignorou-a, pois à época não existiam as preocupações das relações de consumo; essas preocupações começam a surgir após a declaração de John Kennedy, em 1962, que trouxe a ideia de consumidor; e, na Europa, em 1973, com a Carta do Conselho da Europa, que deu início às inquietações que se colocavam em relação à proteção dos consumidores⁸. Todavia, o Código Civil português estabelece regras e princípios de caráter geral que podemos aplicar na defesa do consumidor a fim de impedir desequilíbrios, como seja, a exemplo, os artigos 227.º, 239.º, 334.º e 762.º, n.º 2, todos do Código Civil português⁹.

Por conseguinte, em Portugal, a primeira Lei de Defesa do Consumidor foi a Lei n.º 29/81, de 22 de agosto, lei especial de proteção dos consumidores de bens e utentes de serviços, apelidada de “Magna Carta do Consumidor”¹⁰, que posteriormente foi substituída pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho¹¹.

No plano constitucional, os direitos dos consumidores foram sendo reforçados com as revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1997. Assim, os direitos dos consumidores foram revestindo, formalmente, a dignidade de direitos fundamentais de natureza económica, afirmados hoje no artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa¹².

p. 865. Para maiores desenvolvimentos, vide SILVA, P. S.: in AA.VV.: *Código da Propriedade Industrial Anotado* (coord. por L. C. GONÇALVES), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 1209-1210.

7 Cfr. MONTE, M. F.: *Da Protecção Penal do Consumidor – O Problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 79.

8 Cfr. ALMEIDA, C. F.: “Código Civil de 1966: notas comparativas sobre o direito dos contratos e das obrigações”, in AA.VV.: *Código Civil de 1966: Novos Desafios – Comemorações dos 50 anos do Código Civil* (coord. por A. S. S. GONÇALVES, C. A. DIAS, I. M. CAMPOS, J. A. SILVA, P. JERÓNIMO e S. MOREIRA), Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017, p. 370.

9 Cfr. MONTEIRO, A. P.: “Breve Nótula Sobre a Protecção do Consumidor na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in AA.VV.: *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado* (coord. por I. W. SARLET, J. NEUNER e A. P. MONTEIRO), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 294 e 295.

10 SANTOS, M. B.: *De Freguês a Consumidor – 70 Anos de Sociedade de Consumo – História da Defesa do Consumidor em Portugal*, Nexø, Alcochete, 2015, p. 35.

11 Cfr. CORDEIRO, A. M.: “Da Natureza Civil do Direito do Consumo”, in AA.VV.: *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (coord. por D. M. VICENTE, J. MIRANDA e L. L. PINHEIRO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 684-711; CARDOSO, E.: *Lei de Defesa do Consumidor – Comentada e Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 17 e ss..

12 Sobre a evolução e proteção do consumidor na Constituição da República Portuguesa, vide ANDRADE, J. C. V.: “Os Direitos dos Consumidores Como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, núm. 78, 2002, pp. 43-64; NAVAIS, J. C.: “O Estatuto Constitucional dos Consumidores”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 138, núm. 3954, 2009, p. 137-156; MIRANDA, J.: “Anotação ao art. 60.º da Constituição”, in AA.VV.: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* (coord. por A. M. LEITÃO), Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 25-34; SILVA, J. P.: *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 208 e ss.; MIRANDA, J.: “O direito do consumo na constituição portuguesa”, in AA.VV.: *Estudos de Direito do Consumo* (coord. por R. P. C. M. ATAÍDE, F. R. ROCHA e V. P. FIDALGO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 433-443.

De acordo com o artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa, os direitos fundamentais dos consumidores são os seguintes: direito à qualidade dos bens e serviços; direito à formação e informação; direito à proteção da saúde; direito à proteção da segurança; direito à proteção dos direitos económicos; direito à reparação dos danos¹³. Na sequência desta norma programática do artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa, a Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor), no seu artigo 3.º, estabelece que o consumidor tem direito: a) à qualidade dos bens e serviços; b) à proteção da saúde e da segurança física; c) à formação e à educação para o consumo; d) à informação para o consumo; e) à proteção dos interesses económicos; f) à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos; g) à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta; h) à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.

Porém, em relação à aquisição de bens e serviços, os consumidores encontram-se numa posição de desnivelamento e, simultaneamente, de vulnerabilidade, carecendo de uma intervenção maior por parte do Estado. Por isso, na expressão de José Engrácia Antunes, o consumidor é o “elo fraco” numa relação de consumo¹⁴.

Destarte, o direito do consumo tem uma relevância extrema na sociedade hodierna, não só na proteção do consumidor, como também na capacidade que o cidadão tem de exercer uma cidadania ativa¹⁵. Assim, a cidadania, enquanto

13 Cfr. CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 778-786; MIRANDA, J. e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 846-852. O artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa diz o seguinte: “1 - Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos; 2 - A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa; 3 - As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores”. Em relação ao n.º 2 deste artigo, vide Código da Publicidade Português (Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro); sobre o seu regime jurídico, vide ANTUNES, J. E.: “O Direito da Publicidade”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCIII, Tomo II, 2017, pp. 771-848; AMORIM, A. C. A.: *Manuel de Direito da Publicidade*, 2.ª ed., Petrony, Lisboa, 2023, p. II e ss.. Ora, numa sociedade de consumo, como aquela em que vivemos hoje, em que os agentes de *marketing* desempenham um papel relevante na cadeia do consumo através da divulgação de marcas, nomes e sinais distintivos, entre outras coisas, esses mesmos agentes vão estabelecer uma aproximação maior entre produtores, vendedores e consumidores, apesar de a mensagem publicitária não ser uma proposta contratual, mas sim um convite a contratar. É uma mensagem que, de resto, está vinculada a determinados princípios orientadores no que concerne à publicidade, como sejam os princípios da licitude, da identificabilidade ou autenticidade, da veracidade e exatidão e do respeito pelos direitos do consumidor. Neste sentido, vide SILVA, J. C.: “A Publicidade na Formação do Contrato”, in AA.VV.: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 687-711.

14 Cfr. ANTUNES, J. A. E.: *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 326; ANTUNES, J. E.: *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 148.

15 Existe na sociedade uma preocupação em torno do consumo excessivo, por razões de ordem ambiental, onde o consumidor é chamado a ter um comportamento ativo e pró-ativo: vide ARAGÃO, A.: “Direito do Desconsumidor”, in AA.VV.: *Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP* (coord. por H. MOTA, J. F. COUTINHO, M. R. GUIMARÃES, M. P. VASCONCELOS, P. T. DOMINGUES e R. T. PEDRO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 9-40.

manifestação da consciência individual e coletiva, é não só oportuna como ainda legítima na conduta dos valores e dos ideais democráticos. Enquanto membros duma sociedade democrática, devemos ter a preocupação de colaborar pelo bem-estar duma sociedade mais justa, mais equilibrada, em contraste com as manifestações de uma sociedade cada vez mais consumista, onde os excessos do consumismo devem suscitar uma atenção cada vez maior¹⁶.

Nas palavras de António Pinto Monteiro, o direito do consumidor toma por base um desequilíbrio entre um profissional e um consumidor, tendo como finalidade assente a defesa do consumidor. Assim, entende o autor, que o direito do trabalho tem afinidades com o direito do consumidor devido ao facto de o trabalhador estar sujeito à subordinação jurídica; o mesmo não ocorre, todavia, nos contratos de distribuição, pois o agente, o concessionário e o franquiado agem com dependência¹⁷.

Numa relação contratual de consumo, é imperiosa a justificação de um conjunto de regras e princípios que visem acautelar a proteção de um adquirente de bens e serviços de um determinado fornecedor que esteja a atuar no âmbito da sua atividade profissional.

III. O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.

Note-se que, no direito português, não existe um conceito único de consumidor. Pelo contrário, podemos encontrar várias definições de consumidor, sendo a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho) a mais relevante, uma vez que é o diploma que incorpora os princípios gerais do direito do consumo. À luz do artigo 2.º, n.º I, da Lei de Defesa do Consumidor, entende-se que consumidor é “todo aquele a quem forem fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos destinados a uso não profissional por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”¹⁸.

16 Neste segmento, vide ALARCÃO, R.: “Contrato, Democracia e Direito – Um Esboço”, in AA.VV.: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues* (coord. por J. F. DIAS, I. CABRAL, T. P. BELEZA e E. P. FERREIRA), Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 12-22.

17 Cfr. MONTEIRO, A. P.: *Direito Comercial – Contratos de Distribuição Comercial*, 3.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 48-49.

18 Na legislação portuguesa, encontramos várias definições de consumidor, como: artigo 4.º, n.º I, alínea a) do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de junho (Contratos de Crédito aos Consumidores): “«Consumidor» a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional”; artigo 3.º, alínea I) do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro: “«Consumidor» o cliente final de eletricidade”; artigo 2.º, alínea g) do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro (Direitos do Consumidor na Compra e Venda de Bens, Conteúdos e Serviços Digitais): “«Consumidor», uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”; artigo 3.º, alínea e) do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial): “Consumidor», a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”; artigo 4.º, n.º

Neste sentido, considera-se consumidor o adquirente de um bem ou de um serviço para fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional, isto é, que são para uso privado, quer seja pessoal, familiar ou doméstico. Não se englobam aqui as aquisições para satisfação de necessidades profissionais ou de empresa¹⁹.

Havendo dúvida sobre a qualidade de consumidor, face às regras de repartição do ónus da prova previstas no artigo 342.º, n.º I do Código Civil Português, cabe ao autor alegadamente lesado o ónus dessa prova²⁰.

I, alínea d) do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho (estabelece o Regime Jurídico dos Contratos de Crédito aos Consumidores para Imóveis Destinados a Habitação): “«Consumidor» a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional”. Existem outros conceitos utilizados na legislação portuguesa: artigo 1.º, n.º 4 da Lei n.º 23/96, de 26 de julho (Lei dos Serviços Públicos) “considera-se utente, para os efeitos previstos nesta lei, a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo”; havendo também as noções de aderente no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (Cláusulas Contratuais Gerais); de adquirente (e promitente-adquirente) do direito de habitação periódica – artigo 13.º e ss. do Decreto-Lei n.º 275/93, de 05 de agosto (Regime Jurídico da Habitação Periódica); de o lesado por produtos defeituosos, no Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro (Responsabilidade Decorrente de Produtos Defeituosos); de destinatário da publicidade, como sendo o “destinatário: a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”, sendo que, a par desta noção, o artigo 6.º inclui “o respeito pelos direitos dos consumidores” entre os princípios gerais por que se rege a publicidade – artigo 5.º, n.º I, alínea d) e artigo 6.º do Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro). Vide ANTUNES, J. E.: “O Conceito de Consumidor”, *Revista de Direito Civil*, núm. 4, 2018, pp. 771-796 e OLIVEIRA, N. M. P.: *Contrato de Compra e Venda – Introdução, Formação do Contrato*, Vol. I, Gestlegal, Coimbra, 2021, pp. 121-210. Em termos jurisprudenciais, podemos encontrar, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-10-2011, Processo núm. 1097/04.0TBLL.EI.SI, Relator Moreira Alves, o seguinte: “I - O conceito de consumidor, constante da Lei n.º 29/81, de 22-08, da Lei n.º 24/96, de 31-07, do DL n.º 359/91, de 21-09, da Directiva 1999/44/CE, de 25-05, e do DL n.º 67/2003, de 08-04 (entretanto reformulado pelo DL n.º 84/2008, de 21-05) tem um sentido restrito, mas coincidente, em todos esse diplomas: consumidor é a pessoa singular a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados exclusivamente a uso não profissional, por pessoa (singular ou colectiva) que exerça com carácter profissional um actividade económica que vise a obtenção de benefícios. II - É a finalidade do acto de consumo que determina, essencialmente, a qualificação do consumidor como sujeito do regime de benefício que aqueles diplomas legais regulamentam, partindo da presunção de que se trata da parte mais fraca, menos preparada tecnicamente, em confronto com um contratante profissional, necessariamente conhecedor dos meandros do negócio que exercita”, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 05-06-2024. Também, a nível da União Europeia, o conceito de consumidor varia de Diretiva para Diretiva, não havendo uma definição unívoca: vide SCHÜLLER, B.: “The Definition Of Consumers In EU Consumer Law”, in AA.VV.: *European Consumer Protection – Theory And Practice* (coord. por J. DEVENNEY e M. KENNY), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 124, que considera que consumidor é a pessoa que está a agir para fins não comerciais ou profissionais; CARTWRIGHT, P.: “The consumer image within EU Law”, in AA.VV.: *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (coord. por C. TWIGG-FLESNER), Edward Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 199-220; LECZYKIEWICZ, D. e WEATHERILL, S.: “The Images of the Consumer in EU Law”, in AA.VV.: *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (coord. por D. LECZYKIEWICZ e S. WEATHERILL), Hart Publishing, Oxford and Portland - Oregon, 2016, pp. 1-19; SANDE MAYO, M. J.: “La evolución del concepto de consumidor en el ordenamento interno y comunitario”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 1, 2018, pp. 119-152; CRISTOFARO, G.: *Diritto Italiano Ed Europeo Dei Consumatori – Studi*, Cedam – Wolters Kluwer, Milano, 2024, pp. 23-26.

19 Neste sentido, vide o Acórdão do Supremo do Tribunal de Justiça de 15-05-2003, Processo núm. 03B1015, Relator Abílio Vasconcelos; assim como o Acórdão do Supremo Tribunal Justiça de 27-05-2008, Processo núm. 08A1104, Relator Paulo Sá, ambos disponíveis em www.dgsi.pt, última consulta em 05-06-2024.

20 Neste sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24-03-2015, Processo núm. 7002.11. OTBOER.LI.SI, Relator Gregório Silva Jesus, *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo I, 2015, pp. 167-173: “face às regras de repartição do ónus da prova contemplados no n.º I do art. 342.º do Código Civil, recairá sobre o autor alegadamente lesado, primeira e decisivamente, provar a sua qualidade de “consumidor””.

Desta forma, é notória a intervenção que se expressa em diversos diplomas legais avulsos, para proteção dos consumidores, como, por exemplo: 1) na determinação da responsabilidade objetiva do produtor ou fabricante (Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro)²¹; 2) na proibição das chamadas cláusulas abusivas, na regulamentação dos contratos de adesão (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)²², que regula um regime que se desvia do princípio da autonomia da vontade e que prevê uma proteção especial da parte contratual mais fraca; 3) na proteção dos utentes dos serviços públicos essenciais (Lei n.º 23/96, de 26 de julho)²³, que visa acautelar os cidadãos no acesso a determinados bens ou serviços com relevância na vida do quotidiano²⁴; 4) nos contratos de crédito aos consumidores (Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho)²⁵, que visa a proteção da parte economicamente mais débil e menos informada, e que transpõe a Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril²⁶; 5) no regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro)²⁷, transpondo para a ordem jurídica a Diretiva n.º 2011/83/EU, de 25 de outubro²⁸; 6) os contratos de crédito aos consumidores para imóveis destinados

- 21 Sobre o regime do Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, vide ATAÍDE, R. P. C. M.: *Direito da Responsabilidade Civil*, Gestlegal, Coimbra, 2023, pp. 504-513.
- 22 Acerca das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), vide, entre todos, ANTUNES, A. F. M.: *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. II e ss.; PRATA, A.: *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 5 e ss..
- 23 Observa CARDOSO, E.: *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 137 que a nomenclatura de Serviços Públicos Essenciais não é a mais correta, mas sim a de Serviços de Interesse Geral. Isto porque o caráter público está intimamente ligado a interesses gerais globais acessíveis a todos os consumidores. Sobre a Lei n.º 23/96, de 26 de julho (Serviços Públicos Essenciais), vide FALCÃO, P.: *Novos Estudos Sobre Serviços Públicos Essenciais*, Petrony, Lisboa, 2018, p. 7 e ss..
- 24 Cfr. CARVALHO, J. M.: "O Serviço Público Essencial de Telefone Móvel – Ac. Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2010, de 3.12.2009, Proc. 216/09", *Cadernos de Direito Privado*, núm. 34, 2011, p. 46.
- 25 Sobre o crédito ao consumo em geral, vide MORAIS, F. G.: *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei N.º 133/2009*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 9-141; VASCONCELOS, L. M. P.: *Direito Bancário*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 355-365; MORAIS, F. G.: "Mecanismos mais relevantes de proteção do consumidor a crédito", in AA.VV.: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito* (coord. por A. S. GONÇALVES, A. R. MENDES, D. M. VICENTE, M. F. GOUVEIA, R. M. RAMOS e V. P. NEVES), Vol. II, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 349-367; CORDEIRO, A. M. e CORDEIRO, A. B. M.: *Direito Bancário*, Vol. I, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 615-627; PEREIRA, J. B.: *Contratos Bancários*, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 355-361. Dá-se nota que a Diretiva (EU) 2023/2225 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de outubro de 2023, sobre os contratos de crédito aos consumidores, revoga com efeitos a partir de 20 de novembro de 2026 a Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril.
- 26 Sobre a proteção e evolução do crédito ao consumo na União Europeia, nomeadamente a aplicação da Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril, com uma perspetiva comparativa com os Estados Unidos da América, vide BROWN, S.: "European Regulation of Consumer Credit: Enhancing Consumer Confidence and Protection From a UK Perspective?", in AA.VV.: *Consumer Credit, Debt And investment In Europe* (coord. por J. DEVENNEY e M. KENNY), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 56-83.
- 27 Vide CARVALHO, J. M. e FERREIRA, J. P. P.: "Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial", in AA.VV.: *I Congresso de Direito do Consumo* (coord. por J. M. CARVALHO), Almedina, Coimbra, 2016, pp. 95-113; BARATA, C. L.: "Contratos Celebrados fora de Estabelecimento Comercial", *Revista de Direito Civil*, núm. 4, 2016, pp. 861-919; ANTUNES, J. E.: "Os Contratos fora de estabelecimento", in AA.VV.: *Estudos de Direito do Consumo* (coord. por R. P. C. M. ATAÍDE, F. R. ROCHA e V. P. FIDALGO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 767-775.
- 28 Sobre a transposição da Diretiva n.º 2011/83/EU, de 25 de outubro, em alguns dos Estados-Membros da União Europeia, nomeadamente na Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Itália, Holanda, Polónia, Portugal, Espanha e Inglaterra, vide a obra coordenada por CRISTOFARO, G. e FRANCESCHI, A.: *Consumer Sales In Europe – After The Implementation Of The Consumer Rights Directive*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. I e ss..

a habitação (Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho)²⁹; 7) os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais (Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro³⁰ que transpõe as Diretivas (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, e da Diretiva 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE, ambas com relevantes impactos ao nível da Internet, nomeadamente na contratação eletrónica³¹).

Toda esta panóplia de diplomas demonstra o papel protetor que se pretende dar ao consumidor e, também, que existe um equilíbrio contratual entre as partes³². Ora, o consumidor é a parte mais vulnerável numa relação de consumo³³,

29 Cfr. DUARTE, R. P.: *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017)* – Uma Apresentação, Almedina, Coimbra, 2018, p. 7 e ss.; CARVALHO, J. M.: “Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação”, in AA.VV.: *Estudos de Direito Bancário I* (coord. por A. M. CORDEIRO, J. C. GOMES, M. B. BASTOS e A. A. LEAL), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 297-329.

30 Acerca do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 2022, vide PASSINHAS, S.: “O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal”, *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 1463-1528, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, última consulta em 10-06-2024; FALCÃO, D.: “Análise à nova Lei das Garantias: DL 84/2021, de 18 de outubro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, núm. 81, 2021, pp. 493-541; ANTUNES, J. E.: “A Compra e Venda de Consumo”, *Revista de Direito Civil*, núm. 3, 2023, pp. 495-543.

31 Para uma visão global das Diretivas (UE) 2019/770 e 2019/771, vide CARVALHO, J. M.: “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 20, núm. 2, 2019, pp. 63-87 disponível em https://cij.up.pt/client/files/0000000001/4-artigo-jorge-morais-carvalho_1213.pdf, última consulta em 10-06-2024; CORVO LÓPEZ, F. M.: “Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 118-169; OLIVEIRA, N. M. P.: “O direito europeu da compra e venda 20 anos depois Comparação entre a Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, e a Directiva 2019/771/UE, de 20 de maio de 2019”, *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 1217-1376, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, última consulta em 10-06-2024; CARVALHO, J. M. e FARINHA, M.: “Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771”, *Revista de Direito e Tecnologia*, núm. 2, 2020, pp. 257-270; PINTO, P. M.: “Venda de bens de consumo – apontamento sobre a transposição da Diretiva (UE) 2019/771 e o Direito Português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, núm. 17, 2021, pp. 511-561; RODRIGUES, A. A.: *Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade – Uma Análise ao Regime das Diretivas 2019/770 e 2019/771*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 11-55; GARCÍA GOLDAR, M.: “Plataformas para el suministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones de la Directiva (EU) 770/2019”, in AA.VV.: *Plataformas Digitales: Aspectos Jurídicos* (coord. por A. L. MARTÍNEZ NADAL), Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2021, pp. 83-113; CASTILIA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores – Estudio de la Directiva (EU) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Aranzadi, Cizur Menor – Navarra, 2021, p. 31 e ss..

32 Vide COSTA, M. M.: “Sobre o princípio do equilíbrio contratual no Direito privado português”, *Cadernos de Direito Privado*, núm. 83, 2023, pp. 32-49.

33 Atente-se que, no direito comunitário da concorrência, o conceito de consumidor deve ser visto num sentido mais amplo do que aquele que é concebido para o direito do consumo. Isto porque o seu campo de atuação entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumo é diversificado. No primeiro, ele visa sobretudo interesses económicos, no segundo, tem como finalidade interesses do consumidor; isto é, enquanto último agente da cadeia económica e que carece de proteção ao nível da saúde ou segurança. É esta a perspetiva de PAIS, S. P.: “O Critério do Bem-Estar dos Consumidores no Contexto da Renovação do Direito Comunitário da Concorrência”, in AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (coord. por R. P. DUARTE, M. T. ALMEIDA, A. CRISTAS e J. L. FREITAS), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 626-627.

encontrando-se sujeito a comportamentos e práticas desleais por parte dos agentes económicos.

Certo é que, hoje, estas práticas comerciais desleais se encontram reguladas pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, resultado da transposição de uma Diretiva europeia dirigida às relações das empresas com os consumidores. Esta é a Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio³⁴, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno, que visa obstar aos comportamentos que diretamente possam lesar os interesses económicos dos consumidores³⁵.

IV. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO.

Neste quadro de proteção do consumidor, emergiu com maior destaque a figura do direito de arrependimento, ou seja, o consumidor pode, dentro de um

34 O processo que deu origem à Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, começou na década de 60 do século XX, que congregou elementos do Direito Privado, Público e Criminal, dispersos, até aí, em diplomas legais dos diversos Estados-Membros: vide MICKLITZ, H. W.: "A General Framework Directive on Fair Trading", *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices – Contract, Consume and Competition Law Implications* (coord. por Hugh Collins), Kluwer Law International, The Hague, 2004, pp. 43-90; NEWMAN RODRÍGUEZ, S.: "Directiva 2005/29/CE Sobre Práticas Comerciais Desleais: La Protección de Los Consumidores En Europa", *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 2, 2009, pp. 33-111; DUIVENVOORDE, B. B.: *The Consumer Benchmarks In The Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, Heidelberg - New York - Dordrecht - London, 2015, p. 14 e ss.; GOANT C.: *Convergence In European Consumer Sales Law – A Comparative And Numerical Approach*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 125 e ss..

35 Cfr. MARTINS, A. S.: "A Transposição da Directiva Sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março", in AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (coord. por R. P. DUARTE, M. T. ALMEIDA, A. CRISTAS e J. L. FREITAS), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, p. 571. Neste contexto, o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, estabelece, no seu artigo 5.º, n.º 1, que "é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço". Esta noção traduz-se na seguinte forma: se se trata de uma relação jurídica de consumo, existe uma prática comercial, pelo que essa prática comercial deve ser desconforme com a diligência profissional, sendo que, por fim, essa prática comercial distorce o comportamento económico do consumidor: vide LEITÃO, L. M. T. M.: "A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais", in AA.VV.: *I Congresso de Direito do Consumo* (coord. por J. M. CARVALHO), Almedina, Coimbra, 2016, pp. 73-94; PASSINHAS, S.: "A Propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor", *Estudos de Direito do Consumidor*, núm. 13, 2017, pp. 107-211. Na jurisprudência, podemos ver o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-07-2017, Processo núm. 1199/16.0Y5LSB-3, Relator A. Augusto Lourenço, no qual uma operadora de telecomunicações foi condenada pela prática de publicidade enganosa, nos termos dos arts. 7.º, n.º 1, al. b) e 21.º, n.º 1, ambos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março. Também, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-03-2024, Processo n.º 236/23.6YUSTR.LI-PICRS, Relator Paulo Registo, considerou: "V - Deve ser considerada "prática comercial enganosa" e, por isso, proibida por lei, o oferecimento de informações falsas ou mesmo prestação de informações verdadeiras por parte da empresa, desde que induzam ou que sejam susceptíveis de induzir o consumidor em erro, relativamente aos elementos contratuais previstos nas diversas alíneas do art.º 7.º, n.º 1, do DL n.º 57/2008, de 26-03. VI - As características do serviço contratado, incluindo a sua disponibilidade, constitui um dos elementos contratuais relevantes para que, que acordo com o disposto no art.º 7.º, n.º 1, do DL n.º 57/2008, a prática comercial desenvolvida pela empresa possa ser considerada enganosa para o consumidor. VII - A empresa incorre numa "prática comercial enganosa" se, não obstante ter transmitido ao cliente que era possível a prestação de serviços de comunicações electrónicas na sua residência através de fibra óptica, nunca procedeu a essa instalação, por ser necessária a colocação de 6 postes e 500 metros de cabo de fibra óptica, o que implicava um elevado custo", ambos disponíveis em www.dgsi.pt, última consulta em 05-06-2024.

determinado prazo, desvincular-se do contrato sem indicar qualquer justificação e sem ter que pagar qualquer compensação pela sua tomada de posição³⁶, sendo considerado o direito de arrependimento como um instituto inovador³⁷, embora com antecedentes no Direito Romano, bem como no pandectismo, assumindo um papel de arrependimento contratual, interligado com a figura do sinal³⁸. Ora, o direito de arrependimento pode derivar da lei ou mesmo do contrato, por acordo entre as partes, na sequência do artigo 405.º do Código Civil Português³⁹, quando se pretende, através de campanhas de marketing, angariar o maior número possível de clientes.

Por conseguinte, uma vez celebrado, o contrato deve ser pontualmente cumprido, tal como regula o artigo 406.º, n.º I do Código Civil Português (*pacta sunt servanda*): “o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”; daqui retiramos o princípio da imodificabilidade unilateral da obrigação, no qual o devedor não pode por si só modificar a prestação da relação obrigacional, carecendo, para isso, do acordo de ambas as partes⁴⁰. Deste modo, o direito de arrependimento é uma exceção ao princípio “*pacta sunt servanda*”⁴¹.

36 Cfr. ALMEIDA, C. F.: *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 105-107; CABALLERO LOZANO, J. M.: “El Desistimiento Unilateral Del Contrato”, in AA.VV.: *Derecho de Obligaciones y Contratos – En Homenaje al Professor Ignacio Serrano García* (coord. por Esther Muñoz Espada), La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 301-338; JULIEN, J.: *Droit de La Consommation*, 2.ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017, pp. 203-208; BRUNAUX, G.: “La protection dépendante du contexte contractual”, in AA.VV.: *Les Contrats de Consommation Règles Communes* (coord. por J. GHESTIN), 2.ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 577-585; PICOD, Y.: *Droit de la Consommation*, 4.ª ed., Sirey, Paris, 2018, pp. 77-79; PELLIER, J. D.: *Droit de la Consommation*, 2.ª ed., Dalloz, Paris, 2018, pp. 166-176; KÖTZ, H.: FAUVARQUE-COSSON, B. e GALBOIS-LEHALLE, D.: *Droit Européen des Contrats*, Sirey - Dalloz, Paris, 2020, pp. 245-250; OLIVEIRA, A. P.: *Desvinculação Programada do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 76; REYES LÓPEZ, M. J.: *Manual de Derecho Privado de Consumo*, 3.ª ed., La Ley, Madrid, 2022, pp. 260-265.

37 Cfr. ALMEIDA, C. F.: “O Futuro do Direito do Consumo”, in AA.VV.: *I Congresso de Direito do Consumo* (coord. por J. M. CARVALHO), Almedina, Coimbra, 2016, p. 29.

38 Cfr. CORDEIRO, A. M.: *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 962.

39 Vide PRATA, A.: *Lições de Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 56-62.

40 Cfr. VARELA, J. M. A.: *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª ed., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2004, p. 177; FARIA, J. R.: *Direito das Obrigações*, atualizada e ampliada por M. P. VASCONCELOS e R. T. PEDRO, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 234-235; PROENÇA, J. C. B.: *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 4.ª ed., UCP Editora, Lisboa, 2023, pp. 79-83; ANTUNES, A. F. M.: *Alteração das Circunstâncias, Vulnerabilidade Negocial e Tutela da Parte Lesada*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 11-14. Como observa SILVA, J. C.: “Não Cumprimento das Obrigações” in AA.VV.: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 483: “o cumprimento da obrigação consiste na realização da prestação devida (art. 762.º, n.º I). Logo, os contratos devem ser cumpridos em conformidade com o estipulado, pontualmente (art. 406.º, n.º I), vale dizer, em todos os pontos e nos termos devidos, com as prestações a deverem ser realizadas integralmente e não por partes, excepto se outro for o regime convencionado ou imposto por lei ou pelos usos (art. 763.º, n.º I), e o devedor a não poder desonerar-se mediante prestação diversa da devida – aliud pro alio, dação em cumprimento, salvo se o credor der o seu consentimento (art. 837.º) – nem exigir a redução da prestação invocando a sua “dificultas praestandi” para realizar apenas “id quod facere potest””.

41 Neste contexto, vide REBELO, F. N.: “O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico da Protecção do Consumidor”, in AA.VV.: *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier* (coord. por A. J. M. P. MONTEIRO), Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 591.

Mas o direito de arrependimento é um direito imperativo, na medida em que o consumidor não pode renunciar ao mesmo⁴². Se houver uma declaração que estipule a renúncia ao direito de arrependimento, essa mesma renúncia será nula⁴³.

Importa evidenciar que o direito de arrependimento opera independentemente da ocorrência de algum vício da vontade como, por exemplo, o erro, o dolo (artigo 251.º e seguintes do Código Civil Português), a existência de um negócio usurário (artigo 282.º e seguintes do Código Civil Português), de uma situação de “culpa in contrahendo” (artigo 227.º do Código Civil Português), de incumprimento contratual⁴⁴ (artigo 801.º, n.º 2 do Código Civil Português) ou de desconformidade dos bens com o contrato⁴⁵. Nesta medida, o consumidor pode exercer o direito de arrependimento, no espaço temporal que advém do contrato ou lei, como forma de tutelar os direitos que lhe são conferidos; além de poder ser um meio de reação a práticas comerciais agressivas, às quais o consumidor está suscetível de se sujeitar, vindas de um profissional experiente que exerce grande influência, ou mesmo pressão psicológica, perante o consumidor para que este adquira, irrefletidamente, um bem ou serviço. Também, se pode estar perante um negócio que envolve grande complexidade, sendo que, no momento da celebração do contrato, o consumidor teve dificuldades em compreender o que estava em causa⁴⁶.

Importa, também, evidenciar que a evolução do direito do consumo, ao nível da União Europeia, não esqueceu o direito de arrependimento do consumidor. Como aponta Miguel Ángel Larrosa Amante, o desenrolar do direito de arrependimento na política comunitária de proteção dos consumidores tem partido de três mecanismos específicos. São estes: a) o desenrolar de um direito de informação pré-contratual; b) a incidência sobre o conteúdo formal do contrato; c) o direito de arrependimento como uma das pedras angulares em que se apoia o sistema comunitário de proteção dos consumidores.

42 Vide CARVALHO, J. M.: “Reflexão Sobre as Normas Imperativas”, in AA.VV.: *Liber Amicorum Manuel Simas Santos* (coord. por A. P. PITON e A. T. CARNEIRO), Rei dos Livros, Lisboa, 2016, pp. 742-761.

43 Podemos constatar essa nulidade, por exemplo, no artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro; nos artigos 20.º e 53.º do Decreto-Lei n.º 275/93, de 05 de agosto; no artigo 26.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de junho.

44 Particularmente relevante a este propósito é a distinção entre o direito de arrependimento e o direito de rejeição, que vem estabelecido no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, sobre os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, e onde vem estatuído o seguinte: “nos casos em que a falta de conformidade se manifeste no prazo de 30 dias após a entrega do bem, o consumidor pode solicitar a imediata substituição do bem ou a resolução do contrato”, vide CARVALHO, J. M.: *Compra e Venda e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – Anotação ao Decreto-Lei 84/2021, de 18 de outubro*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 64 e 65; RODRIGUES, A. A.: *Manual Prático do Consumidor*, AAFDL, Lisboa, 2024, p. 54.

45 Neste sentido, vide BARATA, C. L.: “Direito de Livre Desvinculação do Consumidor”, in AA.VV.: *Estudos de Direito do Consumo* (coord. por R. P. C. M. ATAÍDE, F. R. ROCHA e V. P. FIDALGO), Vol. II, Almedina, Coimbra, 2023, p. 711. Para outros desenvolvimentos vide ÁLVAREZ MORENO, M. T.: “Contratos a Distancia y Fuera de Establecimiento”, in AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. por S. DÍAZ ALABART), 2.ª ed., Reus, Madrid, 2023, pp. 121-133.

46 Cfr. ATAÍDE, R. P. C. M.: *Direito das Obrigações*, Vol. II, Gestlegal, Coimbra, 2024, pp. 345-347.

O autor dá vários exemplos do direito de arrependimento, e que constam em Diretivas, como a Diretiva do Conselho 85/577/CEE, 20 de dezembro; a Diretiva do Conselho 87/102/CEE, de 22 de dezembro; a Diretiva do Conselho 90/314/CEE, de 13 de junho; a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 94/47/CE, de 26 de outubro; a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2002/65/CE, de 23 de setembro; a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2008/48/CE, de 23 de abril; a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2008/122/CE, de 14 de janeiro; a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2011/83/EU, de 25 de outubro⁴⁷.

Saliente-se que, o direito de arrependimento é “umas das figuras mais emblemáticas do direito do consumo”⁴⁸, para o qual não existe uma terminologia única, mas uma diversidade de conceitos, tais como: direito de resolução; direito de livre resolução; direito de rescisão; direito de livre revogação; direito de renúncia; direito de retratação; direito de desistir; direito de reflexão; direito de repensar; direito de livre desvinculação; direito de arrependimento⁴⁹.

Miguel Ángel Larrosa Amante entende que o direito de arrependimento é um direito subjetivo, atribuído ao consumidor, com caráter potestativo e extintivo, que é reconhecido por lei ou por pacto convencional, operando sobre os contratos celebrados e válidos, na medida em que tem eficácia retroativa, voltando-se com isso ao estado anterior antes da celebração do contrato⁵⁰.

Pedro Romano Martínez considera que o direito de arrependimento se trata de uma revogação unilateral⁵¹. Observando de uma outra forma, Carlos Ferreira de Almeida⁵² e Jorge Morais Carvalho⁵³ entendem que a designação devia ser direito de arrependimento, de forma a congregar todas as situações legais e contratuais de desvinculação unilateral por parte do consumidor. Já João Calvão da Silva apelida-o de “direito de repensar do consumidor”⁵⁴.

Por outro lado, José Engrácia Antunes apelida-o de direito de desistência, alegando que este “consiste no direito potestativo do consumidor se desvincular

47 Cfr. LARROSA AMANTE, M. A.: *El Derecho de Desistimiento en La Contratación de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 54 e ss.; vide, também, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de Desistimiento”, in AA.VV.: *La Defensa de Los Consumidores y Usuarios* (coord. por M. REBOLLO PUIG e M. IZQUIERDO CARRASCO), Iustel, Madrid, 2011, pp. 1245-1306.

48 CARVALHO, J. M.: *Manual de Direito do Consumo*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 280.

49 Acerca das diversas terminologias, vide FALCÃO, D.: *Lições de Direito do Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 120. Também, GAC-PECH, S. L.: *Droit de La Consommation*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 32-34.

50 Cfr. LARROSA AMANTE, M. A.: cit., p. 99 e ss..

51 Cfr. MARTÍNEZ, P. R.: *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 59 e 153.

52 Cfr. ALMEIDA, C. F.: *Direito do Consumo*, cit., p. 105.

53 Cfr. CARVALHO, J. M.: *Manual*, cit., p. 191.

54 SILVA, J. C.: *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, Tomo I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 113.

de um contrato de consumo já celebrado, durante um determinado prazo e através de mera declaração unilateral e discricionária”⁵⁵. Também Adelaide Menezes Leitão prefere a nomenclatura de direito de retratação ou desistência. A autora argumenta que o “direito de retratação ou desistência implica que os negócios de consumo surjam como contratos sujeitos a uma condição potestativa de natureza resolutiva, embora nos pareça que possa atribuí-lhe a natureza de condição suspensiva, já que o contrato pode começar imediatamente a produzir os seus efeitos e até ser integralmente cumprido antes de esgotado o respectivo prazo”⁵⁶.

Nesta sequência, a par do surgimento do direito de arrependimento, a doutrina discute a sua natureza jurídica, havendo quem entenda que se trata de um direito a desistir, de um direito à reflexão, de um direito de repensar, de um direito de livre desvinculação, de um direito de exercer “ad nutum”, ou de um direito de arrependimento⁵⁷.

A figura do direito de arrependimento, portanto, tem chamado a atenção da doutrina, suscitando muitas dúvidas. Por causa disso, não existe uma designação unânime.

Como se nota, o direito de arrependimento tem, na sociedade atual, uma importância relevante, nomeadamente na proteção dos consumidores, evitando desequilíbrios, pois, muitas das vezes, não é fornecida informação adequada e suficiente. Como tal, o direito de arrependimento manifesta uma relevância cada vez mais acentuada no direito do consumo, assim como nas relações onde predomina o contrato de compra e venda.

V. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA.

No ordenamento jurídico português não encontramos uma designação única de direito de arrependimento, mas uma multiplicidade de conceitos que podemos aferir na legislação de direito do consumo.

Desde logo, podemos encontrar, na Lei da Defesa do Consumidor no artigo 8.º, n.º 4, o seguinte: “quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retratação do contrato relativo à sua aquisição

55 ANTUNES, J. E.: *Direito do Consumo*, cit., p. 147.

56 LEITÃO, A. M.: *Direito do Consumo*, AAFDL, Lisboa, 2023, p. 138.

57 Vide CARVALHO, J. M.: *Manual*, cit., p. 189 e ss.; LARROSA AMANTE, M. A.: cit., p. 71 e ss.; PROENÇA, J. C. B.: “A Desvinculação não Motivada nos Contratos de Consumo: um verdadeiro direito de resolução?”, in AA.VV.: *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 173-220.

ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de receção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços”. Por sua vez, o artigo 9.º, n.º 8 da Lei da Defesa do Consumidor, de aplicação residual, atribui um direito de livre resolução ao consumidor nos contratos que resultem da iniciativa do profissional fora do estabelecimento comercial, estabelecendo que: “sem prejuízo de regimes mais favoráveis, nos contratos que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços fora do estabelecimento comercial, por meio de correspondência ou outros equivalentes, é assegurado ao consumidor o direito de livre resolução no prazo de 14 dias, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro”. Verificamos, assim, que a Lei de Defesa do Consumidor utiliza dois conceitos, “direito de retratação” e “direito de livre resolução”.

No artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial), fala-se de direito de livre resolução, no artigo 118.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril (Regime Jurídico do Contrato de Seguro), encontra-se a noção de livre resolução, bem como no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio (Contratos à Distância Relativos a Serviços Financeiros); no artigo 17.º Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 junho (Contratos de Crédito ao Consumo), refere-se o direito de livre revogação; no artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 08 de março de 2018 (Contratos de Viagens Organizadas), alude-se ao direito de rescisão pelo cliente; nos artigos 16.º, 19.º e 49.º do Decreto-Lei n.º 275/93, de 05 de agosto (Contratos Relativos a Direitos de Habitação Turística), é mencionado o direito de resolução.

Perante o regime exposto, verificamos que as várias designações têm, na verdade, o intento de proteger o consumidor quando este contratou de forma precipitada, irrefletida e sob uma prática comercial desleal, ou mesmo quando não lhe foi facultada toda a informação inerente ao contrato. Consequentemente, podemos constatar que o direito de arrependimento é uma manifestação da proteção dos interesses económicos dos consumidores⁵⁸.

VI. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO E A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL.

O ambiente constitui-se hoje como uma das preocupações fundamentais do nosso planeta⁵⁹. As questões ambientais tornaram-se um dos problemas da

58 Cfr. LEITÃO, A. L.: *Direito*, cit., p. 138.

59 No direito romano já existiam preocupações com as questões e as lesões com o meio ambiente, vide MAGALHÃES, D.: “O *interdictum quod vi aut clam*, uma proteção racional do meio ambiente”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCVI, Tomo I, 2020, 213-239.

comunidade e uma questão política⁶⁰. São, portanto, uma realidade dos nossos dias. Como tal, o bem jurídico ambiente é colocado em causa devido às lesões que são efetuadas contra o mesmo⁶¹ e, de forma inerente a isso, surgem vários alertas para mudanças comportamentais.

A degradação ambiental é cientificamente apresentada como sendo, em grande escala, causada pela aceleração do desenvolvimento económico e tecnológico que se intensificou com a industrialização, nomeadamente a partir do século XIX, na civilização ocidental⁶². Desde os finais do século XX que as preocupações em torno da qualidade do ambiente e da necessidade de o preservar se transformaram em preocupações mundialmente sentidas, mesmo em países tradicionalmente mais avessos ao movimento da tutela ambiental⁶³.

A União Europeia não tem ficado indiferente aos alertas sobre as questões ambientais e tem revelado um papel importante e decisivo, definindo estratégias com o objetivo de capacitar o consumidor para a transição ecológica, regular a atuação dos operadores económicos, assegurar um consumo sustentável e garantir uma maior durabilidade dos bens⁶⁴. Consequentemente, nos últimos anos as questões da sustentabilidade ambiental entraram nas inquietações do direito do consumo, com o intuito de traçar políticas e legislação para escolhas mais sustentáveis por parte dos consumidores.

A título de exemplo, das preocupações ambientais da União Europeia, destacamos, de forma breve, algumas das suas iniciativas. Assim: “em 2001, a União Europeia (UE) adotou uma estratégia a favor do desenvolvimento sustentável, que foi revista em 2006, proporcionando «uma visão a longo prazo da sustentabilidade na qual o crescimento económico, a coesão social e a proteção do ambiente são indissociáveis e se reforçam mutuamente»”⁶⁵.

Em dezembro de 2015, a Comissão Europeia publicou um Plano de Ação da União Europeia para a Economia Circular, com o seguinte intuito: “a transição para uma economia mais circular, em que o valor dos produtos, materiais e recursos se

60 Vide CONDESSO, F. R.: *Direito do Ambiente – Ambiente e Território. Urbanismo e Reabilitação Urbana*, com a colaboração de Ricardo Alexandre Azevedo dos Reis Condeso, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, pp. 14-16.

61 Vide BARBOSA, M. M.: *A dignidade da Pessoa – A fundamentação do jurídico, a (re)compreensão do direito à luz do dever e o bloqueio da simples aspiração*, Gestlegal, Coimbra, 2024, pp. 272-294.

62 Cfr. GARCIA, M. G. F. P. D.: *O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 59.

63 Vide GOMES, C. A. e LEONG, H. C.: *Introdução ao Direito do Ambiente*, 6.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2023, pp. 27-36.

64 Sobre a evolução das linhas gerais da União Europeia na tutela na capacitação do consumidor para a transição ecológica e para as questões em torno da sustentabilidade ambiental, vide ALMEIDA, S.: “A tutela e a capacitação do consumidor para a transição ecológica: linhas gerais do quadro europeu e seus reflexos no ordenamento luso”, in AA.VV.: *Novo Liber Amicorum Mário Frata – Sempre a Causa dos Direitos dos Consumidores* (coord. R. ATAÍDE e S. ALMEIDA), Almedina, Coimbra, 2023, pp. 827-831.

65 União Europeia: “Desenvolvimento Sustentável”, disponível em [www: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:sustainable_development](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:sustainable_development), última consulta em 10-06-2024.

mantém na economia o máximo de tempo possível e a produção de resíduos se reduz ao mínimo, é um contributo fundamental para os esforços da UE no sentido de desenvolver uma economia sustentável, hipocarbónica, eficiente em termos de recursos e competitiva. Essa transição é a oportunidade para transformarmos a nossa economia e criarmos vantagens competitivas, novas e sustentáveis, para a Europa”⁶⁶.

Em dezembro de 2019, a Comissão Europeia lança o European Green Deal (Pacto Ecológico Europeu) com o intuito de reduzir as emissões de dióxido de carbono até 2050, para preservar o património natural, a biodiversidade, assim como para investir em investigação e inovação de ponta no combate à crise climática⁶⁷.

No ano de 2020, no mês de março, a Comissão Europeia delineou o Novo Plano de Ação para a Economia Circular, que surge no seguimento do European Green Deal (Pacto Social Europeu), com o intuito “de acelerar a transição para um modelo de crescimento regenerativo que restitua ao planeta mais do que lhe retira, progredir no sentido de o consumo de recursos não ultrapassar os limites do planeta e, nesse intuito, envidar esforços para reduzir o impacto ecológico do consumo e duplicar a taxa de utilização de materiais circulares na próxima década”⁶⁸. Já no mês de novembro de 2020, a Comissão Europeia traçou, na Nova Agenda do Consumidor, a política de consumidores da União Europeia para o período de 2021 a 2025⁶⁹, na qual traçou cinco domínios prioritários: a transição ecológica; a transformação digital; a reparação e aplicação dos direitos dos consumidores; a necessidades específicas de determinados grupos de consumidores; e, por fim, a cooperação internacional. Assim, colocou em evidência a tónica do consumo sustentável como umas das inquietações da União Europeia.

No final de fevereiro de 2024, foi aprovada a Diretiva (EU) 2024/825 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2024, que altera as Diretivas 2005/29/CE e 2011/83/EU no que diz respeito à capacitação dos consumidores para a transição ecológica, através de uma melhor proteção contra

66 Comissão Europeia, “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Fechar o ciclo – plano de ação da EU para a economia circular”, COM/2015/0614 final, disponível em [www: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0614](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0614), última consulta em 10-06-2024.

67 Conselho Europeu: “European Green Deal”, disponível em [www: https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/](https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/), última consulta em 10-06-2024.

68 Comissão Europeia: “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões”, disponível em [www: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2020:98:FIN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2020:98:FIN), última consulta em 10-06-2024.

69 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: “Nova Agenda do Consumidor – Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável” COM (2020) 696 final, disponível em [www: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696), última consulta em 10-06-2024.

práticas desleais e de melhor informação⁷⁰, sendo que a sua transposição deve ser feita pelos Estados-Membros até 27 de março de 2026, com as suas disposições aplicáveis a partir de 27 de setembro de 2026. Esta Diretiva visa combater as práticas comerciais desleais, entre as quais: as alegações ambientais enganosas, ou seja, as práticas de greenwashing, branqueamento ecológico ou eco-branqueamento; a obsolescência precoce de bens; a utilização de rótulos de sustentabilidade ou ferramentas de informação sobre sustentabilidade não transparentes e não credíveis; mas também pretende melhorar a informação que deve estar disponível aos consumidores, no sentido de promover as escolhas circulares e ecológicas, através de um rótulo harmonizado. Atendendo ao considerando I da mencionada Diretiva, mostra-se a preocupação da União Europeia pelas questões ambientais, quando se refere: “a fim de contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, assente num elevado nível de defesa dos consumidores e de proteção do ambiente, e para realizar progressos na transição ecológica, é essencial que os consumidores possam tomar decisões de compra esclarecidas e, assim, favorecer padrões de consumo mais sustentáveis. Para o efeito, os profissionais têm a responsabilidade de prestar informações claras, pertinentes e fiáveis. Por conseguinte, deverão ser introduzidas regras específicas no direito da União em matéria de defesa do consumidor para combater as práticas comerciais desleais que induzem os consumidores em erro e os impedem de fazer escolhas de consumo sustentáveis, como as práticas associadas à obsolescência precoce dos bens, às alegações ambientais enganosas («ecobranqueamento»), às informações enganosas sobre as características sociais dos produtos ou das empresas dos profissionais ou aos rótulos de sustentabilidade que não são transparentes nem credíveis. Tais regras permitirão aos organismos nacionais competentes abordar eficazmente essas práticas. Garantir que as alegações ambientais são justas, claras e fiáveis permitirá aos profissionais operarem em condições de concorrência equitativas e dará aos consumidores a possibilidade de escolherem produtos verdadeiramente melhores para o ambiente do que os produtos concorrentes. Tal incentivará a concorrência conduzindo a produtos mais sustentáveis do ponto de vista ambiental, reduzindo assim o impacto negativo no ambiente”.

Importa deixar nota de que, no ordenamento jurídico português, podemos encontrar, na Lei de Defesa do Consumidor, no artigo 9.º, n.º 7 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, o combate à obsolescência programada, que foi introduzido pelo Decreto-Lei 109-G/2021, de 10 de dezembro, estabelecendo que: “é vedada ao fornecedor de bens ou ao prestador de serviços a adoção de quaisquer técnicas que visem reduzir deliberadamente a duração de vida útil de um bem de consumo a fim de estimular ou aumentar a substituição de bens ou a renovação

70 Acerca de todo o processo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/HIS/?uri=CELEX:52022PC0143>, última consulta em 10-06-2024.

da prestação de serviços que inclua um bem de consumo". Porém, a norma não estabelece qualquer sanção, ainda que o consumidor possa recorrer ao exercício do direito à indemnização, conforme estatui o artigo 12.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho: "o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos".

Com as preocupações da sustentabilidade, o direito de arrependimento é colocado em questão por causa da sustentabilidade ambiental, nomeadamente, no que diz respeito ao transporte do bem por duas vezes e, também, na forma como esse bem é acondicionado ou embalado. Aqui se inclui a compra de vestuário, à distância e a preços bastante reduzidos, uma vez que grande parte dos artigos pertencem a coleções antigas⁷¹. Esta venda, a preços mais acessíveis ao consumidor, acaba por ser uma forma de não desperdício, permitindo, ao mesmo tempo, evitar que novas peças sejam produzidas em elevadas quantidades.

Em traços gerais, a indústria da Moda, à qual está inerente a do vestuário, é uma das mais importantes do Mundo, devido à sua criatividade e enorme produção, ultrapassando em muito a indústria cinematográfica, livreira e discográfica, entre outras⁷². Desta forma, não podemos deixar de notar que a indústria têxtil é tida como uma das atividades que mais atenta contra o meio ambiente, devido aos resíduos que produz e aos altos consumos de água, energia e químicos que emprega no fabrico de peças de vestuário⁷³, ao mesmo tempo, também, que tem de se adaptar a novas práticas e modelos de produção que vão ao encontro de um desenvolvimento e de uma convivência cada vez mais sustentável⁷⁴.

Ora, sempre que um consumidor adote uma estratégia de compra de peças de vestuário mais antigas, está a contribuir para uma poupança de energia, redução de consumíveis e acessórios. Peças que não são desperdiçadas menos impacto terão no ambiente, garantindo uma melhor qualidade do mesmo. Aproveitando (ou reaproveitando) o que já está disponível, o vendedor pode satisfazer as necessidades do consumidor, com um custo, na maior parte dos casos, mais baixo, evitando que grandes quantidades de peças sejam colocadas ao abandono e que haja um aumento dos resíduos ambientais.

71 Cfr. CARVALHO, J. M.: *Manual*, cit., p. 146.

72 Cfr. OLIVEIRA, T.: *A Proteção Jurídica das Criações de Moda – Entre o Direito de Autor e o Desenho ou Modelo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 15.

73 Cfr. GÓMEZ-CANO, F. C. e PÉREZ GARCÍA, E.: "Responsabilidad social corporativa en el sector de la moda y el lujo", in AA.VV.: *Fashion Law (Derecho de La Moda)* (Director E. ORTEGA BURGOS, Coord. por M. E. ALONSO-MUÑUMER, P. E. MORA-FIGUEROA, J. FERNÁNDEZ-LASQUETTY QUINTANAM e A. NOVOA MENDOZA), Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2018, pp. 445-465.

74 Cfr. ABREU, L. C.: "Os Princípios do Direito da Moda e sua relevância na Construção e Autonomia de uma nova Disciplina Jurídica", in AA.VV.: *Direito da Moda* (coord. por L. C. ABREU e F. P. COUTINHO), Vol. I, Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito – Cedis, Centro de I&D Sobre Direito e Sociedade, Lisboa, 2019, pp. 13-16.

É ainda importante frisar que o consumidor deve ver assegurados os seus direitos, pelo que uma legislação de incentivo ao (re)aproveitamento e promoção de campanhas de sensibilização junto dos consumidores apresenta-se como um desafio.

Não será de todo de afastar que o direito de arrependimento pode, também, ser útil para pôr cobro a determinadas situações de produtos que alegadamente são publicitados como amigos do ambiente, mas que no fundo não passam de meras campanhas de *marketing* para induzir o consumidor em erro. Por outro lado, não podemos ignorar que muitos consumidores, hoje em dia, optam por comprar bens e produtos que sejam menos lesivos ao ambiente como uma forma de ter um papel ativo na sustentabilidade.

Também é muito importante referir, tal como expressa Sandra Passinhas, que “o consumo pode ser também uma forma de compromisso com a vida política, quando as pessoas encaram as suas escolhas de mercado como formas de actuação e expressão política, como formas de pressionar uma determinada mudança social. No consumo político, as escolhas são baseadas em atitudes e valores fundados na justiça e na equidade, e através delas os cidadãos assumem a responsabilidade de contribuir para modificar a vida político-social. São expressões desta micropolítica os boicotes ou os buycotts, mas também as microdecisões do comércio justo, o consumo verde ou responsável e, até, o anticonsumismo”⁷⁵.

Desta forma, pode colocar-se em questão se os consumidores devem ter a informação acerca de onde, em que condições e como os bens foram fabricados. Isto para tomarem decisões conscientes e para chamarem a atenção e colocarem fim a determinadas situações lesivas dos direitos humanos⁷⁶.

Porém, acontece que determinadas empresas levam a crer que os seus produtos e bens são os mais benéficos para o ambiente, quando na realidade não há qualquer referência ao processo de fabricação, aos produtos e químicos utilizados ou ao método de transporte, que podem ser extremamente nocivos para o ambiente. Nestas alegações ambientais, podemos cair nas práticas de *greenwashing*, *ecobranqueamento* ou *branqueamento ecológico*⁷⁷, podendo

75 PASSINHAS, S.: *Propriedade*, cit., pp. 38-39.

76 Vide SILVA, M. M. O.: “A Exploração Laboral no Setor Têxtil e o Direito do Consumidor à Informação: Que Convergência?”, *Revista Electrónica de Direito*, núm. 2, Vol. 25, 2021, pp. 336-357, disponível em https://cij.up.pt/client/files/0000000001/13-maria-miguel-silva_1749.pdf, última consulta em 10-06-2024.

77 Para uma abordagem às práticas de *greenwashing*, vide, entre todos, SILVA, D.: “O Combate ao *greenwashing* na União Europeia”, in AA.VV.: *VII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas* (coord. por A. SILVEIRA, C. A. CANO e R. G. LEAL), Pensamento Sábio – Associação para o conhecimento e inovação. Universidade do Minho. Escola de Direito, Braga, 2022, pp. 152-161; BLADT, D., CAPELLEVEEN, G. V. e YAZAN, D. M.: “The influence of *greenwashing* practices on brand attitude: A multidimensional consumer analysis in Germany”, *Business Strategy and the Environment*, núm. 10, 2023, pp. 597-625.

o consumidor cair numa prática comercial desleal⁷⁸, e podendo o direito de arrependimento ser um instrumento para se desvincular dos contratos celebrados sob uma prática comercial desleal⁷⁹.

Podemos tomar em linha de conta o seguinte exemplo: Anita preocupa-se com as questões ambientais e faz um esforço consciente para comprar produtos respeitadores do ambiente e produzidos em condições justas. Assim, no passado mês de fevereiro de 2024, Anita comprou à empresa “Bem Estar e Comodidade, Lda.”, através do seu sítio na Internet, um aspirador que era descrito como “respeitador do ambiente”, sendo apresentado nas suas características como um aspirador “green power” que permite poupar 80% de eletricidade, garantindo uma elevada potência e os mesmos resultados de limpeza de um aspirador de 2400 W.

Anita, convencida pela “Bem Estar e Comodidade, Lda.” de que estava a fazer a escolha mais ecológica possível, ficou muito surpreendida ao receber em sua casa o aspirador e ao verificar que, na sua descrição, o mesmo apenas tinha a cor verde, era um aspirador normal de 2400 W e não correspondia ao anunciado, ou seja, não era um bem “respeitador do ambiente”. Anita sentiu-se defraudada.

Neste contexto e hipótese que apresentamos, a consumidora, estando dentro do prazo legal ou convencional do direito de arrependimento, pode exercê-lo como uma forma de recusar o produto que em nada é amigo do ambiente. Além disso, o direito de arrependimento pode ser uma forma de combate a práticas abusivas e lesivas para a sustentabilidade ambiental⁸⁰.

Em suma, hoje, mais que nunca, é importante saber o que consumimos e em que quantidades, bem como as questões associadas à sua produção ou fabrico, por exemplo. É de extrema relevância que os consumidores sejam sensibilizados para tudo aquilo que envolve a sua produção. Muitos dos processos põem em causa a qualidade ambiental, com a sua excessiva emissão de químicos ou energia elétrica.

O consumidor atual é mais conhecedor da realidade, sabendo de antemão que muito daquilo que consumimos envolve tecnologias, equipamentos e químicos, entre outros, que se refletem na qualidade ambiental. Por isso, sentem necessidade

78 Cfr. CARRASCO PERERA, A.: “Práticas comerciales desleales”, in AA.VV.: *Derecho de Consumo – Materiales, Fundamentos, Aplicaciones* (coord. por A. CARRASCO PERERA), Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2023, p. 188.

79 Cfr. CASADO NAVARRO, A.: *Consecuencias negativas de las prácticas desleales contra los consumidores – Relaciones entre el derecho contractual de consumo y el derecho de la competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 86.

80 Neste sentido vide JORDA CAPITÁN, E. R.: *La Perspectiva de la Discapacidad, de Género y de la Sostenibilidad Ambiental en la Protección de las Personas Consumidoras en el Comercio Electrónico*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 161 e 162.

e o direito de estarem informados e, ao mesmo, compete às instâncias da União Europeia e nacionais, ou mesmo internacionais, sensibilizar os consumidores para tal. É um dever destes, mas um direito que assiste aos próprios consumidores.

Embora a tecnologia se tenha revelado de extrema importância no desenvolvimento de novos produtos e no acesso dos cidadãos à informação sobre os mesmos, é importante legislar e aplicar medidas de proteção ambiental que garantam a sustentabilidade do mesmo e que não ponham em causa os direitos dos consumidores.

Sendo certo que a sociedade atual é uma sociedade de consumo, não só de bens essenciais, mas também de tecnologia, é imprescindível que os novos mecanismos tecnológicos emergentes se ajustem às necessidades dos consumidores. Com o mundo em constante avanço tecnológico, com a produção em massa e um consumo de elevado nível, eis o desafio de garantir uma qualidade e sustentabilidade de toda a envolvente, nomeadamente a ambiental⁸¹.

É importante refletir e estudar cientificamente a forma de garantir uma evolução positiva, um consumo moderado, ainda que isso implique mudanças legislativas ou, até, acordos e políticas comuns internacionais. Mas certamente que muito do que deve ser feito passa por mudanças e hábitos comportamentais de todos.

Consumir moderadamente, de acordo com as necessidades, incentivar a políticas de não desperdício e legislar adequadamente são algumas das questões em aberto e que devem merecer atenção por parte dos legisladores.

Em todo o caso, há muito por fazer, sendo imprescindível a tomada de consciência de todos, da opinião pública em geral, dos operadores económicos e dos cientistas, nomeadamente geógrafos, biólogos, sociólogos, economistas e juristas, sobre a necessidade de lutar contra tais problemas e de os tentar resolver. Isto porque a complexidade dos fenómenos ambientais, aliada às consequências, previsíveis e imprevisíveis, da ação humana, exige uma ação estatal cientificamente fundada, assente numa responsabilidade projetada no futuro.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O direito do consumo leva-nos, hoje, a refletir sobre o seu papel e qual a função que pode desempenhar na sustentabilidade ambiental. É consabido que as questões em torno do ambiente têm despertado de forma ativa a opinião pública

81 Vide CAPOBIANCO, E.: "Il New Deal For Consumers", in AA.VV.: *Mercato Digitale e Tutela dei Consumatori Prove di Futuro* (coord. por G. GRISI e S. TOMMASI), G. Giappichelli Editore, Torino, 2023, pp. 111-124.

mundial, talvez por força do aquecimento global e, também, pelas conclusões práticas que se puderam tirar da experiência do confinamento da Covid-19.

Como tal, o direito do consumo deixa de estar associado apenas ao nível de proteção individual do consumidor, mas alerta, também, para uma dimensão mais coletiva. Isto porque estamos a viver perante a necessidade de novas adaptações a padrões de consumo, norteados por uma maior exigência e preocupação ambiental.

O consumidor é chamado a ter um comportamento ativo e pró-ativo perante os desafios que se colocam à sustentabilidade ambiental e, inerente a isso, a toda a economia circular.

A utilização cada vez mais frequente das novas tecnologias para a aquisição de bens e serviços pelos consumidores, além de ter facilitado e aumentado a contratação de bens e serviços por parte dos consumidores, tem levado a um aumento de decisões precipitadas e irrefletidas, algumas por falta de informação ou mesmo informação que não corresponde à verdade. Nestas circunstâncias, o direito de arrependimento é um meio de reação e de tutela para o consumidor.

O direito de arrependimento pode apresentar duas realidades distintas: uma prejudicial ao ambiente e uma outra de combate a práticas prejudiciais à sustentabilidade ambiental. Todavia, podemos considerar que, nos tempos hodiernos mais de que nunca, o direito de arrependimento pode ter um papel fundamental no combate a práticas nocivas e atentatórias ao meio ambiente, sendo este um meio de alerta para a sociedade contemporânea.

Por isso, enfrentar os desafios do futuro é assumir integralmente as prerrogativas do processo da globalização, coisa que funciona como um alerta para a mutabilidade que nos levará à descoberta de novos modelos. Estes mesmos modelos deverão ir ao encontro das necessidades dos consumidores, assegurando os seus direitos enquanto tais. Por outro lado, não devem colocar em causa a qualidade de vida, em particular, a que diga respeito às questões ambientais.

À guisa de resposta, em torno do consumo e da sustentabilidade ambiental, podemos concluir que é certamente preciso incentivar hábitos, mas ao mesmo tempo repensar políticas. Assim, nestes tempos de preocupações ambientais, é imperioso deixar um rasto de confiança para um futuro que seja possível de gerir.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, J. M. C.: *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.

ABREU, L. C.: “Os Princípios do Direito da Moda e sua relevância na Construção e Autonomia de uma nova Disciplina Jurídica”, in AA.VV.: *Direito da Moda* (coord. por L. C. ABREU e F. P. COUTINHO), Vol. I, Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito – Cedis, Centro de I&D Sobre Direito e Sociedade, Lisboa, 2019, pp. 11-32.

ALARCÃO, R.: “Contrato, Democracia e Direito – Um Esboço”, in AA.VV.: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues* (coord. por J. F. DIAS, I. CABRAL, T. P. BELEZA e E. P. FERREIRA), Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 9-22.

ALMEIDA, A. R.: *A Autonomia Jurídica da Denominação de Origem – Uma Perspectiva Transnacional – Uma Garantia de Qualidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

ALMEIDA, C. F.: *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982.

ALMEIDA, C. F.: *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005.

ALMEIDA, C. F.: “Código Civil de 1966: notas comparativas sobre o direito dos contratos e das obrigações”, in AA.VV.: *Código Civil de 1966: Novos Desafios – Comemorações dos 50 anos do Código Civil* (coord. por A. S. S. GONÇALVES, C. A. DIAS, I. M. CAMPOS, J. A. SILVA, P. JERÓNIMO e S. MOREIRA), Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017, pp. 359-374.

ALMEIDA, C. P.: “Direito Penal do Consumo – Algumas Questões”, in AA.VV.: *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* (coord. por L. M. LEITÃO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 255-278.

ALMEIDA, S.: “A tutela e a capacitação do consumidor para a transição ecológica: linhas gerais do quadro europeu e seus reflexos no ordenamento luso”, in AA.VV.: *Novo Liber Amicorum Mário Frota – Sempre a Causa dos Direitos dos Consumidores* (coord. R. ATAÍDE e S. ALMEIDA), Almedina, Coimbra, 2023, pp. 825-857.

ÁLVAREZ MORENO, M. T.: *La Protección Jurídica En La Contratación En General*, Reus, Madrid, 2015.

ÁLVAREZ MORENO, M. T.: “Contratos a Distancia y Fuera de Establecimiento”, in AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. por S. DÍAZ ALABART), 2.^a ed., Reus, Madrid, 2023, pp. 105-133.

AMORIM, A. C. A.: *Manuel de Direito da Publicidade*, 2.^a ed., Petrony, Lisboa, 2023.

ANDRADE, J. C. V.: "Os Direitos dos Consumidores Como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, núm. 78, 2002, pp. 43-64.

ANTUNES, A. F. M.: *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

ANTUNES, A. F. M.: *Alteração das Circunstâncias, Vulnerabilidade Negocial e Tutela da Parte Lesada*, Almedina, Coimbra, 2024.

ANTUNES, J. A. E.: *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009.

ANTUNES, J. E.: "O Direito da Publicidade", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCIII, Tomo II, 2017, pp. 771-848.

ANTUNES, J. E.: "O Conceito de Consumidor", *Revista de Direito Civil*, núm. 4, 2018, pp. 771-796.

ANTUNES, J. E.: *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019.

ANTUNES, J. E.: "Os Contratos fora de estabelecimento", in AA.VV.: *Estudos de Direito do Consumo* (coord. por R. P. C. M. ATAÍDE, F. R. ROCHA e V. P. FIDALGO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 767-775.

ANTUNES, J. E.: "A Compra e Venda de Consumo", *Revista de Direito Civil*, núm. 3, 2023, pp. 495-543.

ARAGÃO, A.: "Direito do Desconsumidor", in AA.VV.: *Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP* (coord. por H. MOTA, J. F. COUTINHO, M. R. GUIMARÃES, M. P. VASCONCELOS, P. T. DOMINGUES e R. T. PEDRO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 9-40.

ATAÍDE, R. P. C. M.: *Direito da Responsabilidade Civil*, Gestlegal, Coimbra, 2023.

ATAÍDE, R. P. C. M.: *Direito das Obrigações*, Vol. II, Gestlegal, Coimbra, 2024.

BARATA, C. L.: "Contratos Celebrados fora de Estabelecimento Comercial", *Revista de Direito Civil*, núm. 4, 2016, pp. 861-919.

BARATA, C. L.: "Direito de Livre Desvinculação do Consumidor", *Estudos de Direito do Consumo* (coord. por R. P. C. M. ATAÍDE, F. R. ROCHA e V. P. FIDALGO), Vol. II, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 707-765.

BARBOSA, M. M.: *A dignidade da Pessoa – A fundamentação do jurídico, a (re) compreensão do direito à luz do dever e o bloqueio da simples aspiração*, Gestlegal, Coimbra, 2024.

BLADT, D., CAPELLEVEEN, G. V. e YAZAN, D. M.: "The influence of greenwashing practices on brand attitude: A multidimensional consumer analysis in Germany", *Business Strategy and the Environment*, núm. 10, 2023, pp. 597-625.

BRANDÃO, N.: *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, Coimbra, 2016.

BROWN, S.: "European Regulation of Consumer Credit: Enhancing Consumer Confidence and Protection From a UK Perspective?", in AA.VV.: *Consumer Credit, Debt And investment In Europe* (coord. por J. DEVENNEY e M. KENNY), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 56-83.

BRUNAU, G.: "La protection dépendante du contexte contractuel", in AA.VV.: *Les Contrats de Consommation Règles Communes* (coord. por J. GHESTIN), 2.^a ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 505-707.

CABALLERO LOZANO, J. M.: "El Desistimiento Unilateral Del Contrato", in AA.VV.: *Derecho de Obligaciones y Contratos – En Homenaje al Professor Ignacio Serrano García* (coord. por E. MUÑIZ ESPADA), La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 301-338.

CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CAPOBIANCO, E.: "Il New Deal For Consumers", in AA.VV.: *Mercato Digitale e Tutela dei Consumatori Prove di Futuro* (coord. por G. GRISI e S. TOMMASI), G. Giappichelli Editore, Torino, 2023, pp. 111-124.

CARDOSO, E.: *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CARDOSO, E.: *Lei de Defesa do Consumidor – Comentada e Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

CARRASCO PERERA, A.: "Práticas comerciais desleais", in AA.VV.: *Derecho de Consumo – Materiales, Fundamentos, Aplicaciones* (coord. por Á. CARRASCO PERERA), Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2023, pp. 175-192.

CARTWRIGHT, P.: "The consumer image within EU Law", in AA.VV.: *Research Handbook on EU Consume Rand Contract Law* (coord. por C. TWIGG-FLESNER), Edward Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 199-220.

CARVALHO, J. M., "O Serviço Público Essencial de Telefone Móvel – Ac. Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2010, de 3.12.2009, Proc. 216/09", *Cadernos de Direito Privado*, núm. 34, 2011, pp. 37-54.

CARVALHO, J. M.: "Reflexão Sobre as Normas Imperativas", in AA.VV.: *Liber Amicorum Manuel Simas Santos* (coord. por A. P. PITON e A. T. CARNEIRO), Rei dos Livros, Lisboa, 2016, pp. 741-761.

CARVALHO, J. M. e FERREIRA, J. P. P.: "Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial", in AA.VV.: *I Congresso de Direito do Consumo* (coord. por J. M. CARVALHO), Almedina, Coimbra, 2016, pp. 95-113.

CARVALHO, J. M.: "Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação", in AA.VV.: *Estudos de Direito Bancário I* (coord. por A. M. CORDEIRO, J. C. GOMES, M. B. BASTOS e A. A. LEAL), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 297-329.

CARVALHO, J. M.: "Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português", *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 20, núm. 2, 2019, pp. 63-87, disponível em https://cij.up.pt/client/files/0000000001/4-artigo-jorge-morais-carvalho_1213.pdf, última consulta em 10-06-2024.

CARVALHO, J. M. e FARINHA, M.: "Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771", *Revista de Direito e Tecnologia*, núm. 2, 2020, pp. 257-270.

CARVALHO, J. M.: *Manual de Direito do Consumo*, 8.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.

CARVALHO, J. M.: *Compra e Venda e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – Anotação ao Decreto-Lei 84/2021, de 18 de outubro*, Almedina, Coimbra, 2022.

CARVALHO, M. M.: *A Marca Enganosa*, Almedina, Coimbra, 2010.

CASADO NAVARRO, A.: *Consecuencias negociales de las prácticas desleales contra los consumidores – Relaciones entre el derecho contractual de consumo y el derecho de la competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

CASTILIA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores – Estudio de la Directiva (EU) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Aranzadi, Cizur Menor – Navarra, 2021.

CONDESSO, F. R.: *Direito do Ambiente – Ambiente e Território. Urbanismo e Reabilitação Urbana*, com a colaboração de Ricardo Alexandre Azevedo dos Reis Condessó, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.

CORDEIRO, A. M.: "Da Natureza Civil do Direito do Consumo", in AA.VV.: *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (coord. por

D. M. VICENTE, J. MIRANDA e L. L. PINHEIRO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 675-711.

CORDEIRO, A. M.: *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017.

CORDEIRO, A. M. e CORDEIRO, A. B. M.: *Direito Bancário*, Vol. I, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023.

CORVO LÓPEZ, F. M.: "Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 118-169.

COSTA J. F. e SOUSA, S. A.: "A interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: reflexão a propósito dos bens alimentares perigosos para a saúde e vida humanas. Anotação ao Acórdão do TRC de 2 de Maio de 2007", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 144, núm. 3990, 2015, pp. 198-215.

COSTA, M. M.: "Sobre o princípio do equilíbrio contratual no Direito privado português", *Cadernos de Direito Privado*, núm. 83, 2023, pp. 32-49.

CRISTOFARO, G. e FRANCESCHI, A.: *Consumer Sales In Europe – After The Implementation Of The Consumer Rights Directive*, Intersentia, Cambridge, 2016.

CRISTOFARO, G.: *Diritto Italiano Ed Europeo Dei Consumatori – Studi*, Cedam – Wolters Kluwer, Milano, 2024.

DIAS, A. S.: "Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, núm. 4, 1998, pp. 515-592 e (continuação) núm. 9, 1999, pp. 45-84.

DUARTE, R. P.: *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017) – Uma Apresentação*, Almedina, Coimbra, 2018.

DUIVENVOORDE, B. B.: *The Consumer Benchmarks In The Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, Heidelberg - New York - Dordrecht - London, 2015.

FALCÃO, D.: "Análise à nova Lei das Garantias: DL 84/2021, de 18 de outubro", *Revista da Ordem dos Advogados*, núm. 81, 2021, pp. 493-541.

FALCÃO, D.: *Lições de Direito do Consumo*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023.

FALCÃO, P.: *Novos Estudos Sobre Serviços Públicos Essenciais*, Petrony, Lisboa, 2018.

FARIA, J. R.: *Direito das Obrigações*, atualizada e ampliada por M. P. VASCONCELOS e R. T. PEDRO, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2023.

LARROSA AMANTE, M. A.: *El Derecho de Desistimiento en La Contratación de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LECZYKIEWICZ, D. e WEATHERILL, S.: "The Images of the Consumer in EU Law", in AA.VV.: *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (coord. por D. LECZYKIEWICZ e S. WEATHERILL), Hart Publishing, Oxford and Portland - Oregon, 2016, pp. 1-19.

LEITÃO, A. M.: *Direito do Consumo*, AAFDL, Lisboa, 2023.

LEITÃO, L. M. T. M.: "A Revisão do Regime das Práticas Comerciais Desleais", in AA.VV.: *I Congresso de Direito do Consumo* (coord. por J. M. CARVALHO), Almedina, Coimbra, 2016, pp. 73-94.

LEÓN ARCE, A.: "El Consumo Como Realidade Social, Económica Y Jurídica", in AA.VV.: *Derecho de Los Consumidores y Usuarios – Doctrina, Normativa, Jurisprudencia, Formularios* (coord. por L. M. GARCÍA GARCÍA), Tomo I, 3.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 51-125.

LIZ, J. P.: *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Editorial Notícias, Lisboa, 1999.

GAC-PECH, S. L.: *Droit de La Consommation*, Dalloz, Paris, 2017.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: "Derecho de Desistimiento", in AA.VV.: *La Defensa de Los Consumidores y Usuarios* (coord. por M. REBOLLO PUIG e M. IZQUIERDO CARRASCO), Iustel, Madrid, 2011, pp. 1217-1306.

GARCÍA GOLDAR, M.: "Plataformas para el subministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones de la Directiva (EU) 770/2019", in AA.VV.: *Plataformas Digitales: Aspectos Jurídicos* (coord. por A. L. MARTÍNEZ NADAL), Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2021, pp. 83-113.

GARCIA, M. G. F. P. D.: *O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2007.

GATTA SÁNCHEZ, D. F.: "Sistema Normativo, Competencias y Organización Administrativa en Materia de Consumo: Unión Europea, Estado y Comunidad de Castilla y León", in AA.VV.: *Estudios Sobre Consumo* (coord. por M. I. SÁNCHEZ BARRIOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 117-164.

GOANTĂ C.: *Convergence In European Consumer Sales Law – A Comparative And Numerical Approach*, Intersentia, Cambridge, 2016.

GOMES, C. A. e LEONG, H. C.: *Introdução ao Direito do Ambiente*, 6.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2023.

GÓMEZ-CANO, F. C. e PÉREZ GARCÍA, E.: "Responsabilidad social corporativa en el sector de la moda y el lujo", in AA.VV.: *Fashion Law (Derecho de La Moda)* (Director E. ORTEGA BURGOS, Coord. por M. E. ALONSO-MUÑUMER, P. E. MORA-FIGUEROA, J. FERNÁNDEZ-LASQUETTY QUINTANAM e A. NOVOA MENDOZA), Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2018, pp. 445-465.

GONÇALVES, L. C.: *Manual de Direito Industrial*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2024.

HUALDE MANSO, T.: *Del Consumidor Informado al Consumidor Real – El Futuro del Derecho de Consumo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2016.

ILIEVA, M.: *La protection des consommateurs et les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2021.

JORDÁ CAPITÁN, E. R.: *La Perspectiva de la Discapacidad, de Género y de la Sostenibilidad Ambiental en la Protección de las Personas Consumidoras en el Comercio Electrónico*, Dykinson, Madrid, 2021.

JULIEN, J.: *Droit de La Consommation*, 2.^a ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017.

KÖTZ, H.: FAUVARQUE-COSSON, B. e GALBOIS-LEHALLE, D., *Droit Européen des Contrats*, Sirey - Dalloz, Paris, 2020.

MAGALHÃES, D.: "O interdictum quod vi aut clam, uma proteção racional do meio ambiente", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XCVI, Tomo I, 2020, pp. 213-239.

MARTINEZ, P. R.: *Da Cessação do Contrato*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.

MARTINS, A. S.: "A Transposição da Directiva Sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março", in AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (coord. por R. P. DUARTE, M. T. ALMEIDA, A. CRISTAS e J. L. FREITAS), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 569-585.

MELIM, M. M. e ROSÁRIO, R.: "Proteção Penal do Consumidor", in AA.VV.: *Estudos de Direito do Consumo* (coord. por R. P. C. M. ATAÍDE, F. R. ROCHA e V. P. FIDALGO), Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 425-450.

MICKLITZ, H. W.: "A General Framework Directive on Fair Trading", *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices – Contract, Consume and Competition Law Implications* (coord. por Hugh Collins), Kluwer Law International, The Hague, 2004, pp. 43-90.

MIRANDA, J.: "Anotação ao art. 60.º da Constituição", *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* (coord. por A. M. LEITÃO), Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 25-34.

MIRANDA, J. e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.

MIRANDA, J.: "O direito do consumo na constituição portuguesa", in AA.VV.: *Estudos de Direito do Consumo* (coord. por R. P. C. M. ATAÍDE, F. R. ROCHA e V. P. FIDALGO), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 433-443.

MONTE, M. F.: *Da Protecção Penal do Consumidor – O Problema da (des) criminalização no incitamento ao consumo*, Almedina, Coimbra, 1996.

MONTEIRO, A. P.: *Direito Comercial – Contratos de Distribuição Comercial*, 3.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009.

MONTEIRO, A. P.: "Breve Nótula Sobre a Protecção do Consumidor na Jurisprudência Constitucional Portuguesa", in AA.VV.: *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado* (coord. por I. W. SARLET, J. NEUNER e A. P. MONTEIRO), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 293-304.

MORAIS, F. G.: *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei N.º 133/2009*, Almedina, Coimbra, 2009.

MORAIS, F. G.: "Mecanismos mais relevantes de proteção do consumidor a crédito", in AA.VV.: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito* (coord. por A. S. GONÇALVES, A. R. MENDES, D. M. VICENTE, M. F. GOUVEIA, R. M. RAMOS e V. P. NEVES), Vol. II, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 349-367.

NAVAIS, J. C.: "O Estatuto Constitucional dos Consumidores", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 138, núm. 3954, 2009, pp. 137-156.

NEWMAN RODRÍGUEZ, S.: "Directiva 2005/29/CE Sobre Práticas Comerciales Desleales: La Protección de Los Consumidores En Europa", *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 2, 2009, pp. 33-111.

OLIVEIRA, A. P.: *Desvinculação Programada do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2021.

OLIVEIRA, N. M. P.: “O direito europeu da compra e venda 20 anos depois Comparação entre a Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, e a Directiva 2019/771/UE, de 20 de maio de 2019”, *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 1217-1376, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, última consulta em 10-06-2024.

OLIVEIRA, N. M. P.: *Contrato de Compra e Venda – Introdução, Formação do Contrato*, Vol. I, Gestlegal, Coimbra, 2021.

OLIVEIRA, T.: *A Proteção Jurídica das Criações de Moda – Entre o Direito de Autor e o Desenho ou Modelo*, Almedina, Coimbra, 2019.

PAIS, S. P.: “O Critério do Bem-Estar dos Consumidores no Contexto da Renovação do Direito Comunitário da Concorrência”, in AA.VV: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (coord. por R. P. DUARTE, M. T. ALMEIDA, A. CRISTAS e J. L. FREITAS), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 587-627.

PASSINHAS, S.: *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2017.

PASSINHAS, S.: “O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal”, *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 1463-1528, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, última consulta em 10-06-2024.

PASSINHAS, S.: “A Propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor*, núm. 13, 2017, pp. 107-211.

PELLIER, J. D.: *Droit de la Consommation*, 2.^a ed., Dalloz, Paris, 2018.

PEREIRA, J. B.: *Contratos Bancários*, Almedina, Coimbra, 2023.

PICOD, Y.: *Droit de la Consommation*, 4.^a ed., Sirey, Paris, 2018.

PIEDELÈVRE, S.: *Droit de La Consommation*, Economica, Paris, 2008.

PINTO, P. M.: “Venda de bens de consumo – apontamento sobre a transposição da Diretiva (UE) 2019/771 e o Direito Português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, núm. 17, 2021, pp. 511-561.

PRATA, A.: *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2021.

PRATA, A.: *Lições de Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2024.

PROENÇA, J. C. B.: “A Desvinculação não Motivada nos Contratos de Consumo: um verdadeiro direito de resolução?”, in AA.VV: *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 173-220.

PROENÇA, J. C. B.: *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 4.^a ed., UCP Editora, Lisboa, 2023.

REBELO, F. N.: “O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico da Protecção do Consumidor”, in AA.VV: *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier* (coord. por A. J. M. P. MONTEIRO), Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 571-617.

REYES LÓPEZ, M. J.: *Manual de Derecho Privado de Consumo*, 3.^a ed., La Ley, Madrid, 2022.

RODRIGUES, A. A.: *Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade – Uma Análise ao Regime das Diretivas 2019/770 e 2019/771*, AAFDL, Lisboa, 2021.

RODRIGUES, A. A.: *Manual Prático do Consumidor*, AAFDL, Lisboa, 2024.

SANDE MAYO, M. J.: “La evolución del concepto de consumidor en el ordenamento interno y comunitário”, *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. I, 2018, pp. 119-152.

SANTOS, M. B.: *De Freguês a Consumidor – 70 Anos de Sociedade de Consumo – História da Defesa do Consumidor em Portugal*, Nexø, Alcochete, 2015.

SANTOS, M. B.: *Sociedade de Consumo e Consumidores em Portugal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2023.

SCHÜLLER, B.: “The Definition Of Consumers In EU Consumer Law”, in AA.VV.: *European Consumer Protection – Theory And Practice*, Edited by James Devenney and Mel Kenny, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 123-142.

SILVA, D.: “O Combate ao greenwashing na União Europeia”, in AA.VV.: *VII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas* (coord. por A. SILVEIRA, C. A. CANO e R. G. LEAL), Pensamento Sábio – Associação para o conhecimento e inovação. Universidade do Minho. Escola de Direito, Braga, 2022, pp. 152-161.

SILVA, J. C.: "A Publicidade na Formação do Contrato", in AA.VV.: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 687-711.

SILVA, J. C.: *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, Tomo I, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013.

SILVA, J. P.: *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018.

SILVA, M. M. O.: "A Exploração Laboral no Setor Têxtil e o Direito do Consumidor à Informação: Que Convergência?", *Revista Electrónica de Direito*, núm. 2, Vol. 25, 2021, pp. 336-357, disponível em https://cij.up.pt/client/files/00000000001/13-maria-miguel-silva_1749.pdf, última consulta em 10-06-2024.

SILVA, P. S.: in AA.VV.: *Código da Propriedade Industrial Anotado* (coord. por L. C. GONÇALVES), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 1209-1210.

SOUSA, D.: "A concorrência desleal e o uso da marca", *Revista de Direito Civil*, núm. 1, 2021, pp. 153-203.

SOUSA, S. A.: *A Responsabilidade Criminal Pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal – Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

VASCONCELOS, L. M. P.: *Direito Bancário*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.

VARELA, J. M. A.: *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.^a ed., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2004.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Acórdão do Supremo do Tribunal de Justiça de 15-05-2003, Processo núm. 03B1015, Relator Abílio Vasconcelos, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 05-06-2024.

Acórdão do Supremo Tribunal Justiça de 27-05-2008, Processo núm. 08A1104, Relator Paulo Sá, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 05-06-2024.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-10-2011, Processo núm. 1097/04.0TBLL.EI.SI, Relator Moreira Alves, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 05-06-2024.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24-03-2015, Processo núm. 7002.II.OTBOER.LI.SI, Relator Gregório Silva Jesus, *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo I, 2015, pp. 167-173.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-07-2017, Processo núm. 1199/16.0Y5LSB-3, Relator A. Augusto Lourenço, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 05-06-2024.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-03-2024, Processo n.º 236/23.6YUSTR.LI-PICRS, Relator Paulo Registo, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 05-06-2024.

OUTROS DOCUMENTOS

Comissão Europeia: “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões”, disponível em [www: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2020:98:FIN](http://www.https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2020:98:FIN), última consulta em 10-06-2024.

Comissão Europeia: “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Fechar o ciclo – plano de ação da EU para a economia circular”, COM/2015/0614 final, disponível em [www: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0614](http://www.http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0614), última consulta em 10-06-2024.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: “Nova Agenda do Consumidor – Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável” COM (2020) 696 final, disponível em [www: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696](http://www.https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696), última consulta em 10-06-2024.

Conselho Europeu: “European Green Deal”, disponível em [www: https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/](http://www.https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/), última consulta em 10-06-2024.

União Europeia: “Desenvolvimento Sustentável”, disponível em [www: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:sustainable_development](http://www.https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:sustainable_development), última consulta em 10-06-2024.

ANALISI CRITICA DELLA ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA
2014/17/UE

*CRITICAL ANALYSIS OF THE IMPLEMENTATION OF DIRECTIVE
2014/17/EU*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 876 -919

Errico CONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de septiembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Nell'economia e nei traffici giuridici i contratti di credito immobiliare hanno assunto un'importanza incontestabile, tanto da risultare essenziale una loro regolazione efficace, al fine principale di rendere stabile l'economia di un paese o di una regione. Tale esigenza è comune a tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, tanto che il legislatore comunitario ha imposto una serie di obblighi atti a garantire un regime giuridico sicuro, agile ed efficace. Con l'approvazione della Direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio (MCD - Mortgage Credit Direttiva) sui contratti di credito al consumo relativi a beni immobili residenziali, si è voluto dare risposta una urgente esigenza: costruire un mercato europeo comune e uniforme in materia di credito, più trasparente ed efficiente, in cui i consumatori hanno fiducia e sono effettivamente tutelati. È d'obbligo, quindi, l'analisi dell'attuazione della suddetta normativa eurounitaria nei vari Stati membri. Con la presente ricerca si intende indagare le modalità attuative della Direttiva MCD nell'ordinamento spagnolo.

PALABRAS CLAVE: Contratto; consumatore; credito immobiliare; garanzie; diritto europeo.

ABSTRACT: *In economics and in legal transactions, real estate credit contracts have assumed an indisputable importance, so much so that their effective regulation is essential, with the main aim of stabilizing the economy of a country or region. This necessity is common to all member States of the European Union, so the European legislator has imposed a series of obligations aimed at guaranteeing a safe, agile and effective legal regime. The approval of European Parliament and Council Directive 2014/17/EU (MCD - Mortgage Credit Directive) on consumer credit contracts relating to residential real estate, responds to this need: building a common and uniform European market in the credit matter, more transparent and efficient, in which consumers have confidence and are effectively protected. It is therefore mandatory to analyze the implementation of the aforementioned Euro-unitary legislation in the various Member States. This research is aimed at investigating the implementation methods of the MCD Directive in the Spanish legal system.*

KEY WORDS: Contract; consumer; real estate credit; warranties; european law.

SUMARIO.- I. I CONTRATTI DI CREDITO IMMOBILIARE AI CONSUMATORI NELLA LCCI.- II. L'AMBITO APPLICATIVO DELLA LCCI.- 1. Il campo applicativo soggettivo: i mutuatari.- 2. I garanti.- 3. I creditori professionali.- 4. Il campo applicativo oggettivo: immobili ad uso abitativo.- III. LA TUTELA DEL CONTRAENTE, IL CREDITO RESPONSABILE E OBBLIGHI INFORMATIVI.- 1. I principi in materia di relazioni con la clientela.- 2. Le piattaforme di documentazione come strumento di tutela del contraente debole.- 3. Il controllo sulla trasparenza materiale da parte del notaio nell'esecuzione dell'atto pubblico sui mutui ipotecari.- 4. Il controllo di legalità del notaio.- 5. L'educazione finanziaria.- 6. La valutazione del merito creditizio.- IV. LA QUESTIONE APERTA DELLE CLAUSOLE DI SPESA.

I. I CONTRATTI DI CREDITO IMMOBILIARE AI CONSUMATORI NELLA LCCI.

Ponendo l'attenzione in ottica comparatistica all'ordinamento spagnolo, è fondamentale partire dall'analisi di alcuni peculiari aspetti della Legge 5/2019 del 15 marzo che regola i contratti di credito immobiliare (di seguito indicata come LCCI).

Tale legge recepisce, sebbene solo in parte, la Direttiva 2014/17/UE del 4 febbraio sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, di cui si è ampiamente già trattato.

È importante evidenziare come, successivamente, sono stati emanati una serie di testi normativi a completamento e implementazione della disciplina: il Regio Decreto 309/2019 del 26 aprile, in attuazione parziale della stessa LCCI; l'ordinanza ECE/482/2019 del 26 Aprile e l'ordinanza modificativa EHA/1718/2010 dell'11 giugno, sulla regolamentazione e il controllo della pubblicità dei servizi e dei prodotti bancari.

Tuttavia, prima dell'adozione della LCCI non vi era propriamente un vuoto normativo in materia di mutui ipotecari richiesti da soggetti privati; infatti è da sottolineare come ancora oggi resta in vigore la legge 2/2009 del 31 marzo, che regola la contrattazione con i consumatori di servizi di credito e di intermediazione per la conclusione di contratti di prestito e credito e l'ordinanza EHA/2899/2011 del 28 ottobre sulla trasparenza e la tutela dei clienti nei servizi bancari, il cui contenuto è chiaramente in linea con quella che allora era la proposta di direttiva sui contratti di credito conclusi con i consumatori per beni immobili residenziali.

La presenza nell'ordinamento spagnolo di questi due principali atti legislativi non ha però esentato la Spagna dal recepimento della direttiva 2014/17/UE, anche

• Errico Conti

Doctorando en Ciencias Jurídicas, Università di Foggia, Foggia. E.mail: errico.conti@unifg.it

se, invece di limitarsi ad adattare le norme, il governo in vigore all'epoca il governo ha preferito presentare un progetto di legge, mantenendo la legge 2/2009, e ha rinviato ad una data successiva la riforma dell'ordinanza EHA/2899/2011¹.

La Spagna ha quindi seguito la strada di quei Paesi che hanno recepito la Direttiva utilizzando una legge particolare, anche se solo parzialmente.

Ciononostante, va evidenziato come il recepimento della Direttiva 2014/17/UE da parte dell'ordinamento spagnolo è stato eccessivamente tardivo e tortuoso². Infatti essa doveva essere in realtà recepita nell'ordinamento spagnolo nel marzo del 2016³; tuttavia, la LCCI è stata approvata solo il 15 marzo del 2019, pubblicata il giorno successivo ed entrata in vigore solo il 16 giugno dello stesso anno.

Oltretutto la legge 5/2019 è stata elaborata ed approvata in un contesto particolare⁴; difatti, negli ultimi anni lo stesso ordinamento spagnolo era stato oggetto di specifiche attenzioni da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in particolare in relazione alle pratiche ipotecarie e creditizie, sotto lo specifico profilo della trasparenza nei contratti, delle clausole abusive e degli obblighi informativi⁵. La recente crisi economica, poi, aveva portato l'insorgere di numerosi ricorsi pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, determinando una sfiducia nel sistema e nel mercato creditizio con un comportamento dei vari attori del mercato rivelatosi irresponsabile in quanto idoneo a far vacillare le fondamenta del sistema finanziario stesso, facendo venir meno la fiducia dei consumatori⁶.

- 1 Sul punto v. BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El deber de información y la obligación de evaluar a solvencia en el proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: consecuencias jurídicas de su incumplimiento", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales* (coord. da R. SÁNCHEZ LEIRA e L.VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ), Reus, Madrid, 2018, p. 180.
- 2 Tra gli studi sulla Direttiva v. DIAZ ALABART, S. e ALVAREZ MORENO, M.T.: "La Directiva 2014/17, de 4 de noviembre de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", in AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (coord. S. DIAZ ALABART), Reus, Zaragoza, 2015, p. 13; RONCERO SÁNCHEZ, A.: "La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios. Protección del (futuro) prestatario y desatención (actual) deudor hipotecario", in AA.VV.: *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario* (coord. M.A. ALCALA DIAZ), Dykinson, Madrid, 2014, p.41; TAPIA HERMIDA, A.J.: "L'armonización comunitaria de los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial: la Directiva 2014/17/UE", *RDBB*, 2014, n. 136, p. 338; ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2016, n. 17, p. 159.
- 3 È prevista l'imposizione di una elevata multa nel caso di difetto di recepimento della Direttiva 2014/17/UE; infatti, l'avvocato generale del CGUE, Evgeni Tanchev, ha proposto il 28 marzo 2019 l'imposizione alla Spagna di una multa di 105.991,60 euro per ciascun giorno di ritardo (v. <http://www.expansion.com/economia/politica/2019/03/28/5c9ca807e5fdea076d8b45ef.html>; ultima consulta il 29 marzo del 2019).
- 4 Sul punto v. JIMÉNEZ GALLEGU, C.: *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: continuidad y cambio*, Fundación Notariado, Madrid, 2021, p. 17.
- 5 Sul punto v. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 18.
- 6 MONTES RODRIGUEZ, M.P.: "La nueva reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y su ubicación en nuestro ordenamiento jurídico", in AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C. CASTILLO MARTÍNEZ), Wolters Kluwer España, Madrid, 2020, p. 879; PRATS ALBENTOSA, L.: "La directiva 2014/17, su traducción y su transposición al derecho español", in AA.VV.: *Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 19.

Dunque, alla luce dell'importanza del recepimento della direttiva per il mercato finanziario spagnolo e della gravità della crisi economica che attanagliava l'economia iberica, il ritardo nel recepimento nella legislazione nazionale è parso, a detta della dottrina, ancora più imperdonabile⁷.

Secondo alcuni, il motivo principale del ritardo nel recepimento di tale direttiva è ravvisabile nella instabilità politica spagnola del tempo: una prima bozza di legge era stata presentata da un governo conservatore che poi, indebolito, aveva lasciato il posto ad un governo socialista, che ha poi elaborato una seconda bozza. Queste sono le ragioni del tormentato processo di formazione della LCCI, legge emanata in un clima di confusione generato da mutamenti di governi di diversi⁸.

Nata in tale contesto, la Legge 5/2019 ha comunque il pregio di enunciare alcuni principi fondamentali in materia di trasparenza, di informazione precontrattuale, di attuazione notarile, di previa valutazione del merito creditizio, di commissioni e rimborso anticipato.

Secondo una parte della dottrina⁹, al contrario, la Direttiva 2014/17/UE è stata superflua per il diritto spagnolo; in quanto, seppur la LCCI miri ad essere e a presentarsi come il recepimento spagnolo della Direttiva 2014/17/UE, in realtà essa non costituisce in senso stretto né il recepimento della direttiva né delle sue finalità o istituti.

La LCCI sembrerebbe essere una legge fatta per risolvere alcuni problemi legati al sistema spagnolo del credito immobiliare, che vede nella Direttiva 2014/17/UE una mera occasione per produrre l'ennesima riforma di suddetto sistema.

A sostegno di tale orientamento si sono pronunciati anche la dottrina economica che individua come reale obiettivo della LCCI quello di "restituire ai contratti ipotecari spagnoli la sicurezza giuridica che hanno perso negli ultimi anni"¹⁰.

Dunque, le indicazioni della Direttiva 2014/17/UE avrebbero avuto poca importanza in Spagna, dove il vero problema era ed è quello della trasparenza materiale e delle clausole abusive, che talvolta non sono neppure menzionate nella Direttiva.

7 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific Characteristics of the Regulation of Real Estate Credit Agreements in Spain", in AA.VV.: *I contratti di credito immobiliare fra diritto europeo e attuazione nazionale* (a cura di A. ADDANTE e L. BOZZI), Cacucci Editore, Bari, 2022, p. 196.

8 Sul punto v. CARRASCO PERERA, A.: "Introducción", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 33.

9 Sul punto v. CARRASCO PERERA A.: "Introducción", cit., p. 35.

10 GARCÍA MONTALVO, J.: *Algunas consideraciones sobre la nueva ley hipotecaria*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2017, p. 11.

Secondo questo orientamento tutta una serie di questioni rilevanti nella direttiva non lo sarebbero nell'ordinamento spagnolo; basti pensare alla nuova valutazione della solvibilità, che era già stata introdotta in Spagna per il credito ipotecario nel 2011 anche se non aveva avuto una grande efficacia.

Le questioni più rilevanti in Spagna riguardano il ruolo del notaio, la trasparenza materiale, le "dichiarazioni" date al consumatore, l'abuso di alcune clausole vessatorie, il potere sanzionatorio, l'integrazione del contratto in presenza di clausole nulle, la scadenza anticipata.

Ciò detto, secondo un diverso orientamento, non si può condividere l'idea della superfluità della Direttiva 2014/17/UE nell'ordinamento spagnolo¹¹. Infatti, seppur va dato atto che il protrarsi della crisi spagnola del mercato creditizio e finanziario ha indubbiamente influenzato la redazione della prima bozza del disegno di legge sui contratti di credito immobiliare, è difficile affermare che la Direttiva 2014/17/UE non abbia avuto alcun impatto nell'ordinamento iberico. Non si può tralasciare che LCCI è una normativa che risponde agli obblighi comunitari della Spagna, derivanti dalla direttiva in esame e ne rappresenta il pieno recepimento, pur se, come altre leggi di attuazione dell'ordinamento eurounitario, si occupa anche di questioni che la legislazione precedente non aveva ancora risolto.

In ogni caso, le previsioni presenti nella LCCI sono generalmente norme imperative, che non possono essere oggetto di disposizione o di patto contrario tra le parti, salvo ove espressamente consentito (art. 3 LCCI).

Così come evidenziato¹², questa imperatività della LCCI sorprende per la generalità e perché da questa discende l'impossibilità di prevedere un patto contrario a beneficio del prestatore o del garante, ma anche l'impossibilità di prevederne uno persino a favore del consumatore.

Infatti, l'art 3 della LCCI prevede che sono nulli tutti quegli atti realizzati "in frode" alle previsioni della LCCI ed, in particolare, la preventiva rinuncia dei diritti riconosciuti ai debitori, ai garanti e agli ipotecari e agli altri garanti reali diversi dai debitori¹³.

La disciplina deve poi fare i conti con una peculiarità insita nell'ordinamento spagnolo ovvero la coesistenza di norme applicabili a livello statale e norme il cui

11 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 194.

12 Sul punto v. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos*, cit., p. 19.

13 Tale previsione è conforme con l'art. 6 del Codice Civile spagnolo e, in modo simile a quanto riconosciuto ai consumatori, all'art. 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 novembre con cui è stata approvata la Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti.

ambito di applicazione è limitato alle singole comunità autonome; ebbene, tale singolarità è presente anche nella disciplina dei contratti di credito immobiliare.

Infatti, va premesso che secondo l'art. 2 della Costituzione Spagnola¹⁴, quest'ultima si basa sulla indissolubile unità della Nazione spagnola, Patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto alla autonomia delle nazionalità e regioni che la compongono e la solidarietà fra tutte le medesime.

Quindi, specificità dell'ordinamento spagnolo è quello di essere uno Stato nel quale tutte le Comunità Autonome, secondo i loro Statuti, hanno competenza, per quel interessa in questa trattazione, in materia di consumo e, se previsto dagli Statuti, hanno finanche competenza a sviluppare le norme statali per la regolamentazione del credito e delle banche. In questa prospettiva, la LCCL riconosce espressamente all'art. 26.I (b) che le Comunità Autonome sono legittimate ad emanare disposizioni al fine di regolare il regime giuridico degli intermediari del credito immobiliare, dei loro rappresentanti designati e dei creditori immobiliari, fermo restando l'obbligo di rispettare la disciplina contenuta nella LCCL e nelle sue norme applicative.

Tuttavia, come pure evidenziato¹⁵, le competenze possono accrescersi poiché le Comunità Autonome che si avvalgono di tale potere regolatorio possono incidere anche sui diritti e sugli obblighi dei mutuatari-consumatori.

Ecco perché la Terza Disposizione Aggiuntiva della LCCL autorizza le Comunità Autonome a promuovere misure volte a incoraggiare, nei contratti di mutuo immobiliare, l'educazione dei consumatori sui rischi che possono derivare dalla sottoscrizione di prestiti e dalla gestione del debito, sui diritti dei singoli consumatori e le modalità per esercitarli, nonché sugli obblighi a carico degli istituti di credito, dei creditori, degli intermediari immobiliari e delle società di valutazione.

Tuttavia, si osserva che la pluralità di norme giuridiche applicabili, derivante dalla pluralità normativa delle Comunità Autonome, può avere come pericolosa conseguenza una divergenza di discipline foriera di deficit di protezione a carattere discriminatorio. Ebbene ciò deve essere evitato, soprattutto alla luce del principale obiettivo di questa nuova disciplina che è, appunto, la protezione dei contraenti più deboli.

In quest'ottica si inserisce la questione dell'informazione precontrattuale dei mutuatari al momento della conclusione dei mutui immobiliari; infatti le Comunità Autonome, pur essendo legittimate a emanare disposizioni in materia, in ogni caso

¹⁴ Cortes Generales, "BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO" núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, Referencia: BOE-A-1978-40003.

¹⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 197.

devono garantire, ai sensi della quinta disposizione aggiuntiva della LCCI, che la predetta informazione precontrattuale sia omogenea nell'interesse dell'unità del mercato affinché i consumatori possano valutare adeguatamente le differenze tra un'offerta e l'altra su tutto il territorio spagnolo.

Pertanto, le norme regionali delle Comunità Autonome devono comunque rispettare i modelli informativi standardizzati stabiliti dalle norme di base e non possono richiedere documentazione aggiuntiva che possa creare confusione nel mutuatario e falsare lo scopo delle norme di trasparenza di base¹⁶.

A tal riguardo occorre ricordare che queste competenze delle Comunità Autonome sono state più volte esercitate.

La prima Comunità Autonoma che ha esercitato queste competenze è stata l'Andalusia con la Legge 3/2016, del 9 giugno, a tutela dei consumatori e degli utenti che sottoscrivono mutui e crediti immobiliari, valutata da molti in modo positivo¹⁷. È successiva l'adozione, nell'esercizio di tali competenze, da parte della Comunità Autonoma di Madrid della Legge 1/2012, del 26 marzo, per la tutela dei diritti dei consumatori attraverso la promozione della trasparenza nei contratti, anche se poi impugnata davanti alla Corte Costituzionale¹⁸.

Diversamente accade in altre Comunità Autonome che regolano direttamente i rapporti giuridici tra imprenditori e consumatori, senza che sia evidente se siano competenti a farlo. È paradigmatico il caso della Comunità Autonoma della Catalogna.

Sul punto va premesso che l'art. 123 dello Statuto della Catalogna attribuisce alla stessa Comunità Autonoma la competenza esclusiva in materia di consumo. Inoltre, egualmente, va premesso che la competenza per la tutela dei diritti dei consumatori può anche derivare direttamente dall'obbligo delle Comunità Autonome di recepire le direttive, a condizione però che anche la materia comunitaria rientri nella competenza delle Comunità Autonome.

Su queste basi la Comunità Autonoma della Catalogna, ancora una volta, ha preceduto lo Stato Spagnolo, approvando la legge 20/2014, del 29 dicembre,

16 Secondo alcuni la norma attributiva di competenze alle Comunità Autonome in questo settore sarebbe una norma infelice, considerando il regime di informazione precontrattuale stabilito nella LCCI non come una legislazione primaria che le Comunità Autonome potrebbero sviluppare, ma diritto privato, che è di competenza esclusiva dello Stato, non suscettibile di riproduzione o sviluppo da parte delle Comunità Autonome; sul punto v. CORDERO LOBATO, E.: "Distribución de competencias para regular los contratos de crédito inmobiliario", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 699.

17 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 198.

18 Gli artt. 3 e 8 sono stati dichiarati incostituzionali e nulli dalla Corte Costituzionale con decisione 119/2018 del 21 Ottobre.

per il miglioramento della tutela dei consumatori in materia di crediti e prestiti ipotecari, vulnerabilità economica e relazioni con i consumatori, il cui preambolo giustifica l'approvazione della legge¹⁹, nel rispetto delle linee guida tracciate da diversi progetti comunitari sulla materia da essa disciplinata, come, ad esempio, la Direttiva 2014/17/UE²⁰.

II. L'AMBITO APPLICATIVO DELLA LCCI.

L'ambito applicativo della Legge 5/2019, del 15 marzo, regolatrice dei contratti di credito immobiliare, risulta essere più ampio rispetto all'originario ambito applicativo dettato dalla Direttiva 2014/17/UE.

Infatti, in via preliminare occorre sottolineare come la LCCI, tanto dal punto di vista soggettivo quanto dal punto di vista oggettivo, abbia ampliato la portata applicativa dell'originaria direttiva comunitaria.

Per quanto riguarda i soggetti coinvolti, il legislatore spagnolo ha ampliato l'ambito applicativo previsto dalla direttiva, sia in relazione ai mutuatari sia ai prestatori²¹: per i primi l'applicazione della LCCI è estesa in generale alle persone fisiche, anche quando queste non presentino la condizione di consumatore, sebbene con alcune limitazioni che di seguito saranno esposte (art. 1 e 2.1 L. 5/2019 in relazione ai considerando 12 e 14 art. 4.1 della direttiva 2014/17/UE); diversamente, per quanto concerne i prestatori, l'estensione del campo applicativo si manifesta attraverso l'applicazione della suddetta disciplina anche ai prestatori persone fisiche o giuridiche che in forma non professionale o occasionale concedono prestiti con una finalità esclusivamente d'investimento (art. 2.1.IV LCCI)²².

Allo stesso modo, anche sul versante oggettivo, vi è stata una estensione dell'originario campo applicativo della disciplina comunitaria, allargando il significato di beni immobili ad uso residenziale, facendovi ricomprendere anche beni che non

19 La principale giustificazione di questa legge risiede negli artt. 123, 120.2 e 126.3 dello Statuto della Catalogna. Sul punto v. NASARRE AZNAR, S. e SIMÓN MORENO, H.: "Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: La Directiva 2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 22/2010", *RDBB*, n. 139, 2015, p.11; v. ESQUIROL IMÉNEZ, M.: "La nueva regulación de los créditos y préstamos hipotecarios en el Código de consumo de Cataluña", *RJC*, 2015, p. 743.

20 Anche la Legge 20/1014 è stata impugnata dinanzi alla Corte Costituzionale e con decisione 54/2018, del 24 maggio, sono stati dichiarati incostituzionali gli articoli 262-6.2 e 263-2.4.

21 Sul punto v. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E.: "Algunas consideraciones sobre el anteproyecto de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 10, 2017, p. 26; SERRANO FERNÁNDEZ, M.: "El ámbito subjetivo del proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Un análisis de las figuras del prestamista y del prestatario", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales* (coord. R. SÁNCHEZ LEIRA e L.VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ), Reus, Madrid, 2018, p. 39.

22 Sul punto v. AGÜERO ORTIZ, A.: "Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 106.

hanno una finalità propriamente residenziale pur avendo una funzione domestica, come i depositi o i garages (art. 2.I a) LCCI).

Pertanto, anche la disciplina transitoria spagnola si differenzia, ampliando la sua portata, da quella prevista a livello comunitario.

Soffermandosi sull'analisi del campo applicativo soggettivo, bisogna premettere che l'art. 3.I della Direttiva 2014/17/UE afferma che le sue disposizioni risultano applicabili ai contratti di credito stipulati tra consumatori che sono: a) garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali; b) finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata²³.

Dunque, come suggerisce perfino il nome della direttiva, l'ambito soggettivo di applicazione esige che il prestatore possieda la condizione di consumatore²⁴. Infatti, la finalità della direttiva, come più volte enunciato anche nei considerando della stessa, è l'implemento della protezione dei consumatori che stipulano contratti di credito per l'acquisto o la conservazione dei beni immobili o che pongono come garanzie beni ad uso residenziale²⁵, risultando applicabile ai mutuatari consumatori ma non ai garanti, reali o personali che siano, finanche se posseggono la qualità di consumatore.

Diversamente, già nel preambolo della LCCI (parte III, paragrafo 3°)²⁶, il legislatore spagnolo manifesta e giustifica le ragioni dell'ampliamento del campo applicativo soggettivo anche ai soggetti sforniti della qualifica di consumatore, affermando che, seppur la normativa europea si riferisce ai crediti conclusi con i consumatori, la stessa consente agli Stati membri di adottare disposizioni più rigorose in materia di tutela dei consumatori, prevedendo la possibilità di ampliarne l'ambito di applicazione, appunto, anche ai non consumatori.

23 Sul campo applicativo della direttiva v. ARROYO AMAYUELAS, E.: "La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", *InDret*, 2017, n. 2, p. 15.

24 Sul punto v. AGÜERO ORTIZ, A. "Ámbito de", cit., p. 107.

25 V. considerando 5, 6, 7, 11, 14 e 15 della Direttiva 2014/17/UE consultabile su <https://eur-lex.europa.eu>; a titolo esemplificativo basta sottolineare come il considerando 15 afferma che "L'obiettivo della presente direttiva è garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivano contratti di credito relativi a beni immobili. Dovrebbe pertanto applicarsi ai crediti garantiti da beni immobili, indipendentemente dalle finalità del credito, ai contratti di rifinanziamento o altri contratti di credito che aiutano chi abbia la proprietà integrale o parziale di un bene immobile o di un terreno a mantenerla e ai crediti utilizzati per acquistare un bene immobile in alcuni Stati membri, compresi i prestiti che non richiedono il rimborso del capitale o, a meno che gli Stati membri non dispongano un quadro alternativo adeguato, quelli il cui fine è il finanziamento temporaneo tra la vendita di un bene immobile e l'acquisto di un altro e a crediti garantiti per la ristrutturazione di un bene immobile residenziale".

26 V. preambolo della Legge 5/2019, parte III, consultabile su <https://www.boe.es>.

Grazie a tale possibilità data dal legislatore comunitario, l'ordinamento spagnolo, attraverso la LCCI, estende tali tutele a tutte le persone fisiche, indipendentemente dal fatto che siano consumatori o meno.

È lo stesso legislatore che giustifica tale ampliamento, affermando (parte III, paragrafo 4°)²⁷ che questa espansione del campo applicativo segue la linea tradizionale dell'ordinamento giuridico spagnolo, volto all'espansione di tali tutele anche ad altri gruppi di soggetti contraenti (es. i lavoratori autonomi).

In tal modo si configura l'ambito di applicazione dell'attuale normativa sulla trasparenza in materia di mutui ipotecari.

Inoltre, non si può tralasciare che la nozione di consumatore considerata nella direttiva eurounitaria in esame si differenzia da quanto previsto nell'art. 3 del Reale Decreto Legislativo 1/2007 del 16 novembre²⁸, con il quale si è approvata la Legge Generale per la tutela dei consumatori e degli utenti. Infatti, mentre la nozione comunitaria di consumatore è strettamente legata alla persona fisica, diversamente nell'ordinamento spagnolo è ravvisabile la veste di consumatore tanto nelle persone fisiche - che agiscono con un fine estraneo alla propria attività commerciale, imprenditoriale, d'ufficio o professionale - quanto nelle persone giuridiche e negli enti senza personalità giuridica che agiscono senza scopo di lucro al di fuori della loro attività commerciale o imprenditoriale.

Rientrano, dunque, nel campo applicativo (soggettivo) della LCCI tutti i contratti stipulati da persone fisiche – consumatori o meno – quando il mutuo è garantito da un qualsiasi diritto reale; diversamente, ai fini della sua applicazione, la LCCI richiede che il mutuatario o i garanti abbiano la qualità di consumatore quando il prestito è finalizzato all'acquisizione o alla conservazione di diritti di proprietà su terreni o immobili. Tuttavia, tale distinzione non viene presa in considerazione dall'art. 4.1, laddove, nel definire il mutuatario, fa riferimento a qualsiasi persona fisica che sia debitrice di mutui garantiti da ipoteca su immobili ad uso abitativo o il cui scopo sia l'acquisizione o la conservazione di terreni o immobili costruiti o da costruire²⁹.

27 V. preambolo della Legge 5/2019, parte III, consultabile su <https://www.boe.es>.

28 L'art. 3 del Reale Decreto Legislativo 1/2007, del 16 novembre, rubricato "Nozione di consumatore e di utente e di soggetto consumatore vulnerabile", prevede che agli effetti di quella legge sono consumatori o utenti le persone fisiche che non agiscono per finalità collegate alla loro attività commerciale, imprenditoriale, d'ufficio o professionale. Lo stesso articolo prevede inoltre che sono consumatori agli effetti della norma suddetta anche le persone giuridiche e gli enti senza personalità che senza scopo di lucro agiscono in un settore diverso dall'attività commerciale o imprenditoriale. Inoltre sono considerati soggetti consumatori vulnerabili (parte debole) le persone fisiche che, in forma individuale o collettiva, per le loro caratteristiche o necessità, o per le loro circostanze personali, economiche educative o sociali, si trovano, in una situazione speciale di subordinazione, indifese o senza protezione che le impedisce di esercitare i propri diritti di consumatore in condizioni di uguaglianza (testo consultabile su <https://www.boe.es>).

29 Sul punto v. AGÜERO ORTIZ, A.: "Ámbito de", cit., p. 108.

La differenza tra le due forme di tutela, infine, si manifesta pure in relazione ai lavoratori autonomi e alle persone fisiche che, senza essere iscritte ad alcun specifico regime previdenziale, sono occupati con continuità e prevalentemente in un'attività a scopo di lucro.

Sul punto bisogna rammentare che tanto la Direttiva 2014/17/UE quanto il Reale Decreto Legislativo 1/2007, ai fini della qualifica di consumatore, non richiedono che la persona fisica agisca senza scopo di lucro, ma solo che quest'ultima agisca per uno scopo estraneo alla propria attività commerciale, imprenditoriale o professionale. Quanto detto è stato interpretato dalla giurisprudenza spagnola³⁰ nel senso che la persona fisica conserva la qualità di consumatore anche quando acquista beni a scopo di lucro, purché non lo faccia con abitudine.

I. Campo applicativo soggettivo: i mutuatari.

Così come anticipato, una delle principali peculiarità della LCCI è l'estensione della sfera soggettiva di tutela; infatti, la disciplina di protezione prevista dall'ordinamento spagnolo si applica indistintamente a tutti i mutuatari, non richiedendo loro la qualità di consumatore, diversamente da quanto previsto dalla direttiva 2014/17/UE che si rivolge solo ai consumatori quali persone fisiche³¹.

In questa prospettiva la legislazione spagnola va oltre la direttiva, in quanto estende la protezione a qualsiasi persona fisica interessata a prestiti immobiliari inclusi nella LCCI.

Questa tutela a carattere più ampio è presente sin dal primo disegno di legge ed è stata mantenuta fino all'approvazione del testo definitivo; ciononostante il legislatore spagnolo si è preoccupato di dare ragione di tale estensione e lo ha fatto in sede di relazione esplicativa della LCCI. L'estensione della sfera soggettiva di tutela rispetto alla direttiva comunitaria ricalca la tradizionale impostazione che permea l'ordinamento spagnolo volta al rafforzamento della tutela a gruppi diversi dai consumatori come i lavoratori autonomi³².

Per questa ragione l'ambito applicativo dell'attuale regolamento sulla trasparenza dei mutui ipotecari, disciplinato nel capo I del titolo III dell'ordinanza EHA/2899/2011, è configurato in tal modo.

30 Sul punto v. Tribunale Supremo 11 dicembre 2018 (RJ 2018, 5440); Tribunale Supremo 19 luglio 2018 (RJ 2018, 2956).

31 Su questa questione, in riferimento alla nozione di consumatore, v. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "Condición legal de consumidor: contratos de doble finalidad y garantías accesorias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, n. 767, p. 11583.

32 AGÜERO ORTIZ, A.: *Ámbito de*, cit., p. III; CABANAS TREJO, R.: "Objeto y ámbito de aplicación de la ley", in AA.VV.: *Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 82.

Tuttavia sul punto vanno sottolineati due aspetti: il primo è che vi sono alcune regole della LCCI applicabili ai soli prestiti immobiliari conclusi da consumatori (ad. es. artt. 2.1 (b), 20.2, 20.6, 21.1-2, 26.1(c)); il secondo è che l'ulteriore protezione garantita dal Testo Unico della Legge Generale sulla Tutela dei Consumatori e degli Utenti (di seguito TRLGDCU) è attuabile solo quando i mutuatari presentano la caratteristica di consumatori; e tale ultima precisazione non è di scarsa rilevanza, in quanto la tutela del Testo Unico della Legge Generale sulla Tutela dei Consumatori e degli Utenti contro le clausole abusive, sia in senso materiale sia quando sono formalmente ingiuste, non è disponibile per i mutuatari non consumatori, tutelati solo dalla legge sulle condizioni generali dei contratti (LCGC).

Dunque, senza affermarlo espressamente, la LCCI segue il concetto di consumatore ai sensi della Direttiva 2008/48/CE, del 23 aprile, sui contratti di credito ai consumatori.

Secondo la Direttiva del 2009 il concetto di consumatore non coincide, pertanto, con quello di cui all'art. 3 TRLGDCU, che invece considera consumatori anche le persone giuridiche e gli enti privi di personalità giuridica quando agiscono senza scopo di lucro al di fuori della loro attività commerciale o imprenditoriale.

Nonostante questa maggiore portata soggettiva del Testo Unico della Legge Generale sulla Tutela dei Consumatori e degli Utenti, il legislatore non ha colto l'occasione della LCCI per estendere la tutela dei consumatori così come non lo aveva considerato nei contratti di credito al consumo.

Infine, in virtù del Regio Decreto Legge 1/2021, del 19 gennaio, sulla tutela dei consumatori e degli utenti in situazioni di vulnerabilità sociale ed economica, è stato introdotto un nuovo tipo di consumatore: "il consumatore vulnerabile"³³. Fermo restando la normativa settoriale caso per caso applicabile, ai sensi della suddetto regio decreto, si considerano consumatori vulnerabili, rispetto a specifici rapporti di consumo, quelle persone fisiche che, individualmente o collettivamente, per le loro peculiari caratteristiche, esigenze, condizioni economiche, formative e personali o circostanze sociali, si trovano, anche territorialmente, settorialmente o temporaneamente, in una situazione particolare di subordinazione, di indifesa o di mancanza di protezione che impedisce loro di esercitare i propri diritti di consumatori in condizioni di uguaglianza³⁴.

33 Sulla nozione di "consumatore vulnerabile" v.: BATTELLI, E.: "Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente", *Rivista di Diritto Civile*, 2022, n. 5, pp. 941-967; VALENZA, C.A.: "La figura del consumatore nel codice del consumo", in AA.VV.: *I contratti del consumatore* (a cura di G. CAPILLI), Giappichelli, Torino, 2021, p. 67 ss., spec. p. 822 ss. e p. 100 ss.

34 Sul rapporto tra persona vulnerabile e mercato v. CORRIAS, P.: "Il mercato come risorsa della persona vulnerabile", AA.VV.: *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati* (a cura di P. CORRIAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 9-34. In particolare, sulla formazione della volontà del soggetto vulnerabile v. FUSARO, A.: "Persona vulnerabile e forme di condizionamento del volere", in

Ed è proprio nel settore finanziario che si trovano i consumatori in situazioni di maggiore vulnerabilità, motivo per cui in tale settore bisogna avere particolare riguardo alla tutela del consumatore³⁵.

2. I garanti.

Diversamente da quanto previsto dalla Direttiva 2014/17/UE, che non ha ritenuto necessario prevedere determinati diritti e obblighi ai garanti dei mutui immobiliari, il legislatore spagnolo, al fine ultimo di garantire la massima trasparenza nel processo di sottoscrizione del prestito, ha sentito l'esigenza di predisporre apposite tutele non solo a soddisfacimento dei mutuatari ma anche dei garanti del mutuo immobiliare.

Infatti, l'art. 1 della LCCL espressamente prevede come suo scopo principale quello di stabilire un corpo di regole finalizzate alla tutela delle persone fisiche, coinvolte nei contratti di credito immobiliare, in qualità non solo di debitori ma anche di garanti.

La tutela data ai garanti al momento della sottoscrizione di un mutuo immobiliare è significativa³⁶; infatti, così come i mutuatari, i garanti non possono rinunciare ai propri diritti (art. 3 LCCL) e, al momento della stipulazione del contratto, i creditori sono tenuti ad effettuare una attenta valutazione circa la solvibilità anche del garante (art. 11.1 LCCL).

Inoltre, ai sensi dell'art. 15.4 LCCL, è prevista l'estensione delle norme a tutela del mutuatario a qualsiasi persona fisica che sia garante. Nel merito si è molto discusso circa la portata generale di tale estensione: secondo alcuni vi sarebbe il rischio di un'eccessiva generalizzazione dell'applicazione della LCCL quando terzi garantiscono un credito immobiliare, ipotizzando un restringimento del campo applicativo³⁷, ritenendo necessario determinare il rapporto tra il garante e il mutuatario.

3. I creditori professionali.

L'ordinamento spagnolo, con l'introduzione della LCCL, ha attribuito uno *status* legale alla figura del creditore professionale.

AA.VV.: *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati* (a cura di P. CORRIAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 59-88.

35 Sulla tutela del contraente debole nel delicato settore dei mercati regolamentati v. BERTI DE MARINIS, G.: "La vulnerabilità nei mercati regolamentati", in AA.VV.: *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati* (a cura di P. CORRIAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 89-108.

36 Sul punto v. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriadad*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2008.

37 CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Aferre, Barcelona, 2019, p. 76.

Infatti, ai sensi dell'art. 4-2), è "creditore immobiliare" qualsiasi persona fisica o giuridica che, a titolo professionale, esercita l'attività di concessione dei mutui rientranti nel campo applicativo delineato dall'art. 2.1 lettera a) e b).

Tale definizione è conforme a quella dettata dall'art. 4-2) della Direttiva 2014/17/UE; tuttavia, la novità sta nell'incidenza del richiamo all'art. 2.1 lett a) e b). Infatti, a norma dell'art. 2.1 LCCI, la stessa normativa è applicabile ai contratti di credito concessi da persone fisiche o giuridiche che realizzano tale attività in maniera professionale quando il mutuatario, il fideiussore o il garante siano una persona fisica e il contratto sia stato stipulato o con garanzia su un immobile ad uso residenziale o con finalità di acquisizione e/o conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o un immobile costruito o da costruire.

Inoltre si considera attività svolta con carattere professionale quell'attività posta in essere dal mutuante, sia persona fisica che giuridica, che agisce nel mercato dei servizi finanziari con carattere d'impresa o professionale, o, anche occasionalmente, per finalità esclusivamente di investimento.

Relativamente al concetto di creditore professionale, dunque, si sottolinea trattarsi di una figura non nuova nell'ordinamento spagnolo, infatti il mercato creditizio conosce creditori persone fisiche o persone giuridiche; eppure i creditori professionali godono di una non buona reputazione in quanto talora accusati di praticare tassi usurari nei prestiti da loro offerti; ciononostante i privati scelgono spesso di rivolgersi a loro invece che chiedere prestiti a banche o istituti finanziari.

Tuttavia, in mancanza di un criterio giuridico certo volto a definire la nozione di creditore professionale, si è utilizzato il criterio della regolarità o meno nella concessione dei mutui: la professionalità, soprattutto per le persone fisiche, è stata determinata principalmente in base alla regolarità con cui vengono concessi i suddetti finanziamenti.

Infatti, come previsto dalla Direzione generale dei registri e dei notai spagnola (dal 2020, Direzione generale della Sicurezza giuridica e della fede pubblica), per la qualifica di creditore professionista è sufficiente che un soggetto conceda credito almeno due volte. Tuttavia, si ritiene che il mero criterio numerico sia poco adatto e poco certo, dovendo dar conto di altri criteri che meglio potrebbero suggerire la professionalità delle operazioni; ad esempio sono stati individuati ulteriori criteri come l'intervallo di tempo tra le varie concessioni dei prestiti, il rapporto del creditore con il mutuatario, l'importo dei prestiti, i tassi di interesse applicati³⁸.

Secondariamente, come già anticipato, la LCCI risulta applicabile anche al creditore che concede occasionalmente un mutuo ipotecario ma solo a scopo di

38 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 203.

investimento; si tratta di prestiti professionali occasionali con finalità esclusiva di investimento, i quali possono individuarsi come tali solo quando lo stesso creditore lo dichiara *ex professo*.

Va pure sottolineato come la professionalità del creditore, così intesa, può venire alla luce o nel caso in cui gli atti dei finanziamenti sono posti in essere nel medesimo studio notarile oppure al momento dell'iscrizione, cioè nei casi in cui gli immobili ipotecati si trovano nella stessa circoscrizione di iscrizione. Il primo mutuo ipotecario concesso da un creditore privato, pertanto, non rientra nel campo di applicazione della legge, a meno che questi non dichiari che si tratta di un mutuo ipotecario professionale o che venga concesso solo a scopo di investimento.

4. Campo applicativo oggettivo: immobili ad uso abitativo.

In relazione al campo applicativo oggettivo, in conformità con la Direttiva 2014/17/UE, l'art. 2 della LCCI prevede l'applicazione della disciplina quando, presenti i requisiti soggettivi, la concessione del prestito o è garantita da un immobile ad uso residenziale o è finalizzata ad acquisire o conservare un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile costruito o da costruire.

In relazione al primo punto, come sopra accennato, il legislatore spagnolo ha attuato una estensione dell'originario campo applicativo della disciplina comunitaria. La novità della LCCI è che essa si applica anche ai mutui ipotecari su immobili che non hanno funzione strettamente residenziale, ma che piuttosto hanno una funzione *latu sensu* "domestica" come i depositi o i garages. Sul punto è chiarificatrice la precisazione fatta espressamente dal legislatore spagnolo: "A tali fini per immobili residenziali devono intendersi anche quegli elementi quali magazzini, autorimesse, ed ogni altro elemento che, senza costituire abitazione in quanto tale, assolve a funzione domestica" (art. 2.1 a) LCCI).

Si tratta, in genere, di elementi edilizi annessi ad un immobile residenziale, vendibili insieme ad un unico prezzo; tuttavia, quando sono oggetto di garanzia, la costituzione dell'ipoteca grava su ciascun immobile/elemento edilizio preso singolarmente, vigendo il principio di specialità.

Proprio l'esempio della compravendita di una casa e di un garage permette di comprendere tale sistema: l'acquisto si può attuare ad un unico prezzo, vi può essere anche un unico mutuo finalizzato all'acquisto, ma le garanzie sono due, una sull'immobile ad uso abitativo in senso stretto e l'altra sull'ulteriore immobile con funzione domestica (nel caso prospettato, il garage)³⁹.

³⁹ Sul punto v. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca", *Vivienda e Hipoteca*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 241 e dello stesso autore, "La vivienda habitual y otros inmuebles en garantía del cumplimiento de las obligaciones del prestatario", in AA.VV.: *Los contratos de*

Ciò detto, questa estensione del campo applicativo è stata criticata sotto più aspetti: da alcuni in quanto lacunosa, da altri in quanto violativa delle indicazioni della Direttiva 2014/17/UE.

Sul primo versante, una siffatta estensione è stata ritenuta lacunosa in quanto la LCCI, seppur estende espressamente il campo applicativo oggettivo agli immobili domestici, non fornisce dettagli su cosa si intenda per funzione domestica. Si ritiene che con funzione domestica si potrebbe intendere una funzione che esula da quella imprenditoriale, professionale, commerciale o artigianale; occorrerebbe, quindi, valutare in concreto, caso per caso, l'uso degli edifici che non hanno la classica funzione residenziale (di abitazione)⁴⁰.

Sul secondo versante, ci si chiede se tale applicazione estensiva, propria della disciplina spagnola, vada oltre la direttiva europea. In realtà la risposta la si trova nella sezione 13 della Direttiva. Infatti, seppur essa disciplina i contratti di credito che riguardano esclusivamente o prevalentemente beni immobili residenziali, essa non impedisce agli Stati membri di estendere le misure adottate ad altri beni immobili. Da ciò consegue la piena legittimità dell'operato del legislatore spagnolo che ha esteso la LCCI ad altri beni immobili, ed in particolare a quei determinati beni immobili che svolgono una funzione domestica⁴¹.

III. LA TUTELA DEL CONTRAENTE, IL CREDITO RESPONSABILE E OBBLIGHI INFORMATIVI.

Il fine ultimo della direttiva, come già evidenziato, è rappresentato da una migliore (più efficace) tutela del contraente debole.

A tal fine, sulla spinta della dottrina, è stata introdotta la nozione di credito responsabile; con tale espressione si indica il risultato a cui tende il complesso di norme, di diritto pubblico e di diritto privato, che mirano proprio a garantire ai consumatori prestiti offerti a prezzi accessibili e nel rispetto degli obblighi informativi⁴².

crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos (dir. M.L. MORENO-TORRES HERRERA e K.J. ALBIEZ DOHRMANN), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 948; ancora sul punto v. ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 204; sul punto v. ancora v. AGÜERO ORTIZ, A.: "Ámbito de", cit., p. 110.

40 FONT DE MORA RULLÁN, J.: "El nuevo concepto de inmueble de uso residencial y su relación con la vivienda habitual. Graduación en la protección sustantiva y procesal atendiendo al tipo de inmueble", in AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C. CASTILLO MARTÍNEZ), Wolters Kluwer España, Madrid, 2020, p. 559.

41 E. ARROYO AMAYUELAS, "La directiva", cit., p. 18; R. CABANAS TREJO, "Objeto y", cit., p. 95.

42 Più che un diritto soggettivo, secondo la dottrina spagnola, l'informazione dei consumatori è un principio; sul punto v.: CORDERO LOBATO, E.: "Obligaciones de información previa", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 176; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Comentario al art 2", in AA.VV.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. R. BERCOVITZ Y J. SALAS), Civitas, Madrid, 1992, p. 49; F. PEÑA LÓPEZ, F.: "Comentario al art 8", in AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la*

In quest'ottica l'informazione rappresenta un paradigma di speciale interesse nel contratto di credito immobiliare, qualificato dalla dottrina spagnola, prima che un diritto, un vero e proprio principio fondamentale del diritto dei consumatori.

A tal proposito, dal punto di vista pubblicistico, il legislatore spagnolo è intervenuto a monte, prevedendo una normativa *ad hoc* volta, da un lato, a disciplinare la condotta dei finanziatori, richiedendo loro un adeguato livello di conoscenza e garantendo la concorrenza, e dall'altro finalizzata ad imporre trasparenza nella remunerazione e una disciplina rigorosa circa i requisiti di esercizio e di stabilimento degli intermediari del credito.

A valle, l'intervento dello stesso legislatore è stato rivolto ad aumentare la tutela dei consumatori attraverso l'imposizione di nuovi obblighi informativi e pubblicitari e di informazioni adeguate che consentano al singolo individuo di scegliere con migliore cognizione se e quale finanziamento richiedere.

L'intervento a valle e quello a monte sono, per forza di cose, coordinati alla luce del forte legame tra trasparenza ed informazione; infatti, come sostenuto da autorevole dottrina, la adeguata informazione rappresenta pilastro essenziale per ottemperare ai doveri di trasparenza⁴³: un'adeguata informazione permette di comparare efficacemente le offerte esistenti nel mercato e, valorizzando le diverse opzioni, poter prendere una decisione pienamente cosciente sulla contrattazione⁴⁴ e comunque non sempre fondate sul self interest, in quanto spesso la volontà del singolo è guidata anche dall'altrui volere nonché da considerazioni altruistiche⁴⁵.

In quest'ottica l'informazione rappresenta la chiave per riconquistare fiducia nel mercato creditorio.

Naturalmente, in questa prospettiva non si possono tralasciare istituti volti ad effettuare l'analisi della solvibilità dei debitori e l'obbligo di migliorare l'educazione finanziaria dei consumatori.

In particolare, l'intero complesso di norme vuole tendere ad una migliore capacità di gestione delle finanze da parte dei consumatori, trovando allo stesso tempo un rimedio alle loro eventuali omesse o false dichiarazioni.

Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (coord. R. BERCOVITZ), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 116.

43 Uno dei pilastri fondamentali alla lotta al sovraindebitamento privato è rappresentato dalla adeguata informazione al mutuatario prima che questi si vincoli definitivamente; a tal proposito giocano un ruolo fondamentale l'informazione e la trasparenza v. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos*, cit., p. 51.

44 Per una panoramica sul tema nella dottrina italiana: BATTELLI, E.: "Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica", *Contratto e Impresa*, 2019, I, pp. 106-129.

45 GENTILI, A.: "Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1105 ss.

Infatti, resta il problema, di difficile soluzione, dell'eventualità in cui i consumatori mentano sulle loro finanze o sulla loro situazione finanziaria al fine di ottenere credito. Tuttavia, alla luce del concetto di debito responsabile che viene fuori della direttiva, si impone al mutuatario di fornire al mutuante informazioni affidabili sulla propria situazione finanziaria.

Giova, in questa sede, passare in rassegna la serie di peculiari tutele che sono state disciplinate dall'ordinamento spagnolo al fine di apprestare una pronta tutela dal mutuatario.

I. I principi in materia di relazioni con la clientela.

Una prima forma di tutela prevista dall'ordinamento spagnolo è ravvisabile già nei principi ispiratori che devono guidare i professionisti nella loro attività di relazione con la clientela.

Infatti, il legislatore spagnolo, sulla spinta di quello europeo, ha sancito all'art. 5 della LCCI tutta una serie di principi cardine che devono essere rispettati dagli operatori professionali nell'attività relativa alla concessione di mutui immobiliari: l'onestà, l'imparzialità, la trasparenza, la professionalità nonché il rispetto dei diritti e degli interessi dei mutuatari.

Tali principi devono essere rispettati non solo dai finanziatori *strictu sensu* ma anche dagli intermediari del credito immobiliare e dai rappresentanti designati.

Inoltre pare opportuno sottolineare come tali principi rivestano il ruolo cardine di valori ispiratori non solo nella fase di concessione ed esecuzione del prestito, tanto che gli operatori del credito sono tenuti alla loro osservanza già in fase di predisposizione dei prodotti creditizi, ma anche durante la prestazione di intermediazione, di consulenza e, se del caso, anche in relazione ai servizi accessori.

Lo stesso legislatore sancisce, inoltre, che la concessione, l'intermediazione nonché la fornitura dei servizi di consulenza si devono basare sulla situazione del mutuatario e su eventuali caratteristiche specifiche che lo stesso ha reso noto; in quest'ottica giocano un ruolo fondamentale le informazioni che lo stesso mutuatario fornisce all'operatore finanziario, ed in base a tali informazioni, sempre possibilmente aggiornate, saranno effettuate analisi su ipotesi ragionevoli dei rischi esistenti per la situazione del mutuatario per tutta la durata del contratto di prestito proposto. Si delinea così una efficace e credibile valutazione del merito creditizio.

2. Le piattaforme di documentazione come strumento di tutela del contraente debole.

L'ordinamento spagnolo ha optato per l'adozione di una altra importante forma di tutela del contraente debole del tutto particolare nel panorama europeo: le comunicazioni mediante piattaforme di documentazione dei mutui immobiliari.

Infatti l'art. 14.1g della LCCI prevede che la comunicazione della documentazione avvenga mediante strumenti telematici sicuri, dando mandato al Governo di dettare le specifiche di tale sistema; il Governo ha adempiuto tale mandato con l'approvazione del Regio Decreto 309/2019 del 26 aprile.

Seppur in assenza di una specifica previsione europea, infatti la Direttiva 2014/17/UE non contempla né le piattaforme come veicoli per la documentazione dei mutui immobiliari né tantomeno contiene una disciplina su come debba essere comunicata la documentazione del prestito. Il legislatore spagnolo, invece, spinto della sempre più crescente digitalizzazione che ha investito anche l'ambito giuridico, ha adottato tale sistema di piattaforme per la comunicazione dei documenti.

Questi strumenti di comunicazione dei documenti sono rappresentati da piattaforme, che si distinguono in piattaforme di origine e piattaforme di destinazione (o notarili).

Le piattaforme d'origine, secondo la nuova disciplina, sono quelle che l'intermediario finanziario o il rappresentante designato del creditore devono utilizzare al fine di comunicare la documentazione relativa ai mutui immobiliari soggetti alla LCCI.

Le piattaforme di origine, infatti, sono piattaforme digitali e private che, come le piattaforme di destinazione o notarili, queste piattaforme private devono disporre di meccanismi di autenticazione volti a garantire i requisiti di cui all'art. 11.2 R.D. 309/2019.

Gli utenti di queste piattaforme devono rispondere ai requisiti della LCCI e alle normative che la integrano; in particolare il creditore, l'intermediario finanziario o il rappresentante designato devono essere autorizzati all'esercizio della attività svolta (cfr. artt. 27 e ss. e art. 42 LCCI).

Tuttavia, accade spesso che il creditore preferisca presentare i documenti tramite un'agenzia di credito, che può avere una propria piattaforma. In tal caso il creditore deve aver conferito all'ente di gestione una procura sufficiente per ciascuno degli atti necessari per l'informazione e la documentazione dei mutui

immobiliari, come previsto espressamente dalla Risoluzione della Direzione Generale dei Registri e dei Notai del 16 maggio 2019.

La piattaforma notarile o di destinazione, invece, è obbligatoria per lo svolgimento delle funzioni notarili in attuazione della LCCI. Essa però non è l'unica ad essere utilizzata dai notai⁴⁶, peraltro, la piattaforma notarile più diffusa è il cosiddetto SIGNO⁴⁷ (Sistema di Gestione Notarile Integrato, creato *ad hoc* dal Consiglio Generale del Notariato).

Seppur le piattaforme di origine e le piattaforme notarili debbano presentare uno stabile collegamento⁴⁸, queste presentano una separata funzione e un diverso uso; ciononostante entrambe sono preordinate ad un unico fine che si sostanzia nel garantire la trasparenza informativa, documentale e materiale dei mutui immobiliari ai sensi della LCCI, a tutela della parte debole del rapporto.

A disciplinare tali piattaforme, oltre ad alcune leggi *ad hoc*, vi è anche un principio fondamentale che è il principio di neutralità tecnologica, a cui si fa specifico riferimento nelle Istruzioni della DGRN (Direzione Generale dei Registri e dei Notai) 31 luglio 2019.

Tale principio garantisce regole neutre nell'utilizzo delle piattaforme; in particolare le piattaforme notarili, essendo piattaforme di destinazione, devono rispettare la neutralità della rete e dei servizi telematici, in modo che, come precisa l'Istruzione DGRN, non possono fornire ai notai un vantaggio competitivo nel mercato dei servizi legati alla gestione dei mutui ipotecari o delle vendite e degli acquisti.

Il legislatore spagnolo si è occupato anche di risolvere la principale preoccupazione relativa a tali piattaforme, che è la loro tenuta e sicurezza. Infatti, l'art. 11.2 RD 309/2019 garantisce la sicurezza delle piattaforme per l'invio, il deposito, la consultazione e il ritiro della documentazione. La sicurezza di questo mezzo si concretizza in tre aspetti: autenticazione dei partecipanti (art. 11.2b); riservatezza e sicurezza delle comunicazioni (art. 11.2.a, d, e); autenticazione del contenuto (art. 11.2c). Al fine di soddisfare tutti questi requisiti, è stabilito che le piattaforme debbano disporre di sistemi avanzati di controllo per l'accesso, la modifica e la cancellazione di tutte le informazioni relative al servizio (art. 11.2f).

46 Diversamente da quanto sostenuto dal Consiglio Generale dei Notai, che sostiene la necessità di un'unica piattaforma notarile al fine di garantire al meglio l'attendibilità dei dati e dei documenti ricevuti, l'Istruzione della DGRN (Direzione generale dei registri e dei notai) del 31 luglio 2019 favorisce una pluralità di piattaforme notarili. Sul punto v.: TORRES RUIZ, S.: "La intervención notarial en los préstamos hipotecarios", in AA.VV.: *Los contratos de préstamo inmobiliario* (a cura di K. ALBIEZ DOHRMANN e M.L. MORENO-TORRES HERRERA), Las Rozas, Madrid, 2020, p. 406.

47 Piattaforma creata dal Consiglio Generale del Notariato a gestione interamente pubblica attraverso ANCERT (Agenzia di Certificazione Notarile).

48 CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales*, cit., p. 134.

Infine è previsto una forma di controllo, che spetta alla Direzione Generale della Certezza giuridica e della Fiducia Pubblica, al fine di verificare che le piattaforme posseggano i requisiti sopra menzionati nonché al fine di effettuare una vigilanza generale⁴⁹.

3. Il controllo sulla trasparenza materiale da parte del notaio nell'esecuzione dell'atto pubblico sui mutui ipotecari.

Altro mezzo a tutela del mutuatario è rappresentato dal controllo notarile sulla trasparenza.

È opportuno premettere che la disciplina relativa al controllo da parte del notaio sulla trasparenza materiale nei contratti di mutuo ipotecario rappresenta una specificità dell'ordinamento spagnolo prevista dalla LCCI.

Infatti il notaio, che da sempre è servito quale strumento dell'ordinamento a tutela della parte debole - in particolare del consumatore - nel quadro della LCCI assume un ruolo fondamentale dovendo, nell'esercizio delle sue funzioni, garantire la veridicità degli atti e attestarne l'esecuzione.

D'altronde non si può tralasciare che nell'ordinamento spagnolo, specialmente negli ultimi anni, in considerazione del nuovo valore attribuito alla trasparenza ed il suo controllo, quali simbolo della lotta contro le clausole abusive e le cattive pratiche del settore bancario, si è alimentato un forte dibattito sulla natura di tale controllo e sulle sue conseguenze⁵⁰.

L'art. 15 della LCCI, rubricato "Verifica del rispetto del principio di trasparenza materiale", attribuisce al notaio il compito di verificare il rispetto della cosiddetta trasparenza materiale, verifica che deve esser effettuata al cospetto del creditore

49 In tema di piattaforme si veda ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "La tercera Instrucción de la DRGN (31 de julio 2019) sobre la transparencia en los contratos de crédito in-mobiliario. Las plataformas digitales", *Diario La Ley*, 2019, n. 9503; CASTILLO PARRILLA, J.A.: "Las plataformas de origen y de destino para la documentación de los préstamos inmobiliarios", in AA.VV.: *Los contratos de préstamo inmobiliario* (a cura di K. J. ALBIEZ DOHRMANN e M.L. MORENO-TORRES HERRERA), Las Rozas, Madrid, 2020, p. 429; CABANAS TREJO, R.: "Objeto y", cit., p. 110.

50 Sul punto v.: SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos*, cit., p. 52; CÁMARA LAPUENTE, S.: *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, *Anales de la Academia*, SC Lapuente, 2015, p. 551; PERTÍNEZ VILCHEZ, F.: "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *InDret*, 2013, núm. 3; Id., "Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos* (dir. M.L. MORENO-TORRES HERRERA e K.J. ALBIEZ DOHRMANN), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 404; PLAZA PENADES, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario La Ley*, 2013, n. 8112; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, n. 739, p. 3452; CAÑIZARES LASO, A.: "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo", *Revista de Derecho Civil*, 2015, vol. II, n. 3, p. 87; CORDERO LOBATO, E.: "Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, n. 6, p. 129; SÁNCHEZ MARTÍN, C.: "El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica", *Diario La Ley*, 2015, n. 8491.

e che tra l'altro sarebbe applicabile solamente ai mutui concessi con atto pubblico e ai soli mutui ipotecari.

Per alcuni autori, invece, il regime di controllo previsto dall'art. 15 andrebbe oltre la Direttiva 2014/17/UE⁵¹; infatti la direttiva non detta alcuna previsione in punto di livello di trasparenza che deve essere assicurato al mutuatario, né prevede norme sul controllo notarile in sede di stipulazione dei mutui immobiliari concessi con atto pubblico.

Per tali ragioni l'art. 15 della LCCI deve essere letto in un'ottica squisitamente di diritto interno.

Innanzitutto occorre precisare cosa si intende per trasparenza materiale⁵². Ebbene tale nozione trova il suo significato in presenza di quelle clausole non comprensibili o di difficile comprensione che inevitabilmente vanno a danno del consumatore; in tali circostanze è necessario una verifica del rispetto del principio di trasparenza materiale imponendo al notaio di verificare se in capo al mutuatario e ai garanti vi sia stata una corretta comprensione della documentazione consegnata e del contenuto dell'atto pubblico che verrà redatto.

Tale concetto di trasparenza materiale è stato inizialmente introdotto in Spagna dalla dottrina e poi recepito dalla giurisprudenza⁵³, ed infine codificato con la LCCI; tuttavia, la portata applicativa dell'art. 15 della LCCI, nonostante la rubrica che pare essere un manifesto a tutela del consumatore, lascia alcuni dubbi in dottrina⁵⁴ e, come sottolineato da attenti studiosi⁵⁵, la trasparenza materiale di cui pare trattare la LCCI non coincide con il filtro di trasparenza materiale della Corte Suprema, ammesso solo nei contratti non negoziati con i consumatori.

In ogni caso il legislatore all'art. 15 della LCCI si è preoccupato di disciplinare accuratamente i principali passaggi da seguire nella fase precontrattuale⁵⁶, fino alla stipula dell'atto pubblico del mutuo ipotecario, al fine di rispettare la disciplina sulla trasparenza materiale.

51 PÉREZ HEREZA, J.: "La transparencia en la contratación y el papel del acta notarial", in AA.VV.: *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. J.P. MURGA FERNÁNDEZ e C. HORNERO MÉNDEZ), Editorial Reus, Madrid, 2020, p. 181.

52 R. CABANAS TREJO, "Objeto y", cit., p. 111.

53 Prima fra tutte la sentenza del Tribunal Supremo del 9 maggio 2013 (n. 1916/2013).

54 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 208.

55 ESQUIROL JIMÉNEZ, V.: "Los controles notariales de transparencia y contenido sobre los préstamos sujetos a la Ley de contratos de crédito inmobiliario", in AA.VV.: *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea* (coord. M. ANDERSON, E. ARROYO e A. APARICIO), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 146.

56 Sul procedimento v. JIMÉNEZ GALLEGU, C.: *Ley de*, cit., p. 127.

Infatti, è previsto che, una volta arrivata la documentazione ex art. 14.1 della LCCI (il Foglio informativo standardizzato europeo o FEIN, il Foglio di avvertenze standardizzate o FiAE, una copia della bozza di contratto e informazioni sui costi sostenuti dal creditore e dal mutuatario) alla piattaforma notarile da quella d'origine, il notaio – scelto dal mutuatario⁵⁷ (art. 15.1 della LCCI) – deve effettuare la prima verifica della documentazione così presentata. Tale verifica consta principalmente nel controllo sulla completezza e la veridicità della documentazione, propedeutico affinché lo stesso notaio possa adempiere efficacemente al suo obbligo di informare e consigliare adeguatamente il mutuatario⁵⁸.

La documentazione richiesta ex art. 14.1 della LCCI deve essere poi consegnata al mutuatario.

Tale consegna si attua al primo incontro tra notaio e mutuatari, a cui è preferibile partecipino anche eventuali garanti, nel rispetto dei termini prestabiliti; infatti tali documenti devono essere consegnati al futuro mutuatario (e a i garanti) almeno dieci giorni prima della stipula dell'atto pubblico di mutuo ipotecario.

Il passo successivo è rappresentato dalla comparizione delle parti dinanzi al notaio, su cui ricade il generale dovere di informare e consigliare le parti su ogni atto redatto in sua presenza e che sarà tenuto ad adempiere a tale dovere anche in relazione alla documentazione presentata; in questa occasione il mutuatario, così come ogni altro garante, può porre domande sui documenti presentati (ad esempio sul contenuto della bozza di contratto o su specifiche clausole contrattuali).

Questo dovere che ricade in capo al notaio, come anticipato, non è nuovo dell'ordinamento spagnolo; tuttavia l'art. 15 della LCCI, seppur non innovativo in senso lato, si occupa di specificare le modalità con cui devono essere fornite le informazioni⁵⁹.

Tuttavia, si specifica che, per evitare che tale dovere si traduca in una mera prassi o clausola di stile, non è sufficiente una generica dichiarazione di aver informato e consigliato il mutuatario. L'art. 15.2 c) della LCCI prevede che il notaio dovrà informare individualmente, con apposito riscontro scritto nell'atto, che ha prestato consulenza relativa a clausole specifiche, in modo individualizzato e con riferimento espresso a ciascuna, senza che sia sufficiente una dichiarazione generica.

57 JIMÉNEZ GALLEGO, C.: *Ley de*, cit., p. 143.

58 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 208.

59 La dottrina richiama gli art. 25, 147 e 193 del Regolamento Notarile che obbligano il notaio che obbligano il notaio a informare il mutuatario, in qualsiasi altro prestito anche quando non è applicabile la LCCI. Sul punto v.: LONGO MARTÍNEZ, A.A.: *El contrato de crédito inmobiliario. Estudio práctico de la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p.194.

L'adempimento del dovere di informazione e di consulenza in capo al notaio ha come scopo quello di garantire che il mutuatario e gli eventuali garanti abbiano una piena, adeguata ed esaustiva conoscenza della documentazione fornita e degli ulteriori dettagli del futuro mutuo ipotecario, rafforzando l'informazione che gli stessi hanno già ricevuto sia attraverso la pubblicità che attraverso le informazioni personalizzate fornite dal creditore.

Inoltre, l'art. 15.2 c) prevede anche che, oltre a fornire informazioni e consulenza, il notaio propone al mutuatario e ad eventuali garanti un test che ha lo scopo di precisare la documentazione prodotta e le informazioni rese, o meglio aiuta a verificare che questi ultimi abbiano ricevuto le informazioni richieste dalla LCCI e siano a conoscenza dei contenuti più rilevanti del mutuo ipotecario.

La dottrina sottolinea, però, come questi test⁶⁰ non riescano a coprire l'intero contenuto del contratto né tantomeno a garantire che il candidato abbia effettivamente compreso la sua intera portata; infatti per il raggiungimento di un simile obiettivo sarebbe necessario un accertamento nel campo della psicologia umana, normalmente di difficile accertamento per un giurista.

Per queste ragioni si considera tale test non come una prova di comprensione quanto piuttosto come una prova di solo accreditamento delle informazioni ricevute dal mutuatario. In quest'ottica si ritiene che le risposte positive fornite dal mutuatario al test dimostrino che sono state ricevute le informazioni di base sugli aspetti più rilevanti⁶¹.

Altri invece, non volendo generalizzare, ritengono che, per poter determinare il grado di informazione, consulenza e comprensione a cui è arrivato il mutuatario o il garante, bisognerebbe esaminare ciascun atto notarile *ex post*⁶².

Continuando con il procedimento volto a garantire la trasparenza materiale, successivamente alla sottoposizione a tale test, si ha la registrazione delle informazioni, dei pareri e dei risultati del test in un atto notarile ai sensi degli artt. 15.2 e 12.If del R.D. 309/2019; si tratta di un atto anteriore alla stipula dell'atto di mutuo ipotecario, di cui si sono diffuse diverse denominazioni⁶³, che può avere un esito positivo o negativo da comunicare al creditore, all'intermediario del credito o al rappresentante designato mediante mezzi telematici sicuri.

60 Esiste un modello standard pubblicato sul sito internet notariosyregistrado-res.com.

61 TORRES RUIZ, S.: "La intervención notarial", cit., p. 416.

62 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 210.

63 Si sono date diverse denominazioni a tale atto, tra le altre: *acta notarial previa* (atto notarile precedente), *acta de información sobre las condiciones del préstamo* (atto di informazione sulle condizioni del mutuo), *acta previa de información* (atto di preinformazione), *acta previa de transparencia* (atto di previa trasparenza).

Secondo parte della dottrina tale atto notarile rappresenta una sorta di registrazione di un dialogo tra mutuatari e garanti con il notaio, a cui viene attribuito un significativo compito sociale di controllo e tutela⁶⁴.

Infatti, solo nell'ipotesi in cui l'esito sia positivo, si concorda tra le parti (futuro creditore e mutuatario) e notaio la data e l'ora in cui procedere alla stipula del vero e proprio atto di mutuo ipotecario.

Una questione peculiare è quella relativa alla valenza di tale atto notarile con esito positivo; poichè, ai sensi dell'art. 15.6 della LCCI, l'atto notarile con esito positivo costituisce prova del parere prestato dal notaio e della dichiarazione che il mutuatario comprende e accetta il contenuto dei documenti prodotti. Tale atto, dunque, risulta una garanzia del rispetto del principio di trasparenza materiale. Seppur l'atto non contiene alcun giudizio di legalità da parte del notaio⁶⁵tuttavia, l'atto positivo produce una presunzione (relativa)⁶⁶ di correttezza e completezza, dando prova della comprensione dei documenti da parte del mutuatario e, quindi, dell'avvenuto rispetto del principio di trasparenza materiale richiesto per l'esecuzione dell'atto di mutuo ipotecario, in conformità con la funzione attribuita al notaio dall'art. 15 della LCCI.

Diversamente sarà redatto un atto notarile con esito negativo le volte in cui il mutuatario o il garante non si presenti o dichiari di non comprendere il contenuto dei documenti propostigli, o ancora se il notaio consideri non soddisfatti i requisiti di cui all'art. 14.1 della LCCI. In questo caso l'atto pubblico di mutuo ipotecario non potrà essere stipulato.

Si discute circa l'effettiva portata dell'art. 15 della LCCI: ci si chiede se copre la sola verifica della trasparenza sostanziale o, diversamente, ha un campo di applicazione più limitato.

Tuttavia, secondo una parte della dottrina, l'atto notarile così costruito non riuscirebbe a garantire la corretta e reale comprensione del mutuatario, del garante o di un altro garante; ciò sia alla luce del limitato controllo notarile, che non copre l'intera operazione finanziaria, sia alla luce delle singolarità del caso concreto. Infatti ogni mutuatario possiede caratteristiche tali - quali età, istruzione,

64 NIETO CAROL, U.: "El notario y el control de la transparencia material", in AA.VV.: *Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 300.

65 CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales*, cit., p. 206.

66 È respinta la valenza di presunzione assoluta dell'atto notarile con esito positivo; sul punto v. CARRASCO PERERA, A.: "Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*, (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 342.

situazione economica – da influenzare il grado con cui vengono recepite le informazione e la consulenza⁶⁷.

Inoltre si nota che, in generale, il mutuatario è propenso a confermare la corretta ricezione delle informazioni in quanto spinto dalla necessità di ottenere il prestito; dunque un ruolo fondamentale è quello del notaio che è chiamato ad assicurare che il mutuatario e i garanti abbiano ricevuto e compreso le informazioni necessarie nonché il contenuto della bozza del contratto di mutuo. Ne deriva che solo un attento intervento notarile può garantire una completa comprensione del mutuo ipotecario, la cui esecuzione avverrà poi con atto pubblico.

Dunque, in sintesi, l'art. 15 della LCCI non impone solo l'accertamento dell'adeguata conoscenza del mutuatario, o del garante, in ordine al contratto che si vuole concludere ma impone al notaio anche di comunicare una serie di informazioni, spiegazioni e documentazioni necessarie a tale fine. Infatti, solo in questo modo, utilizzando un canone di media diligenza, si può ritenere che i soggetti deboli del contratto possano comprendere effettivamente l'onere che intendono assumere con la stipula del contratto⁶⁸.

In questa ottica si ritiene che il lavoro svolto dal notaio sia funzionale alla trasparenza formale⁶⁹.

Tuttavia, come sottolinea la dottrina⁷⁰, le dichiarazioni rese dal mutuatario nell'atto notarile, con le quali riconosce di essere stato informato e di aver compreso tutto ciò che gli è stato sottoposto, non gli impediscono – se consumatore- una successiva contestazione di un errore nel consenso contrattuale o sull'esistenza di clausole abusive. Ciononostante, gli atti redatti secondo le procedure di cui all'art. 15 della LCCI non possono essere ridotti a meri elementi di fatto; si sostiene⁷¹ infatti che questi debbano essere considerati una prova rilevante, anche se non assoluta, a favore del rispetto del principio di trasparenza materiale.

In ogni caso, c'è anche chi guarda all'art. 15 della LCCI con occhi critici, ritenendola una normativa che invano complica il processo di informazione e consulenza e che, anzi, porta al risultato opposto consistente in una sorta di “confessione”, da parte del mutuatario, volta ad eliminare il controllo della trasparenza materiale⁷².

67 PERTÍÑEZ VILCHEZ, V.F.: “Transparencia material”, cit., p. 433.

68 SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos*, cit., p. 121.

69 ESQUIROL JIMÉNEZ, V.: “Los controles”, cit., p. 146.

70 TORRES RUIZ, S.: “La intervención notarial”, cit., p. 414.

71 PÉREZ HEREZA, J.: “La transparencia en”, cit., p. 182.

72 BARRAL VIÑALS, I.: *Los contratos de crédito inmobiliario: control de transparencia vs control de abusividad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 240.

Dunque, ritornando al procedimento, una volta che il notaio redige l'atto notarile positivo, lo stesso procede alla convocazione delle parti del contratto per la conclusione dell'atto pubblico, che dovrà coincidere con le informazioni contenute nell'atto notarile. Inoltre, l'art. 22.2 della LCCI precisa che il notaio non autorizzerà l'atto pubblico se non sia stato redatto l'atto notarile previsto dall'art. 15.3, mentre ai sensi dell'art. 15.7, il notaio deve inserire nell'atto pubblico del mutuo una nota identificativa dell'atto notarile positivo. Tale dichiarazione deve contenere il numero di protocollo, il nome del notaio che ha autorizzato l'atto e la data dell'autorizzazione; nonché la dichiarazione del notaio, sotto la propria responsabilità, attestante che il mutuatario ha ricevuto la documentazione e la consulenza previste dall'art. 15 della LCCI.

In conclusione, dall'analisi fin qui esposta, concordemente a quanto affermato da autorevole dottrina⁷³, tali procedure, volte alla verifica di trasparenza da parte del notaio prima della sottoscrizione dell'atto pubblico di mutuo ipotecario, è difficile che portino ad una sua verifica effettiva.

Infatti, nonostante la precisa procedura da seguire e le costanti informazioni proposte dal notaio alle parti, si arriva ad una dichiarazione di comprensione da parte dei mutuatari della documentazione presentata che, tuttavia, non è in grado di assicurare né tantomeno garantire l'effettivo consenso dell'atto pubblico, atto che dovrà essere firmato successivamente. A conferma di ciò, al momento della stipula dell'atto pubblico, il notaio informa nuovamente le parti sul suo contenuto e sulla comprensione delle informazioni loro presentate.

4. Il controllo di legalità del notaio.

Altro strumento di tutela del contraente debole è rappresentato dal controllo di legalità⁷⁴. Sul punto, tuttavia, va premesso che il tradizionale controllo sulle clausole abusive dei contratti bancari è stato a lungo criticato, in quanto descritto come meccanismo inadatto e non funzionante, soprattutto nei contratti di credito immobiliare.

Infatti, nonostante la legge sulle clausole contrattuali abusive (LCGC) e la TRIGDCU, che sono influenzate dal modello europeo di controllo delle clausole, il sistema spagnolo non ha funzionato, come ci si poteva aspettare, risultando inadatto a fronte dell'uso eccessivo di clausole e pratiche abusive da parte delle banche.

⁷³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 214.

⁷⁴ JIMÉNEZ GALLEGÓ, C.: *Ley de*, cit., p. 341.

Tale inoperatività è stata foriera, nel tempo, di molte situazioni problematiche che hanno dato la stura a contenziosi, con conseguenze negative rilevanti sui debitori-consumatori. Infatti, nell'evenienza di ipoteca su immobili adibiti ad abitazione principale, l'eventuale pignoramento per mancato pagamento diventa spesso molto oneroso, non solo sul piano economico, ma anche e soprattutto su quello umano e sociale⁷⁵.

Secondo la dottrina, difatti, il fallimento in Spagna del modello europeo di controllo delle clausole contrattuali, in particolare nei contratti bancari, è dipeso da una molteplicità di fattori: da un lato si è registrata una irresponsabilità degli istituti di credito che hanno attuato, molto spesso, pratiche commerciali aggressive, dall'altro tali pratiche sono state giudicate da una giurisprudenza non adeguatamente preparata e senza tradizione; senza tralasciare poi il carattere peculiare degli interessi coinvolti⁷⁶.

A fronte di tale situazione era necessario un forte sforzo legislativo e giurisprudenziale tale da invertire, una volta per tutte, la tendenza lesiva e abusiva degli interessi dei mutuatari. Ecco perché non sarebbe bastato una nuova regola costruita come norma imperativa ma, secondo i più, era necessario vietare specifiche clausole, almeno quelle che potevano essere particolarmente dannose per i mutuatari, siano essi consumatori o meno.

È proprio con la LCCI che avviene il passaggio da un controllo meramente formale e materiale, che si era dimostrato fino ad allora fallace ed inefficace, ad un controllo *stricto sensu* di legittimità di specifiche clausole.

In particolare, è previsto che il controllo su specifiche clausole avvenga ad opera non dei tribunali ma ad opera del notaio e, nei casi in cui intervenga, dell'ufficiale del registro immobiliare.

In realtà il controllo di legittimità dei notai e degli ufficiali dei registri immobiliari non è del tutto nuovo nell'ordinamento spagnolo; essi già operavano un siffatto tipo di controllo, anche se con la LCCI questo controllo è incrementato, prevedendo per i notai il divieto di autorizzare l'atto pubblico se contiene qualche clausola interdittiva e, allo stesso modo, di registrarlo agli ufficiali dei registri immobiliari.

Tale tipo di controllo si applica a tutti i mutui ipotecari soggetti alla LCCI⁷⁷, mentre gli altri prestiti compresi nella LCCI sono soggetti a controllo giudiziario anche sulle clausole vessatorie.

75 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific", cit., p. 214.

76 PASQUAU LIANO, M.: "La ICCL: Un cambio de modelo en las técnicas de protección del prestatario", in AA.VV.: *Los contratos de préstamo inmobiliario* (coord. K.J. ALBIEZ DOHRMANN e M.L. MORENO-TORRES HERRERA), Las Rozas, Madrid, 2020, p. 51.

77 ESQUIROL JIMÉNEZ, V.: "Los controles", cit., p. 138.

5. L'educazione finanziaria.

È fatto rientrare tra le tutele previste per il cliente consumatore anche l'educazione finanziaria che può essere intesa come l'attività consistente nella formazione ed erogazione di conoscenze sufficienti su concetti, prodotti o servizi finanziari che consentano al mutuatario consumatore, anche solo potenziale, di essere consapevole dei rischi, nonché dei vantaggi, derivanti dalla stipulazione di un dato contratto di credito/finanziario⁷⁸.

Solo in tal modo il consumatore potrà, prendendo decisioni più informate, attribuire il vero valore al suo consenso contrattuale.

Dunque, l'educazione finanziaria si lega a doppio filo alla concessione responsabile del credito, essendo propedeutica oltre che necessaria affinché il potenziale mutuatario comprenda al meglio le informazioni precontrattuali e, in questo modo, anche ciò a cui si obbligherà con la stipulazione del contratto di finanziamento.

Sul punto si evidenzia⁷⁹, quale virtuosa conseguenza di tale meccanismo, una riduzione delle ipotesi di insolvenza del mutuatario nonché una riduzione del sovraindebitamento privato.

Il legislatore spagnolo, alla terza disposizione addizionale della LCCL, prevede la promozione dell'educazione finanziaria dei cittadini da parte del ministero dell'economia e dell'impresa, del *Banco de España*, delle Comunità autonome e degli Enti locali.

Il legislatore spagnolo, infatti, ha previsto misure volte a promuovere l'educazione dei consumatori sui rischi che possono derivare dalla accensione di mutui e dalla gestione del debito, con particolare riferimento ai contratti di mutuo immobiliare, ai diritti dei consumatori, alle modalità di esercizio degli stessi, agli obblighi che ricadono sugli istituti di credito, sugli intermediari immobiliari e sulle compagnie assicurative.

In particolare sono state imposte al *Banco de España* apposite misure da sviluppare, prime tra tutte l'elaborazione e il costante aggiornamento di una "Guida per l'accesso al mutuo ipotecario" e una "Guida per l'accesso al mutuo

⁷⁸ SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos*, cit., p. 141.

⁷⁹ Sul punto v: LÓPEZ FRÍAS, M.J.: "Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas: consumidores, entidades financieras y poderes públicos", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos* (coord. M.L. MORENO-TORRES HERRERA e K.J. ALBIEZ DOHRMANN), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 173; MONSERRAT VALENTI, P.A.: "La educación financiera desde el sector privado", in AA.VV.: *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables* (coord. M. CUENA CASAS e V. ALCAÑIZ MIÑANO), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 889.

inverso", messe a disposizione dei mutuatari da parte degli istituti di credito e degli intermediari del credito immobiliare secondo le modalità determinate dal Ministro dell'Economia e delle Imprese nonché pubblicate sul sito del *Banco de España*, nella sezione opuscoli informativi⁸⁰.

6. La valutazione del merito creditizio.

Una corretta attuazione del principio di credito responsabile passa necessariamente attraverso la valutazione della solvibilità del debitore, considerando che siffatta valutazione costituisce, insieme alla informazione precontrattuale e all'educazione finanziaria, un passaggio essenziale per dare concretezza ed effettività al principio del credito responsabile⁸¹.

Si è giunti a tale conclusione anche in considerazione delle recenti crisi economiche che hanno confermato che il tradizionale rimedio della trasparenza delle condizioni economiche contrattuali non è sufficiente a prevenire il sovraindebitamento, risultando necessarie misure aggiuntive e più efficaci. In questo frangente nasce il principio del credito responsabile secondo il quale è il professionista che concede il credito a dover verificare il merito creditizio⁸², ovvero che il credito concesso sia adeguato in relazione alla solvibilità del cliente.

Infatti la valutazione del merito creditizio, o per meglio dire l'analisi della solvibilità del mutuatario, pare rappresentare uno degli strumenti più efficaci per la lotta contro il sovraindebitamento⁸³.

Relativamente alla nozione di valutazione del merito creditizio (o della solvibilità), con essa si intende, generalmente, l'analisi e la verifica della capacità del cliente di poter far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto di credito stipulato e, in particolare, di adempiere allo specifico obbligo di rimborsare le somme ricevute. Tale analisi ha ad oggetto le probabilità e le prospettive di

80 SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos*, cit., p. 145.

81 Sul punto: SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "Evaluación de la solvencia del prestatario consumidor en la Directiva 2014/17/UE y en el proyecto de Ley de su transposición al ordenamiento jurídico español", *Revista española de Derecho europeo*, 2018, n. 65, p. 11.

82 ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Revista Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2014, n. 16, p. 2.

83 ARROYO AMAYUELAS, E.: "Crédito inmobiliario y solvencia negativa; sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales* (coord. L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ e M. SÁNCHEZ LERÍA), Reus, Madrid, 2018, p. 150. Per approfondire sul credito responsabile v.: ARROYO AMAYUELAS, E.: "La política de crédito responsable en la Unión Europea. En particular el análisis del mérito crediticio", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2018, n. 1, pp. 65; DE LA PEÑA, L. e LÓPEZ-FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2013, n. 130, 2013, p. 49; CUENA CASAS, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", in AA.VV.: *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia* (coord. L. PRATS ALBENTOSA e M. CUENA CASAS), Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 27; RONTAS, A.: "The Role of Credit Bureaus in Globalised Economies: Why They Matter Less Than We Think and How They Can Matter More", in AA.VV.: *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe* (a cura di H. W. MICKLITZ e I. DOMURATH), Ashgate, Farnham, 2015, p. 177.

adempimento, tenendo conto non solo della capacità economica e finanziaria del cliente esistente al momento della stipula del contratto, ma anche delle eventuali circostanze che, verificandosi nel corso del rapporto, potrebbero influenzare la capacità finanziaria dello stesso mutuatario⁸⁴.

È compito del professionista tale valutazione che può qualificarsi come una obbligazione di mezzi⁸⁵. Infatti, dapprima il professionista del credito è tenuto a raccogliere tutte le informazioni, dalle più svariate fonti, necessarie a delineare la situazione finanziaria del futuro e potenziale cliente debitore mutuatario; successivamente, in base alle informazioni raccolte, deve effettuare la valutazione di solvibilità, sempre in modo diligente e professionale, tenendo conto anche del contratto che intende concludere.

C'è anche chi qualifica tale valutazione come un'obbligazione di risultato, sulla considerazione che la norma non chiede al creditore di svolgere semplicemente un'attività, ma diversamente, proprio a causa della sua professionalità, il debitore deve raggiungere un risultato adeguato, cioè una valutazione della solvibilità ben fatta⁸⁶.

In ogni caso, si può certamente affermare che tale valutazione circa la solvibilità del futuro mutuatario, effettuata prima della contrattazione, rappresenti, oltre che un presidio a tutela dello stesso mutuatario, anche una garanzia per la stabilità dell'istituto di credito stesso. Ben si comprende che, se vengono concessi solo crediti in modo responsabile, ovvero a soggetti che conseguono un esito positivo in punto di valutazione di solvibilità, saranno protette la solvibilità dello stesso ente finanziatore, la sua stabilità e la sua sopravvivenza nel mercato finanziario.

In quest'ottica il prestito responsabile è essenziale come meccanismo sia per prevenire il sovraindebitamento privato che per garantire la stabilità del sistema finanziario⁸⁷.

Tale valutazione di solvibilità è in realtà da considerare anche alla stregua di un obbligo naturale e addirittura intrinseco all'attività di concessione del credito, in quanto ove si intenda prestare denaro a qualcuno, occorre prima valutare il rischio che si corre, escludendo l'eventualità che gli importi prestati non vengano

84 SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos*, cit., p. 147; MAYORGA TOLEDANO, M.C.: "Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente", in AA.VV.: *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea* (dir. M. DE LA SIERRA FLORES DOÑA e J.T. RAGA GIL), Dykinson Madrid, 2016, p. 359.

85 SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos*, cit., p. 148.

86 DÍAZ ALABART, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", in AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (coord. S. DÍAZ ALABART), Reus, Madrid, 2015, p. 230.

87 CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: análisis de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2014, n. 20, p. 161.

restituiti. In base a tali considerazioni, la valutazione del merito creditizio può essere qualificata quale obbligo intrinseco all'azione professionale e diligente di colui che concede credito.

Tuttavia le recenti crisi economiche hanno evidenziato come, per molto tempo, tali valutazioni sulla solvibilità siano state effettuate senza il rispetto dei canoni di rigore e responsabilità, con la conseguente concessione di credito a soggetti che in realtà non potevano ottemperare alla doverosa e successiva restituzione di quanto ricevuto.

Per tali ragioni si è deciso di prevedere normativamente tale obbligo per il finanziatore, in modo tale da poter anche apprestare una disciplina più completa.

Va pure ricordato che tale obbligo già era previsto nell'ordinamento spagnolo, anche prima della LCCI; infatti il legislatore aveva già provveduto a disciplinare la necessaria valutazione della convenienza e dell'idoneità di determinate operazioni nel campo dei mercati finanziari e dei servizi di investimento, originariamente con la Legge 24/1988, del 28 luglio, in recepimento della direttiva MiFID poi riformata dalla legge 47/2007 del 19 novembre, e poi dalla normativa attualmente vigente sui mercati mobiliari di cui al regio decreto legislativo 4/2015 del 23 ottobre, che approva il testo unico della Securities Market Law nonché della Circolare 3/2013, della National Securities Market Commission che sviluppa tali obblighi di valutazione.

Un ulteriore passo in avanti è stato fatto attraverso la disciplina dell'economia sostenibile con la Legge n. 2 del 4 marzo 2011. Quest'ultima è una normativa approvata durante il periodo di crisi economica con l'obiettivo di rispondere ad una precisa esigenza: porre fine al grave sovraindebitamento delle famiglie causato da pratiche sconsiderate di concessione irresponsabile del credito. Difatti accadeva che, soprattutto nelle ipotesi di mutui ipotecari, i finanziatori fondavano la concessione del credito piuttosto che sulla capacità del debitore di rimborsare il prestito, sul valore economico dell'immobile dato in garanzia, sulla base di un'eccessiva fiducia nella sua rivalutazione fondata su un'erronea aspettativa di un suo aumento di valore.

Quindi, per porre freno a tale fenomeno, il legislatore ha adottato la Legge 2/2011, che ha avuto la sua esecuzione con l'ordinanza EHA/2899/2011, del 28 ottobre, sulla trasparenza e la tutela del cliente dei servizi bancari e con la circolare 5/2012, del 27 giugno, della Banca di Spagna agli istituti di credito e ai prestatori di servizi di pagamento sulla trasparenza dei servizi bancari e sulla responsabilità nella concessione dei prestiti.

In risposta alle medesime esigenze, lo stesso legislatore spagnolo ha adottato la Legge 16/2011, del 24 giugno, sui contratti di credito al consumo, in recepimento della direttiva 2008/48/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa al credito al consumo contratti, e la Legge 10/2014, del 26 giugno, sull'organizzazione, la vigilanza e la solvibilità degli enti creditizi.

In considerazione della portata generale, a livello europeo, del perdurante fenomeno di concessione irresponsabile del credito, lo stesso legislatore europeo è intervenuto sulla materia, dapprima con la già citata Direttiva 2008/48/CE e poi con la Direttiva 2014/17/UE.

Quest'ultima, come si evince dai suoi considerando, ha come obiettivo principale quello di ricostituire la fiducia dei consumatori nel settore finanziario, risolvendo i problemi che hanno investito il mercato ipotecario dell'Unione Europea, causati in larga parte dall'irresponsabilità nella concessione e nella contrattazione dei prestiti. In questo modo si vuole realizzare un sistema più trasparente ed efficiente ed un mercato interno competitivo, caratterizzato da contratti di credito coerenti, flessibili ed equi, che garantiscano un elevato livello di protezione ai consumatori.

Quindi, per evitare un indebitamento eccessivo, è necessario esigere una concessione responsabile del credito e tra i meccanismi per cercare di raggiungere questo obiettivo, oltre a insistere su informazione e trasparenza, la Direttiva sottolinea l'obbligo del soggetto finanziatore di valutare la solvibilità del cliente consumatore prima di contrarre.

Così la Spagna, come gli altri Stati membri, ha dovuto recepire la disciplina di siffatta valutazione del merito creditizio dettata dal legislatore comunitario e lo ha fatto per il tramite degli artt. 11 e 12 della LCCI, prevedendo anche la possibilità di successivi sviluppi normativi, di diversi aspetti legati a tale valutazione; ad esempio si è prevista un'adeguata attenzione ai redditi dei clienti in relazione agli impegni assunti al momento della concessione del finanziamento, prevedendo tra l'altro un'adeguata documentazione dei dati rilevanti sul potenziale mutuatario, nonché l'accesso ai database, garantendo che ciò avvenga in condizioni di non discriminazione.

Inoltre, si sottolinea in tale sede come la LCCI prevede tra i soggetti che saranno sottoposti a tale preventiva valutazione della solvibilità non solo i mutuatari ma anche i loro fideiussori e garanti, e sul punto ci si è interrogati circa l'opportunità di una valutazione di solvibilità in relazione al garante; ci si è chiesto, infatti, se è davvero necessaria una valutazione del merito creditizio del garante, in considerazione del fatto che la sua responsabilità non è personale (non

risponde con il suo patrimonio) ma è invece limitata al bene dato in garanzia⁸⁸. Infatti, mentre si ritiene che la valutazione del merito creditizio del fideiussore sia comunque opportuna in quanto, in caso di mancato pagamento, questi ha una responsabilità personale nei confronti del creditore, diversamente ciò non accade nel caso del garante, che in caso di mancato pagamento del credito risponderà semplicemente con il bene dato in garanzia.

In questa prospettiva appare sproporzionato e insensato l'obbligo di informazione reddituale, patrimoniale e sulle altre circostanze economiche che incombe, alla luce dell'art.11 LCCL, anche sul garante reale.

Infine, va ricordato come tale valutazione della solvibilità non è sempre gratuita, ma se comporta costi per il consumatore, questi deve esserne preventivamente informato in modo chiaro e tempestivo; infatti espressamente l'art. 11.2 LCCL avverte che il costo delle procedure di valutazione della solvibilità sviluppate dai finanziatori non può essere trasferito al mutuatario (né, quindi, ai fideiussori o ai garanti)⁸⁹.

IV. LA QUESTIONE APERTA DELLE CLAUSOLE DI SPESA.

Prima della LCCL c'era un enorme contenzioso giudiziario in materia di mutui immobiliari ai consumatori, molto spesso vertenti sulle spese per la concessione degli stessi che, d'abitudine, venivano addossate in capo ai consumatori⁹⁰.

Infatti, tra le clausole più controverse c'erano quelle che facevano ricadere sul consumatore le spese notarili, le spese di registrazione, le spese di agenzia, le spese di perizia e le tasse (in particolare l'imposta di bollo) e, almeno fino all'entrata in vigore della LCCL, non era raro che queste clausole venissero dichiarate abusive ai sensi della TRLGDCU.

In questo scenario si inserisce la Direttiva 2014/17/UE che ha, come già osservato, tra i suoi principali obiettivi quello di garantire al mutuatario conoscenza e consapevolezza circa i costi da sostenere in vista e collegati al prestito immobiliare.

L'intervento del legislatore spagnolo in fase di recepimento della stessa direttiva è stato preordinato, allora, anche all'ulteriore obiettivo, in un'ottica

88 SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos*, cit., p. 167.

89 DÍAZ ALABART, S.: "Evaluación de", cit., p. 234.

90 MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Asignación de gastos entre las partes del contrato", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 366; v. anche POVEDA BERNAL, M.I.: "Gastos y comisiones asociados a la constitución del préstamo con garantía hipotecaria en la LCCL. Análisis desde la perspectiva de la legislación de defensa de los consumidores y usuarios", in AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, (coord C. CASTILLO MARTÍNEZ), Wolters Kluwer España, Madrid, 2020, p. 1085.

deflattiva, di evitare controversie tra le parti su chi debba pagare ciascuna delle spese sostenute⁹¹, escludendo la litigiosità sul nascere.

Tale obiettivo pare essere raggiunto (o si cerca di raggiungerlo) attraverso un apposito regime di condivisione dei costi che viene delineato all'art. 14.1e, nell'ambito della disciplina della trasparenza "formale" riferita alla commercializzazione dei prestiti.

Sul punto va premesso che il disegno di legge non prevedeva questa norma; tuttavia, successivamente essa è stata introdotta in sede definitiva e delinea una regola che vale per qualsiasi mutuo immobiliare soggetto alla LCCI, non solo per i mutui ipotecari.

Il controllo su tali clausole spetta al notaio al momento della stipula dell'atto pubblico - anche se esse dovrebbero essere già annotate prima dell'atto notarile - e, ove applicabile, all'ufficiale del registro fondiario.

Il regime giuridico obbligatorio della ripartizione dei costi, che si discosta sia dal vecchio orientamento sposato dalla Corte di Cassazione sia dalla lettura data dalla Commissione Europea nella sua relazione sulla questione pregiudiziale C-224/1941, si applica indipendentemente dal fatto che il mutuatario sia o meno un consumatore.

È l'art 14.1, lettera e) della LCCI a delineare lo schema legale della disciplina di tale ripartizione: in capo al debitore mutuatario sono addossate le spese di stima dell'immobile, mentre saranno a carico del creditore mutuante le spese di agenzia e quelle notarili per l'atto di ipoteca, ad eccezione di quelle delle copie dei documenti. Inoltre il creditore si farà carico anche delle spese di registrazione delle garanzie nel registro fondiario. Infine, la ripartizione delle spese relative all'imposta sul trasferimento di proprietà e il pagamento dell'imposta di bollo sono regolate dalla vigente normativa fiscale applicabile.

Quindi, attraverso l'imposizione di una tale disciplina, il legislatore spagnolo pare aver voluto regolare una volta per tutte la ripartizione dei costi, affermando al contempo che qualsiasi clausola contraria a tale schema di ripartizione sarà nulla e sostituita dallo schema legale.

Infine non si può tralasciare che lo stesso legislatore ha precisato, all'art. 14.3 della LCCI, che possono essere addebitati oneri o commissioni solo per servizi relativi a prestiti fermamente richiesti o espressamente accettati da un mutuatario

91 MARTENS JIMÉNEZ, I.: "La distribución de gastos", in AA.VV.: *Los contratos de préstamo inmobiliario: Los contratos de préstamo inmobiliario* (a cura di K. ALBIEZ DOHRMANN e M.L. MORENO-TORRES HERRERA), Las Rozas, Madrid, 2020, p. 616.

o potenziale mutuatario e a condizione che corrispondano a servizi resi o spese sostenute accreditabili. Tale norma, quindi, pare escludere, insieme all'art. 5.3 LCCL, la possibilità di imputare al mutuatario le spese per il disbrigo della concessione di credito "di contenuto ignoto" da parte del creditore⁹².

92 MARTENS JIMÉNEZ, I.: "La distribución", cit., p. 623.

BIBLIOGRAFIA

AGÜERO ORTIZ, A.: "Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2016, n. 17.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "La tercera Instrucción de la DRGN (31 de julio 2019) sobre la transparencia en los contratos de crédito in-mobiliario. Las plataformas digitales", *Diario La Ley*, 2019, n. 9503.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "Some Specific Characteristics of the Regulation of Real Estate Credit Agreements in Spain", in AA.VV.: *I contratti di credito immobiliare fra diritto europeo e attuazione nazionale* (a cura di A. ADDANTE e L. BOZZI), Cacucci Editore, Bari, 2022.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", *InDret*, 2017, n. 2.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "Crédito inmobiliario y solvencia negativa; sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales* (coord. L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ e M. SÁNCHEZ LERÍA), Reus, Madrid, 2018.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "La política de crédito responsable en la Unión Europea. En particular el análisis del mérito crediticio", *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 2018, n. 1.

BARRAL VIÑALS, I.: *Los contratos de crédito inmobiliario: control de transparencia vs control de abusividad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

BATTELLI, E.: "Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica", *Contratto e Impresa*, 2019, 1.

BATTELLI, E.: "Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente", *Rivista di Diritto Civile*, 2022, n. 5.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El deber de información y la obligación de evaluar a solvencia en el proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: consecuencias jurídicas de su incumplimiento", in AA.VV.: *Los contratos de crédito*

inmobiliario. *Algunas soluciones legales* (coord. da R. SÁNCHEZ LEIRA e L.VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ), Reus, Madrid, 2018.

BERTI DE MARINIS, G.: “La vulnerabilità nei mercati regolamentati”, in AA.VV.: *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati* (a cura di P. CORRIAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

CABANAS TREJO, R.: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Aferre, Barcelona, 2019.

CABANAS TREJO, R.: “Objeto y ámbito de aplicación de la ley”, in AA.VV.: *Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2020.

CÁMARA LAPUENTE, S.: *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, Anales de la Academia, SC Lapuente, 2015.

CAÑIZARES LASO, A.: “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, 2015, vol. II, n. 3.

CARRASCO PERERA, A.: “Introducción”, in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

CARRASCO PERERA, A.: “Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato”, in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*, (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

CASTILLO PARRILLA, J.A.: “Las plataformas de origen y de destino para la documentación de los préstamos inmobiliarios”, in AA.VV.: *Los contratos de préstamo inmobiliario* (a cura di K. J. ALBIEZ DOHRMANN e M.L. MORENO-TORRES HERRERA), Las Rozas, Madrid, 2020.

CORDERO LOBATO, E.: “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, n. 6.

CORDERO LOBATO, E.: “Distribución de competencias para regular los contratos de crédito inmobiliario”, in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

CORDERO LOBATO, E.: "Obligaciones de información previa", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

CORRIAS, P.: "Il mercato come risorsa della persona vulnerabile", AA.VV.: *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati* (a cura di P. CORRIAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

CUENA CASAS, M.: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", in AA.VV.: *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia* (coord. L. PRATS ALBENTOSA e M. CUENA CASAS), Aranzadi, Madrid, 2014.

CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: análisis de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2014, n. 20.

DE LA PEÑA, L. e LÓPEZ-FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2013, n. 130, 2013.

DÍAZ ALABART, S. e ALVAREZ MORENO, M.T.: "La Directiva 2014/17, de 4 de noviembre de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", in AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (coord. S. DÍAZ ALABART), Reus, Zaragoza, 2015.

DÍAZ ALABART, S.: "Evaluación de la solvencia del consumidor; tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia", in AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (coord. S. DÍAZ ALABART), Reus, Madrid, 2015.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La vivienda habitual y otros inmuebles en garantía del cumplimiento de las obligaciones del prestatario", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos* (dir. M.L. MORENO-TORRES HERRERA e K.J. ALBIEZ DOHRMANN), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca", *Vivienda e Hipoteca*, Tecnos, Madrid, 2018.

ESQUIROL IMÉNEZ, M.: "La nueva regulación de los créditos y préstamos hipotecarios en el Código de consumo de Cataluña", *RJC*, 2015.

ESQUIROL JIMÉNEZ, V.: "Los controles notariales de transparencia y contenido sobre los préstamos sujetos a la Ley de contratos de crédito inmobiliario", in

AA.VV.: *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea* (coord. M. ANDERSON, E. ARROYO E A. APARICIO), Marcial Pons, Madrid, 2021.

F. PEÑA LÓPEZ, F.: "Comentario al art 8", in AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coord. R. BERCOVITZ), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.

FONT DE MORA RULLÁN, J.: "El nuevo concepto de inmueble de uso residencial y su relación con la vivienda habitual. Graduación en la protección sustantiva y procesal atendiendo al tipo de inmueble", in AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C. CASTILLO MARTÍNEZ), Wolters Kluwer España, Madrid, 2020.

FUSARO, A.: "Persona vulnerabile e forme di condizionamento del volere", in AA.VV.: *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati* (a cura di P. CORRIAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

GARCÍA MONTALVO, J.: *Algunas consideraciones sobre la nueva ley hipotecaria*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2017.

GENTILI, A.: "Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali", *Riv. dir. civ.*, 2013.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, n. 739.

JIMÉNEZ GALLEGU, C.: *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: continuidad y cambio*, Fundación Notariado, Madrid, 2021.

LONGO MARTÍNEZ, A.A.: *El contrato de crédito inmobiliario. Estudio práctico de la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

LÓPEZ FRÍAS, M.J.: "Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas: consumidores, entidades financieras y poderes públicos", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos* (coord. M.L. MORENO-TORRES HERRERA e K.J. ALBIEZ DOHRMANN), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Asignación de gastos entre las partes del contrato", in AA.VV.: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

MARTENS JIMÉNEZ, I.: "La distribución de gastos", in AA.VV.: *Los contratos de préstamo inmobiliario: Los contratos de préstamo inmobiliario* (a cura di K. ALBIEZ DOHRMANN e M.L. MORENO-TORRES HERRERA), Las Rozas, Madrid, 2020.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Comentario al art 2", in AA.VV.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. R. BERCOVITZ Y J. SALAS), Civitas, Madrid, 1992.

MAYORGA TOLEDANO, M.C.: "Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente", in AA.VV.: *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea* (dir. M. DE LA SIERRA FLORES DOÑA e J.T. RAGA GIL), Dykinson Madrid, 2016.

MONSERRAT VALENTÌ, P.A.: "La educación financiera desde el sector privado", in AA.VV.: *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables* (coord. M. CUENA CASAS e V. ALCAÑIZ MIÑANO), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: "La nueva reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y su ubicación en nuestro ordenamiento jurídico", in AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C. CASTILLO MARTÍNEZ), Wolters Kluwer España, Madrid, 2020.

NASARRE AZNAR, S. e SIMÓN MORENO, H.: "Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: La Directiva 2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 22/2010", *RDBB*, n. 139, 2015.

NIETO CAROL, U.: "El notario y el control de la transparencia material", in AA.VV.: *Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2020.

PASQUAU LIAÑO, M.: "La ICCL: Un cambio de modelo en las técnicas de protección del prestatario", in AA.VV.: *Los contratos de préstamo inmobiliario* (coord. K.J. ALBIEZ DOHRMANN e M.L. MORENO-TORRES HERRERA), Las Rozas, Madrid, 2020.

PÉREZ HEREZA, J.: "La transparencia en la contratación y el papel del acta notarial", in AA.VV.: *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. J.P. MURGA FERNÁNDEZ e C. HORNERO MÉNDEZ), Editorial Reus, Madrid, 2020.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *InDret*, 2013, núm. 3;

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos* (dir. M.L. MORENO-TORRES HERRERA e K.J. ALBIEZ DOHRMANN), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

PLAZA PENADÉS, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario La Ley*, 2013, n. 8112.

POVEDA BERNAL, M.I.: "Gastos y comisiones asociados a la constitución del préstamo con garantía hipotecaria en la LCCL. Análisis desde la perspectiva de la legislación de defensa de los consumidores y usuarios", in AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, (coord C. CASTILLO MARTÍNEZ), Wolters Kluwer España, Madrid, 2020.

PRATS ALBENTOSA, L.: "La directiva 2014/17, su traducción y su trasposición al derecho español", in AA.VV.: *Ley de contratos de crédito inmobiliario: estudios y comentarios* (coord. L. PRATS ALBENTOSA), Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2020.

RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E.: "Algunas consideraciones sobre el anteproyecto de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 10, 2017.

RONA-TAS, A.: "The Role of Credit Bureaus in Globalised Economies: Why They Matter Less Than We Think and How They Can Matter More", in AA.VV.: *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe* (coord. H. W. MICKLITZ e I. DOMURATH), Ashgate, Farnham, 2015.

RONCERO SÁNCHEZ, A.: "La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios. Protección del (futuro) prestatario y desatención (actual) deudor hipotecario", in AA.VV.: *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario* (coord. M.A. ALCALA DIAZ), Dykinson, Madrid, 2014.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2008.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "Condición legal de consumidor: contratos de doble finalidad y garantías accesorias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, n. 767.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: "Evaluación de la solvencia del prestatario consumidor en la Directiva 2014/17/UE y en el proyecto de Ley de su transposición

al ordenamiento jurídico español", *Revista española de Derecho europeo*, 2018, n. 65.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SÁNCHEZ MARTÍN, C.: "El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica", *Diario La Ley*, 2015, n. 8491.

SERRANO FERNÁNDEZ, M.: "El ámbito subjetivo del proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Un análisis de las figuras del prestamista y del prestatario", in AA.VV.: *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales* (coord. R. SÁNCHEZ LEIRA e L.VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ), Reus, Madrid, 2018.

TAPIA HERMIDA, A.J.: "L'armonización comunitaria de los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial: la Directiva 2014/17/UE", *RDBB*, 2014, n. 136.

TORRES RUIZ, S.: "La intervención notarial en los préstamos hipotecarios", in AA.VV.: *Los contratos de préstamo inmobiliario* (coord. K. ALBIEZ DOHRMANN e M.L. MORENO-TORRES HERRERA), Las Rozas, Madrid, 2020.

VALENZA, C.A.: "La figura del consumatore nel codice del consumo", in AA.VV.: *I contratti del consumatore* (coord. G. CAPILLI), Giappichelli, Torino, 2021.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios", *Revista Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2014, n. 16.

LA SOTTOSCRIZIONE IN MODO SEMPLIFICATO
DEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI: UNICUM
EMERGENZIALE O INNOVAZIONE NECESSARIA?

*SIMPLIFIED SIGNING OF BANKING AND FINANCIAL CONTRACTS:
AN EMERGENCY UNIQUE OR A NECESSARY INNOVATION?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 920-941



Eugenio
TOTARO

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: In seguito all'emergenza sanitaria da Covid-19, la legislazione nazionale ha subito una significativa evoluzione digitale, seppur transitoria, che ha modernizzato istituti tradizionali del diritto civile, anche di matrice europea. Grazie ai decreti legge 23/2020 e 34/2020, convertiti in legge, il legislatore ha introdotto semplificazioni in materia di sottoscrizione e comunicazione nei servizi bancari, finanziari e assicurativi, per garantire l'equilibrio tra il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e l'accesso a servizi essenziali (artt. 41 e 47 Cost.), anche per coloro privi di strumenti digitali avanzati. In tale contesto, si esaminano i quattro requisiti fondamentali per la sottoscrizione semplificata di contratti, tra cui l'uso della posta elettronica non certificata accompagnata da un documento d'identità, valutando il valore probatorio di tali comunicazioni ai sensi degli artt. 2712 e 2719 c.c. Si affrontano anche le responsabilità professionali, quali l'obbligo di doppia consegna e di conservazione del contratto in modo sicuro e immodificabile. Infine, si discutono le problematiche legislative e giuridiche sollevate, proponendo soluzioni per integrare tali innovazioni normative nel quadro legislativo vigente.

PALABRAS CLAVE: Contratti finanziari; contratti bancari; sottoscrizione semplificata; riproduzioni meccaniche; copie fotografiche.

ABSTRACT: *Following the Covid-19 health emergency, national legislation underwent a significant, albeit transitory, digital evolution that modernised traditional civil law institutions, including those of European origin. Thanks to Decree-Laws 23/2020 and 34/2020, converted into law, the legislature has introduced simplifications in the area of subscription and communication in banking, financial and insurance services, in order to ensure a balance between the right to health (Art. 32 Const.) and access to essential services (Art. 41 and 47 Const.), even for those without advanced digital tools. In this context, the four fundamental requirements for the simplified signing of contracts are examined, including the use of non-certified electronic mail accompanied by an identity document, assessing the probative value of such communications under Article 2712 of the Civil Code. Professional responsibilities are also addressed, such as the obligation of double delivery and safe and unalterable storage of the contract. Finally, the legislative and legal issues raised are discussed, proposing solutions to integrate these regulatory innovations into the existing legislative framework.*

KEY WORDS: Financial contracts; bank contracts; simplified subscription; mechanical reproductions; photographic reproductions.

SUMARIO.- I. COVID E DECRETI LIQUIDITÀ E RILANCIO.- II. CONTRATTO BANCARIO E FINANZIARIO: TRA FUNZIONE DELLA FORMA E MONOFIRMA.-III. LA SOTTOSCRIZIONE E LE COMUNICAZIONI IN MODO SEMPLIFICATO IN AMBITO BANCARIO E FINANZIARIO.- IV. MANIFESTAZIONE DEL CONSENSO ED E-MAIL.- V. INTEGRITÀ E CONSEGNA DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE.- VI. UNA CHIOSA SU UNA POSSIBILE MODALITÀ DI SOTTOSCRIZIONE TELEMATICA ALTERNATIVA DI CONTRATTI BANCARI, FINANZIARI E ASSICURATIVI.

I. COVID E DECRETI LIQUIDITÀ E RILANCIO.

A seguito dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si è potuto assistere ad una profonda e rapida evoluzione, avente il solo carattere della transitorietà, in chiave digitale della legislazione nazionale, che ha portato ad una modernizzazione dei classici istituti del diritto civile e di derivazione europea promossa grazie all'adozione di processi contrattuali più efficienti ed accessibili, in linea con le esigenze di un mercato sempre più digitale ed, all'epoca, in un momento di forzosa stasi. La pronta risposta del legislatore, ad opera dei d.l. del 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "decreto liquidità", convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40), e d.l. del 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "decreto rilancio", convertito con modificazioni dalla L. 26 maggio 2023, n. 56), ha introdotto, nei rispettivi art. 4 (d.l. 23/2020) e 33 (d.l. 34/2020), delle endiadi relative alle modalità di sottoscrizione e comunicazione semplificate per i servizi bancari, finanziari ed assicurativi, dirette a garantire il giusto temperamento tra, da un lato, l'esigenza di garantire il diritto fondamentale alla salute quale interesse della collettività (ex art. 32 Cost.) e, dall'altro, la possibilità di accedere e fruire di tali servizi essenziali per il cittadino (ex artt. 41 e 47 Cost.), anche alla clientela sprovvista di quegli strumenti informatici di posta elettronica certificata e di firma digitale, attraverso il canale internet¹.

¹ Sulla modalità semplificata di sottoscrizione, cfr.: FEDERICO, A.: "I contratti monofirma: dalle Sezioni unite alla legislazione emergenziale", *Rassegna di Diritto Civile*, 2020, fasc. 4, p. 1237 ss.; LENER R., e DI CIOMMO, A.: "Prmissime riflessioni su moratorie, responsabilità del debitore e sottoscrizione semplificata dei contratti in tempo di pandemia", *Rivista di diritto bancario*, 2020, consultabile su dirittobancario.it; LIACE, G.: "La forma del contratto bancario ai tempi del coronavirus", in PALMIERI, G. (a cura di) *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post covid-19*, Editoriale Giuridica, Napoli, 2020, p. 1291 ss.; RUMI, T.: "Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del Decreto Liquidità", *Contratti*, 2020, fasc. 4, p. 463 ss.; DOLOMETTA, A.A.: "Operazioni bancarie e sopravvenienze legislative", in CAPOBIANCO, E. (a cura di) *I contratti bancari*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 892 ss.; BONFATTI, B. e LENTINI, L.S.: "La 'forma Covid' dei contratti bancari e il diritto intertemporale", *Rivista di diritto bancario*, 2021, consultabile su dirittobancario.it; ROBUSTELLA, L.: "Emergenza sanitaria e intervento normativo sulla conclusione semplificata dei contratti del mercato finanziario", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2021, p. 247 ss.; TUCCI, A.: "Problemi esegetici delle disposizioni relative alla conclusione dei contratti del mercato finanziario in forma semplificata e rinvio all'art. 20 comma 1-bis CAD", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2021, p. 251 ss.; SARTORI, F.: "Ambito soggettivo di applicazione della disciplina semplificata e spunti in tema di forma vincolata", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post*

• Eugenio Totaro

Dottorando di Ricerca in "Diritto dei Consumi", Università degli Studi di Perugia. Email: eugenio.totaro@dottorandi.unipg.it

Tale innovazione potrebbe essere l'antesignana di un possibile – e necessario – aggiornamento del CAD, del TUB, del TUF e del CAP diretto a cogliere le potenzialità offerte dal mezzo telematico.

II. CONTRATTO BANCARIO E FINANZIARIO: TRA FUNZIONE DELLA FORMA E MONOFIRMA.

Occorre subito rammentare – quale necessaria premessa giuridico-metodologica per una corretta analisi successiva sulla modalità di conclusione semplificata e sulla relativa efficacia e prova che tale atto può avere – che il complesso paradigma contrattuale nel settore bancario² e finanziario³ assume una quadruplice valenza normativa in quanto è diretto: a suggellare la manifestazione di volontà dei contraenti che, all'interno del testo contrattuale, si cristallizza; ad assurgere a primigenio veicolo informativo per il contraente, in quanto messo nella condizione di conoscere le condizioni contrattuali e, pertanto, di determinare scientemente il suo convincimento su un dato regolamento; ad essere baluardo della correttezza, della diligenza e della trasparenza, del concreto dipanarsi della relazione tra il professionista e cliente, in quanto necessaria per il raggiungimento degli interessi di quest'ultimo; a determinarsi quale requisito essenziale e fondativo per la successiva operatività del rapporto, regolato tanto dalle norme di diritto privato quanto da quelle di derivazione eurocomunitaria e consumeristica

Nella fase contrattuale "strictu sensu", ai sensi degli artt. 125-bis, 126-quinquies e 117 TUB e del combinato disposto dell'art. 23 del TUF con l'art. 37 Reg.Int., i

covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità, Pacini, Pisa, 2021, p. 257 ss.; FALCONE, G.: "Profili problematici della "sottoscrizione semplificata" nei contratti di credito", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2021, p. 261 ss.; BERTI DE MARINIS, G.M.: "La lettura in chiave funzionale del vincolo formale determina la creazione di nuove "liturgie" nella conclusione dei contratti del mercato finanziario", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2021, p. 271 ss.; CHIRONI, F.: "La conclusione del contratto bancario via e-mail ai tempi del covid: misura emergenziale o futura semplificazione?", *Contratto e Impresa*, 2022, fasc. I, p. 184 ss.; SANTAMARIA S., "Dalla forma ad substantiam a quella semplificata dei contratti bancari. Fu vera gloria?", *Diritto dell'economia*, 2022, fasc. 2, p. 311 ss.; LIACE, G.: "Diritto dei mercati finanziari – La disciplina dei contratti di intermediazione finanziaria", Il Mulino, Bologna, 2023, p. 40 ss.

- 2 Sui contratti bancari, tra tutti, cfr.: SCIARRONE ALIBRANDI, A.: "I contratti bancari: nozione e fonti", in ROPPO, V. (a cura di) *Trattato del contratto*, V. Giuffrè, Milano, 2014, p. 639 ss.; CALLEGARI, M.: "Le origini e le fonti del diritto contrattuale bancario", in CAVALLI, G. e CALLEGARI, M. (a cura di) *Lezioni sui contratti bancari*, 3a ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. I ss.; BONTEMPI, P.: "Diritto bancario e finanziario", 7a ed., Giuffrè, Milano, 2021, p. 249 ss.; CAPOBIANCO, E.: "Profili generali della contrattazione bancaria", in CAPOBIANCO, E. (a cura di) *Contratti bancari*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 5 ss.; ALPA, G. e GAGGERO, P.: "I contratti bancari tipici", in CAPRIGLIONE, F. (a cura di) *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Wolters Kluwer, Milano, 2024, p. 241 ss.
- 3 Sui contratti di investimento, tra tutti, cfr.: DE NOVA, G.: "La forma dei contratti finanziari", in AA.VV. (a cura di) *I servizi del mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 87 ss.; ROPPO, V.: "Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID", *Economia e Diritto del Terziario*, 2009, fasc. 3, p. 423 ss.; PARRELLA, F.: "Il contratto di consulenza finanziaria", in GABRIELLI, E. e LENER, R. (a cura di) *I contratti del mercato finanziario*, I, UTET, Torino, 2010, p. 1021 ss.; MAGGIOLO, M.: "Servizi ed attività di investimento", in CICU, A., MESSINEO, F., MENGONI, L. e SCHLESINGER, P. (a cura di) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 463 ss.; ANNUNZIATA, F.: "La disciplina del mercato mobiliare", 11a ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 170 ss.; BONTEMPI, P.: "Diritto bancario", cit., p. 573 ss.; LIACE, G.: "Diritto dei mercati finanziari", cit., p. 35 ss.; COSTI, R.: "Il mercato mobiliare", 13a ed., Giappichelli, Torino, 2024, p. 160 ss.

contratti relativi a tali servizi ricevono importanti specificazioni tanto dal punto di vista della sua forma quanto del loro contenuto: per tali negozi è richiesta la forma scritta a pena di nullità relativa (in una logica di “neoformalismo” negoziale/contrattuale⁴ e con lo specifico fine di rispettare la forma-contenuto informativa e di protezione a tutela del contraente debole) in quanto contratti standardizzati predisposti dal professionista (ex art. 1341 c.c.) che devono essere sottoscritti e consegnati in copia (su supporto cartaceo o su supporto durevole) al cliente. La predisposizione per iscritto di tali contratti ha quale primigenia funzione quella di garantire il tendenziale ribilanciamento delle asimmetrie latamente intese (tanto informative, come anche contrattuali ed economiche), in un rinnovato pensiero sul requisito formale in cui questo cambia paradigma trasformandosi da un mero elemento strutturale ad uno funzionale, richiedendo quali elementi essenziali, seguendo la giurisprudenza di legittimità consolidata ed anche la lettera degli artt. 117 TUB e 23 TUF, la sola redazione per iscritto, la sottoscrizione del contratto da parte del solo cliente – e non anche quella dell’intermediario – e la consegna dello stesso. Attraverso i chiari comportamenti concludenti del professionista e la consegna del regolamento contrattuale al cliente, risulta, così, meramente eventuale e non strettamente necessaria la sottoscrizione da parte del professionista in quanto si considera il negozio concluso in maniera equipollente e sancendo la validità del c.d. “contratto monofirma”⁵. Si può, pertanto, affermare che in un

- 4 Sul neoformalismo negoziale, cfr.: FAUCEGLIA, G.: “La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari”, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1994, fasc. 5-6, p. 417 ss.; MAZZAMUTO, S.: “Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare”, in MAZZAMUTO, S. e TERRANOVA, G. (a cura di) *L’intermediazione mobiliare. Studi in memoria di Aldo Maisano*, Jovene, Napoli, 1994, p. 193 ss.; DI MARZIO, F.: “Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti”, *Rivista critica del diritto privato*, 2001, fasc. 2-3, p. 395 ss.; MODICA, L.: “Vincoli di forma e disciplina del contratto: dal negozio solenne al nuovo formalismo”, Giuffrè, Milano, 2008, p. 119 ss.; TUCCI, G.: “Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento”, *Rivista Trimestrale di Diritto dell’Economia*, 2009, fasc. 2, p. 39 ss.; FAZIO E., “Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale”, Giuffrè, Milano, 2011, p. 3 ss.; PAGLIANTINI, S.: voce “Neoformalismo contrattuale”, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 772 ss.; ADDIS, F.: “‘Neoformalismo’ e tutela dell’imprenditore debole”, *Obbligazioni e Contratti*, 2012, I, p. 6 ss.; BERTI DE MARINIS, G.M.: “La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole”, ESI, Napoli, 2013, p. 149 ss.; GAGGERO, P.: “Neoformalismo negoziale di ‘protezione’ e struttura della fattispecie contrattuale”, *Contratto e Impresa*, 2016, fasc. 6, p. 1463 ss.; BERTI DE MARINIS, G.M.: “L’evoluzione del formalismo negoziale nei contratti bancari e finanziari”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, fasc. 16, p. 828 ss.
- 5 Sui contratti monofirma in giurisprudenza, tra tutte, Cass. SS.UU. 16 gennaio 2018, n. 898 con nota di AMAGLIANI, R.: “Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898”, *Contratti*, 2018, fasc. 2, p. 133 ss., di D’AMICO, G.: “La ‘forma’ del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus”, *Contratti*, 2018, fasc. 2, p. 133 ss., di CHIARELLA, M.L.: “Le Sezioni Unite e l’essenza della forma nei contratti-quadro d’investimento”, *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018, fasc. 3, p. 292 ss., di COLOMBO, C.: “La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni unite”, *Giurisprudenza Italiana*, 2018, fasc. 3, p. 568 ss., di DALMARTELLO, A.: “La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto ‘monofirma’”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, fasc. 5, p. 658 ss., di GUADAGNO, S.: “Le Sezioni Unite sui contratti cc.dd. monofirma: la forma dei contratti asimmetrici”, *Corriere Giuridico*, 2018, fasc. 7, p. 929 ss., di DI MAJO, A.: “Contratto di investimento mobiliare: il ‘balletto’ delle forme”, *Giurisprudenza Italiana*, 2018, fasc. 3, p. 568 ss., NATOLI, R.: “Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido”, *Società*, 2018, fasc. 4, p. 481 ss., di PAGLIANTINI, S.: “Forma o modalità di un’informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell’art. 23 T.U.F.”, *Contratti*, 2018, fasc. 2, p. 133 ss., di TICOZZI, M.: “Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione”, *Giurisprudenza Italiana*, 2018, fasc. 3, p. 568 ss.; FIORIPONTI, F.: “La giurisprudenza delle sezioni unite accende il dibattito sul carattere formale del contratto ex art. 23 t.u.f.”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, fasc. 12, p. 1844 ss. Cfr. anche: SCOGNAMIGLIO, C.: “Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di

contratto così perfezionato, con la correlativa imputabilità della dichiarazione in esso contenuta a colui che l'ha sottoscritta (il cliente) e a chi l'ha predisposto, somministrato e consegnato (il professionista), "lo scopo perseguito dalla norma è stato raggiunto, perché nulla aggiungerebbe all'informazione del cliente la sottoscrizione della banca"⁶.

III. LA SOTTOSCRIZIONE E LE COMUNICAZIONI IN MODO SEMPLIFICATO IN AMBITO BANCARIO E FINANZIARIO.

Fermo restando quanto espresso nei soprarichiamati articoli e precedentemente analizzato, il legislatore, ai sensi dei richiamati art. 4 d.l. 23/2020 e 33 d.l. 34/2020, riconosce, per tutta la durata dello stato emergenziale, la piena validità, da un lato, e l'imputabilità al cliente della manifestazione di consenso, dall'altro, dei contratti bancari, finanziari ed assicurativi, che siano stati conclusi in maniera semplificata – e, pertanto, "soddisfano", in maniera immediata, i requisiti di cui all'art. 20, c. I-bis, CAD e, in maniera mediata, quelli dell'art. 2702 c.c., avendone la medesima efficacia – rispettando ulteriori quattro requisiti fondamentali, al fianco di quelli contenuti nelle normative di settore, espressamente positivizzati nella normativa emergenziale. Di più, il legislatore riconosce anche, una volta stabilito il canale di comunicazione virtuale con il cliente, la possibilità per quest'ultimo di utilizzare il medesimo strumento "anche per esercitare i diritti previsti dalla legge o dal contratto stesso".

IV. MANIFESTAZIONE DEL CONSENSO ED E-MAIL.

I primi due requisiti riguardano da vicino il consumatore: mentre il primo attiene alla manifestazione del consenso attraverso l'invio del documento di riconoscimento in corso di validità in esplicito riferimento di uno specifico contratto, che deve essere identificato in modo certo⁷, il secondo è relativo all'invio del consenso così concretizzatosi, mediante il proprio indirizzo di posta elettronica non certificata od altro strumento idoneo: questo *prius* logico-giuridico risulta quale "condicio sine qua non" per soddisfare, dal lato del cliente, il requisito

protezione della forma", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, fasc. 5, p. 741 ss.; FRANCO R., "Il c.d. contratto monofirma: dalla fattispecie al procedimento", *Europa e Diritto Privato*, 2020, fasc. 2, p. 365 ss.

6 LIACE G., "Diritto dei mercati finanziari", cit., p. 56.

7 Secondo BERTI DE MARINIS, G.M. (in "La lettura in chiave funzionale", cit., p. 272) "nell'ipotesi disciplinate nel diritto dell'emergenza vi è la possibilità che scompaia qualunque sottoscrizione da contratti che prevedono un vincolo di forma scritta ad substantiam. Ed infatti, ferma restando la possibilità per l'intermediario di non sottoscrivere il documento contrattuale, ai sensi dei principi espressi dalla Cassazione, la sostituzione della firma del cliente con una manifestazione di volontà inoltrata dalla propria mail alla quale si alleggi il proprio documento di identità determina l'assenza di una formale sottoscrizione anche da parte di quest'ultimo soggetto. Questa pur evidente constatazione, generata dal chiaro intento del legislatore dell'emergenza di semplificare il formalismo negoziale anche dal lato del cliente, potrebbe allora condurre paradossalmente a far avvertire l'esigenza di ripristinare il formalismo dal lato dell'intermediario".

della forma scritta. In chiara e nominata deroga/equiparazione dell'art. 20, c. I-bis, CAD, il contratto così "sottoscritto" soddisfa il requisito della forma scritta – richiesta dalle diverse normative di settore – in quanto confortato e "certificato", a parere di chi scrive, proprio dal documento di identità in quanto documento di riconoscimento strettamente personale (v. *infra*) – e, pertanto, tendenzialmente nella sola disponibilità del soggetto a cui si riferisce –, spostando l'identificazione del sottoscrivente dal mondo informatico a quello "documentale", vale a dire della corrispondenza tra i dati personali riportati nel contratto e quelli presenti sul documento di identità. Sembrerebbe, quindi, che questa prima parte della norma attiene non tanto alla conclusione in sé del contratto, quanto alla modalità di espressione del consenso (ed anche del diritto di recesso)⁸.

Da questa prima definizione degli obblighi in capo al cliente, si possono immediatamente scorgere diverse problematicità intrinseche alla particolare modalità di espressione del consenso: la prima, in ordine cronologico, è quella relativa al "riferimento ad un contratto identificabile in modo certo" accompagnato "da copia di un documento di riconoscimento"⁹ e, la seconda, relativa all'utilizzo del mezzo mail.

In via di prima approssimazione occorre qui rammentare che quanto stabilito all'art. 48, c. I, CAD (ed anche secondo quanto disposto dal d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68) – che definisce la "posta elettronica certificata"¹⁰ come "la trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna" – sembrerebbe essere, in realtà, un mero aggiornamento della definizione di "invio raccomandato"¹¹, di cui all'art. I, c. I lett. i, d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, in materia di "servizio postale universale", secondo

8 Condivisibile è la posizione assunta da FALCONE, G. (in "Profili problematici", cit., p. 263), secondo cui "supporre che la mera espressione del consenso valga sempre e comunque a concludere il contratto sarebbe una conclusione erronea, dovendo riferirsi unicamente ai contratti consensuali, con esclusione, quindi, di quei contratti di credito che necessitano della erogazione delle somme per la relativa conclusione, in quanto contratti reali: per questi ultimi, infatti, il consenso rappresenta una condizione necessaria, ma non ancora sufficiente, per il relativo perfezionamento. La conclusione dunque è che per i contratti reali l'utilizzo della comunicazione tramite posta elettronica vale sì ad esprimere il consenso, ma non ancora a perfezionare il contratto: ciò potrebbe avere un effetto limitativo non grave laddove le erogazioni di somme di denaro avvengano tramite accredito su conto corrente (eventualmente quest'ultimo perfezionato attraverso il ricorso alla comunicazione tramite casella di posta elettronica), ma rilevante negli altri casi".

9 Come rilevato da TUCCI, A. (in "Problemi esegetici", cit., p. 252 ss.), "parrebbe, allora, più corretto ritenere che il legislatore abbia inteso affermare che il cliente può inviare all'intermediario il documento contrattuale non sottoscritto, mediante uno strumento elettronico, assieme a copia di un documento di identità".

10 Sulla posta elettronica certificata, cfr.: PELOSI, A.: "Il Codice dell'amministrazione digitale modifica il valore giuridico della posta elettronica certificata", *I contratti*, 2007, fasc. 3, p. 255 ss.; AMBROSI, I. e D'AURIA M.: "La posta elettronica certificata", in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, fasc. 7, p. 668 ss.; CARULLO, G.: "Posta elettronica certificata e domicilio digitale: futuro e incertezze in una prospettiva europea", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2016, fasc. I, p. 51 ss.; SICCHIERO, G.: "Il domicilio digitale", in *Contratto e Impresa*, 2022, fasc. 4, p. 1006 ss.

11 Dalla lettera della Cass. 12 aprile 2022, n. 11808 "va preliminarmente osservato che il D.Lgs. n. 82 del 2005, art. 48, comma 2 a tenore del quale "La trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata ai sensi del comma I, equivale, salvo che la legge disponga diversamente, alla notificazione per mezzo della posta", ha equiparato la raccomandata postale alla trasmissione del documento via PEC". Similmente anche: Cass. 22 dicembre 2016, n. 26733; Cass. 26 novembre 2018, n. 30532.

cui l'invio di una "PEC cartacea" "consiste nel garantire forfettariamente contro i rischi di smarrimento, furto o danneggiamento e che fornisce al mittente una prova dell'avvenuto deposito dell'invio postale e, a sua richiesta, della consegna al destinatario". Inferenzialmente, ricordando gli arresti delle SS.UU. 36057 e 36095 del 2022 che definiscono la PEC come "busta telematica", si può conferire alle comunicazioni via mail lo stesso valore della corrispondenza postale in quanto, proseguendo la lettura e parafrasando il c.l. del sopracitato art., alla lett. g, si è in presenza di una comunicazione in forma scritta, su supporto dematerializzato, che viene inviata e consegnata all'indirizzo mail indicato dal mittente sull'involucro digitale¹². Fugato ogni dubbio su quale valore legale dare ad una mail, bisogna, quindi, chiedersi se esista un modo per poter concludere un contratto (bancario o finanziario) attraverso l'uso della posta elettronica non certificata e della firma autografa, conferendo i medesimi effetti di un contratto concluso seguendo le formalità prescritte dal CAD.

Per dare una risposta a questa domanda occorre far collidere i due regolamenti di settore con queste (non più tanto) nuove modalità di conclusione dei contratti, verificando la bontà normativa dei due decreti analizzati, per comprendere appieno cosa possa significare il "riferimento ad un contratto identificabile in modo certo". Il primo caso, assolutamente da scartare, dovrebbe essere quello della mail contenente il mero riferimento al contratto – e, magari, ed avente, quale allegato, il documento di riconoscimento: tale tipologia di messaggio di posta elettronica, infatti, andrebbe considerato come corrispondenza senza firma¹³ e,

12 Sul contratto concluso mediante posta elettronica, cfr.: FINOCCHIARO, G.: "Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet", *Contratto e Impresa*, 2001, fasc. 2, p. 571 ss.; TARICCO, R.: "Volontà e accordo nella contrattazione telematica", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, fasc. 2, p. 201 ss.; CICALA, C.: "Posta elettronica e conclusione del contratto", *Obbligazioni e Contratti*, 2005, fasc. 3, p. 227 ss.; ANGELONI, F.: "Considerazioni in merito alla conclusione dei contratti telematici mediante l'uso della posta elettronica ed al rispetto del requisito della forma scritta ad substantiam", *Cyberspazio e diritto*, 2008, fasc. 3, p. 271 ss.; AZZARRI, F.: "La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo", *I contratti*, 2010, fasc. 3, p. 301 ss.; BATTELLI, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie", *Rassegna di Diritto Civile*, 2014, fasc. 4, p. 1035 ss.; Tosi, E.: "La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21", *Contratto e Impresa*, 2014, fasc. 6, p. 1264 ss.

13 In dottrina, in seguito a numerose pronunce giurisprudenziali (tra tutte, Cass. 8 marzo 2018, n. 5523, Cass. 14 maggio 2018, n. 11606, Cass. 6 febbraio 2019, n. 3540; Cass. 17 luglio 2019, n. 19155), si sono affermate due differenti dottrine che conferivano una più o meno ampia efficacia probatoria alla corrispondenza via mail: secondo la prima, partendo dal presupposto che per poter accedere al servizio mail è necessario l'inserimento di username e password, al messaggio di posta elettronica semplice si può riconoscere la stessa efficacia di un documento informatico firmato con firma elettronica semplice vista la presenza, in calce alla mail, del nome e del cognome dello scrivente che sottoscriverebbe in tal modo la comunicazione per assicurarsi la paternità del messaggio; secondo la seconda, viceversa, il messaggio di posta elettronica semplice è equiparabile alla corrispondenza senza firma in quanto non soddisfa le condizioni di cui all'art. 20 CAD e, pertanto, potrà essere solo liberamente valutato dal giudice in ordine all'efficacia probatoria da riconoscerli. Sembrerebbe preferibile la seconda ricostruzione alla luce della modalità di funzionamento della posta elettronica semplice: numerosi "email service provider", per facilitare l'utilizzo dei loro servizi, danno la possibilità agli utenti sia di effettuare il *log-in* una sola volta, durante la prima sessione di uso, salvando sul dispositivo (computer, smartphone...) un *access token* al cui interno vengono immagazzinate le credenziali di autenticazione, che l'inserimento automatico, in calce alla mail, della firma del mittente. È, pertanto, preferibile l'arresto della Cass. 24 luglio 2023, n. 22012, secondo cui "il messaggio di posta elettronica (cd. e-mail) privo di firma elettronica non ha l'efficacia della scrittura privata prevista dall'art.

in questo caso, il consenso prestato nei riguardi di un contratto richiamato dallo scrivente, che carica il testo della mail di un preminente contenuto dichiarativo, non dovrebbe poter produrre i medesimi effetti della sottoscrizione ex se – in quanto, tale (in)formalità, potrebbe essere lesiva del legittimo affidamento tra le parti – quanto essere liberamente e prudentemente valutato dal giudice in sede di giudizio l'idoneità di tale espressione dal punto di vista sia del requisito della forma scritta che della sua efficacia probatoria (anche se tale eventualità potrebbe determinare notevoli disarmonie in quanto potrebbe rimanere vittima delle ondivaghe determinazioni delle Corti territoriali). Analizzando brevemente la casistica sorta intorno ai messaggi di posta elettronica semplici che contengono una dichiarazione di volontà, si possono ricordare due emblematiche sentenze della Cassazione, una relativa ad un contratto di compravendita di strumentazioni di navi da diporto (Cass. 14 maggio 2018, n. 11606) e l'altra in materia di conclusione di un contratto preliminare di compravendita di un bene immobile (Cass. 24 luglio 2023, n. 22012): nel caso della compravendita mobiliare, non essendo richiesto – ex artt. 1350 e 1470 c.c. – il rispetto di particolari forme e modalità di conclusione del negozio, purché risulti chiara la volontà delle parti a concluderlo e sia possibile attribuire certezza giuridica sulle parti contrattanti, non ci sarebbero particolari problemi sul libero e prudente apprezzamento del giudice¹⁴. Viceversa, nel caso del contratto preliminare di compravendita di un bene immobile – vista l'espressa richiesta ex art. 1351 c.c. della forma scritta "ad relationem" per la conclusione di un contratto per cui è richiesta quella ad substantiam ex art. 1350 c.c. – i Supremi Giudici hanno statuito che "una e-mail che contenga espressioni generiche di consenso (nella specie: accettiamo la proposta del sig. Cortella. Resto in attesa di un suo cenno), ma sia priva della firma elettronica avanzata, qualificata o digitale dei promittenti, non integra l'atto scritto richiesto dagli artt. 1350 e 1351 c.c."

2702 c.c. quanto alla riferibilità al suo autore apparente, attribuita dal Codice dell'amministrazione digitale solo al documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale. E la sottoscrizione costituita dalla firma del dichiarante, cioè dal nome e cognome scritti di suo pugno o quantomeno da una sigla caratteristica ed identificabile, ovvero, in caso di documento informatico, dalla firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, rappresenta l'espressione grafica della paternità ed impegnatività della dichiarazione che la precede, la quale in mancanza non comporta la conclusione definitiva di un negozio giuridico allorché la forma scritta sia richiesta ad substantiam". In dottrina, cfr.: FARINA, M.: "Riflessioni sul valore legale dell'e-mail a seguito della pronuncia di alcuni decreti ingiuntivi basati esclusivamente sulla produzione di un'e-mail", *Rassegna di Diritto Civile*, 2005, fasc. 3, p. 615 ss.; JORI, M.G.: "L'efficacia probatoria dell'e-mail", *Giurisprudenza Italiana*, 2005, fasc. 5, p. 1028 ss.; SANDEI, C.: "Valore formale e probatorio del documento informatico alla luce del d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159", *Nuove leggi Civili Commentate*, 2008, fasc. 1, p. 3 ss.; BARBARO, S.: "Un decreto ingiuntivo fondato sulla produzione di una mail: la posta elettronica non certificata non supera il vaglio del Tribunale di Roma", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, fasc. 3, p. 518 ss.; CERDONIO CHIAROMONTE, G.: "Il valore dell'email nel quadro della disciplina dei documenti informatici", *Rivista di Diritto Civile*, 2021, fasc. 3, p. 428 ss.; RICCI, F.: "L'efficacia probatoria dell'e-mail non sottoscritta", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2021, fasc. 2, p. 629 ss.

14 Secondo la Cass. 14 maggio 2018, n. 11606, "l'e-mail, pertanto, seppur priva di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche, ovvero fra le rappresentazioni meccaniche indicate, con elencazione non tassativa, dall'art. 2712 c.c. e dunque forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale viene prodotta non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime. Poiché nella mail del 13 ottobre 2011 C.P., socio della s.n.c. Alfa, si era impegnato a rientrare dalla propria esposizione debitoria, quantificata in Euro 82.834,88, la Corte d'Appello di Milano, correttamente operando la ripartizione dell'onere della prova, ha ritenuto dimostrata l'esistenza del rapporto contrattuale, nonché verificato l'importo del credito azionato col decreto ingiuntivo".

Sulla scorta di quanto delineato al §2, nel contesto dei contratti bancari e finanziari, la produzione di effetti giuridici analoghi alla forma scritta in questo primo caso analizzato appare assolutamente non ammissibile: tali contratti sono regolati da stringenti normative di settore che mirano a garantire un elevato livello di trasparenza e protezione per il cliente, quale contraente debole del rapporto negoziale. Le normative bancarie e finanziarie impongono, infatti, specifici requisiti, di forma e di contenuto, di tipo informativo che responsabilizzano la controparte professionale e, pertanto, non possono essere soddisfatti da una semplice comunicazione elettronica: il professionista, deve essere sicuro che il cliente sia stato informato e che abbia espresso il suo consenso, in maniera inequivocabile e consapevole, su uno specifico regolamento, dovendosi rifiutare la possibilità che tale complesso iter contrattuale possa risolversi in una frase di circostanza del tipo “con la presente, in relazione all’oggetto alla presente mail, si esprime il consenso per il contratto X allegandovi il documento di identità in corso di validità”.

Un secondo e terzo caso, ben più auspicabili, possono essere o quello dell'allegazione del contratto non firmato insieme al documento di riconoscimento o, forse soluzione migliore, quello del contratto firmato in maniera olografa con in calce in documento di identità: che valore potranno avere i contratti così conclusi?

Agli occhi di chi scrive, tali soluzioni si smarcano dalle problematiche sopra analizzate relative alla validità del consenso prestato attraverso la posta elettronica in quanto, essendo il contratto un allegato, un documento informatizzato, trasmesso attraverso una “busta telematica” (e, pertanto, non dovendosi ricercare all'interno del testo della mail, quale testo digitale nativo senza alcuna trasposizione su supporto fisico, l'espressione della volontà negoziale dell'oblatore), bisognerà, piuttosto, (brevemente) interrogarsi sull'efficacia e sulla imputabilità di un contratto così conclusosi¹⁵, alla luce o dell'art. 2712¹⁶ o del 2719¹⁷ c.c. Con

15 Sull'imputazione, validità ed efficacia dei documenti informatici, cfr.: DE SANTIS, F.: “Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuali”, *Rassegna di Diritto Civile*, 2001, fasc. 2, p. 242 ss.; VIGLIONE, F.: “L'imputazione dei documenti tra crisi della sottoscrizione e innovazioni tecnologiche”, *Rivista di Diritto Civile*, 2003, fasc. 3, p. 243 ss.; LA TORRE, M.E.: “Contributo alla teoria giuridica del documento”, Giuffrè, Milano, 2004, p. 245 ss.; RIZZO, F.: “Il documento informatico. ‘Paternità’ e ‘falsità’”, ESI, Napoli, 2004, p. 259 ss.; VILLECCO BETTELLI, A.: “L'efficacia delle prove informatiche”, Giuffrè, Milano, 2004, p. 113 ss.; GENTILI, A.: “I documenti informatici: validità ed efficacia probatoria”, *Diritto dell'Internet*, 2006, fasc. 3, p. 297 ss.; VERDE, G., “Le nuove prove”, in AA.VV. (a cura di) *Le prove nel processo civile – Atti del XXV convegno nazionale di Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1 ss.; BATTELLI, E.: “Il valore legale dei documenti informatici”, ESI, Napoli, 2012, p. 255 ss.; NAVONE, G.: “Instrumentum digitale. Teoria e disciplina del documento informatico”, Giuffrè, Milano, 2012, p. 139 ss.; RICCI, F.: “Scritti e riproduzioni informatiche”, *Nuova giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, fasc. 10, p. 484 ss.

16 Sulle riproduzioni meccaniche ex art. 2712 c.c., cfr.: RUOTOLO, A.: “Le prove documentali minori”, in TONDO, S., CASU, G. e RUOTOLO, A. (a cura di) *Il Documento*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato Perlingieri*, ESI, Napoli, 2003, p. 327 ss.; MAZZARESE, S.: sub “art. 2712”, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza Perlingieri*, VI, ESI, Napoli, 2010, p. 262 ss.; COMOGLIO, L.P.: sub “art. 2712”, in *Commentario del Codice Civile Gabrielli*, UTET, Torino, 2015, p. 501 ss.; VULLO, E.: sub “art. 2712”, in *Commentario breve al Codice Civile Cian-Trabucchi*, 12a ed., Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 3505 ss.; PATTI, S.: “Le prove”, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2021, p. 587 ss.

17 Sulle copie fotografiche di scritture ex art. 2719 c.c., cfr.: RUOTOLO, A.: “Le prove documentali minori”, cit., p. 344 ss.; MAZZARESE, S.: sub “art. 2719”, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*

la novella normativa ad opera del d.lgs. 82/2003 (confermata anche dal d.lgs. 235/2010), l'art. 2712 c.c., il cui ambito di applicazione è stato esteso anche tutta quella documentazione elettronica circolante telemanticamente, stabilisce che la riproduzione informatica – e non il documento informatico nativo – non autenticata di un atto giuridico assume il valore di una vera e propria (e piena) prova, risultato della riproduzione della stessa in giudizio ed il correlativo non disconoscimento (chiaro, circostanziato, tempestivo e specifico) della parte contro cui vengono prodotte che, espressamente o tacitamente, riconosce la realtà di quanto riprodotto. Il documento dichiarativo così digitalizzato diviene una rappresentazione informatica di fatti giuridicamente rilevanti, una traduzione di dati estrapolati da supporti fisici in linguaggio binario, il cui unico fine non potrà che essere quello della conservazione della memoria nel tempo¹⁸. Qualora non dovesse convincere che l'invio per allegato mail di un contratto "scannerizzato" integri la fattispecie della riproduzione informatica, anche applicando l'art. 2719 c.c., relativo alle copie fotografiche delle scritture, si raggiunge lo stesso risultato dell'art. 2712, conferendo la medesima efficacia probatoria ai duplicati digitali di quelle autentiche se, alternativamente, o sono state attestate dal pubblico ufficiale come conformi o non sono espressamente disconosciute.

Di più, per completare il quadro così delineato, la scelta del legislatore di allegare anche il documento di identità in corso di validità può essere ricercata nel fatto che quest'ultimo, cercando di giustificare il rimando e la parziale erogazione all'art. 20, c. I-bis, CAD, abbia cercato, comunque, di garantire un livello minimo di autenticità, integrità, riconducibilità all'autore e non ripudiabilità per il contratto così concluso¹⁹. Alla luce delle caratteristiche specifiche delle carte di identità elettroniche, ex art. 3 del d.p.c.m. 22 ottobre 1999 n. 437, la corrispondenza tra i dati identificativi della persona presenti sul documento e sul contratto può essere suggello dell'autenticità e della reale e corretta espressione di volontà dell'oblatore che, qualora il contratto sia stato anche firmato, si carica dell'ulteriore corrispondenza tra la firma apposta in calce al contratto e quella presente sul documento di identità.

Perlingieri, VI, ESI, Napoli, 2010, p. 275 ss.; ROMANO, A.A.: sub "art. 2719", in *Commentario del Codice Civile Gabrielli*, UTET, Torino, 2015, p. 535 ss.; PORCARI, F.: sub "art. 2719", in *Commentario breve al Codice Civile Cian-Trabucchi*, 12a ed, Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 3513 ss.; PATTI, S.: "Le prove", cit., p. 622 ss.

18 Sul documento informatico, cfr.: DELFINI, F.: "L'evoluzione normativa della disciplina del documento informatico", *Rivista di Diritto Privato*, 2005, fasc. 3, p. 531 ss.; GRAZIOSI, A.: voce "Documento informatico (Diritto processuale civile)", in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 491 ss.; ROTA, F.: "Il documento informatico", in TARUFFO, M. (a cura di) *La prova nel processo civile*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 728 ss.; BUONOMO, G. e MERONE, A.: "La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio [alla luce delle modifiche introdotte dalla L. 221/2012]", *Dir. inf.*, 2013, fasc. 2, p. 255 ss.

19 Sembrerebbe che il legislatore si possa essere ispirato alla lettera della Cass. SS.UU. 27 aprile 2018, n. 10266, secondo cui "la firma digitale è il risultato di una procedura informatica - detta validazione - che garantisce l'autenticità e l'integrità di documenti informatici. Essa conferisce al documento informatico le peculiari caratteristiche di: a) autenticità (perché garantisce l'identità digitale del sottoscrittore del documento); b) integrità (perché assicura che il documento non sia stato modificato dopo la sottoscrizione); c) non ripudio (perché attribuisce validità legale al documento)".

V. INTEGRITÀ E CONSEGNA DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE.

Il terzo ed il quarto requisito, viceversa, riguardano il professionista – e, in particolare, sembrerebbero attenersi al momento del perfezionamento del contratto – che, non solo, al momento della ricezione del contratto lo deve conservare garantendone la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità, ma deve anche, dapprima, mettere a disposizione del cliente su supporto durevole una copia dello stesso e, "alla prima occasione utile", consegnarlo su supporto cartaceo. La *ratio* di tali obblighi va ricercata nella necessità di tutelare ambedue le parti da possibili condotte malevole della controparte, tutelando l'accordo raggiunto e garantendone, tra le altre, la sua immanenza, la possibilità, per il professionista, di adempiere celermente (e virtualmente) alla consegna del regolamento contrattuale su supporto durevole, il diritto del cliente di entrarvi immediatamente nella sua disponibilità. Tali obblighi, tutti sussumibili all'ampio *genus* di quelli di condotta, ben si armonizzano con quelli di derivazione europea ed, anzi, sembrano quasi ricalcare pedissequamente quanto affermato nei codici di settore (tanto quelli bancari e finanziari quanto il CAD), prevedendo, in maniera qui stridente rispetto alla normativa di settore, al fianco della consegna virtuale-emergenziale – avente, comunque, le caratteristiche del supporto durevole – anche una di tipo fisica-presenziale, una duplicazione assolutamente inutile. Essendosi il contratto perfezionato al momento della prima consegna ad opera del professionista, l'onere comportamentale, più che formale, della seconda consegna dovrebbe intendersi come meramente sostitutiva della prima, ed attinente alla fase dell'esecuzione del rapporto, visto che il secondo non potrà e non dovrà che essere una mera riproduzione del primo a cui sarebbe assurdo potervi ricollegare la nullità del contratto, quanto, al più, un mero risarcimento del danno per inadempimento. Di più, il legislatore, probabilmente ben avvertito delle evoluzioni giuridico-dotttrinali intorno alla funzione svolta della forma in questi particolari contratti, si è ben visto dall'inserire, a fronte dei soprarichiamati obblighi, anche quello di sottoscrizione del contratto da parte del professionista.

VI. UNA CHIOSA SU UNA POSSIBILE MODALITÀ DI SOTTOSCRIZIONE TELEMATICA ALTERNATIVA DI CONTRATTI BANCARI, FINANZIARI E ASSICURATIVI

Dal quadro così brevemente delineato emergono con chiarezza problematiche attinenti a due distinti ambiti, le prime a quello di politica legislativa e le seconde di carattere schiettamente giuridico.

L'adozione di strumenti come la firma elettronica e la Posta Elettronica Certificata (PEC), oggi indispensabili per poter godere appieno del canale internet, presenta criticità rilevanti sotto il profilo dei costi e delle competenze richieste: tali

strumenti, infatti, non solo impongono oneri economici (non solo per il servizio in sé quanto anche per alcune periferiche necessarie per l'autenticazione) che possono risultare gravosi per una parte della popolazione, ma, altresì, presuppongono un livello di alfabetizzazione digitale che non tutti i cittadini posseggono. In tale prospettiva, pertanto, non può prescindere da un'attenta riflessione dal punto di vista della politica normativa, che non potrà che essere volta a bilanciare l'esigenza di promuovere la digitalizzazione nel rispetto dei diritti individuali dei cittadini di scegliere, in base alle proprie competenze e preferenze, la modalità più adeguata per la conclusione di tali contratti bancari e finanziari: sarebbe, quindi, necessario garantire a tutti i cittadini un livello di accesso minimo a tali servizi, senza comprimere il loro diritto a concludere negozi utilizzando lo strumento informatico, prevedendo la disponibilità di strumenti di firma elettronica e PEC di base, accessibili a tutti, senza oneri aggiuntivi, affiancati da modalità telematiche alternative altrettanto sicure e riconosciute.

Il legislatore dovrebbe, in conclusione, prevedere una norma specifica, e non un'inutile e disorientante duplicazione come fatto durante il periodo pandemico, rubricata "modalità di sottoscrizione telematica alternativa di contratti bancari, finanziari e assicurativi" che possa fare da ponte tra la disciplina civilistica e quella dei tre codici di settore, evitando di entrare in rotta di collisione con il CAD ed il regolamento eIDAS. In tal senso, l'intervento legislativo auspicato dovrebbe: lasciare la possibilità, sicuramente preferibile da un punto di vista regolamentario, al cliente dotato di PEC e firma elettronica (avanzata o qualificata) di concludere tali contratti seguendo la disciplina di cui all'art. 20 CAD; perimetrare esplicitamente la normativa di settore attenzionata – che ben può rimanere perimetrata ai soli contratti consensuali²⁰ di cui agli art. 23 TUF, artt. 125-bis, 126-*quinquies* e 117 TUB e artt. 165 ss. CAD – così da evitare incertezze applicative; esprimere, in maniera chiara ed esaustiva, le modalità di sottoscrizione del contratto; prevedere, senza creare disarmonie come accaduto per il caso della consegna al cliente del contratto, delle ulteriori regole di condotta che, però, non siano in contrasto con quelle presenti nei codici di settore. In particolare, dal punto di vista dell'espressione della volontà, il legislatore dovrebbe, più che ricollegare l'efficacia di tali contratti all'art. 20 CAD (e, pertanto, conferendo la medesima efficacia prevista dall'art. 2702 c.c.), prevedere che un contratto concluso seguendo le formalità indicate forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate ai sensi dell'art. 2712 c.c.: l'espressione della volontà del cliente dovrebbe concretizzarsi, a pena di nullità, all'interno del contratto bancario/finanziario/assicurativo – che deve sempre essere redatto in ossequio alla specifica disciplina ad esso riferita – e non all'interno della mail, che dovrebbe essere sempre datato, sottoscritto e digitalizzato, con in calce il documento di identità, in formato pdf così da garantire

²⁰ Vedi nota n. 8

la sua tendenziale immodificabilità. Così facendo, il mezzo mail può riacquistare il suo valore di “busta digitale” conferendo al suo allegato il valore di riproduzione digitale del contratto. Dal punto di vista del professionista, viceversa, il legislatore dovrebbe prevedere solo una consegna su supporto durevole del contratto così sottoscritto e trasmesso – col precipuo fine di attestare l'avvenuta ricezione, di garantire una celere conclusione del negozio e la correlativa possibilità del cliente di verificare il suo operato – ed i soprarichiamati obblighi di sicurezza, d'integrità e di immodificabilità.

BIBLIOGRAFIA

ADDIS, F.: "'Neoformalismo' e tutela dell'imprenditore debole", in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, I, p. 6 ss.

ALPA, G. e GAGGERO, P.: "I contratti bancari tipici", in CAPRIGLIONE, F. (a cura di) *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Wolters Kluwer, Milano, 2024, p. 241 ss.

AMAGLIANI, R.: "Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898", *Contratti*, 2018, fasc. 2, p. 133 ss.

AMBROSI, I. e D'AURIA M.: "La posta elettronica certificata", in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, fasc. 7, p. 668 ss.

ANGELONI, F.: "Considerazioni in merito alla conclusione dei contratti telematici mediante l'uso della posta elettronica ed al rispetto del requisito della forma scritta ad substantiam", *Cyberspazio e diritto*, 2008, fasc. 3, p. 271 ss.

ANNUNZIATA, F.: "La disciplina del mercato mobiliare", 11a ed., Giappichelli, Torino, 2021.

AZZARRI, F.: "La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo", *I contratti*, 2010, fasc. 3, p. 301 ss.

BARBARO, S.: "Un decreto ingiuntivo fondato sulla produzione di una mail: la posta elettronica non certificata non supera il vaglio del Tribunale di Roma", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, fasc. 3, p. 518 ss.

BATTELLI, E.: "Il valore legale dei documenti informatici", ESI, Napoli, 2012.

BATTELLI, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie", *Rassegna di Diritto Civile*, 2014, fasc. 4, p. 1035 ss.

BERTI DE MARINIS, G.M.: "L'evoluzione del formalismo negoziale nei contratti bancari e finanziari", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, fasc. 16, p. 828 ss.

BERTI DE MARINIS, G.M.: "La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole", ESI, Napoli, 2013.

BERTI DE MARINIS, G.M.: "La lettura in chiave funzionale del vincolo formale determina la creazione di nuove "liturgie" nella conclusione dei contratti del mercato finanziario", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2021.

BONFATTI, B. e LENTINI, L.S.: "La 'forma Covid' dei contratti bancari e il diritto intertemporale", *Rivista di diritto bancario*, 2021, consultabile su dirittobancario.it;

BONTEMPI, P.: "Diritto bancario e finanziario", 7a ed., Giuffrè, Milano, 2021.

BUONOMO, G. e MERONE, A.: "La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio [alla luce delle modifiche introdotte dalla L. 221/2012]", *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2013, fasc. 2, p. 255 ss.

CALLEGARI, M.: "Le origini e le fonti del diritto contrattuale bancario", in CAVALLI, G. e CALLEGARI, M. (a cura di) *Lezioni sui contratti bancari*, 3a ed., Zanichelli, Bologna, 2019.

CAPOBIANCO, E.: "Profili generali della contrattazione bancaria", in CAPOBIANCO, E. (a cura di) *Contratti bancari*, Wolters Kluwer, Milano, 2021.

CARULLO, G.: "Posta elettronica certificata e domicilio digitale: futuro e incertezze in una prospettiva europea", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2016, fasc. 1, p. 51 ss.

CERDONIO CHIAROMONTE, G.: "Il valore dell'email nel quadro della disciplina dei documenti informatici", *Rivista di Diritto Civile*, 2021, fasc. 3, p. 428 ss.

CHIARELLA, M.L.: "Le Sezioni Unite e l'essenza della forma nei contratti-quadro d'investimento", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018, fasc. 3, p. 292 ss.

CHIRONI, F.: "La conclusione del contratto bancario via e-mail ai tempi del covid: misura emergenziale o futura semplificazione?", *Contratto e Impresa*, 2022, fasc. 1, p. 184 ss.

CICALA, C.: "Posta elettronica e conclusione del contratto", *Obbligazioni e Contratti*, 2005, fasc. 3, p. 227 ss.

COLOMBO, C.: "La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni unite", *Giurisprudenza Italiana*, 2018, fasc. 3, p. 568 ss.

COMOGLIO, L.P.: sub "art. 2712", in *Commentario del Codice Civile Gabrielli*, UTET, Torino, 2015, p. 501 ss.

COSTI, R.: "Il mercato mobiliare", 13a ed., Giappichelli, Torino, 2024.

D'AMICO, G.: "La 'forma' del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus", *Contratti*, 2018, fasc. 2, p. 133 ss.

DALMARTELLO, A.: "La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto 'monofirma'", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, fasc. 5, p. 658 ss.

DE NOVA, G.: "La forma dei contratti finanziari", in AA.VV. (a cura di) *I servizi del mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2009.

DE SANTIS, F.: "Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuali", *Rassegna di Diritto Civile*, 2001, fasc. 2, p. 242 ss.

DELFINI, F.: "L'evoluzione normativa della disciplina del documento informatico", *Rivista di Diritto Privato*, 2005, fasc. 3, p. 531 ss.

DI MAJO, A.: "Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme", *Giurisprudenza Italiana*, 2018, fasc. 3, p. 568 ss.

DI MARZIO, F.: "Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti", *Rivista critica del diritto privato*, 2001, fasc. 2-3, p. 395 ss.

DOLOMETTA, A.A.: "Operazioni bancarie e sopravvenienze legislative", in CAPOBIANCO, E. (a cura di) *I contratti bancari*, Wolters Kluwer, Milano, 2021.

ELOSI, A.: "Il Codice dell'amministrazione digitale modifica il valore giuridico della posta elettronica certificata", *I contratti*, 2007, fasc. 3, p. 255 ss.

FALCONE, G.: "Profili problematici della "sottoscrizione semplificata" nei contratti di credito", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2021.

FARINA, M.: "Riflessioni sul valore legale dell'e-mail a seguito della pronuncia di alcuni decreti ingiuntivi basati esclusivamente sulla produzione di un'e-mail", *Rassegna di Diritto Civile*, 2005, fasc. 3, p. 615 ss.

FAUCEGLIA, G.: "La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari", in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1994, fasc. 5-6, p. 417 ss.

FAZIO E., "Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale", Giuffrè, Milano, 2011.

FEDERICO, A.: "I contratti monofirma: dalle Sezioni unite alla legislazione emergenziale", *Rassegna di Diritto Civile*, 2020, fasc. 4, p. 1237 ss.

FINOCCHIARO, G.: "Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet", *Contratto e Impresa*, 2001, fasc. 2, p. 571 ss.

FIORDIPONTI, F.: "La giurisprudenza delle sezioni unite accende il dibattito sul carattere formale del contratto ex art. 23 t.u.f.", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, fasc. 12, p. 1844 ss.

FRANCO R., "Il c.d. contratto monofirma: dalla fattispecie al procedimento", *Europa e Diritto Privato*, 2020, fasc. 2, p. 365 ss.

GAGGERO, P.: "Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale", in *Contratto e Impresa*, 2016, fasc. 6, p. 1463 ss.

GENTILI, A.: "I documenti informatici: validità ed efficacia probatoria", *Diritto dell'Internet*, 2006, fasc. 3, p. 297 ss.

GRAZIOSI, A.: voce "Documento informatico (Diritto processuale civile)", in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 491 ss.

GUADAGNO, S.: "Le Sezioni Unite sui contratti cc.dd. monofirma: la forma dei contratti asimmetrici", in *Corriere Giuridico*, 2018, fasc. 7, p. 929 ss.

JORI, M.G.: "L'efficacia probatoria dell'e-mail", *Giurisprudenza Italiana*, 2005, fasc. 5, p. 1028 ss.

LA TORRE, M.E.: "Contributo alla teoria giuridica del documento", Giuffrè, Milano, 2004.

LENER R., e DI CIOMMO, A.: "Primissime riflessioni su moratorie, responsabilità del debitore e sottoscrizione semplificata dei contratti in tempo di pandemia", *Rivista di diritto bancario*, 2020, consultabile su dirittobancario.it.

LIACE G., "Diritto dei mercati finanziari – La disciplina dei contratti di intermediazione finanziaria", Il Mulino, Bologna, 2023.

LIACE, G.: "La forma del contratto bancario ai tempi del coronavirus", in PALMIERI, G. (a cura di) *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post covid-19*, Editoriale Giuridica, Napoli, 2020.

MAGGIOLO, M.: "Servizi ed attività di investimento", in CICU, A., MESSINEO, F., MENGONI, L. e SCHLESINGER, P. (a cura di) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012.

MAZZAMUTO, S.: "Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare", in MAZZAMUTO, S. e TERRANOVA, G. (a cura di) *L'intermediazione mobiliare. Studi in memoria di Aldo Maisano*, Jovene, Napoli, 1994.

MAZZARESE, S.: sub "art. 2712", in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza Perlingieri*, VI, ESI, Napoli, 2010, p. 262 ss.

MAZZARESE, S.: sub "art. 2719", in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza Perlingieri*, VI, ESI, Napoli, 2010, p. 275 ss.

MODICA, L.: "Vincoli di forma e disciplina del contratto: dal negozio solenne al nuovo formalismo", Giuffrè, Milano, 2008.

NATOLI, R.: "Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido", *Società*, 2018, fasc. 4, p. 481 ss.

NAVONE, G.: "Instrumentum digitale. Teoria e disciplina del documento informatico", Giuffrè, Milano, 2012.

PAGLIANTINI, S.: "Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.", *Contratti*, 2018, fasc. 2, p. 133 ss.

PAGLIANTINI, S.: voce "Neoformalismo contrattuale", in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 772 ss.

PARRELLA, F.: "Il contratto di consulenza finanziaria", in GABRIELLI, E. e LENER, R. (a cura di) *I contratti del mercato finanziario*, I, UTET, Torino, 2010.

PATTI, S.: "Le prove", 2a ed., Giuffrè, Milano, 2021.

PORCARI, F.: sub "art. 2719", in *Commentario breve al Codice Civile Cian-Trabucchi*, 12a ed, Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 3513 ss.

RICCI, F.: "L'efficacia probatoria dell'e-mail non sottoscritta", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2021, fasc. 2, p. 629 ss.

RICCI, F.: "Scritti e riproduzioni informatiche", *Nuova giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, fasc. 10, p. 484 ss.

RIZZO, F.: "Il documento informatico. 'Paternità' e 'falsità'", ESI, Napoli, 2004.

ROBUSTELLA, L.: "Emergenza sanitaria e intervento normativo sulla conclusione semplificata dei contratti del mercato finanziario", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2021.

ROMANO, A.A.: sub "art. 2719", in *Commentario del Codice Civile Gabrielli*, UTET, Torino, 2015, p. 535 ss.

ROPPO, V.: "Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID", *Economia e Diritto del Terziario*, 2009, fasc. 3, p. 423 ss.

ROTA, F.: "Il documento informatico", in TARUFFO, M. (a cura di) *La prova nel processo civile*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2012.

RUMI, T. "Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del Decreto Liquidità", *Contratti*, 2020, fasc. 4, p. 463 ss.;

RUOTOLO, A.: "Le prove documentali minori", in TONDO, S. CASU, G. e RUOTOLO, A. (a cura di) *Il Documento*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato Perlingieri*, ESI, Napoli, 2003.

SANDEI, C.: "Valore formale e probatorio del documento informatico alla luce del d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159", *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2008, fasc. 1, p. 3 ss.

SANTAMARIA S., "Dalla forma ad substantiam a quella semplificata dei contratti bancari. Fu vera gloria?", in *Diritto dell'economia*, 2022, fasc. 2, p. 311 ss.

SARTORI, F.: "Ambito soggettivo di applicazione della disciplina semplificata e spunti in tema di forma vincolata", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2021.

SCIARRONE ALIBRANDI, A.: "I contratti bancari: nozione e fonti", in ROPPO, V. (a cura di) *Trattato del contratto*, V, Giuffrè, Milano, 2014, p. 639 ss.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, fasc. 5, p. 741 ss.

SICCHIERO, G.: "Il domicilio digitale", in *Contratto e Impresa*, 2022, fasc. 4, p. 1006 ss.

TARICCO, R.: "Volontà e accordo nella contrattazione telematica", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, fasc. 2, p. 201 ss.

TICOZZI, M.: "Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione", *Giurisprudenza Italiana*, 2018, fasc. 3, p. 568 ss.

TOSI, E.: "La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21", *Contratto e Impresa*, 2014, fasc. 6, p. 1264 ss.

TUCCI, A.: "Problemi esegetici delle disposizioni relative alla conclusione dei contratti del mercato finanziario in forma semplificata e rinvio all'art. 20 comma I-bis CAD", in MALVAGNA, U. e SCIARRONE ALIBRANDI, A. (a cura di) *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2021.

TUCCI, G.: "Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento", *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2009, fasc. 2, p. 39 ss.

VERDE, G., "Le nuove prove", in AA.VV. (a cura di) *Le prove nel processo civile – Atti del XXV convegno nazione di Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Giuffrè, Milano, 2007.

VIGLIONE, F.: "L'imputazione dei documenti tra crisi della sottoscrizione e innovazioni tecnologiche", *Rivista di Diritto Civile*, 2003, fasc. 3, p. 243 ss.

VILLECCO BETTELLI, A.: "L'efficacia delle prove informatiche", Giuffrè, Milano, 2004.

VULLO, E.: sub "art. 2712", in *Commentario breve al Codice Civile Cian-Trabucchi*, 12a ed, Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 3505 ss.



PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA INTELIGENCIA
ARTIFICIAL EN LA SALUD: ENTRE INNOVACIÓN Y
SEGURIDAD

*PAST, PRESENT AND FUTURE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN
HEALTH: BETWEEN INNOVATION AND SECURITY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 942-969

M^a Ángeles
MEDINA,
Manuel ORTIZ
y Domingo L.
OROZCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: La rápida expansión de la inteligencia artificial y sus múltiples aplicaciones son hechos contrastables. Y el ámbito sanitario no ha sido ajeno a este hecho. A nadie se escapa, en la actualidad, encontramos diferentes aplicaciones de inteligencia artificial en el ámbito sanitario. Ahora bien, hay tener en cuenta que, en ocasiones, estos sistemas van acompañados de ciertos riesgos nada desdeñables. Por este motivo, se hace necesario el estudio de una regulación desde la Unión Europea para reducir y minimizar los efectos perjudiciales de la inteligencia artificial. Además, se acompañará del análisis y exposición de los resultados obtenidos de una encuesta remitida a reconocidos expertos en el sector de la inteligencia artificial en salud.

PALABRAS CLAVE: Derechos; inteligencia artificial; regulación; salud; Unión Europea.

ABSTRACT: *The rapid expansion of artificial intelligence and its multiple applications are verifiable facts. And the health field has not been immune to this fact. No one escapes anyone. Currently, we find different applications of artificial intelligence in the healthcare field. However, it should be borne in mind that, sometimes, these systems are accompanied by certain risks that are not negligible. For this reason, it is necessary to study a regulation from the European Union to reduce and minimize the harmful effects of artificial intelligence. In addition, it will be accompanied by the analysis and presentation of the results obtained from a survey sent to renowned experts in the field of artificial intelligence in health.*

KEY WORDS: *Rights; artificial intelligence; regulation; health; European Union.*

SUMARIO.-I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. APLICACIONES DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN SALUD. 1. Aplicaciones virtuales vs. aplicaciones físicas. 2. En atención a la especialidad médica. III. LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA. IV. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En estos momentos, quizás no tenga demasiado sentido destacar, una vez más, la expansión de la inteligencia artificial y su imparable aplicación a diversos ámbitos de la vida cotidiana. Solamente pongamos algunos datos. El mercado de la inteligencia artificial tiene un valor de mercado actual de casi 100.000 millones de dólares estadounidenses y se espera que se multiplique por veinte para 2030, hasta casi 2000 millones de dólares estadounidenses. La empresa que lidera el mercado es IBM, seguida por Microsoft y Samsung. Cabe destacar que esta tecnología experimentó un crecimiento asombroso en las tasas de adopción de 2017 a 2018, y creció casi 2,5 veces en 2022 en comparación con su tasa de adopción en 2017.

Por ejemplo, en marketing, en 2021, el mercado se estimó en 15.840 millones de dólares estadounidenses y la fuente proyectó que el valor aumentaría a más de 107,5 mil millones para 2028. En cuanto al mercado de los chatbots, se estima que alcanzará alrededor de 1250 millones de dólares estadounidenses en 2025, un aumento significativo con respecto al tamaño del mercado en 2016, que se situó en 190,8 millones de dólares estadounidenses.

Como se tendrá ocasión de comprobar en las líneas que se siguen, encontramos diferentes aplicaciones de inteligencia artificial en el ámbito sanitario, desde la implementación para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades, hasta la realización de intervenciones a distancia. No obstante, su expansión todavía no es total por diferentes motivos; entre otros, porque la no toda la información se encuentra en formato digital, informatizada y estructurada y por la importancia de los bienes jurídicos en juego.

- **María Ángeles Medina Martínez**

María Ángeles Medina Martínez, Doctoranda Programa Deporte y Salud, Universidad Miguel Hernández de Elche, Médico de Familia y Comunitaria, Presidenta de la Sociedad Valenciana de Medicina Familiar y Comunitaria. Correo electrónico: m.medina@umh.es

- **Manuel Ortiz Fernández**

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**

Domingo L. Orozco Beltrán, Catedrático de Universidad, Departamento de Medicina Clínica, Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: dorozco@umh.es

Ahora bien, también se ha repetido en diversos foros que los indudables beneficios que genera van acompañados de ciertos riesgos nada desdeñables. En definitiva, la tecnología que implementa la inteligencia artificial, por sus propias características y funcionamiento, genera determinados peligros para los derechos subjetivos de las personas. A modo de ejemplo, podemos mencionar la creación de sesgos discriminatorios. De hecho, la escasa normativa española que, en cierta medida y de manera tangencial, regula la inteligencia artificial se ocupa, precisamente, la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados, implementando criterios de minimización de sesgos. *Vid.*, a modo de ejemplo, el artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹ o el Decreto-ley 2/2023, de 8 de marzo, de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura.

Por este motivo, se hace necesario acompañar el presente artículo del estudio, siquiera somero, de la regulación que, desde la Unión Europea, se está elaborando para reducir y minimizar los efectos perjudiciales de la inteligencia artificial. En suma, se trata de que, a pesar de que se produzca un desarrollo más pausado, sea a costa de generar una tecnología fiable y segura, una inteligencia artificial respetuosa los principios éticos y los derechos.

Todo ello, se acompañará del análisis y exposición de los resultados obtenidos de la encuesta elaborada por el presente equipo y remitida a reconocidos expertos en el sector de la inteligencia artificial en salud. La mayoría son clínicos/asistenciales en atención primaria (cerca del 74%), clínicos/asistenciales en atención hospitalaria (casi el 11%), personas que ostentan un cargo de gestión pública o privada sin tarea asistencial (el 5%) y pertenecientes a la categoría otros (el 5%), repartiéndose el porcentaje restante entre clínicos/asistenciales en atención sociosanitaria, clínicos/asistenciales privados, cargos políticos en el sector salud, pertenecientes a empresas del sector legal, de Pharma o Medtech y trabajadores de las universidades o relacionados con la investigación.

Por lo que respecta a la tasa de respuesta, hemos de reseñar que se han obtenido cerca de 1.100 respuestas, lo cual pone de relieve que sus resultados son una razonable toma de contacto con la realidad. De esta suerte, este extremo nos permitirá comparar si las impresiones de este colectivo se corresponden con la realidad y la normativa vigentes.

¹ Acerca de esta norma, *vid.* FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C.: “La Ley 15/2022 introduce la primera regulación positiva de la inteligencia artificial en España”, *Diario La Ley*, 2022, núm. 64, Sección Ciberderecho, pp. 1-8. Como señala el autor citado, esta norma, que “contiene la primera regulación positiva del uso de la inteligencia artificial por las administraciones públicas y las empresas en nuestro país”, es “una regulación programática y en cierto modo voluntarista, que diseña unas grandes líneas de actuación de las administraciones públicas, con el objetivo de «favorecer», «promover» y «priorizar» determinadas políticas y prácticas relacionadas con el uso de algoritmos involucrados en la toma de decisiones”.

A partir de estas premisas, estaremos en disposición de emitir las principales conclusiones que se deducen de todas estas cuestiones, así como la perspectiva de futuro de esta tecnología en el campo sanitario.

II. APLICACIONES DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN SALUD.

Si la telemedicina supuso un nuevo estadio en el ámbito de la salud, con las ventajas y desafíos que presenta, cuando se incorpora la inteligencia artificial surge una problemática específica a la que ofrecer una respuesta jurídica². En este sentido, en aras de mejorar la calidad de la prestación sanitaria, esta inteligencia ofrece numerosas aplicaciones que pueden redundar en un mejor diagnóstico, tratamiento y curación de las patologías.

A pesar de que no existe un concepto único de inteligencia artificial, podemos señalar que estamos ante sistemas que integran una tecnología muy avanzada que les permite entrenar, aprender y, en mayor o menor medida, actuar de forma autónoma. Desde esta perspectiva, algunas de las aplicaciones no comparten estos caracteres, por lo que cabe cuestionarse si estamos ante una verdadera inteligencia artificial o si, por el contrario, se trata de herramientas sofisticadas, pero que no se identifican con la misma.

En todo caso, en el desarrollo potencial de la inteligencia artificial se vislumbra un estadio definitivo de la plena autonomía de las máquinas, lo cual genera muchas incertidumbres. Así, existen muchas reticencias a incorporar esta tecnología, toda vez que se considera necesario el acompañamiento del ser humano en la realización de las tareas. Se entiende que la supervisión de una persona reduce o, incluso, elimina muchos de los riesgos existentes.

En este sentido, podemos citar, por ejemplo, el foro económico de Davos en 2015, donde la inteligencia artificial aparecía como una amenaza para la economía mundial y en el que Stephen Hawking mostró su temor a que la misma pudiera acabar con la humanidad. Más recientemente, Geoffrey Hinton, apodado “el padrino de la IA”, abandonó Google advirtiendo de los riesgos de la inteligencia

2 Por ejemplo, sobre su repercusión en el ámbito jurídico, *vid.* el Informe Innovación & Tendencias del Sector Legal 2024, Aranzadi, La Ley, marzo 2024. Disponible en: <https://goo.su/nWFz1Ur> (fecha de última consulta: 01.09.2024). Asimismo, encontramos las recientes recomendaciones emitidas por el Grupo de Trabajo sobre Justicia Digital e Inteligencia Artificial de la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia sobre el uso de la inteligencia artificial generativa en el trabajo jurídico (12 de febrero de 2024), con las que se pretende presentar una visión preliminar sobre lo que los jueces y otros profesionales del sector público de la justicia pueden esperar del uso de herramientas de inteligencia artificial generativa en su trabajo. Más información en: <https://rm.coe.in/cepej-gt-cyberjust-2023-5final-en-note-on-generative-ai/1680ae8e01> (fecha última consulta: 20.05.2024). A este respecto, un ejemplo de mal uso de la inteligencia artificial en este sector puede detectarse en la condena impuesta por un tribunal federal norteamericano que ha suspendido de ejercicio un abogado por presentar un escrito procesal elaborado por inteligencia artificial que incluía precedentes inexistentes. Para más información, *vid.*: <https://goo.su/AszzOB> (fecha última consulta: 01.09.2024).

artificial para la humanidad y de la errónea dirección que están tomando las herramientas (como la inteligencia Bard, que aparece como una respuesta a ChatGPT).

Ciertamente, la introducción de las nuevas tecnologías en el campo médico se ha producido de forma paulatina a lo largo del tiempo, teniendo el avance más notable en las últimas cinco décadas. A este respecto, se diferencia entre tres grandes periodos³. En primer lugar, entre 1950 a 1970, donde las primeras aplicaciones de inteligencia artificial se centraron en el desarrollo de máquinas que fueran capaces de tomar decisiones que solamente un humano podía tomar (siguiendo, en cierta medida, la idea de ALAN TURING). Por ejemplo, se creó el primer brazo robótico industrial (Unimate) o “la primera persona electrónica” (Shakey, en 1966). Asimismo, se generaron las bases de datos de informática clínica y los sistemas de registros médicos.

En segundo lugar, a los años comprendidos entre 1970 y 2000, se les conoce como “el invierno de la inteligencia artificial”, pues se redujo considerablemente la financiación y el interés y, consecuentemente, se produjeron menos desarrollos significativos. No obstante, cabe destacar la elaboración de uno de los primeros prototipos que demostró la viabilidad de aplicar esta inteligencia a la medicina a través del desarrollo de un programa de consulta para glaucoma utilizando el modelo CASNET.

En tercer y último lugar, los grandes avances en este sector se datan entre los años 2000 a 2020, donde se implementó la tecnología DeepQA que permitía proporcionar respuestas médicas basadas en evidencias e impulsó la creación de otras aplicaciones. En este sentido, gracias a ello, unido al desarrollo de mejores programas de hardware y software, se impulsó su uso en medicina (como es el caso de la utilización de IBM Watson para identificar nuevas proteínas de unión a ARN alteradas en la esclerosis lateral amiotrófica⁴).

El procesamiento del lenguaje natural, que se aplicó a asistentes virtuales de Apple y Amazon, dio como lugar, en 2015, al chatbot Pharmbot que ayudó a la educación sobre medicamentos para pacientes y, en 2017, a Mandy, un proceso automatizado de admisión de pacientes para una práctica de atención primaria. Además, en fechas más recientes, podemos destacar la inteligencia artificial desarrollada por el Centro Médico de la Universidad de Pittsburgh, que utiliza una tecnología para grabar llamadas, transcribir automáticamente segmentos hablados

3 En este ámbito, hemos seguido el estudio de KAUL, V., ENSLIN, S., GROSS, S.A.: “History of artificial intelligence in medicine”, *Gastrointestinal Endoscopy*, vol. 92, núm. 4, 2020, pp. 807-812.

4 Vid. BAKKAR, N., KOVALIK, T., LORENZINI, I., et al.: “Artificial intelligence in neurodegenerative disease research: use of IBM Watson to identify additional RNA-binding proteins altered in amyotrophic lateral sclerosis”, *Acta Neuropathol*, núm. 135, 2018, pp. 227-247.

que sean relevantes y, una vez finalizada la teleconsulta, el paciente recibe un pequeño resumen con los detalles a través de una aplicación.

Sea como fuere, como ponen de manifiesto algunos autores, el problema existente en este ámbito es que no toda la información se encuentra en formato digital, informatizada y estructurada, lo cual supone un importante reto⁵. En todo caso, el uso de esta tecnología en el sector de la salud tiene múltiples aplicaciones tales como la gestión de los historiales clínicos, la realización de tareas repetitivas (vid. análisis de ensayos, rayos X o tomografías axiales computerizadas, entre otras), el diseño de tratamientos, la elaboración de fármacos o la denominada medicina de precisión. De hecho, en estos términos se manifestó la Resolución del Parlamento Europeo de 2019 sobre una política industrial global europea en materia de IA.

Asimismo, cabe destacar la posible implementación de la inteligencia artificial para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades, e incluso para llevar a cabo intervenciones a distancia (con el control, eso sí, del profesional sanitario). Imagínese, por ejemplo, la utilización de un robot quirúrgico como Da Vinci, Versius o Automated Needle Targeting with X-ray para una operación.

A este respecto, la doctrina⁶ pone de relieve la importancia del desarrollo tecnológico para la mejora de la salud y, en particular, de la telemedicina. Fundamentalmente, el estudio propuesto plantea el uso de la inteligencia artificial en la telemedicina para monitorear a los pacientes. Así, partiendo de las dos categorías en las que divide la telemedicina (consultas virtuales y ayuda al diagnóstico), destaca diferentes aplicaciones de la mencionada inteligencia tales como el examen remoto de pacientes, su uso para el diagnóstico, el perfeccionamiento en la tecnología de la información, la colaboración entre los profesionales y el propio análisis de la información y la cooperación entre sanitarios.

Recientemente, cabe reseñar la apuesta que están llevando a cabo desde 2021 en la startup argentina Choiz, que se centra en la denominada telefarmacia y la inteligencia artificial para diagnosticar, recetar y enviar el medicamento necesario al domicilio de los pacientes crónicos o de tratamiento prolongado, en un plazo inferior a las cuarenta y ocho horas y con un coste más reducido que una consulta médica privada.

5 Así, vid., MARIA NANCY, A., MAHESWARI, R.: "A review on unstructured data in medical data", *Journal of critical reviews*, vol. 7, núm. 13, 2020, pp. 2202-2208.

6 En este sentido, DAS, S.D., BALA, P.K.: "Artificial Intelligence in Telemedicine: A Brief Survey", en AA.VV. *Studies in Computational Intelligence*, Springer, República de Singapur, 2022, pp. 453-461. A este respecto, RATH, M., MISHRA, S.: "Advanced-level security in network and real-time applications using machine learning approaches", en AA.VV. *Machine learning and cognitive science applications in cyber security*, IGI Global, USA, 2019, pp. 84-104, señalan que el desarrollo de la telemedicina se puede llevar a cabo mejorando las instalaciones disponibles para el seguimiento de los pacientes e incluyendo instalaciones adicionales.

En este punto, merece traer a colación algunos extremos de la mencionada encuesta. Así las cosas, llama la atención que todavía existe un desconocimiento considerable tanto con respecto a la inteligencia artificial, en general (casi el 74% afirmó no conocer la diferencia entre bot, inteligencia artificial e inteligencia artificial generativa), como aplicada al campo de la salud (el 66%, aproximadamente, valoró con 1 punto su conocimiento en este sector y solamente el 2,4% consideró que era de 5 puntos).

Sin embargo, ello no obsta para que se pueda detectar una gran aplicación de la inteligencia artificial en el campo sanitario. En este sentido, aproximadamente el 81% afirmó que en su empresa o entorno laboral se aplica la inteligencia artificial, de los cuales casi el 75% señaló que la utilizaban ellos mismos de forma cotidiana en su actividad profesional. Además, el 92% indicó que participa, en la actualidad, en proyectos de I+D+I sobre inteligencia artificial en salud, lo cual garantiza no solamente su uso presente, sino su mejora y continua implementación en el futuro.

Sea como fuere, a pesar de que casi el 100% de los encuestados señaló que no estamos ante una “moda pasajera” y que el grado de aceptación para usos profesionales es elevado (cerca del 79% se situaron entre los 3 y 5 puntos en la valoración de su grado de acuerdo con esta afirmación), lo cierto es que no consideran que aporte un valor diferencial en sus organizaciones (solamente el 24% contestó entre 3 y 5 puntos).

No obstante, lo anterior no es óbice para el efecto que la inteligencia artificial en un futuro cercano. Y así, el 78% de los encuestados se manifiesta con un grado de acuerdo de entre 3 y 5 en relación con la afirmación siguiente: “En el plazo de 5 años, algunas especialidades médicas/enfermeras se habrán transformado de forma disruptiva por efecto de la IA”.

Si diferenciamos por sectores concretos, la mayoría entiende que mejora la productividad en los procesos administrativos (casi el 70% entre respuestas 3, 4 y 5), seguidos por los procesos asistenciales (56%) y por la mejora de los resultados en salud y de la calidad de vida en los pacientes (52%). Por lo que se refiere a las aplicaciones con más potencial en términos de aportación de valor para los pacientes, la que ha recibido menor votación ha sido terapias digitales, siendo muy elevadas las respuestas tanto para soporte al autocuidado como para descubrimiento de fármacos y modelos de atención virtual.

Tras ello, pues, podemos llevar a cabo diferentes clasificaciones de los sistemas de inteligencia artificial en el sector sanitario.

I. Aplicaciones virtuales vs. aplicaciones físicas.

Como se puede deducir de lo expuesto hasta el momento, es posible realizar una división radical en este ámbito. Nos referimos a la distinción de los sistemas que se integran en un *hardware* robótico y aquellos que operan en un entorno “virtual”⁷. En este último caso, como vimos, cabe recurrir a la inteligencia artificial para, por ejemplo, estudiar tanto genética como enfermedades y patologías existentes, o para mejorar la propia gestión sanitaria.

Por ejemplo, es el caso del análisis efectuado por THEOFILATOS, PAVLOPOULOU, PAPASAVVAS, LIKOTHANASSIS, DIMITRAKOPOULOS, GEORGOPOULOS, et al.⁸ en el que se utilizaron algoritmos de interacción proteína-proteína no supervisados y que permitió el descubrimiento de nuevos objetivos terapéuticos. Igualmente, cabe reseñar los avances en la predicción de enfermedades obtenidos a partir de la identificación de variantes del ADN como los polimorfismos de un solo nucleótido⁹ o en el desarrollo de una gestión adecuada para el tratamiento de enfermedades mentales crónicas¹⁰.

También existen estudios sobre los registros médicos electrónicos y la historia clínica electrónica, que se presentan como indispensables para la atención sanitaria¹¹ y, en un estadio más avanzado, para el desarrollo de los denominados *softbots*, esto es, avatares psicoterapéuticos¹².

Sobre la importancia de la informática sanitaria, la literatura¹³ destaca que los sistemas, que van desde la bioinformática hasta la predicción de la propagación de enfermedades infecciosas, se usan para detectar patrones ocultos y recomendar una solución adecuada. En este sentido, estas técnicas son muy relevantes para el análisis de las imágenes médicas, para la controlar la salud de las personas mayores

7 En este sentido, HAMEY, P., TREMBLAY, J.: “Artificial Intelligence in medicine”, *Metabolism*, vol. 6 (supplement), 2017, pp. 536-540.

8 THEOFILATOS, K., PAVLOPOULOU, N., PAPASAVVAS, C., LIKOTHANASSIS, S., DIMITRAKOPOULOS, C., GEORGOPOULOS, E., et al.: “Predicting protein complexes from weighted protein-protein interaction graphs with a novel unsupervised methodology: evolutionary enhanced Markov clustering”, *Artif Intell Med*, vol. 63, núm. 3 2015, pp. 181-189. Así, la utilización de una combinación de algoritmos evolutivos adaptativos y métodos de agrupación de última generación, permitió la predicción de más de cinco mil complejos proteicos.

9 RAPAOKOULIA, T., THEOFILATOS, K., KLEFTOGIANNIS, D., LIKOTHANASSIS, S., TSAKALIDIS, A., MAVROUDI, S.: “EnsembleGASVR: a novel ensemble method for classifying missense single nucleotide polymorphisms”, *Bioinformatics*, vol. 30, núm. 16 2014, pp. 2324-2333.

10 En este sentido, SILVERMAN, B.G., HANRAHAN, N., BHARATHY, G., GORDON, K., JOHNSON, D.: “A systems approach to healthcare: agent-based modeling, community mental health, and population well-being”, *Artif Intell Med*, vol. 63, núm. 2, 2015, pp. 61-71.

11 Vid., HAMEY, P., TREMBLAY, J.: “Artificial Intelligence in medicine”, *Metabolism*, vol. 6 (supplement), 2017, pp. 536-540.

12 A este respecto, vid. LUXTON, D.D.: “Recommendations for the ethical use and design of artificial intelligent care providers”, *Artif Intell Med*, vol. 62, núm. 1, 2014, pp. 1-10.

13 SAHA, J., CHOWDHURY, C., BISWAS, S.: “Review of Machine Learning and Deep Learning Based Recommender Systems for Health Informatics”, en AA.VV. *Studies in Big Data*, Springer, Suiza, 2019, pp. 101-126.

o para la salud pública. Y, entre las aplicaciones, se hace referencia al diagnóstico de enfermedades y al *Health Recommender Systems* (HRS) basado en contenido.

De una forma muy gráfica, se pone de relieve en el estudio “Inteligencia artificial y telemedicina en el sector de la salud – Oportunidades y desafíos”¹⁴ que los principales campos de aplicación de la inteligencia artificial en la salud son tres: el administrativo (para la planificación, la programación, los pagos y las prescripciones); la asistencia médica usando robots conversacionales (chatbots) que responden a preguntas básicas y recomiendan un diagnóstico basado en los síntomas y datos de salud del paciente; y el apoyo al diagnóstico o pronóstico, mediante el análisis de los datos clínicos, patrones de enfermedades y automatización de algunos procesos.

Por lo que respecta al ámbito “físico”, es sabido que los sistemas de inteligencia artificial pueden incorporarse a una máquina (entendida en sentido amplio), sirviéndose de la robótica. En estos supuestos, interacciona directa o indirectamente con los pacientes, aplicando un tratamiento o intervención concretos. Quizás es caso más ilustrativo sea el sistema quirúrgico Da Vinci, fabricado por Intuitive Surgical y que fue aprobado por la FDA (Food and Drug Administration) en el año 2000.

Así, algunos autores¹⁵, que diferencian entre robots en función de la finalidad médica que se pretende alcanzar (con hasta tres subclasificaciones), citan los robots empleados con fines quirúrgicos, es decir, capaces de intervenir u operar al paciente. En este sector, al ya citado Da Vinci se incluye, por ejemplo, el robot STAR, que une con costuras milimétricas dos extremos del intestino de un cerdo. Sin embargo, no se trata de robots que incorporen una inteligencia artificial *strictu sensu*, toda vez que no actúan con autonomía. Muy al contrario, asisten al cirujano en la operación, que es el único que puede ejecutar movimientos. Asimismo, se refieren los robots asistenciales que son aquellos que desempeñan labores de colaboración en el entorno sanitario como la entrega y suministro de medicamentos, la movilización de pacientes o la desinfección de áreas hospitalarias.

Entre otros, podemos hablar del robot de Panasonic Hospi, que ayuda en la distribución de medicamentos a los pacientes y en las comunicaciones con el personal sanitario. Igualmente, encontramos el robot-oso japonés Robear, que aparece como un asistente para personas mayores o con problemas de movilidad, con mucha fuerza para poder cargar con personas en diferentes circunstancias, manteniendo la delicadeza necesaria en las operaciones o el Robot UVD que

14 DE CECCO, C., VAN ASSEN, M.: *Inteligencia artificial y telemedicina en el sector de la salud – Oportunidades y desafíos*, Corporación Andina de Fomento, Gobierno Digital e Innovación Pública, Dirección de Transformación Digital de CAF - banco de desarrollo de América Latina, América Latina y el Caribe, 2022.

15 Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N.: “Daños a la salud por el uso de sistemas de inteligencia artificial”, en AA.VV. *Persona y derecho civil, los retos del siglo XXI: (persona, género, transgénero, inteligencia artificial y animales sensibles)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 307-320.

es un sistema de desinfección por radiación UltraVioleta de tipo C. Por último, cabe aludir a la monitorización de la administración guiada de medicamentos y a los nanorobots diseñados para superar los problemas existentes en este campo. Así, para superar las limitaciones de la robótica, se ha estudiado el uso de un agente natural que sustituya a las nanopartículas inteligentes¹⁶. Por ejemplo, se ha propuesto el recurso a un coli marino, *Magnetococcus marinus*.

2. En atención a la especialidad médica.

Por lo que se refiere a la aplicación concreta de la inteligencia artificial¹⁷ en función de la especialidad sanitaria, podemos citar, muy brevemente, las siguientes. En el caso de la radiografía, se menciona la posibilidad de obtener mayor cantidad de radiografías de tórax. En cuanto a la patología médica, se habla de la mejora en la calidad de las imágenes, gracias al uso de *whole-slide imaging*, que permite visualizar las láminas de histopatología en su totalidad y en alta resolución. En la oftalmología, una de las afecciones más frecuentes y principal causa de la pérdida de visión en adultos es la retinopatía diabética. No obstante, gracias a la inteligencia artificial y al perfeccionamiento en el control de la enfermedad, se están disminuyendo los casos. A este respecto, es posible aplicar el aprendizaje profundo a efectos de detectar lesiones, establecer diagnósticos y redactar informes médicos de forma automatizada.

Es el caso, por ejemplo, del estudio de GARGEYA y LENG¹⁸ quienes, empleando *deep learning*, lograron una sensibilidad del 94% y una especificidad del 98% con una validación cruzada de 5 en relación con la detección de la retinopatía diabética. Igualmente, cabe destacar la apuesta de la empresa TytoCare (que obtuvo la aprobación de la FDA en 2017), que ha implementado la inteligencia artificial para que, a través del aprendizaje en los exámenes médicos, pueda generar diagnósticos de “apoyo” para el médico especialista.

Por otro lado, en el campo de la dermatología, el reconocimiento de patrones aparece como una habilidad de diagnóstico esencial y esta tecnología tiene un gran potencial para aumentar el análisis de imágenes y mejorar la precisión del diagnóstico en este campo. Así las cosas, se ha recurrido a redes neuronales computacionales desarrolladas recientemente para diagnosticar enfermedades de la piel mediante el reconocimiento visual de imágenes y han demostrado una

16 A este respecto, vid. Felfoul, O., Mohammadi, M., Taherkhani, S., De Lanauze, D., Xu, Y.Z., Loghin, D. et al.: “Magneto-aerotactic bacteria deliver drug-containing nanoliposomes to tumour hypoxic regions”, *Nat Nanotechnol*, vol. 11, núm. 11, 2016, pp. 941-947.

17 Vid., Kulkarni, S., Seneviratne, N., Baig, M.S., Ahmed Khan, A.H.: “Artificial Intelligence in medicine: where are we now?”, *Academic Radiology*, vol. 27, núm. 1, 2020, pp. 62-70.

18 Gargeya, R., Leng, T.: “Automated identification of diabetic retinopathy using deep learning”, *Ophthalmology*, núm. 124, 2017, pp. 962-969.

sensibilidad y especificidad en la clasificación de imágenes comparables (y, en ocasiones, mayores) que las de los dermatólogos con experiencia clínica.

Cabe destacar, por ejemplo, el estudio de ESTEVA, KUPREL, NOVOA, *et al.*¹⁹, en el que entrenaron una red neuronal convolucional (CNN, *convolutional neural network*) para identificar cánceres de piel melanoma y no melanoma, cuyos resultados arrojaron un rendimiento comparable al alcanzado por lo expertos en la materia.

En el ámbito de la gastroenterología, se ha extendido el uso del diagnóstico asistido por computador para las colonoscopias a efectos de mejorar la detección y diferenciación entre pólipos de colon benignos y malignos²⁰. Entre otras, se ha utilizado para distinguir entre la pancreatitis crónica del cáncer de páncreas²¹, para pronosticar la supervivencia en el adenocarcinoma de esófago²² o para establecer la probabilidad de existencia de metástasis en carcinoma de células escamosas de esófago²³.

Además, la endoscopia asistida por inteligencia artificial es un sector en plena evolución y, si las primeras aplicaciones se emplearon para el diagnóstico asistido por computadora (CAD) para la detección, diferenciación y caracterización de pólipos de colon neoplásicos y no neoplásicos²⁴, también se ha aplicado para otras cuestiones:

- Mejorar las imágenes del esófago²⁵.
- Detectar anomalías en la cápsula endoscópica del intestino delgado y el cáncer gástrico²⁶.

-
- 19 ESTEVA, A., KUPREL, B., NOVOA, R.A. *et al.*: "Dermatologist-level classification of skin cancer with deep neural networks", *Nature*, núm. 542, 2017, pp. 115-118.
 - 20 RUFLE, J.K., FARMER, A.D., AZIZ, Q.: "Artificial intelligence-assisted gastroenterology—promises and pitfalls", *Am J Gastroenterol*, núm. 114, 2019, pp. 422-428.
 - 21 ZHU, M., XU, C., YU, J., *et al.*: "Differentiation of pancreatic cancer and chronic pancreatitis using computer-aided diagnosis of endoscopic ultrasound (EUS) images: a diagnostic test", *PLoS One*, núm. 8, 2013, pp. 1-6.
 - 22 SATO, F., SHIMADA, Y., SELARU, F.M., *et al.*: "Prediction of survival in patients with esophageal carcinoma using artificial neural networks", *Cancer*, núm. 103, 2005, pp. 1596-1605.
 - 23 FLECK, D.E., ERNEST, N., ADLER, C.M., *et al.*: "Prediction of lithium response in first-episode mania using the LITHium Intelligent Agent (LITHIA): pilot data and proof-of-concept", *Bipolar Disord*, núm. 19, 2017, pp. 259-272.
 - 24 HOOGENBOOM, S.A., BAGCI, U., WALLACE, M.B.: "AI in gastroenterology. The current state of play and the potential. How will it affect our practice and when?", *Tech Innov Gastrointest Endosc*, núm. 22, 2020, pp. 42-47.
 - 25 DE GROOF, A.J. STRUYVENBERG, M.R., VAN DER PUTTEN, J., *et al.*: "Deep-learning system detects neoplasia in patients with Barrett's esophagus with higher accuracy than endoscopists in a multistep training and validation study with benchmarking", *Bipolar Disord*, núm. 19, 2017, pp. 259-272.
 - 26 DING, Z., SHI, H., ZHANG, H., *et al.*: "Gastroenterologist-level identification of small-bowel diseases and normal variants by capsule endoscopy using a deep-learning model", *Gastroenterology*, núm. 157, 2019, pp. 1044-1054.

- Para proporcionar una evaluación objetiva de la preparación intestinal cada treinta segundos durante la fase de retirada de la colonoscopia (ENDOANGEL²⁷).

- Identificar pólipos colorrectales al proporcionar un marcador visual en una transmisión de video en vivo durante el examen endoscópico (GI Genius²⁸).

III. LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA.

Como se tuvo ocasión de señalar, la inteligencia artificial puede generar ciertos riesgos para los derechos subjetivos. Por este motivo, cerca del 28% de los encuestados consideraron que la inteligencia artificial compromete la seguridad del paciente cuando se integra en un proceso. En todo caso, por supuesto, dependerá del ámbito concreto y del tipo de inteligencia artificial de que se trate para dirimir qué potenciales peligros entraña (por ejemplo, para los datos personales, para la integridad de los pacientes, etc.).

Sea como fuere, también vimos anteriormente que existe una razonable aceptación de esta tecnología por parte de los profesionales de la salud quienes, además, reconocen los beneficios que generan y su efecto transformador. Así las cosas, más del 62% afirmó estar de acuerdo (entre 3 y 5 puntos) con que dichos beneficios superan a los mencionados riesgos en la atención sanitaria. De lo cual se deduce, a nuestro parecer, que existe un número elevado de sanitarios que se muestran favorables al uso de la inteligencia artificial en su campo de trabajo.

En concreto, sobre la normativa de la inteligencia artificial casi la totalidad de las respuestas se decantaron por la necesidad de que exista un reglamento para el tratamiento de los datos del paciente (97,2%) y otro para los ensayos clínicos (98,7%). No obstante, se puede detectar la urgencia de que los médicos reciban una formación específica en lo relativo a la regulación (casi el 70% reconoció que su grado de conocimiento era equivalente a 1 punto, es decir, muy limitado).

En este momento, pues, vamos a tratar de exponer, de forma muy somera, la estrategia de la Unión Europea en este campo y los tres bloques de actuación que ha desarrollado, incidiendo, especialmente, en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021 (en adelante, Ley de Inteligencia Artificial²⁹).

27 ZHOU, J., WU, L., WAN, X., et al.: "A novel artificial intelligence system for the assessment of bowel preparation (with video)", *Gastrointest Endosc*, núm. 91, 2020, pp. 428-435.

28 HASSAN, C., WALLACE, M.B., SHARMA, P., et al.: "New artificial intelligence system: first validation study versus experienced endoscopists for colorectal polyp detection", *Gut*, núm. 69, 2020, pp. 799-800.

29 Aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024 y ratificado definitivamente por el Consejo el 21 de mayo. Con respecto a la definición, ponen de relieve FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., EGUILUZ CASTAÑEIRA,

En primer lugar, hay que señalar que el pasado 21 de marzo de 2024, la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución “Aprovechar las oportunidades de sistemas seguros, protegidos y fiables de inteligencia artificial para el desarrollo sostenible” (A/78/L.49), respaldada por más de 120 Estados miembros. En suma, trata de que los Estados se abstengan de utilizar sistemas de inteligencia artificial que no puedan funcionar de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos o los pongan en riesgo. Por el contrario, plantea la necesidad de respeto, protección y promoción de los derechos humanos en el diseño, el desarrollo, el despliegue y el uso de esta tecnología.

Desde esta perspectiva, las últimas tendencias legislativas de la Unión Europea pasan por aprobar una regulación de la inteligencia artificial propia y específica que responda a las necesidades europeas. En este sentido, el objetivo último es “poner a las personas en el centro” de la transformación digital, de tal forma que la tecnología debe servir y beneficiar a los ciudadanos, con plena seguridad y respeto a sus derechos. Así se indica en la Comunicación de la Comisión, de 26 de enero de 2022, sobre una Declaración Europea sobre los derechos y principios digitales para la década digital³⁰.

Sobre el particular, cabe aludir al Convenio internacional sobre Inteligencia Artificial, elaborado por el Comité sobre Inteligencia Artificial del Consejo de Europa (y aprobado por esta institución el día 14 de marzo de 2024) que pretende establecer un conjunto de principios, normas y derechos destinados a garantizar que el diseño, el desarrollo y la puesta en servicio de sistemas de inteligencia artificial sean plenamente compatibles con el respeto de los derechos humanos, el funcionamiento de la democracia y la del Estado de Derecho. Asimismo,

J.A.: “Diez puntos críticos del Reglamento europeo de Inteligencia Artificial”, *Diario LA LEY*, núm. 85, Sección Ciberderecho, 2024, pp. 1-38, que la última decisión “ha sido la de aproximar su definición a la propuesta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en un intento de facilitar posteriores negociaciones para la elaboración de un convenio internacional que dote a la IA de un marco jurídico global”. Así las cosas, destacan los autores citados la necesidad de relacionar la definición con el considerando 12 de la Ley de Inteligencia Artificial, toda vez que es necesario, por un lado, diferenciar estos sistemas de los sistemas de software tradicionales más sencillos. Por otro lado, debido a que la Ley de Inteligencia Artificial no incluye a los sistemas que se basan en reglas definidas únicamente por personas físicas para ejecutar operaciones automáticamente.

Y, por último, porque se “resalta su capacidad de inferencia, que incluye la de derivar modelos y/o algoritmos a partir de entradas/datos; de funcionar con arreglo a objetivos explícitos o implícitos (que pueden ser diferentes de la finalidad prevista del sistema de IA en un contexto específico); de funcionar con distintos niveles de autonomía (con independencia o sin intervención humana) y de mostrar una capacidad de adaptación o autoaprendizaje que le permite modificar su comportamiento durante su utilización”.

30 Así, por ejemplo, podemos mencionar el proyecto de Ley de atención a la clientela y comentario sobre el uso de la inteligencia artificial, aprobado el 27 de febrero de 2024 por el Consejo de Ministros y remitido al Congreso de los Diputados para comenzar su tramitación parlamentaria por segunda vez (pues en 2022 se había presentado otro proyecto de Ley, que caducó). La finalidad última es que la clientela reciba “una atención de calidad, personalizada y accesible” cuando solicita información o presentan reclamaciones ante empresas que entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

contempla una serie de medidas para garantizar que las víctimas reciban una adecuada indemnización por los daños causados por estos sistemas³¹.

De este modo, a pesar de que, quizás, se alcance un avance más pausado en el tiempo, se otorga primacía a los derechos subjetivos. En el otro extremo, se reconoce que es importante alcanzar la competitividad digital en la Unión Europea, pues nos encontramos ante lo que podría suponer la cuarta revolución industrial y, en cierta medida, se ha quedado rezagada³². En estos términos se pronuncia la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital que, no obstante, establece la necesidad de que se respeten los valores fundamentales europeos: transparencia, explicabilidad, equidad, rendición de cuentas, responsabilidad y fiabilidad.

31 Para más información, *vid.*: <https://rm.coe.int/brochure-artificial-intelligence-es-march-2023-print/1680aab8e8> (fecha última consulta: 25.11.2024). Hay que reseñar la Decisión (UE) 2022/2349 del Consejo, de 21 de noviembre de 2022, por la que se autoriza la apertura de negociaciones en nombre de la Unión Europea con vistas a un convenio del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho.

32 Máxime si tenemos en cuenta la reciente aprobación (el 23 de julio de 2023), por parte de China, de las denominadas “Medidas Generativas de IA”, que entraron en vigor el 15 de agosto de 2023. Se trata de una suerte de directrices provisionales para la actividad y gestión de la inteligencia artificial, como resultado de un esfuerzo conjunto de seis organismos gubernamentales, entre ellos la Administración de Ciberseguridad de China (CAC), la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma y el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Igualmente, cabe destacar la política de gobernanza de inteligencia artificial aprobada por la Casa Blanca en desarrollo de la orden ejecutiva 14110 sobre el desarrollo y uso de una inteligencia artificial segura y confiable, emitida el pasado mes de octubre por el presidente Biden. A este respecto, el Memorandum “Advancing Governance, Innovation, and Risk Management for Agency Use of Artificial Intelligence” (Fomento de la gobernanza, la innovación y la gestión de riesgos en el uso de la inteligencia artificial por parte de las agencias), elaborado por la oficina ejecutiva de gestión y presupuestos de la Casa Blanca, establece nuevos requisitos y orientaciones para la gobernanza, la innovación y la gestión de riesgos de los sistemas de IA utilizados o adquiridos por la Administración de los EEUU. También podemos destacar los debates mantenidos en la celebración de la quinta edición de la Mesa de Atenas sobre IA y estado de Derecho (The Athens Roundtable on AI and the Rule of Law). Así, los debates se centraron en los esfuerzos nacionales para avanzar en la regulación vinculante, como los esfuerzos legislativos federales de EEUU los próximos pasos de las agencias federales basados en la Orden Ejecutiva 14110 de EEUU sobre el Desarrollo y Uso Seguro y Confiable de la Inteligencia Artificial, la Ley de IA de la Unión Europea y la regulación de la IA generativa de China. Los diálogos también abarcaron los esfuerzos intergubernamentales, incluido el impacto del Proceso de IA de Hiroshima del G7 en la gobernanza empresarial, el alcance de la Recomendación de Ética de la IA de la UNESCO (y los subsiguientes esfuerzos de implementación), el potencial de una iniciativa de gobernanza mundial de la IA derivada del Órgano Consultivo de Alto Nivel de la ONU sobre IA, y el trabajo basado en pruebas del Observatorio de Políticas de IA de la OCDE.

Por otro lado, se pueden mencionar las recomendaciones sobre el uso de la inteligencia artificial por parte de los profesionales, aprobadas por el grupo de trabajo sobre inteligencia artificial del Colegio de Abogados de Nueva York (NYSBA Task Force on Artificial Intelligence). Dicho informe se ocupa del impacto legal, social y ético de la Inteligencia Artificial y la Inteligencia Artificial generativa en el ejercicio profesional y se suma a los ya publicados por otras instituciones sobre el mismo tema, de los que podemos destacar los emitidos por el Colegio de Abogados de California; por la Task Force sobre Uso Responsable de la IA Generativa AI y sobre casos y políticas de uso de la IA generativa por abogados, del MIT Law y la Guía “A Supervisory AI Agent Approach to Responsible Use of GenAI in the Legal Profession” del Centro CodEX de la Stanford Law School.

En América Latina hay que aludir a Perú, que está liderando la regulación de la inteligencia artificial habiendo establecido un marco legal que busca equilibrar la innovación tecnológica con la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. De esta suerte, el 30 de abril de 2024 se presentó el proyecto de Reglamento que acompaña a la Ley N.º 31814, la cual promueve el uso de la inteligencia artificial para el desarrollo económico y social del país. Sobre el particular, *vid.* TUSET VARELA, D.: “La regulación de la inteligencia artificial en Perú: liderando el desarrollo ético y responsable de la IA en América Latina”, *Diario LA LEY*, núm. 83, 2024, pp. 1-13.

Con la finalidad de lograr los fines pretendidos, la estrategia europea parte de tres bloques de actuaciones. De un lado, aparecen las denominadas normas horizontales sobre los sistemas de inteligencia artificial, cuyo máximo exponente se identifica con la Ley de Inteligencia Artificial. Esta última, a través de los requisitos, condiciones, exigencias y, en particular, a partir de la clasificación de los sistemas, incorpora una suerte de principios que tratan de evitar (o, al menos, reducir), los daños producidos como consecuencia del uso de esta tecnología.

De otro lado, disponemos de las normas sobre seguridad de los productos³³, entre las que existe una legislación general (la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos) y una normativa sectorial o especial (entre otras, la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE (refundición) o la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, sobre la seguridad de los juguetes).

Por último, tenemos las normas sobre responsabilidad civil para lo cual, en abstracto, aparecían tres opciones: utilizar las normas vigentes, reformar el régimen jurídico o aprobar otras disposiciones legales (ya fuera a modo directo, a través de un reglamento, ya con una directiva). Sobre el particular, a pesar de iniciativas anteriores, se ha optado por una vía intermedia; a saber, revisar la Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (aprobada por el Parlamento Europeo el 12 de marzo de 2024) y aprobar una nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (propuesta de

33 Podemos indicar que, para modernizar y adaptar la regulación al entorno digital, existen diversas propuestas (unas aprobadas y otras en trámites de aprobación) en este campo. *Vid.*, entre otras:

- 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 y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

- El Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 526/2013 ("Reglamento sobre la Ciberseguridad").

- La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para productos con elementos digitales ("Cyber Resilience Act"), de 2022. Cabe destacar que recientemente se ha emitido la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2024, sobre la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020 (12 marzo 2024).

- La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las máquinas y sus partes y accesorios, de 2021.

- La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 87/357/CEE del Consejo y la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2021.

Directiva sobre responsabilidad en materia de IA). Como se comprobará, no se solapan entre ellas, sino que actúan en ámbitos diferentes para ofrecer una normativa completa y armonizada en toda la Unión Europea.

Además, la responsabilidad se complementa con otras disposiciones que están vigentes y que cubren un espacio diferente de actuación. En este sentido, las legislaciones nacionales permiten interponer reclamaciones contra una gama más amplia de personas responsables y contemplan una categoría más extensa de daños indemnizables que, a menudo, incluye también los servicios (no solo los productos). A ello, hay que anudar normas europeas con ámbitos especiales de aplicación:

- En la responsabilidad contractual, encontramos la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE; o la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

- Para los daños materiales o inmateriales causados por un tratamiento incorrecto de los datos personales y llevado a cabo por los encargados y responsables de dicho tratamiento, disponemos 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 (Reglamento general de protección de datos).

- Por lo que se refiere a la responsabilidad medioambiental, *vid.* la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

En todo caso, estas tres realidades no cabe interpretarlas como compartimentos estancos. Muy al contrario, se encuentran íntimamente ligadas. Así las cosas, las normas sobre seguridad de los productos, al igual que las normas horizontales, contribuyen a la reducción del riesgo de producción de perjuicios, aunque no lo eliminan por completo. De hecho, la Ley de Inteligencia Artificial incluye disposiciones sobre seguridad y conformidad directamente aplicables a la inteligencia artificial. En todo caso, como veremos, cuando estemos ante un sector que cuente con una norma especial (como ocurre en el sanitario con el Reglamento (UE) 2017/745), la Ley de Inteligencia Artificial queda relegada a la subsidiariedad y supletoriedad, como se deduce del aforismo *lex specialis derogat generalis*.

Igualmente, las primeras (las disposiciones sobre seguridad) se presentan como un complemento de las normas sobre responsabilidad civil (como “dos caras” de la misma moneda), pues a pesar de que no resuelven los problemas relacionados con la responsabilidad, son muy relevantes para determinar la misma por cuanto se tienen en cuenta para declarar su existencia. En otras palabras, ambas actúan en momentos diferentes (*ex ante* y *ex post*) y se refuerzan mutua y necesariamente.

Una de las problemáticas que más ha preocupado a la Unión Europea ha sido la relativa a la seguridad y a la ética aplicable a este ámbito³⁴. En suma, se trata de asegurar que la implementación de estas tecnologías se lleve a cabo de una forma adecuada, tratando de evitar, en última instancia, la producción de daños.

Así, debemos hacer referencia, a estos efectos, a la Carta de Derechos Digitales de la ciudadanía española³⁵ (que se encuentra en trámites de consulta pública). A pesar de que tendrá que analizarse su valor normativo y su ámbito de aplicación, lo cierto es que en este texto se contemplan derechos de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas (art. XVI), en el ámbito laboral (art. XVII) o a la protección de la salud en el entorno digital (art. XXI). Sin embargo, el reconocimiento más expreso lo encontramos en el artículo XXIII, que, entre otras cuestiones, destaca la necesidad de que se garantice “el derecho a la no discriminación algorítmica, cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza del sesgo, en relación con las decisiones y procesos basados en algoritmos” o que se asegure la transparencia, auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad.

En esta línea, TAPIA HERMIDA³⁶ alude a un decálogo de los principios regulatorios de la inteligencia artificial en la Unión Europea. El mismo se concreta en: control de riesgos; protección de los consumidores en sentido subjetivo, geográfico y funcional; seguridad, transparencia y rendición de cuentas; igualdad: prevención de la discriminación automatizada; responsabilidad; imputabilidad; adaptabilidad: adecuación del régimen de responsabilidad civil a los sistemas de IA de alto riesgo y

34 Así, PEGUERA POCH, M.: “En búsqueda de un marco normativo para la Inteligencia Artificial”, en AA.VV. *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, Navarra, 2020, p. 44 destaca que “a pesar de que se han producido ya importantes avances en algunas de las manifestaciones de la IA, nos encontramos todavía en una fase incipiente de su desarrollo, y se estima que probablemente aún estamos a tiempo de encauzar su avance a fin de asegurar que redunde en beneficio de la sociedad y se puedan evitar algunos de los riesgos apuntados. No, ciertamente, para frenar su adopción, sino más bien al contrario, para promoverla, pero en condiciones que permitan un verdadero progreso al servicio de las personas”.

35 Dicha Carta puede consultarse en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia_ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf (fecha última consulta: 15.II.2023). Sobre los nuevos derechos digitales, BARRIO ANDRÉS, M.: *Manual de Derecho digital*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 168 destaca que tendría que contemplarse una futura “Carta digital” que ofreciera una respuesta a los retos y problemáticas del ámbito digital. A este respecto, señala que, en muchos casos, únicamente sería necesario llevar a cabo una adaptación de los derechos vigentes, pero que, en otras ocasiones, tendrían que reconocerse nuevos derechos, “inaugurando una subsiguiente generación (5G) de derechos fundamentales”.

36 TAPIA HERMIDA, A.J.: “Decálogo de la inteligencia artificial ética y responsable en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 9749, sección Tribuna, 2020, pp. 2-7.

de riesgo normal; cobertura preventiva; sostenibilidad; y gobernabilidad. Asimismo, a este respecto, interesa resaltar la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre la Ley de servicios digitales y las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales³⁷.

En este momento, conviene que nos centremos en la precitada Ley de Inteligencia Artificial, que tiene como finalidad establecer una legislación armonizada para la comercialización, la puesta en servicio y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la Unión Europea. Asimismo, incluye determinadas prohibiciones para ciertas prácticas de inteligencia artificial; una serie de requisitos para los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo; reglas de transparencia para los sistemas destinados a interactuar con personas físicas, sistemas de reconocimiento de emociones y sistemas de categorización biométrica, y sistemas de inteligencia artificial utilizados para generar o manipular contenido de imagen, audio o video; normas sobre seguimiento y vigilancia del mercado.

En cuanto a las actividades prohibidas, el artículo 5 de la Ley de Inteligencia Artificial anuda, entre otras, la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de inteligencia artificial que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un grupo de personas mermando de manera apreciable su capacidad para adoptar una decisión informada y causando así que la persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de tal forma que provoque o sea probable que provoque perjuicios significativos a esa persona o a otra persona o grupo de personas.

En todo caso, no existe esta prohibición cuando se trate de técnicas subliminales que se utilicen para fines terapéuticos autorizados sobre la base del consentimiento informado de las personas afectadas o, si procediera, de sus tutores legales.

Asimismo, como se ha señalado, en esta última disposición se incorpora una cuestión vital en este ámbito. Nos referimos a la clasificación de los sistemas de inteligencia artificial en función del riesgo. Se entiende, en consecuencia, que estamos ante un sistema de alto riesgo cuando:

- Está destinado a ser utilizado como componente de seguridad de uno de los productos contemplados en la legislación de armonización de la Unión que se

37 Ley de servicios digitales y cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales, 2020/2022(INI), P9_TA(2020)0274.
Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0274_ES.pdf (fecha última consulta: 15.II.2023).

indica en el anexo I, o el sistema de inteligencia artificial es en sí mismo uno de dichos productos.

- El producto del que el sistema sea componente de seguridad con arreglo a la letra a), o el propio sistema como producto, deba someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio con arreglo a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I.

- Aquellos correspondientes a uno o más de los ámbitos y casos de uso críticos que figuran en el anexo III si presentan un riesgo significativo de causar perjuicios para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas.

Para los sistemas de alto riesgo articula un conjunto de requisitos y obligaciones cuya finalidad última es evitar o, en su caso, reducir los perjuicios causados. Entre otras cuestiones, requiere que se implemente una gestión de riesgos adecuada, que se elabore una documentación técnica que demuestre que cumple con los requisitos legales y que, además, incorporen registros automáticos en los que quede constancia de todos los eventos que se produzcan. Por lo que respecta a la seguridad, se recoge como una medida de apoyo a la innovación la creación de cajas de pruebas³⁸ (*sandbox*) para proporcionar un entorno controlado que facilite el desarrollo y la validación de sistemas de inteligencia artificial. Además, las medidas previstas no despliegan sus efectos, únicamente, con carácter previo a la comercialización de los productos.

Tras ello, se plantea si los sistemas de inteligencia artificial destinados a utilizarse en el ámbito sanitario son de alto riesgo o no. Ciertamente, el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) núm. 178/2002 y el Reglamento (CE) núm. 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo³⁹ (al igual que el Reglamento (UE) 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios para diagnóstico in vitro y por el que se derogan la Directiva 98/79/CE y la Decisión 2010/227/UE de la Comisión) se encuentra entre la normativa incluida en el Anexo I (puntos 11 y 12 de la Sección

38 Sobre el particular, cabe señalar que en España se está trabajando en este sector, fundamentalmente en un futuro Real Decreto para establecer un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

39 En España, cabe destacar la reciente aprobación del Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, así como, en su caso, el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.

A), por lo que ya sea como un componente de seguridad, ya como un producto en sí mismo, parece que la conclusión es afirmativa.

Sea como fuere, lógicamente, ello está supeditado a que esta tecnología se sitúe dentro del campo de aplicación del mencionado Reglamento (UE) 2017/745, esto es, en definitiva, que pueda catalogarse como producto sanitario. Así las cosas, atendiendo a su artículo 2.1 que establece una definición tan amplia, parece evidente que los sistemas de inteligencia artificial pueden ser considerados productos sanitarios, a los efectos del citado Reglamento.

Asimismo, también podrían ser calificados de alto riesgo en atención a la necesidad de someterse a una evaluación de conformidad relativa a los riesgos para la salud y la seguridad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio. Muy brevemente, cabe señalar que los productos sanitarios se clasifican en cuatro clases: Clase I, Clase IIa, Clase IIb y Clase III.

Para la primera, en la que se incluyen productos que no entran en contacto con el paciente o que entran en contacto solo con la piel intacta, productos que penetran por orificio corporal, como la boca o la nariz, de uso pasajero, para los que únicamente se requiere una Declaración UE de conformidad. En este caso, se trata de una "auto-certificación", toda vez que se identifica con una declaración de responsabilidad del fabricante. En este sentido, muchos de los sistemas que hemos expuesto podrían incardinarse en este sector y, por tanto, no serían de alto riesgo en atención a este criterio.

Para todas las demás clases, se contempla un proceso más complejo, en el que se exige una evaluación de conformidad basada en un sistema de gestión de la calidad y en la evaluación de la documentación técnica, una evaluación de conformidad basada en el examen de tipo y una evaluación de conformidad basada en la verificación de la conformidad de producto. De esta forma, sí pueden ser considerados de alto riesgo cuando incorporen un sistema de inteligencia artificial.

A mayor abundamiento, con respecto a los ámbitos y casos de uso del anexo III que presenten un riesgo significativo de causar perjuicios para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, es una cuestión valorativa. En abstracto, se puede plantear la incidencia de los productos sanitarios en los casos previstos en el punto 5⁴⁰ de dicho anexo y podríamos acudir, subsidiariamente, a

40 Cabe englobarlos, en abstracto, en los siguientes:

a) Sistemas destinados a ser utilizados por las autoridades públicas o en su nombre para evaluar la admisibilidad de las personas físicas para beneficiarse de servicios y prestaciones esenciales de asistencia pública, incluidos los servicios de asistencia sanitaria, así como para conceder, reducir o retirar dichos servicios y prestaciones o reclamar su devolución;

d) Sistemas de destinados a ser utilizados para la evaluación y la clasificación de las llamadas de emergencia realizadas por personas físicas o para el envío o el establecimiento de prioridades en el envío de servicios

los criterios que se prevén en el artículo 7.2 de la Ley de Inteligencia Artificial para la modificación por parte de la Comisión (*vid.*, por ejemplo, la finalidad prevista del sistema; la medida en que se haya utilizado o sea probable que se utilice un sistema; la naturaleza y la cantidad de los datos tratados y utilizados por el sistema, en particular si se tratan categorías especiales de datos personales; el grado de autonomía con el que actúa el sistema y la posibilidad de que un ser humano anule una decisión o recomendaciones que puedan dar lugar a un perjuicio).

En todo caso, la normativa especial (como el Reglamento (UE) 2017/745) tiene preferencia sobre la Ley de Inteligencia Artificial. Así las cosas, como reconocía en el Considerando 27 de la versión inicial de Ley de Inteligencia Artificial, se busca alcanzar una coherencia con la legislación sectorial y evitar duplicaciones. De esta forma, la calificación de alto riesgo debe limitarse “a aquellos sistemas de IA que tengan consecuencias perjudiciales importantes para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas de la Unión, y dicha limitación reduce al mínimo cualquier posible restricción del comercio internacional, si la hubiera”.

Desde esta perspectiva, destacaba el Considerando 31 que la categorización de un sistema como de alto riesgo en virtud de la Ley de Inteligencia Artificial no conlleva que comparta esta consideración de acuerdo con los criterios de la legislación de armonización (en nuestro caso, el Reglamento (UE) 2017/745). En última instancia, será el organismo independiente encargado de la evaluación el que decida la conformidad de los productos de riesgo medio y alto.

IV. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

En este momento, corresponde extraer algunas ideas de lo expuesto. En el ámbito sanitario, como hemos tenido ocasión de comprobar, el uso de la inteligencia presenta grandes ventajas, entre las que merecen ser destacadas las siguientes: proporciona un diagnóstico, en ocasiones, más preciso; permite un tratamiento más adecuado de las patologías; favorece el descanso de los profesionales; y mejora el acceso a la información clínica y reduce tiempos de espera. Sin embargo, también se plantean importantes desafíos, máxime si atendemos a la relevancia de los derechos y bienes jurídicos en juego. Así las cosas, reconociendo la gran virtualidad de la inteligencia artificial, lo cierto es que también encontramos problemáticas a la que es preciso ofrecer una respuesta satisfactoria.

En este sentido apuntan algunos autores⁴¹ que se debe garantizar una seguridad y estabilidad adecuadas, resumiendo en tres pasos los inconvenientes a solventar:

de primera intervención en situaciones de emergencia, por ejemplo, policía, bomberos y servicios de asistencia médica, y en sistemas de triaje de pacientes en el contexto de la asistencia sanitaria de urgencia.

41 En este sentido, DAS, S.D., BALA, P.K.: “Artificial Intelligence in Telemedicine: A Brief Survey”, en AA.VV. *Studies in Computational Intelligence*, Springer, República de Singapur, 2022, pp. 453-461, advierten de los

asegurar la equidad, monitorear la brecha tecnología y asegurar que el uso de la inteligencia artificial es solamente como un medio.

A este respecto, destacan, como desafíos enfrentados, la seguridad y las interoperaciones, la resolución de imagen y la calidad del vídeo, el apoyo técnico, la cultura organizacional y la retención de proveedores en las zonas rurales. Entre las aplicaciones que se están utilizando en el campo de la telemedicina, cabe destacar AccuRx, Mobile Telemed, eVisit y Vivify.

En definitiva, la literatura indica que se ha de asegurar el cumplimiento de dos exigencias⁴²:

- Asegurar un acceso equitativo a servicios asistenciales de calidad en una población en crecimiento y por consiguiente un aumento en la prevalencia de patologías crónicas.

- Optimizar el creciente gasto de los servicios de salud, manteniendo equidad, accesibilidad universalidad y calidad.

Desde nuestra perspectiva, se ha de diferenciar, por un lado, entre los riesgos⁴³ generales que acompaña a la robótica y a los sistemas informáticos, en general, y los que son propios de la inteligencia artificial. Asimismo, en este último caso, es necesario que se distinga entre los potenciales daños de los sistemas físicos y que son compartidos por la prestación sanitaria presencial (integridad física y vida) y los que afectan a otros derechos como la protección de datos⁴⁴ (derivados, por ejemplo, de una brecha en la seguridad o una fuga de datos).

riesgos, pero también incluye algunos de los resultados positivos que ha tenido la telesalud en los últimos años; a saber:

- Proporcionar acceso a pacientes de zonas subdesarrolladas.
- Mejorar los medicamentos antes de que el paciente se encuentre con algo grave.
- Mejora de la salud y control mediante IA.
- Menos contacto físico, lo que ayuda a una menor propagación de enfermedades.
- Costos de viaje casi mínimo con instalaciones de ambiente.
- Proporcionar un entorno seguro a las personas mayores.
- Suministrar y ayudar a cualquier trabajador lesionado en un sitio de construcción.
- Mejora de las instalaciones clínicas y paramédicos.
- También se están reduciendo los costes generales del hospital.

42 En este sentido, GRAF, C.: "Tecnologías de información y comunicación (TICs). Primer paso para la implementación de TeleSalud y Telemedicina", *Rev. parag. reumatol.* vol.6, núm.1, 2020, pp. 1-4.

43 Como pone de relieve, BARRIO ANDRÉS, M.: "Algunos claroscuros en el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial", *Diario La Ley*, núm. 86, 2024, pp. 1-6, la regulación de los modelos y sistemas de inteligencia artificial de uso general (GPAI), no es coherente, toda vez que establece las obligaciones específicas sin atender a un enfoque basado en el riesgo (en la medida en que regulan una determinada tecnología en lugar de riesgos concretos). Además, la categoría de "riesgo sistémico" tampoco se basa en pruebas empíricas, sino que es el resultado de un compromiso político.

44 Sobre el particular, interesa destacar la STJUE 5 marzo 2024, C-755/2021 (LA LEY 25132/2024) que se ha pronunciado sobre el tratamiento ilícito de datos efectuado en el marco de la cooperación entre Europol y un Estado miembro y que da lugar a una responsabilidad solidaria entre ambos. Asimismo, es muy relevante la STJUE 7 marzo 2023, C-604/2022 (LA LEY 25140/2024) que ha resuelto un caso en el que se produjo una cesión de datos personales con fines publicitarios. En concreto, se trataba de una herramienta creada para registrar las preferencias de los usuarios, codificándolas en una cadena compuesta por una combinación de

Recientemente, por ejemplo, cabe destacar el error producido en el seno de la aplicación para diabéticos mylife CamAPS FX, que administra insulina en exceso a los pacientes. A este respecto, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios ha alertado de este extremo y Sanidad ha recomendado actualizar la versión del software para corregir el problema detectado.

Para lograr una adecuada utilización de esta tecnología se debe contemplar un régimen completo de seguridad, ética y principios aplicables en este campo, con la finalidad de prevenir, *ex ante*, la producción de perjuicios. Y, para aquellos casos en los que no sea suficiente este último o se produzca algún tipo de incumplimiento o disfuncionalidad, se ha de acompañar de un tratamiento acorde de responsabilidad civil. La finalidad última no es sancionar a los agentes productores del daño. Muy al contrario, se ha de buscar reparar y compensar el daño ocasionado a las víctimas.

En definitiva, como hemos podido detectar en la propia encuesta, los profesionales del ámbito de la salud y, en especial, de atención primaria, reconocen el efecto transformador, de forma disruptiva, que la inteligencia artificial tendrá en los próximos años. De hecho, la gran mayoría reconoce que se aplica la inteligencia artificial en su ámbito laboral y que, incluso, ellos mismos son los que la utilizan. A colación de estas cuestiones, cabría plantear, por ejemplo, las consecuencias que tendrá en el sector del empleo. Además, la inteligencia artificial en este sector se verá mejorada con el paso del tiempo si atendemos al número de proyectos concedidos en salud.

Sea como fuere, se ha podido comprobar cómo existe una creciente preocupación por los sanitarios tanto en la necesidad de que exista una regulación adecuada, como en lo referido a los posibles riesgos que esta tecnología puede generar para la seguridad y los derechos de los pacientes. Disquisiciones estas que, quizás, han influido en que el desarrollo y la aplicación en salud no sea tan elevada como en otros casos. De hecho, también se ha podido deducir que es preciso que se forme a los profesionales en el ámbito jurídico (atendiendo a su grado de conocimiento).

letras y caracteres que se comparte con intermediarios y plataformas publicitarias. Y también cabe reseñar la STJUE 7 diciembre 2023, analizada en COTINO HUESO, L.: "La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial", *Diario LA LEY*, núm. 80, Sección Ciberderecho, 2024, pp. 1-15.

BIBLIOGRAFÍA

BAKKAR, N, KOVALIK, T. LORENZINI, I., et al.: "Artificial intelligence in neurodegenerative disease research: use of IBM Watson to identify additional RNA-binding proteins altered in amyotrophic lateral sclerosis", *Acta Neuropathol*, núm. 135, 2018, pp. 227-247.

BARRIO ANDRÉS, M.: "Algunos claroscuros en el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial", *Diario La Ley*, núm. 86, 2024, pp. 1-6.

BARRIO ANDRÉS, M.: *Manual de Derecho digital*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

COTINO HUESO, L.: "La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial", *Diario LA LEY*, núm. 80, Sección Ciberderecho, 2024, pp. 1-15.

DAS, S.D., BALA, P.K.: "Artificial Intelligence in Telemedicine: A Brief Survey", en AA.VV. *Studies in Computational Intelligence*, Springer, República de Singapur, 2022, pp. 453-461.

DE CECCO, C., VAN ASSEN, M.: *Inteligencia artificial y telemedicina en el sector de la salud – Oportunidades y desafíos*, Corporación Andina de Fomento, Gobierno Digital e Innovación Pública, Dirección de Transformación Digital de CAF - banco de desarrollo de América Latina, América Latina y el Caribe, 2022.

DE GROOF, A.J. STRUYVENBERG, M.R., VAN DER PUTTEN, J., et al.: "Deep-learning system detects neoplasia in patients with Barrett's esophagus with higher accuracy than endoscopists in a multistep training and validation study with benchmarking", *Bipolar Disord*, núm. 19, 2017, pp. 259-272.

DING, Z, SHI, H., ZHANG, H., et al.: "Gastroenterologist-level identification of small-bowel diseases and normal variants by capsule endoscopy using a deep-learning model", *Gastroenterology*, núm. 157, 2019, pp. 1044-1054.

ESTEVA, A., KUPREL, B., NOVOA, R.A. et al.: "Dermatologist-level classification of skin cancer with deep neural networks", *Nature*, núm. 542, 2017, pp. 115-118.

FELFOUL, O., MOHAMMADI, M., TAHERKHANI, S., DE LANAUZE, D., XU, Y.Z., LOGHIN, D. et al.: "Magneto-aerotactic bacteria deliver drug-containing nanoliposomes to tumour hypoxic regions", *Nat Nanotechnol*, vol. 11, núm. 11, 2016, pp. 941-947.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., "La Ley 15/2022 introduce la primera regulación positiva de la inteligencia artificial en España", *Diario La Ley*, 2022, núm. 64, Sección Ciberderecho, pp. 1-8.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., EGUILUZ CASTAÑEIRA, J.A.: "Diez puntos críticos del Reglamento europeo de Inteligencia Artificial", *Diario LA LEY*, núm. 85, Sección Ciberderecho, 2024, pp. 1-38.

FLECK, D.E., ERNEST, N., ADLER, C.M., et al.: "Prediction of lithium response in first-episode mania using the LITHium Intelligent Agent (LITHIA): pilot data and proof-of-concept", *Bipolar Disord*, núm. 19, 2017, pp. 259-272.

GARGEYA, R., LENG, T.: "Automated identification of diabetic retinopathy using deep learning", *Ophthalmology*, núm. 124, 2017, pp. 962-969.

GRAF, C.: "Tecnologías de información y comunicación (TICs). Primer paso para la implementación de TeleSalud y Telemedicina", *Rev. parag. reumatol.* vol.6, núm.1, 2020, pp. 1-4.

HAMET, P., TREMBLAY, J.: "Artificial Intelligence in medicine", *Metabolism*, vol. 6 (supplement), 2017, pp. 536-540.

HASSAN, C., WALLACE, M.B., SHARMA, P., et al.: "New artificial intelligence system: first validation study versus experienced endoscopists for colorectal polyp detection", *Gut*, núm. 69, 2020, pp. 799-800.

HOOGENBOOM, S.A., BAGCI, U., WALLACE, M.B.: "AI in gastroenterology. The current state of play and the potential. How will it affect our practice and when?", *Tech Innov Gastrointest Endosc*, núm. 22, 2020, pp. 42-47.

KAUL, V., ENSLIN, S., GROSS, S.A.: "History of artificial intelligence in medicine", *Gastrointestinal Endoscopy*, vol. 92, núm. 4, 2020, pp. 807-812.

KULKARNI, S., SENEVIRATNE, N., BAIG, M.S., AHMED KHAN, A.H.: "Artificial Intelligence in medicine: where are we now?", *Academic Radiology*, vol. 27, núm. 1, 2020, pp. 62-70.

LUXTON, D.D.: "Recommendations for the ethical use and design of artificial intelligent care providers", *Artif Intell Med*, vol. 62, núm. 1, 2014, pp. 1-10.

MARIA NANCY, A., MAHESWARI, R.: "A review on unstructured data in medical data", *Journal of critical reviews*, vol. 7, núm. 13, 2020, pp. 2202-2208.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N.: “Daños a la salud por el uso de sistemas de inteligencia artificial”, en AA.VV. *Persona y derecho civil, los retos del siglo XXI: (persona, género, transgénero, inteligencia artificial y animales sensibles)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 307-320.

PEGUERA POCH, M.: “En búsqueda de un marco normativo para la Inteligencia Artificial”, en AA.VV. *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 41-56.

RAPAKOULIA, T., THEOFILATOS, K., KLEFTOGIANNIS, D., LIKOTHANASIS, S., TSAKALIDIS, A., MAVROUDI, S.: “EnsembleGASVR: a novel ensemble method for classifying missense single nucleotide polymorphisms”, *Bioinformatics*, vol. 30, núm. 16 2014, pp. 2324-2333.

RATH, M., MISHRA, S.: “Advanced-level security in network and real-time applications using machine learning approaches”, en AA.VV. *Machine learning and cognitive science applications in cyber security*, IGI Global, USA, 2019, pp. 84-104.

RUFLE, J.K., FARMER, A.D., AZIZ, Q.: “Artificial intelligence-assisted gastroenterology—promises and pitfalls”, *Am J Gastroenterol*, núm. 114, 2019, pp. 422-428.

SAHA, J., CHOWDHURY, C., BISWAS, S.: “Review of Machine Learning and Deep Learning Based Recommender Systems for Health Informatics”, en AA.VV. *Studies in Big Data*, Springer, Suiza, 2019, pp. 101-126.

SATO, F., SHIMADA, Y., SELARU, F.M., et al.: “Prediction of survival in patients with esophageal carcinoma using artificial neural networks”, *Cancer*, núm. 103, 2005, pp. 1596-1605.

SILVERMAN, B.G., HANRAHAN, N., BHARATHY, G., GORDON, K., JOHNSON, D.: “A systems approach to healthcare: agent-based modeling, community mental health, and population well-being”, *Artif Intell Med*, vol. 63, núm. 2, 2015, pp. 61-71.

TAPIA HERMIDA, A.J.: “Decálogo de la inteligencia artificial ética y responsable en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 9749, sección Tribuna, 2020, pp. 1-7.

THEOFILATOS, K., PAVLOPOULOU, N., PAPASAVVAS, C., LIKOTHANASSIS, S., DIMITRAKOPOULOS, C., GEORGOPOULOS, E., et al.: “Predicting protein complexes from weighted protein–protein interaction graphs with a novel unsupervised methodology: evolutionary enhanced Markov clustering”, *Artif Intell Med*, vol. 63, núm. 3 2015, pp. 181-189.

TUSET VARELA, D.: "La regulación de la inteligencia artificial en Perú: liderando el desarrollo ético y responsable de la IA en América Latina", *Diario LA LEY*, núm. 83, 2024, pp. 1-13.

ZHOU, J., WU, L., WAN, X., et al.: "A novel artificial intelligence system for the assessment of bowel preparation (with video)", *Gastrointest Endosc*, núm. 91, 2020, pp. 428-435.

ZHU, M., XU, C., YU, J., et al.: "Differentiation of pancreatic cancer and chronic pancreatitis using computer-aided diagnosis of endoscopic ultrasound (EUS) images: a diagnostic test", *PLoS One*, núm. 8, 2013, pp. 1-6.

IL CAREGIVER FAMILIARE NELL'INTERSEZIONE TRA RIFLESSIONE PSICO-SANITARIA E GIURIDICA*

THE FAMILY CAREGIVER BETWEEN PSYCO-HEALTH AND LEGAL REFLECTION

Actualidad Juridica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 970-995

* Il presente lavoro è realizzato nell'ambito dello Studio finanziato dall'Unione Europea – Next-GenerationEU - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) –missione 4 componente 2, investmenton. I.I, BANDO PRIN 2022, D.D. 104 del 2 febbraio 2022 - The New Healthcare between Territoriality, Domiciliarity and Telemedicine, CUPJ53D23005640006.

Laura Mezzasoma è autrice dei paragrafi II-V. Alessia Valongo è autrice dei paragrafi I e VI-XI.

Laura
MEZZASOMA
e Alessia
VALONGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Il *paper* indaga la fisionomia del *caregiver* inteso come persona, molto spesso donna, che presta assistenza domiciliare in modo non professionale al familiare non autosufficiente (coniuge, convivente, unito civilmente, genitore, figlio o altro parente oppure affine o altro coabitante), per le cause più varie, quali malattia cronica, età avanzata, disabilità. Il presente lavoro è suddiviso in due parti: la prima analizza il profilo psico-sanitario del *caregiving* familiare, mentre la seconda opera una valutazione critica delle disposizioni normative in materia. Gli interventi legislativi dell'ultimo ventennio, a partire dalla legge 1992 n. 104, offrono una regolamentazione non soddisfacente sul piano delle tutele, aprendo una serie di problemi. Atteso che le condizioni personali dei *caregivers* familiari presentano livelli differenti, spesso elevati, di affaticamento fisico e mentale, sono necessarie strategie volte a coniugare la dimensione psico-sanitaria con la dimensione giuridica. Al *caregiver* familiare devono essere riconosciuti tutti i diritti fondamentali senza alcuna discriminazione, in nome del rispetto della dignità umana. Con l'approvazione del d.lgs. 2024 n. 29 (c.d. Decreto anziani), in attuazione della legge delega sulla non autosufficienza (l. 2023, n. 33), sono state introdotte misure di sostegno che rappresentano solo un primo passo verso il miglioramento delle condizioni di vita dei *caregivers* familiari.

PALABRAS CLAVE: *Caregiver* familiare; persone non autonome; assistenza domiciliare.

ABSTRACT: The paper investigates the physiognomy of the family caregiver in the context of home care for people lacking autonomy (non self-sufficient persons, elderly parents, spouses or children or other cohabitants with disabilities). This paper is divided in two parts: the first analyzes some psycho-health profiles, while the second part represents an initial evaluation of the latest legislative innovations, focusing mainly on some critical aspects. The personal conditions of caregivers show different levels of fatigue, discomfort and psycho-physical exhaustion; thus, combining the health dimension with the legal standards is a priority. Since the entry into force of law 1992 no. 104, the regulatory framework has offered a regulation that can not be considered satisfactory in terms of protection. Therefore, strategies are needed to encourage the definition of programs that benefit family caregivers. The family caregiver must be granted all fundamental rights, without any discrimination. With the enactment of the legislative decree 2024 no. 29 (so-called "Elderly decree"), the Italian Government intervened to implement the law 2023, n. 33 (so-called "law regarding non-self-sufficient people"), introducing initial support measures, both on a psychological-social-health level and on an economic-legal level.

KEY WORDS: Family caregiver; live in care; non self-sufficient persons; home health care.

SUMARIO.- I. PREMESA.- II. IL PROFILO PSICO-SANITARIO DEL CAREGIVER FAMILIARE.- III. LE CONSEGUENZE DELL'ASSISTENZA SUL BENESSERE FISICO E COGNITIVO DEL CAREGIVER FAMILIARE.- IV. L'ALTERAZIONE DELLO STATO EMOTIVO E PSICOLOGICO DATO DAL CAREGIVING.- V. STRATEGIE A TUTELA DEL CAREGIVER FAMILIARE.- VI. L'UFFICIO DI CAREGIVER FAMILIARE NEL QUADRO DEI PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO ITALO-EUROPEO E INTERNAZIONALE.- VII. I DIRITTI FONDAMENTALI DEL CAREGIVER FAMILIARE TRA CARTE DEI DIRITTI, LEGGE 1992 N. 104 E RECENTI PROPOSTE NORMATIVE.- VIII. DALLE LEGGI REGIONALI ALL'INTERVENTO STATALE: LA C.D. LEGGE DELEGA SULLA NON AUTOSUFFICIENZA.- IX. LA FUNZIONE GLOBALIZZANTE DEL CAREGIVING FAMILIARE NEL C.D. DECRETO ANZIANI.- X. LA SCARSA EFFICACIA DEGLI INCENTIVI ECONOMICI E L'ESIGENZA DI ACCORDARE DIGNITÀ ALLA "CURA FAMILIARE".- XI. CONSIDERAZIONI FINALI.

I. PREMESA.

Il ruolo di *caregiver* familiare è in maggioranza ricoperto da donne, le quali svolgono prestazioni di cura, in modo informale, nei confronti di un congiunto non autosufficiente¹ (coniuge, convivente, unito civilmente, genitore, figlio, altro parente o affine oppure altro coabitante) che sia malato cronico o anziano non autonomo o altra persona con disabilità. Diversi contratti aventi ad oggetto attività di assistenza alla persona in cambio di prestazioni economiche possono essere stipulati con *caregivers* professionali (c.d. "badanti"), ma le problematiche ad essi relative esulano dalla presente indagine. Atteso che le condizioni personali dei *caregivers* familiari presentano livelli differenti, spesso elevati, di affaticamento fisico e mentale, sono necessarie strategie di protezione volte a coniugare la dimensione psico-sanitaria con la dimensione giuridica e quest'ultimo è l'obiettivo del presente lavoro.

II. IL PROFILO PSICO-SANITARIO DEL CAREGIVER FAMILIARE.

Il termine *caregiver* viene tradotto con l'espressione "colui che si prende cura". Andando oltre il senso letterale del termine, è bene chiedersi cosa significherebbe realmente prendersi cura. Il prendersi cura è un'azione differente dal curare, che si concretizza in uno spendersi per l'altro cercando di rispondere alle sue esigenze ed ai suoi bisogni attraverso l'ascolto, la premura e la dedizione.

¹ CONFORTI, C., TAFARO, T. e BORRILLO, N.: "La definizione di non autosufficienza", *Quad. di approfondimento 2018. Le sfide della non autosufficienza. Spunti per un nuovo disegno organizzativo per la copertura della non autosufficienza*, www.itinerariiprevidenziali.it, p. 20 ss.

• Laura Mezzasoma

Infermiera laureata presso Università degli Studi di Perugia, Master in Infermieristica di Area Critica presso Università Cattolica del Sacro Cuore. E-mail: laura.mezzasoma@libero.it

• Alessia Valongo

Professoressa Associata di Diritto privato, Università degli Studi di Perugia. E-mail: alessia.valongo@unipg.it

La figura del caregiver nasce da un'esigenza, ovvero, quella di rispondere ad un bisogno a cui una persona, frequentemente un familiare, non è più in grado di provvedere autonomamente².

Ad oggi il numero dei caregiver in Italia, si stima sia superiore ai 10 milioni e si ritiene che questa cifra sia approssimativa in quanto, essendo i caregiver persone che si prendono cura dei propri cari volontariamente e gratuitamente, lavorano nell'ombra³. Questo numero è cresciuto progressivamente negli anni ed è destinato a crescere ulteriormente perché l'evoluzione medica ha permesso un aumento dell'aspettativa di vita a cui si associa incremento delle patologie ed delle comorbidità. Sono proprio quest'ultime che portano ad una riduzione dell'indipendenza e dell'autonomia e che provocano, inevitabilmente, una richiesta di aiuto destinata, quasi sempre, a ricadere, volontariamente o involontariamente, su un familiare.

III. LE CONSEGUENZE DELL'ASSISTENZA SUL BENESSERE FISICO E COGNITIVO DEL CAREGIVER FAMILIARE.

Il caregiver familiare si trova spesso a dover fronteggiare una situazione nuova ed improvvisa, rispetto alla quale non ha alcun tipo di preparazione teorica, psicologica ed emotiva che lo aiuti a rispondere ai bisogni e alle esigenze della persona affetta da una patologia. È la stessa patologia che provoca conseguenze sul benessere del caregiver, nonostante non lo colpisca direttamente. Infatti, assistere una persona con una patologia è un'azione che, protrahendosi per lunghi periodi, può portare ad un affaticamento del caregiver tale da compromettere il suo benessere in modo più o meno marcato. Tale compromissione può portare al *burden*, intendendo con questo termine "il grado in cui la salute fisica e psichica, la vita sociale e lo status economico del caregiver entrano in uno stato di sofferenza a causa dell'attività di cura"⁴. La definizione del *burden* si è modificata nel tempo e si è spostata da un'ottica unidimensionale ad una multidimensionale ed olistica, che coinvolge tutte le sfere della vita di un individuo.

L'assistenza fornita dal caregiver è in continua evoluzione come lo è la stessa patologia, la quale, progredendo, porta ad una riduzione dell'autonomia; proprio per questo motivo si parla di carriera del caregiver. La riduzione dell'autonomia comporta un aumento delle ore che il caregiver si troverà a spendere nel prendersi cura e, di conseguenza, ad una riduzione delle ore che dovrebbero essere dedicate alla sua libertà individuale. Tale libertà se non mantenuta rappresenta un

2 PEGREFFI F. e PAZZAGLIA C.: *La salute del caregiver*, 1ª ed., Bononia University press, Bologna, 2021, pp. 80-82.

3 RICCI N.: "Caregiver: quanti sono, i dati ISTAT", *PMI.it*, 2021.

4 DE BENI R. e BORELLA E.: *Psicologia dell'invecchiamento e della longevità*, 2ª ed., Il mulino, Bologna, 2015, p.390.

fattore che favorisce il verificarsi del burden; il caregiver, infatti, tende ad alienarsi interrompendo ogni tipo di relazione.

Il burden nella sua multidimensionalità comporta conseguenze che andranno ad intaccare non solo il caregiver, che diventa a questo punto una vittima nascosta della malattia, ma anche la persona che necessita di assistenza; tutto questo perché la capacità di ascolto, premura e dedizione verranno meno, come anche la sua attenzione rispetto alle attività da svolgere⁵.

Il caregiving agisce come un fattore stressante nei confronti del nostro organismo intaccandone, dunque, la sfera fisica, psicologica e cognitiva. Dal punto di vista fisico verrà favorita la produzione dell'ormone dello stress, ovvero il cortisolo, il quale causerà un'attivazione fisiologica ripetuta che porterà un cambiamento nello stile di vita della persona che metterà a rischio la sua salute aumentando l'incidenza delle patologie cardiovascolari e metaboliche e, dunque, della mortalità⁶. Inoltre, il caregiver, dedicandosi completamente alla persona cara, rischia di trascurarsi e si arriva spesso al punto in cui lo stesso non si alimenta e idrata correttamente, vive alterazioni del ritmo sonno veglia e può andare incontro a patologie ortopediche causate dallo sforzo fisico richiesto dalle attività di assistenza che si trova a svolgere quotidianamente. L'alterazione del ritmo sonno veglia ha numerose conseguenze perché il caregiver ricorrerà a riposi diurni, ad un maggiore uso del caffè per mantenersi sveglio e all'utilizzo di alcolici per addormentarsi. Questi disturbi del sonno rendono il caregiver irritabile anche, e soprattutto, nei confronti della persona assistita e rendono meno efficiente ed efficace la sua assistenza⁷. Il funzionamento cognitivo verrà alterato con una riduzione dell'attenzione, della memoria e una minore velocità di elaborazione; tutti questi fattori ridurranno la capacità del caregiver di attuare strategie di caring efficaci.

IV. L'ALTERAZIONE DELLO STATO EMOTIVO E PSICOLOGICO DATO DAL CAREGIVING.

Il caregiver per poter assistere il familiare necessita di una caratteristica fondamentale rappresentata dall'empatia. L'empatia⁸ rappresenta la capacità di immedesimarsi nell'altro così da poter capire cosa stia vivendo e così da poter riconoscere i suoi bisogni umanizzando e personalizzando le cure. Tuttavia, la stessa empatia può portare ad un coinvolgimento troppo intenso, in quanto, la persona cara vivrà un benessere o un malessere come riflesso della condizione

5 UTZ RL e WARNER EL.: "Caregiver burden among diverse caregivers", *American Cancer society*, 2022, n° 128, pp. 1904-1906.

6 DE BENI R. e BORELLA E.: *Psicologia*, cit., p. 400.

7 MCCURRY SM., LOGSDON RG. e VITIELLO MV.: "Sleep disturbances in caregivers of persons with dementia: contributing factors and treatment implications", *Sleep medicine reviews*, 2007, n° 11, pp. 143-153.

8 Cfr. PINKUS L. e CARCHIA G.: "Empatia", in *Enciclopedia Treccani*, 1999.

del familiare-caregiver⁹. L'empatia è lo strumento che permette al caregiver di sopperire a quelle mancanze ed a quei bisogni irrisolti che spesso la persona non riesce a riconoscere e ad esprimere. Il meccanismo di immedesimazione può portare all'empathy fatigue, ovvero una fatica legata ad un contagio emotivo che scatena una vulnerabilità ed un'eccessiva sofferenza. Ad incrementare questa fatica è, inoltre, la consapevolezza che questa assistenza, comunque, non potrà evitare la morte del proprio caro e per questo spesso i parenti vivono un lutto anticipatorio che sarà poi una condizione che favorirà il lutto complicato post-mortem. Il lutto complicato si verifica principalmente tra coniugi, i quali nel momento in cui hanno rivestito il ruolo di caregiver si sono dedicati a tale compito in modo totalizzante; si rendono altresì conto della loro futura mortalità e della loro incapacità a vivere in solitudine. A favorire lo svilupparsi di un lutto anticipatorio è l'assistenza ad una persona che, a causa della patologia, sembra non rappresentare più la persona amata. Ci si trova, infatti, di fronte ad una perdita progressiva dell'identità della persona e di conseguenza ad un continuo cambiamento della relazione. Nel caso di un figlio che riveste la figura di caregiver si riscontra un capovolgimento della situazione nella quale non è più il genitore a prendersi cura del figlio ma il contrario. Nella gran parte dei casi vi è una progressione della malattia che porta il caregiver a doversi adattare costantemente ad un individuo che, pur essendo sempre la stessa persona, è in continuo cambiamento. Un aspetto che va a complicare questo processo di adattamento è il non sapere quale sarà la durata della malattia, per quanto, a prescindere dal tempo, il caregiver sia parzialmente consapevole dell'esito¹⁰.

Inoltre, fin dall'inizio dell'assistenza il caregiver sperimenta un dolore perché non sempre si trova pronto a rispondere ai bisogni del parente e si trova, dunque, insoddisfatto rispetto alle attività che svolge. Inoltre, si trova a perdere il punto di riferimento che quella persona ha rappresentato nella sua vita; potrebbe, infatti, sopraggiungere un momento in cui il paziente non riuscirà più a riconoscere i suoi familiari e ciò porterà ad una continua riduzione della relazione tra care recipient e caregiver. Nel momento in cui il caregiver inizierà ad adattarsi al cambiamento si troverà a dover affrontare una ulteriore evoluzione della malattia e, dunque, un'involuzione della persona, mettendolo nella posizione di doversi abituare ad una nuova condizione. La metafora spesso usata è quella di un guscio vuoto dove il corpo rimane ma l'anima è diversa. Il dolore è, in questi casi, molto frequente ed è un fattore che può predisporre a sintomi depressivi e al burden. Ad incrementarlo è un approccio di negazione e ostinazione nei confronti di questa situazione. Esiste, infatti, una distinzione tra dolore pulito e dolore sporco; con il primo intendiamo

9 GARCIA-PTACEK S., DAHLRUP B., EDLUNG AK., WIJK H. e ERIKSDOTTER M.: "The caregiving phenomenon and caregiver participation in dementia", *Scandinavian Journal of caring Sciences*, 2019, n° 33, pp.255-265.

10 XU L., LIU Y., HE H., FIELDS NL., IVEY DL e KAN C.: "Caregiving intensity and caregiver burden among caregivers of people with de mentia: The moderating roles of social support", *Archives of Gerontology and Geriatrics*, 2021, n° 94.

una sofferenza fisiologica rispetto a difficoltà e fatiche, mentre con il secondo intendiamo un dolore, che si andrà a sommare a quello pulito, che nasce dalla nostra volontà di negare quello esistente, cercando di non percepire le emozioni spiacevoli.

Infine, analizzando il benessere psicologico, si ha un aumento della depressione ed una riduzione della propria autoefficacia intendendo con questo termine la capacità della persona di organizzare le proprie azioni così da gestire adeguatamente le situazioni. La mancanza di autoefficacia porta la persona ad isolarsi maggiormente ed a rifugiarsi in uno stato di solitudine e sensi di colpa per i quali si sente di non poter delegare ad altri nessun compito anche quando ci sarebbero persone disposte ad aiutare. La depressione è un evento a cui, spesso, in questi casi il caregiver va incontro ed a causa della quale la persona cancella la sua identità passata e interrompe la sua progettazione futura, vive giorno per giorno senza trovare del tempo per sé stesso¹¹.

V. STRATEGIE A TUTELA DEL CAREGIVER FAMILIARE.

La libertà individuale è forse uno dei maggiori aspetti della vita del caregiver che va tutelato dal momento che, sopraffatti dall'assistenza, si tende a trascurare la vita sociale, isolandosi completamente. Il caregiving diventa spesso il centro intorno a cui ruota tutta la vita della persona. Una possibile tutela è trovare dei tempi di distacco da tale situazione così da poter mantenere anche altri interessi che fungano da supporto per i momenti più difficili.

Il lavoro stesso può essere talvolta una distrazione, infatti, si è visto come l'essere disoccupati sia un fattore di rischio per il burden perché mancando questa parte verranno meno delle ore in cui il caregiver distoglie l'attenzione dall'assistito. Tuttavia, è frequente che il caregiver debba ridurre le ore di lavoro o perderlo completamente andando, in alcuni casi, incontro a problemi di tipo economico che aumenteranno lo stato di ansia e angoscia legato alla situazione.

La national family caregiver association, un'associazione americana che si occupa di educare e sostenere i caregiver, ha definito questo malessere generale come una vera e propria sindrome del caregiver. Questa sindrome è la risposta che il nostro organismo utilizza nei confronti dello stress provocato dal caregiving e l'associazione ha pubblicato delle raccomandazioni così da ridurne l'insorgenza quali: "non permettere che la malattia del tuo familiare sia costantemente al centro delle tue attenzioni; rispettati e apprezzati [...], vigila sulla comparsa di sintomi di depressione, accetta l'aiuto [...], impara il più possibile sulla patologia del tuo

II RIFFIN C., VAN NESS PH., WOLFF J.L. e FRIED T.: "Multifactorial examination of caregiver burden in a national sample of family and unpaid caregivers", *Journal of the American geriatrics society*, 2019, n° 67, pp. 277-283.

familiare: conoscere aiuta; difendi ed esigi il rispetto dei tuoi diritti come persona e come cittadino”¹².

Questa situazione porta ad alterazioni che andranno a gravare su tutta la famiglia, laquale si trova a doversi riorganizzare in base alle nuove esigenze e le nuove situazioni e comporta soprattutto una riorganizzazione delle relazioni familiari dove a causa del continuo cambiamento dei ruoli si percepisce un senso di perdita.

Il caregiver spesso si sente impreparato e solo nel fronteggiare la continua evoluzione della malattia e per questo si sta incrementando la presenza di figure che, formando un'equipe multidisciplinare, possano favorire una continuità assistenziale. La stessa equipe si occupa dell'educazione sanitaria del caregiver ampliando le sue conoscenze riguardo la patologia da cui è affetto il familiare e le strategie di gestione delle possibili complicanze; inoltre, lo educa rispetto a due principali capacità, resilienza ed empowerment, che permettono di fronteggiare una situazione stressante quale quella che vive il caregiver.

La prima viene definita come “la capacità di resistere agli stress e ai colpi della vita, di fronteggiarli e di trovare risposte flessibili di adattamento e di ricostruzione di sé”¹³. Questa capacità permette di adattarsi continuamente a quel progressivo cambiamento che è tipico e frequente nelle patologie che richiedono un'assistenza continua. L'empowerment è invece un aumento della stima, dell'autoefficacia e autodeterminazione che permettono al caregiver di essere empatico con il familiare ma di conservare la dimensione dell'amore di sé che è la base dalla quale si parte per amare l'altro¹⁴.

VI. L'UFFICIO DI CAREGIVER FAMILIARE NEL QUADRO DEI PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO ITALO-EUROPEO E INTERNAZIONALE.

Per le motivazioni esposte nei paragrafi precedenti, l'attività di *caregiving* familiare merita di ricevere una particolare protezione sul piano giuridico, anche nell'ottica di una maggiore condivisione dei carichi di cura tra genere maschile e femminile all'interno del nucleo domestico¹⁵. L'attività di assistenza prestata dai *caregivers*

12 NATIONAL FAMILY CAREGIVER ASSOCIATION: “10 tips for family caregivers”, *caregiver action network*.

13 MONTEIRO A., SANTOS R. KIMURA N., BAPTISTA M. e DOURADO M.: “Coping strategies among caregivers of people with Alzheimer disease: a systematic review”, *Trends in Psychiatry and Psychother*, 2018, n° 40.

14 KELSON J., ROLLIN A., RIDOUT B. e CAMPBELL A.: “Internet-delivered acceptance and commitment therapy for anxiety treatment: systematic review”, *jmir.org*, 2019, n° 21.

15 In argomento, v. TRABUCCHI, M.: *Introduzione al tema del Caregiver*, Agenas, 2015, www.agenas.gov.it; PESARESI, F.: *Manuale dei caregiver familiari*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2021. Sulle disuguaglianze di genere in campo sanitario: GIACALONE, F.: “L'etica della cura al tempo del Covid: una riflessione sul welfare e sulle disuguaglianze di genere”, *EtnoAntropologia*, 2021, p. 137 ss.; PIOGGIA, A.: *Cura e pubblica amministrazione, Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 1-225 ss. Con specifico riferimento alla figura del caregiver familiare nel sistema

familiari si realizza all'interno della casa familiare e si presenta come una dedizione gravosa, sovente "obbligata" dalle circostanze, comportando sacrifici sia in termini di costi, che in termini di tempo e costringendo chi lavora a ridurre il proprio impegno occupazionale o, persino, a rinunciare completamente all'esercizio di una professione. Prioritario è che l'ordinamento assuma tutte le misure appropriate per evitare discriminazioni nei confronti dei *caregivers* familiari e per raggiungere l'uguaglianza reale ed effettiva tra le persone. Gli investimenti e le riforme del PNRR incoraggiano l'assistenza delle persone fragili presso il proprio domicilio grazie anche alla telemedicina (tele-assistenza, tele-consulto, tele-monitoraggio, tele-refertazione), al fine di migliorare la qualità della vita degli assistiti. Tuttavia, come vedremo nelle pagine seguenti e come rilevato in dottrina¹⁶, numerose sono le problematiche derivanti dall'incremento delle cure domiciliari.

Nel sistema giuridico italo-europeo, la casa è reputata come il migliore luogo di cura, perché garantisce nella maniera più idonea il soddisfacimento dell'interesse della persona a continuare a vivere nel proprio ordinario ambiente di vita, ritenuto il centro degli affetti familiari. Lo Stato italiano promuove implicitamente la valorizzazione della figura del *caregiver* familiare, quale soggetto privato che esprime il dovere supremo di solidarietà e innalza il livello di protezione sociale di ogni persona vulnerabile. Dalla lettura dell'art. 16 (*Valorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari*) della legge 8 novembre 2000, n. 328 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*) risulta il ruolo di primo piano della famiglia nel sostegno alle sue componenti più fragili, in quanto formazione sociale precipua nella quale curarsi e sviluppare la personalità¹⁷. Ciò in conformità sia con i principi del personalismo e del solidarismo (art. 2 Cost.), di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di tutela della salute (art. 32 Cost.) dettati dalla Carta costituzionale, sia con la Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia mediante gli artt. 1 e 2 della legge 3 marzo 2009, n. 18. Di quest'ultima Convenzione internazionale, mentre l'art. 23 contempla il diritto delle persone con disabilità al rispetto del domicilio e della famiglia, l'art. 19 (*Vita indipendente e inclusione nella società*) riconosce alle stesse il diritto di scegliere, in condizioni di parità, il luogo nel quale vivere e le persone con le quali coabitare, nonché il diritto di avere accesso ad una serie di servizi presso

italiano, v. MOROTTI, E.: "Il *guardador de hecho* o *caregiver* in Italia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 17 bis, pp. 1934-1961.

16 PIOGGIA, A.: "La sanità nel piano nazionale di ripresa e resilienza", *Giornale dir. amm.*, 2022, 2, p. 165 ss., la quale sottolinea i rischi di un investimento sui numeri delle persone assistite a domicilio, senza che ciò si accompagni ad una riforma dei servizi.

17 DURET, P.: "Valorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari", in *Il sistema integrato dei servizi sociali* (a cura di E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI e G. PASTORI), Giuffrè, Milano, 2007, p. 372; BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia nella cura degli anziani (anche in riferimento ad un recente intervento del legislatore cinese)", *Fam. dir.*, 2013, 12, p. 1151 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P. (a cura di): *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013. In generale, sul fondamentale ruolo dei familiari, v. PERLINGIERI, P.: "Rapporti personali nella famiglia", *Quaderni Rass. dir. civ.*, Esi, Napoli, 1982, p. 55 ss.

il proprio domicilio e ad altri servizi sociali di sostegno, compresa l'assistenza personale necessaria per vivere nella società ed evitare isolamento e segregazione.

Ai sensi dell'art. 38 Cost., lo Stato, per mezzo degli enti pubblici territoriali (art. 117 Cost.), ha il dovere di assistenza sociale delle persone che non sono in grado di provvedere autonomamente a se stesse e che si trovano in una situazione tale da necessitare di un intervento pubblico a protezione della loro dignità. Tale dovere deve essere adempiuto attraverso "organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato"¹⁸, mentre l'assistenza "privata" resta "libera" (art. 38, ult. Comma, Cost.). Ne deriva il carattere eventuale, libero e spontaneo della figura del *caregiver* familiare, in quanto nessun *caregiver* può essere "imposto ad un soggetto non autonomo. Anche la citata Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità riconosce la centralità dell'autonomia e dell'indipendenza individuale, che include la libertà di ogni individuo di compiere le proprie scelte di vita; in coerenza con i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La Carta di Nizza impone all'Unione di riconoscere e di rispettare, all'art. 25, il diritto degli anziani¹⁹ "di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale" e, all'art. 26, il diritto delle persone con disabilità "di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità".

L'idea del *caregiver* familiare come strumento di cura è anche espressione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, ult. comma, Cost., introdotto nel 2001 dalla Riforma del Titolo V della Costituzione e rivolto a favorire l'iniziativa dei privati nelle attività di utilità sociale. Nel disegno costituzionale, il cardine di sussidiarietà orizzontale implica che l'assistenza pubblica debba essere integrata con le cure erogabili dai privati: non solo dai membri della famiglia (sia essa legittima, convivente, omosessuale, anagrafica, ricomposta, parentale, monoparentale, allargata, ecc.), ma anche dagli enti del Terzo settore - così come disciplinati dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 - i quali offrono alla collettività importanti mezzi di aiuto, gratuiti o semi-gratuiti. Il modello prescelto dal legislatore italiano, dunque, ha carattere misto e si sostanzia nella cooperazione tra pubblico e privato, che è lo schema accolto dalla citata legge del 2000 n. 328.

In questo quadro emerge la grande rilevanza sociale del *caregiver* familiare, quale componente della rete del *welfare* e risorsa fondamentale del sistema regionale integrato dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari, perché permette alla persona

18 TURCO, L.: "La legge 328/2000 Legge quadro per la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi venti anni dopo", *Politiche sociali*, 2020, 3, pp. 507-524.

19 Da tempo la dottrina affronta il tema dei diritti degli anziani: PERLINGIERI, P.: "Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale", in *Anziani e tutele giuridiche* (a cura di P. STANZIONE), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 96 ss.; RESCIGNO, P.: "Anziani cronici non autosufficienti, doveri della famiglia ed obblighi delle istituzioni (Premesse civilistiche)", *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 1174 ss.; DOGLIOTTI, M.: "Il diritto alla salute spetta a tutti i cittadini...tranne che agli anziani non autosufficienti", *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 679.

di rimanere all'interno della casa e di ritardare, o persino di evitare, il ricovero in strutture residenziali. Quello di *caregiver* familiare si configura come un "ufficio di diritto civile" peculiare, che, normalmente, si costituisce mediante manifestazioni tacite di volontà, vale a dire tramite comportamenti ovvero fatti concludenti, che esprimono l'intenzione tanto del *caregiver* familiare, quanto della persona bisognosa di assistenza. In applicazione del principio di volontarietà delle cure di cui all'art. 32 Cost., non può sorgere alcuna relazione di aiuto che prescinda dal consenso delle persone coinvolte. Atteso che alla base del rapporto tra il *caregiver* familiare e la persona assistita si pongono esigenze esistenziali, normalmente nessun "contratto" si instaura tra le parti interessate, perché manca il contenuto patrimoniale, dal quale deriverebbe l'irrevocabilità tipica del vincolo contrattuale. La relazione in esame si configura quale rapporto di natura giuridica, che trova la sua fonte in un accordo di stampo personalissimo, ritenuto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento: un negozio giuridico di diritto familiare, dal quale sorgono situazioni soggettive attive (diritti/poteri/pretese) e passive (doveri/obblighi/oneri). In tale contesto, si osserva che le situazioni attinenti a interessi essenziali dell'essere umano, soprattutto i diritti alla libertà, alla sicurezza, all'indipendenza, alla promozione della personalità, al rispetto della propria vita privata e familiare, sono messi a rischio per il *caregiver* familiare e reclamano interventi da parte della pubblica autorità²⁰.

VII. I DIRITTI FONDAMENTALI DEL CAREGIVER FAMILIARE TRA CARTE DEI DIRITTI, LEGGE 1992 N. 104 E RECENTI PROPOSTE NORMATIVE.

I diritti fondamentali chespettano al *caregiver* familiare corrispondono alle situazioni giuridiche esistenziali di ogni essere umano. Tra queste, la *Carta dei diritti del caregiver familiare* dà particolare rilievo al diritto *ad avere* "un'alimentazione sana, ore di riposo adeguate e controlli medici di routine"²¹. Come prestatore di assistenza alla persona fragile, certamente il *caregiver* familiare ha diritto - nei confronti degli interlocutori socio-sanitari - di conoscere la salute della persona assistita, di accedere alle informazioni che facilitino la sua cura e di ricevere cooperazione da parte degli altri familiari. Nel contempo, non può trascurarsi il suo diritto a mantenere uno stato di benessere (art. 32 Cost.) e a conservare la propria qualità della vita, mediante prestazioni provenienti non solo dalla pubblica amministrazione, ma anche dalla rete privata dei servizi: si pensi alla consulenza

20 Per un'attenta analisi della questione, v. ORRÚ, S.: "La cura e l'assistenza all'anziano non autosufficiente da parte del *caregiver* familiare fra diritti fondamentali ed effettività di tutela", in *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni* (a cura di P. CORRIAS e E. PIRAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2021, spec. p. 79 ss. Per la dottrina spagnola, v. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "I principi generali che ispirano la riforma del codice civile spagnolo in materia di disabilità", *Famiglia e diritto*, 2024, n. 3, p. 267-282, spec. p. 274, il quale evidenzia come la riforma spagnola dell'istituto dell'incapacità, attuata dalla legge 2 giugno 2021 n. 8, abbia rafforzato la figura del *guardador de hecho* quale soggetto che spontaneamente e quotidianamente assiste la persona disabile.

21 Si fa riferimento alla Carta dei diritti del caregiver familiare elaborata da un'équipe multidisciplinare formata da psicologi e oncologi del Policlinico Universitario Campus Bio-Medico di Roma. Pubblicata il 1° marzo 2018, è reperibile nel sito: <https://www.unicampus.it/news/salute-ecco-la-carta-dei-diritti-del-caregiver-familiare/>.

personale e familiare, al supporto psicologico, oltre a interventi mirati di sollievo. Vanno garantiti, altresì, il suo diritto di mantenere spazi di movimento, in ambito sia personale sia relazionale, e il diritto di conciliare la propria dimensione familiare con quella professionale.

Al soddisfacimento dei diritti sopra richiamati è volta solo parzialmente la legge 5 febbraio 1992 n. 104 (*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*), che prevede in suo favore benefici, soprattutto in campo lavorativo²². Tra le agevolazioni, si segnalano, oltre ai tre giorni di permesso mensile retribuito e ai congedi retribuiti per i *caregivers* che convivono con familiari portatori di grave disabilità, la facoltà di rifiutare il trasferimento ad altra sede e quella di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio dell'assistito, sebbene tale facoltà sia condizionata all'esistenza di posti disponibili²³. Le citate previsioni normative hanno come obiettivo, di tutelare in primo luogo le persone con disabilità, attraverso l'agevolazione del *caregiver* lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l'attività, in modo tale che questa sia compatibile con la funzione di assistenza (v. art. 33, comma 5, della l. 1992 n. 104). Sul punto è intervenuta nel 2019 la Corte di Cassazione²⁴ con una sentenza pienamente condivisibile, secondo la quale il diritto del *caregiver* familiare di rifiutare il trasferimento ad altra sede sussiste non solo all'inizio del rapporto di lavoro, mediante scelta iniziale della sede, ma anche successivamente, durante lo svolgimento del medesimo, allorché venga presentata una domanda di trasferimento. Una soluzione differente, che limiti l'agevolazione al solo momento della indicazione della prima sede, sarebbe inammissibile, in quanto contraria alla ragionevolezza, escludendo dall'ambito di tutela tutti i casi di sopravvenute necessità di assistenza.

Sebbene le disposizioni della legge 1992 n. 104 prevedano facilitazioni per i *caregivers* familiari, la loro portata rimane ridotta, perché considerano gli stessi soltanto come destinatari "indiretti" della tutela giuridica, quale estensione di forme di protezione proprie delle persone assistite. Resta insoddisfatta l'esigenza di offrire loro una tutela contro licenziamenti arbitrari e una maggior flessibilità sull'orario di lavoro, che impedisce, soprattutto alle donne, il contemperamento tra l'attività professionale e il tempo dedicato alle cure dell'assistito. In particolare,

22 In argomento, v., di recente, DE MOZZI, B.: "Permessi ex L. n. 104/1992 e ordinarie incombenze di vita dell'assistito", *Lavoro nella Giur.*, 2019, 4, p. 351 ss.; MOROTTI, E.: "La qualificazione giuridica dell'attività di *caregiver* familiare", *Famiglia*, 2022, pp. I-14, spec. p. 4.

23 Cass., ord. 12 settembre 2023, n. 26343, *Lavoro nella Giur.*, 2024, I, p. 90, secondo la quale "il diritto del genitore o del familiare che assiste con continuità un handicappato di scegliere la sede lavorativa più vicino al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso non si configura come un diritto assoluto o illimitato perché detto diritto può essere fatto valere allorché - alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra i diritti - il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive o organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico - in una lesione dell'interesse della collettività". Per l'esistenza di tale diritto, dunque, non è sufficiente la vacanza del posto al quale aspira il lavoratore richiedente, familiare del portatore di handicap.

24 Cass., ord. 1° marzo 2019, n. 6150, *iQuotidiano giuridico*, 2019.

le norme della legge 1992 n. 104 non riconoscono lo status di *caregiver* familiare in campo previdenziale e pensionistico, nonostante le condizioni usuranti in cui opera ne riducano notevolmente l'aspettativa di vita. Da un lato, il sistema previdenziale non assicura il prestatore di cure di fronte ad eventi che potrebbero incidere negativamente sulla sua capacità reddituale, dall'altro, il sistema pensionistico non gli garantisce alcun reddito per il tempo in cui, per l'età avanzata, non avrà più la possibilità di lavorare. Manca, inoltre, da parte delle compagnie assicurative la copertura degli infortuni o della responsabilità civile che potrebbero derivare dall'attività prestata dal *caregiver* familiare. Al riguardo, un esiguo passo avanti si intravede negli accordi, promossi con i rappresentanti delle compagnie assicurative, al fine di definire premi agevolati per le polizze stipulate dai *caregivers* familiari.

Occorrerebbe un radicale cambiamento di prospettiva nella considerazione della cura familiare, che è in molti casi un vero e proprio "lavoro", un'attività "produttiva" di un "bene" estremamente utile per la società, che reclamerebbe l'introduzione di misure di natura previdenziale e pensionistica. In questa direzione, a livello nazionale sono stati proposti diversi disegni di legge²⁵. La necessità che il *caregiver* familiare benefici di una pari opportunità in materia di occupazione, organizzazione dei tempi di lavoro e ferie e soprattutto in materia di previdenza sociale, emerge chiaramente nella *Carta europea del familiare che si prende cura di un familiare non autosufficiente*, elaborata dalla Commissione europea il 16 marzo 2009, con il sostegno del Consiglio di Amministrazione della Confederazione delle organizzazioni familiari dell'Unione Europea (COFACE).

VIII. DALLE LEGGI REGIONALI ALL'INTERVENTO STATALE: LA C.D. LEGGE DELEGA SULLA NON AUTOSUFFICIENZA.

Il primo inquadramento del *caregiving* familiare sul piano giuridico è dovuto alla normativa delle regioni. Diverse leggi regionali ne hanno fornito la definizione e hanno introdotto disposizioni, di varia natura, a suo favore²⁶. Ad esempio, l'Abruzzo, con la legge regionale 27 dicembre 2016, n. 43, ha contemplato un'indennità di assistenza a favore del *caregiver* familiare, prevedendo (v. art. 8) che la Giunta regionale individui "i casi e le modalità con cui è possibile erogare un contributo economico per le prestazioni del *caregiver* familiare, sulla base sia del

25 Si veda, ad esempio, la Proposta di legge di iniziativa della Deputata Serracchiani (C. 152), presentata il 13 ottobre 2022, dal titolo "Disposizioni in materia previdenziale in favore delle madri lavoratrici e dei padri lavoratori, dei *caregiver* familiari e dei soggetti che svolgono, senza vincolo di subordinazione, lavori non retribuiti in relazione a responsabilità familiari", che mira a riconoscere diritti al *caregiver* familiare, come, ad esempio, il diritto di accedere al pensionamento anticipato "al raggiungimento di trenta anni di contributi, a prescindere dall'età anagrafica, o al compimento di sessanta anni di età anagrafica e al raggiungimento di almeno venti anni di attività come *caregiver* familiare".

26 Tra le leggi regionali in materia (consultabili nel sito: <https://www.affariregionali.it/banche-dati>), a titolo esemplificativo, si richiamano: legge Emilia Romagna del 28 maggio 2014, n. 2, legge Lombardia del 30 novembre 2022, n. 23, legge Friuli Venezia-Giulia del 24 febbraio 2023, n. 8.

reddito familiare che della gravità della disabilità, riservando il quaranta per cento delle risorse economiche ai *caregivers* familiari che assistono i minori e dando priorità ai soggetti che assistono persone affette da gravissima disabilità” i quali hanno bisogno del monitoraggio e mantenimento costante delle funzioni vitali e, in particolare, riconoscendo a coloro che assistono “più persone in situazione di disabilità gravissima” nello stesso nucleo familiare, un contributo economico per ciascun assistito, sempre nei limiti delle risorse disponibili. Di particolare interesse è anche la legge della regione Campania del 20 novembre 2017, n. 33, che, dopo aver previsto diverse tipologie di interventi a vantaggio del *caregiver* familiare (es. forme di sostegno economico, di supporto psicologico, definizione del responsabile delle cure nell'ambito del *progetto individuale di cui all'art. 14 della legge 2000, n. 328*, ecc.), ha istituito presso la Giunta regionale il registro dei *caregivers* familiari, che è formalmente destinato a raccogliere i dati e le competenze maturate da chi assiste la persona non autosufficiente che necessita di ausilio di lunga durata.

Lo Stato italiano è intervenuto per la prima volta in materia con la legge di bilancio per il triennio 2018-2020 (art. 1, comma 255, l. 27 dicembre 2017, n. 205), la quale disciplina il c.d. bonus nazionale *caregiver*, una forma di sostegno finanziario rivolta a favore della persona che assiste e si prende cura volontariamente e gratuitamente del coniuge, dell'unito civilmente, del convivente, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'art. 33, comma 3, della legge 1992 n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente o che sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. 1992 n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1908 n. 18. La definizione offerta da questa legge presenta una prima criticità per la circostanza di limitarsi a prendere in considerazione soltanto i *caregivers* familiari che rispondono a determinati requisiti soggettivi, indicati specificamente, escludendone altri, che pure meriterebbero di essere parimenti tutelati: si pensi all'affine oltre il secondo grado della persona non autosufficiente o al coabitante che, senza essere né parente, né affine, abbia con la persona assistita una comprovata stabile relazione affettiva o amicale, allorché nessuno dei soggetti indicati dalla legge sia in condizione di prendersene cura. Altro aspetto problematico è legato ai dubbi di inclusione nella suddetta definizione, dovuti alla difficoltà di individuare gli esatti confini della condizione nella quale deve trovarsi la persona bisognosa di assistenza “continua di lunga durata”, non essendo chiaro il parametro temporale di riferimento.

Successivamente alla citata legge 2017 n. 205, negli ultimi anni hanno continuato a rivelarsi particolarmente virtuose le politiche del *welfare* condotte a livello regionale. Da esse emerge la necessità che l'attività del *caregiver* familiare sia formalmente riconosciuta, dal momento che tale riconoscimento “ufficiale”

costituisce titolo per rivolgere richieste di accesso a benefici, come, ad esempio, la richiesta al datore di lavoro di una modalità di lavoro agile e di accesso ad altre opportunità finalizzate alla conciliazione tra l'attività lavorativa e il carico di assistenza. In tal senso si è diretta recentemente la regione Lazio, che, con legge regionale n. 5 dell'11 aprile 2024, pone a carico dei Punti Unici di Accesso (PUA) della ASL l'obbligo di fornire ai cittadini informazioni circa la possibilità di ottenere una "scheda caregiver familiare" sottoscritta dallo stesso e dall'assistito, finalizzata ad ottenere vari servizi.

A livello nazionale il legislatore è intervenuto nuovamente, in maniera più organica, con la legge del 23 marzo 2023 n. 33 (c.d. *legge delega sulla non autosufficienza*), la quale è particolarmente rilevante per il tema in esame. Con tale legge, per la prima volta il Parlamento ha delegato al Governo il potere di dettare la disciplina dei *caregivers* familiari, proponendosi gli obiettivi del progressivo ed equilibrato miglioramento delle loro condizioni di vita (art. 5, lett. c, l. 2023 n. 33), della ricognizione e ridefinizione della normativa di settore, della promozione di meccanismi diretti alla certificazione delle competenze professionali acquisite nel corso dell'esperienza e forme di partecipazione delle rappresentanze dei *caregivers* familiari alla programmazione sociale, sociosanitaria e sanitaria a livello nazionale, regionale e locale²⁷. Significativamente, la *legge delega sulla non autosufficienza* mira a promuovere interventi idonei a contrastare i fenomeni della solitudine sociale e della privazione relazionale non solo degli anziani, ma anche dei loro *caregivers*, mediante la previsione di apposite attività di ascolto e di supporto psicologico, soprattutto attraverso il coinvolgimento attivo delle associazioni, degli enti di volontariato, del servizio civile universale e degli altri enti del Terzo settore.

IX. LA FUNZIONE "GLOBALIZZANTE" DEL CAREGIVING FAMILIARE NEL C.D. DECRETO ANZIANI.

In attuazione della legge 2023 n. 33 (*legge delega sulla non autosufficienza*), il d.lgs. 25 gennaio 2024 n. 29 (c.d. Decreto anziani) offre una regolamentazione della figura del *caregiver* familiare.

Il Decreto anziani assegna priorità alla de-istituzionalizzazione della persona assistita ai fini del ricongiungimento con il proprio *caregiver*; seguendo il modello delle legislazioni regionali, e sancisce il "valore sociale ed economico per l'intera collettività dell'attività di assistenza e cura non professionale" prestata nel contesto familiare a favore di tutte le "persone anziane" e non soltanto delle "persone anziane non autosufficienti che necessitano di assistenza continuativa anche a

27 Una lettura critica della legge è fornita da PIOGGIA, A.: "L'assistenza alle persone anziane non autosufficienti nella legge delega 33 del 2023: una "pericolosa" risposta sociale alle carenze del sistema sanitario?", *Sistema salute, Riv. it. educazione sanitaria e promozione della salute*, 68, I, 2024, p. 53 ss.

lungo termine per malattia, infermità o disabilità" (art. 39, comma 1, d.lgs. 2024, n. 29). Viene, tuttavia, richiamata la definizione di *caregiver* familiare - per certi versi riduttiva - già espressa nell'art. 1, comma 255, della citata legge di bilancio 2017 n. 205. Al comma 2 dell'art. 39 del d.lgs. 2024 n. 29, è delineata la funzione, per così dire, "globalizzante" svolta dal soggetto che, in relazione ai bisogni specifici del destinatario, si prende cura e assiste la persona nell'ambiente domestico, nella vita di relazione, nella mobilità, nelle attività della vita quotidiana, sia in quelle "di base" (es. igiene personale, vestizione, nutrizione) che in quelle "strumentali" (es. assunzione dei farmaci, igiene domestica, uso del telefono o di altri mezzi di comunicazione, pagamento delle bollette, ritiro della pensione); il che implica che il *caregiver* familiare debba supportare la persona in ogni campo del vivere. Il legislatore gli accolla espressamente il dovere di rapportarsi "con gli operatori del sistema dei servizi sociali, sociosanitari e sanitari" nel rispetto di quanto stabilito nel "progetto personalizzato e partecipato"; pur non facendo cenno alla gestione delle finanze, al compimento di piccoli acquisti, né al disbrigo di pratiche amministrative, tali attività sembrano ricomprese tra quelle "strumentali" della quotidianità.

Nel contesto del sistema integrato dei servizi sanitari, socio-sanitari e sociali, il riconoscimento formale del *caregiver* familiare è affidato all'ufficio delle regioni competente ad accogliere le richieste di intervento per la "valutazione multidimensionale unificata" delle persone in situazione di non autosufficienza o di disabilità, finalizzata a definire il loro percorso terapeutico e assistenziale e all'accertamento delle condizioni per l'accesso alle prestazioni di competenza statale (v. art. 4, comma 2, lett. l, della legge n. 33 del 2023)²⁸. Mancano, peraltro, norme statali che impongano di istituire una "scheda *caregiver* familiare" (analoga a quella prevista dalla citata legge regionale Lazio n. 5 del 2024), che agevolerebbe l'esercizio dei diritti e l'adempimento dei doveri uniformemente in ogni territorio regionale.

In base a quanto disposto dal comma 3 dell'art. 39 del Decreto anziani, il ruolo, le attività e le misure necessarie al sostegno dei *caregivers* familiari devono essere definite in apposita sezione del "progetto individualizzato di assistenza integrata" di cui all'art. 1, comma 1, lett. d, della legge 2023, n. 33 (PAI)²⁹. La pianificazione contenuta nel PAI puntualizza le azioni a supporto del *caregiver* familiare e gli ausili che i servizi si impegnano a fornire al fine di operare in

28 Alle regioni e alle province autonome spetta programmare i compiti delle unità di valutazione multidimensionale unificate che operano per individuare le misure di sostegno e di sollievo per i *caregivers* familiari (art. 39, comma 5, d.lgs. 2024, n. 29); alle stesse regioni e province autonome compete allocare le risorse disponibili e stabilire le forme di consultazione e di partecipazione delle associazioni rappresentative dei *caregivers* alla regolamentazione della materia.

29 Il "progetto individualizzato di assistenza integrata" (PAI) è predisposto, sulla base della "valutazione multidimensionale unificata", dai servizi sociali dei comuni e dai servizi delle aziende sanitarie, con il coinvolgimento dei medici di famiglia e corrisponde ad una componente del c.d. "progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato" delle persone con disabilità di cui all'art. 18 del d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, emanato in attuazione della legge delega sulla disabilità del 22 dicembre 2021, n. 227.

modo appropriato, tenuto conto anche dell'esito della valutazione dello stress e degli specifici bisogni, degli obiettivi e degli interventi a sostegno anche degli altri eventuali componenti del nucleo familiare, specie se minori. Per effetto del Decreto anziani, la regolamentazione della materia si presenta elastica e versatile, in quanto proveniente da "fonti normative" particolarmente vicine ai soggetti regolati e, perciò, presumibilmente più adeguate, rispetto alla fonte statale, al soddisfacimento delle relative esigenze. I PAI sono, infatti, redatti in collaborazione da un team di professionisti sanitari, sociali e socio-sanitari: oltre medici e infermieri, anche assistenti sociali, educatori, psicologi, provenienti sia dal settore pubblico che dal settore privato. Alla redazione partecipano la persona destinataria, i *caregivers* familiari, il tutore o l'amministratore di sostegno e, su richiesta della persona stessa, gli enti del Terzo settore, i quali operano come soggetti autorizzati, accreditati e a contratto con comuni e distretti socio-sanitari, secondo le normative di riferimento regionale. L'opzione legislativa per questo approccio multidimensionale è apprezzabile, perché potenzia l'integrazione tra servizi differenti, nel tentativo di ridistribuire in maniera equilibrata i compiti di cura tra famiglie e enti, pubblici e privati, promuovendo la complementarità tra attori diversi. Tutto ciò sempre in attuazione del richiamato principio di sussidiarietà orizzontale³⁰, che risulta valorizzato, oltre che nel Piano Nazionale per la Non Autosufficienza adottato con d.P.C.M. 21 novembre 2019, anche nel Piano assunto con d.P.C.M. del 3 ottobre 2022 per il triennio 2022-2024.

Un limite emerge, tuttavia, dall'analisi del comma 4 dell'art. 39 del d.lgs. 2024, n. 29 (Decreto anziani), in base al quale il *caregiver* familiare "può" partecipare alla valutazione multidimensionale unificata della persona non autosufficiente, nonché all'elaborazione del PAI e all'individuazione del budget di cura e di assistenza. Orbene, ciò che appare non convincente è il riferimento ad una mera possibilità di partecipazione, in quanto il *caregiver* familiare è il primo conoscitore, insieme alla persona assistita, dei bisogni e delle risposte adeguate a soddisfarli, sì che lo stesso dovrebbe intervenire obbligatoriamente - e non facoltativamente - alle procedure di valutazione e individuazione del relativo budget.

X. LA SCARSA EFFICACIA DEGLI INCENTIVI ECONOMICI E L'ESIGENZA DI ACCORDARE DIGNITÀ ALLA "CURA FAMILIARE".

Nonostante l'emersione, nel Decreto anziani, di diverse opportunità operanti sul territorio che possono essere di sostegno al *caregiver* familiare, permane l'elemento discutibile della sostanziale gratuità del lavoro dallo stesso prestato, che stride con il suo connotato di azione "globale e continua di lunga durata", tale da assorbire totalmente l'esistenza della persona. Da una prima valutazione

30 TONDI DELLA MURA, V.: "Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia", in *Modelli familiari tra diritti e servizi* (a cura di M. GORGONI), Jovene, Napoli, 2005, p. 329 ss.

del testo normativo, si osserva la prevalenza accordata dal legislatore - più che ai diritti - ai doveri del *caregiver* familiare, come il dovere di ricevere dai servizi le informazioni sulle problematiche della persona assistita e sui criteri di accesso alle prestazioni sociali, socio-sanitarie e sanitarie, al fine di garantire alla stessa le cure necessarie e il soddisfacimento adeguato dei bisogni assistenziali (art. 39, comma 6, d.lgs. 2024, n. 29).

Con d.P.C.M. del 30 novembre 2023 (Dipartimento per le politiche in favore delle persone con disabilità), il governo ha finanziato nuovamente il *Fondo nazionale di sostegno del ruolo di cura e assistenza del caregiver familiare*, destinando oltre 25 milioni di euro alle regioni, che li utilizzano per interventi di sollievo e sostegno destinati al *caregiver* familiare. La risorsa, assegnata prima alle regioni, è poi suddivisa tra i comuni, i quali definiscono i requisiti per i richiedenti, attraverso l'emanazione di bandi specifici, che accordano priorità alle richieste presentate da quanti assistono persone in condizioni di disabilità gravissima e persone per le quali quelle condizioni sono insorte in via anticipata³¹. Questa previsione di rifinanziamento è da salutarsi con favore, in quanto coerente con il disegno costituzionale e con il sistema di sicurezza sociale (v. legge 28 dicembre 1978, n. 833), che impone al servizio sanitario nazionale di assicurare le prestazioni sanitarie e farmaceutiche a tutta la popolazione, con particolare attenzione per le fasce vulnerabili, le quali hanno maggiore bisogno o per le difficoltà economiche o perché colpite da malattie più gravi o protratte più a lungo nel tempo.

Permane il problema delle possibili discriminazioni sul territorio, legate in primo luogo alla limitatezza dei mezzi finanziari in alcune aree, dal momento che i criteri di assegnazione si diversificano da comune a comune e che la loro applicazione opera nell'ambito delle risorse disponibili. Sì che le risposte ai bisogni possono diversificarsi anche all'interno della stessa regione e il diritto fondamentale all'assistenza socio-sanitaria finisce per essere fortemente soggetto a pesanti condizionamenti economici a seconda della zona nella quale è fatto valere. Analogo problema si avverte in relazione ai c.d. ricoveri di sollievo, garantiti dal servizio sanitario nazionale al fine di rafforzare le energie di coloro che assicurano le cure a persone non autosufficienti³². La finalità immediata dei ricoveri di sollievo è

31 Il d.P.C.M. del 30 novembre 2023 stabilisce i criteri e le modalità di utilizzo delle risorse del *Fondo nazionale*. Unitamente a progetti mirati a percorsi di supporto psicologico del singolo individuo o del gruppo familiare che assiste persone con disabilità grave, si prevede il finanziamento sia di un "assegno" di cura, erogato direttamente alla persona assistita, al fine di compensare le spese per l'impiego di personale qualificato, sia di un "contributo" di cura a favore delle persone con disabilità gravissima, entrambi graduati in base all'ISEE socio-sanitario. L'attribuzione delle risorse del suddetto *Fondo nazionale* alle regioni può essere indirizzata anche per offrire la sostituzione temporanea al domicilio del *caregiver* familiare con personale qualificato, fornendo, in assenza di quest'ultimo, l'assistenza di un operatore socio-sanitario per un tempo variabile in base alle esigenze del caso concreto.

32 L'intervento di sollievo consiste nell'inserimento in strutture residenziali (per un periodo di tempo: da una settimana ad un massimo di 60 giorni in un anno) della persona non autonoma, previa valutazione multidimensionale della stessa, così come previsto dall'art. 30 del d.P.C.M. del 12 gennaio 2017 (Definizione dei Livelli Essenziali di Assistenza). Il ricovero mira ad aiutare i *caregiver* che si trovano temporaneamente

sorreggere il *caregiver* familiare per un periodo di tempo e nel contempo garantire la continuità assistenziale alla persona non autosufficiente, prevedendo il suo soggiorno temporaneo presso un centro di accoglienza, con l'obiettivo finale del rientro presso il proprio domicilio e non del trasferimento definitivo in struttura. La maggiore criticità deriva, anche in tal caso, dalla disomogeneità dei servizi dovuta al fatto che, mentre alcune regioni hanno disciplinato i ricoveri di sollievo (come l'Emilia Romagna), altre regioni (come la Puglia) non li prevedono affatto e le richieste di tali interventi appesantiscono le liste di attesa dei ricoveri ordinari per i quali già si registrano gravi carenze.

In relazione al *Fondo nazionale* appare non appropriata la scelta del governo di conservare la modalità del bonus, che è, per definizione, un incentivo elargito allo scopo di premiare la qualità del lavoro in aggiunta ad uno stipendio-base, che qui non esiste. Il sostegno economico, inoltre, è attribuito dalla legge alla persona assistita e non al *caregiver* familiare, che non riceve neppure un rimborso per le spese direttamente o indirettamente associate all'assistenza. Un utile spunto sul piano della tutela patrimoniale potrebbe provenire dal confronto della legislazione italiana con il codice delle famiglie cubano (come riformato dalla legge n. 87 del 17 agosto 2022), il quale, all'art. 511, attribuisce al *caregiver* che sia erede del familiare assistito e che abbia sostenuto le spese necessarie alla cura del defunto, una quota ereditaria doppia rispetto a quella degli altri eredi³³. Nel nostro ordinamento, la scarsa efficacia della protezione economica è aggravata dal fatto che la concessione del versamento monetario da parte dell'ente pubblico è rimessa, oltre che alla sussistenza di una disponibilità finanziaria, anche alla presenza di requisiti stringenti e, come già rilevato, potenzialmente variabili da un territorio ad un altro. In definitiva, nel sistema italiano gli approcci locali sono incerti e frammentari e creano incognite ed ostacoli, mentre soltanto un'azione territorialmente omogenea e stabile sotto ogni profilo potrebbe assicurare parità di trattamento fra i cittadini ed accordare autentica dignità alla "cura familiare".

XI. CONSIDERAZIONI FINALI.

A sèguito della breve disamina fin qui svolta, è opportuno svolgere alcune considerazioni.

in difficoltà o in un momento di emergenza e che necessitano di riposo occasionale (si pensi ad un particolare sovraccarico fisico e mentale o ad altro problema di salute). In un report, redatto nel 2024 dall'Osservatorio demenze dell'Istituto Superiore di Sanità, è documentato che nel territorio italiano soltanto il 48,8% delle residenze sanitarie assistenziali garantisce ricoveri di sollievo agli utenti con demenza.

33 BUGETTI, M.N.: "Cura della persona anziana e relazione familiare: una indicazione al legislatore dal codice delle famiglie della Repubblica di Cuba?", *Fam. dir.*, 2023, 7, p. 680 ss.

Ai profili problematici già evidenziati, si aggiunge un ulteriore aspetto critico, che riguarda la previsione del Decreto anziani, secondo la quale al *caregiver* familiare può essere riconosciuta l'attività svolta nel corso della sua opera ai fini dell'accesso ai corsi finalizzati al conseguimento della qualifica professionale di operatore socio-sanitario (OSS). A tal fine, le regioni italiane sono tenute ad istituire appositi registri, che dovranno contenere i nominativi di coloro che sono in possesso di una qualificazione regionale di assistente familiare, rilasciata ai sensi di specifiche linee guida. Allo scopo di valutare e riconoscere l'esperienza maturata durante l'attività di assistenza dallo studente *caregiver* familiare, è previsto che le scuole individuino, all'interno del Piano triennale dell'offerta formativa (PTOF), i criteri e le modalità per promuovere specifiche iniziative formative coerenti con l'attività di cura del familiare, anche attraverso i percorsi per le competenze trasversali e l'orientamento (PCTO) e con il coinvolgimento delle associazioni maggiormente rappresentative dei *caregivers* familiari. Certamente può considerarsi un fattore positivo che le pubbliche autorità programmino un sistema di formazione mirante a garantire una migliore qualità della funzione svolta dal *caregiver* familiare e ad incentivare quanti intendono intraprendere il lavoro di operatore in campo socio-sanitario. Tuttavia, accade spesso che i *caregivers* familiari, specie se più giovani, prestino la propria opera non in risposta ad aspirazioni professionali, ma per esprimere sentimenti di affetto e per adempiere obbligazioni naturali, ossia doveri morali necessitati dalla situazione di difficoltà che stanno vivendo. Dinanzi a tale realtà, le disposizioni del Decreto anziani paiono insoddisfacenti sul piano delle tutele, in quanto non sono sufficienti ad assicurare loro un miglioramento delle condizioni di vita e un'adeguata protezione sanitaria, sociale ed economica sull'intero territorio nazionale.

Il legislatore non dà il giusto peso ai rischi derivanti dall'incremento del numero delle persone assistite a domicilio senza che tale incremento sia accompagnato da un investimento congruo sulla qualità e quantità delle prestazioni da garantire in modo uniforme e senza discriminazioni. A tal fine, occorre ripensare il quadro complessivo dei servizi in termini di uniformità territoriale, alleggerimento dei pesi gravanti sulle famiglie ed intensificazione dell'assistenza pubblica domiciliare. Un mutamento culturale e politico dovrebbe superare l'idea che la cura della persona sia una questione da risolvere soprattutto tra le mura domestiche, rimessa per la maggior parte all'impegno e alla responsabilità del nucleo familiare, ossia una questione più privata che pubblica. Invero, l'interesse alla protezione della sanità e all'assistenza sociale è un interesse generale della collettività e, nel contempo, la sintesi dei diritti e dei doveri dei singoli, sì che deve esservi un'equa condivisione di compiti tra settore pubblico e settore privato. Per l'effettiva fruizione delle misure di sostegno oggi accordate al *caregiver* familiare, occorre realizzare una vera integrazione degli interventi di matrice pubblicistica e privatistica, sviluppare la fattiva collaborazione tra le reti istituzionali e gli enti privati, tutti coinvolti in un

sistema di solidarietà fondato su servizi di supporto, di cura, accompagnamento, inclusione sociale e di partecipazione attiva alla comunità.

BIBLIOGRAFIA

BUGETTI, M.N.: "Cura della persona anziana e relazione familiare: una indicazione al legislatore dal codice delle famiglie della Repubblica di Cuba?", *Fam. dir.*, 2023, 7, p. 680 ss.

BUGETTI, M.N.: "Riflessioni sul ruolo della famiglia nella cura degli anziani (anche in riferimento ad un recente intervento del legislatore cinese)", *Fam. dir.*, 2013, 12, p. 1151 ss.

CONFORTI, C., TAFARO, T. e BORRILLO, N.: "La definizione di non autosufficienza", *Quad. di approfondimento 2018. Le sfide della non autosufficienza. Spunti per un nuovo disegno organizzativo per la copertura della non autosufficienza*, www.itinerariprevidenziali.it, p. 20 ss.

DE BENI R. e BORELLA E.: *Psicologia dell'invecchiamento e della longevità*, 2^a ed., Il Mulino, Bologna, 2015.

DE MOZZI, B.: "Permessi ex L. n. 104/1992 e ordinarie incombenze di vita dell'assistito", in *Lavoro nella Giur.*, 2019, 4, p. 351 ss.

DI MEO S., BIATTA S., FOGATO G., LAMURA G., PEZZETTA S., VIVORI C. e al.: "Educare alla salute e all'assistenza", *aprirenetwork.it*, 2018, Capitolo 15.

DOGLIOTTI, M.: "Il diritto alla salute spetta a tutti i cittadini...tranne che agli anziani non autosufficienti", *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 679.

DURET, P.: "Valorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari", in *Il sistema integrato dei servizi sociali* (a cura di E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI e G. PASTORI), Giuffrè, Milano, 2007, p. 372.

GARCIA-PTACEK S., DAHLRUP B., EDLUNG AK., WIJK H. e ERIKSDOTTER M.: "The caregiving phenomenon and caregiver participation in dementia", *Scandinavian Journal of caring Sciences*, 2019, n° 33, pp.255-265.

GAUGLER JE., REESE M. e SAULD, J.: "A pilot evaluation of psychosocial support for Family caregivers of relatives with dementia in Long-term care: the residential care transition module", *Research in Gerontological Nursing*, 2015, n° 8, p. 161-172.

GIACALONE, F.: "L'etica della cura al tempo del Covid: una riflessione sul welfare e sulle disuguaglianze di genere", *EtnoAntropologia*, 2021, p. 137 ss.

GONZALEZ-FRAILE E., BALLESTEROS J, RUEDA JR., SANTOS-ZORROZUA B., SOLÀ I. e McCLERRY J.: "Remotely delivered information, training and support for informal caregivers of people with dementia", *Cochranelibrary.com*, 2021, n° 1.

KELSON J., ROLLIN A., RIDOUT B. e CAMPBELL A.: "Internet-delivered acceptance and commitment therapy for anxiety treatment: systematic review", *jmir.org*, 2019, n° 21.

MCCURRY SM., LOGSDON RG. e VITIELLO MV.: "Sleep disturbances in caregivers of persons with dementia: contributing factors and treatment implications", *Sleep medicine reviews*, 2007, n° 11, p. 143-153.

MONTEIRO A., SANTOS R. KIMURA N., BAPTISTA M. e DOURADO M.: "Coping strategies among caregivers of people with Alzheimer disease: a systematic review", *Trends in Psychiatry and Psychother*, 2018, num 40.

MOROTTI, E.: "Il guardador de hecho o caregiver in Italia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 17 bis, pp. 1934-1961.

MOROTTI, E.: "La qualificazione giuridica dell'attività di caregiver familiare", *Famiglia*, 2022, pp. 1-14.

MOROZZO DELLA ROCCA, P. (a cura di): *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

NATIONAL FAMILY CAREGIVER ASSOCIATION: "10 tips for family caregivers", *caregiver action network*.

ORRÚ, S.: "La cura e l'assistenza all'anziano non autosufficiente da parte del caregiver familiare fra diritti fondamentali ed effettività di tutela", in *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni* (a cura di P. CORRIAS e E. PIRAS), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2021, spec. p. 79 ss.

PEGREFFI F. e PAZZAGLIA C.: *La salute del caregiver*, 1ª ed., Bononia University press, Bologna, 2021, pp. 80-121.

PERLINGIERI, P.: "Dirittidella persona anziana, diritto civile e stato sociale", in *Anziani e tutele giuridiche* (a cura di P. STANZIONE), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 96 ss.

PERLINGIERI, P.: "Rapporti personali nella famiglia", *Quaderni Rass. dir. civ.*, Esi, Napoli, 1982, p. 55 ss.

PESARESI F.: *Il manuale dei caregiver familiari*, 1^a edizione, Maggioli Editore, Rimini, 2021, p. 11-48.

PESARESI, F.: *Manuale dei caregiver familiari*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2021.

PINKUS L. e CARCHIA G.: "Empatia", *Enciclopedia Treccani*, 1999.

PIOGGIA, A.: "L'assistenza alle persone anziane non autosufficienti nella legge delega 33 del 2023: una "pericolosa" risposta sociale alle carenze del sistema sanitario?", *Sistema salute, Riv. it. educazione sanitaria e promozione della salute*, 68, 1, 2024, p. 53 ss.

PIOGGIA, A.: "La sanità nel piano nazionale di ripresa e resilienza", *Giornale dir. amm.*, 2022, 2, p. 165 ss.

PIOGGIA, A.: *Cura e pubblica amministrazione, Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 1-225.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "I principi generali che ispirano la riforma del codice civile spagnolo in materia di disabilità", *Famiglia e diritto*, 2024, n. 3, p. 267-282.

RESCIGNO, P.: "Anziani cronici non autosufficienti, doveri della famiglia ed obblighi delle istituzioni (Premesse civilistiche)", *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 1174 ss.

RICCI, N.: "Caregiver: quanti sono, i dati ISTAT", *PMI.it*, 2021.

RIFFIN C., VAN NESS PH., WOLFF JL. e FRIED T.: "Multifactorial examination of caregiver burden in a national sample of family and unpaid caregivers", *Journal of the American geriatrics society*, 2019, n. 67, pp. 277-283.

TONDI DELLA MURA, V.: "Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia", in *Modelli familiari tra diritti e servizi* (a cura di M. GORGONI), Jovene, Napoli, 2005, p. 329 ss.

TRABUCCHI, M.: *Introduzione al tema del Caregiver*, Agenas, 2015, www.agenas.gov.it.

TURCO, L.: "La legge 328/2000 Legge quadro per la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi venti anni dopo", *Politiche sociali*, 2020, 3, p. 507-524.

UTZ RL e WARNER EL.: "Caregiver burden among diverse caregivers", *American Cancer society*, 2022, num. 128, p. 1904-1906.

XU L., LIU Y., HE H., FIELDS NL., IVEY DL e KAN C.: "Caregiving intensity and caregiver burden among caregivers of people with dementia: The moderating roles of social support", *Archives of Gerontology and Geriatrics*, 2021, n° 94.



MEIO AMBIENTE, PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES:
A TUTELA JURISDICCIONAL POR UM PARADIGMA
ECOLÓGICO DE DIREITO

*ENVIRONMENT, PEACE, JUSTICE, AND EFFECTIVE INSTITUTIONS:
THE JURISDICTIONAL PROTECTION BY AN ECOLOGICAL
PARADIGM OF RIGHT*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 996-1019

Ari Rogério
FERRA JR.

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Diante da necessidade de implementar o desenvolvimento sustentável por meio da tutela jurídica, o presente artigo tem como objetivo demonstrar a relação do ODS 16 (paz, justiça e instituições eficazes) com o direito ao desenvolvimento sustentável e o estado ecológico de direito. Para alcançar os propósitos esperados, a metodologia utilizada é bibliográfica, documental e exploratória, por meio do método dedutivo. Como resultados, espera-se demonstrar que sociedades pacíficas e inclusivas são capazes de gerar o desenvolvimento sustentável, construir instituições eficazes e efetivar o acesso à justiça, o que é fundamental para efetivar a Agenda 2030 e os Direitos Humanos em seu aspecto prático, com medidas técnicas, concretas e tangíveis. Como contribuição, a presente pesquisa visa evidenciar que o Poder Judiciário tem papel de destaque na tutela do meio ambiente e na proteção ao desenvolvimento sustentável para assegurar os direitos humanos.

PALABRAS CLAVE: Desenvolvimento sustentável; paradigma ecológico; tutela jurisdiccional.

ABSTRACT: Faced with the need to implement sustainable development through legal protection, this article aims to demonstrate the relationship between SDG 16 (peace, justice, and effective institutions) with the right to sustainable development and the ecological rule of law. To achieve the expected purposes, the methodology used is bibliographical, documental, and exploratory, through the deductive method. As a result, it is expected to demonstrate that peaceful and inclusive societies are capable of generating sustainable development, building effective institutions, and providing access to justice, which is essential to implement the 2030 Agenda and Human Rights in its practical aspect, with measures techniques, concrete and tangible. As a contribution, this research aims to show that the Judiciary has a prominent role in protecting the environment and protecting sustainable development to ensure human rights.

KEY WORDS: Sustainable development; ecological paradigm; jurisdictional protection.

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.- III. O ESTADO ECOLÓGICO DE DIREITO.- IV. A TUTELA JURISDICCIONAL PARA UM ESTADO ECOLÓGICO DE DIREITO.- V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. INTRODUÇÃO.

Entre os inúmeros desafios enfrentados na atual sociedade para efetivação dos direitos, um deles é, sem dúvida, o aspecto prático dos direitos humanos.

A Organização das Nações Unidas (ONU), visando promover o aspecto prático dos direitos humanos, apresentou, em 2015, a Agenda 2030 com 17 objetivos e 169 metas a favor do desenvolvimento sustentável até 2030, conhecidos como os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS).

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a relação do ODS 16 (paz, justiça e instituições eficazes) com o direito ao desenvolvimento sustentável e o estado ecológico de direito, principalmente no que tange à tutela jurisdiccional na busca pela efetivação do direito ecológico como proteção aos direitos humanos em seu aspecto prático.

No intuito de atender ao objetivo proposto, na primeira parte do artigo, tratar-se-á do direito ao desenvolvimento sustentável, seu conceito e sua fundamentação no Brasil e as implicações de um novo paradigma ecológico e sustentável.

Na segunda parte, abordar-se-á o conceito de um estado ecológico de direito, a dimensão ecológica da dignidade humana e, com isso, a proteção aos valores ecológicos, capazes de impor restrição aos direitos e ao comportamento do ser humano, por meio de deveres morais e jurídicos, colocando em evidência os direitos humanos.

Na terceira parte será apresentada a tutela jurisdiccional brasileira na proteção do estado ecológico de direito para a efetivação do ODS 16 (paz, justiça e instituições eficazes) da Agenda 2030 como configuração do desenvolvimento sustentável. Será ressaltada a necessidade de que os juízes e do Poder Judiciário (Estado-Juiz) atuem, dentro de sua função jurisdiccional, motivados pelo paradigma ecológico.

• **Ari Rogério Ferra Jr.**

Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Camerino (UNICAM, Itália) em cotutela com a Universidade de São Paulo (USP, Brasil). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: ariferrajr@usp.br / arirogerio.ferrajunior@unicam.it, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2297-7168>, LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0062347715361027>

Buscando atingir o resultado pretendido, a presente pesquisa se dará por meio de uma análise científica de natureza bibliográfica, dialogando com os conceitos através de um método de abordagem dedutiva.

Assim, a análise procurará apresentar a evolução do debate sobre o novo paradigma ecológico e sua influência na efetivação do ODS 16 (paz, justiça e instituições eficazes), evidenciando a tutela jurisdicional brasileira de modo que seja possível “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.”

II. O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

Desde a concepção contemporânea dos Direitos Humanos, com início na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o debate acerca da fundamentação e aplicabilidade desses direitos tem se intensificado. Atualmente, contudo, a principal preocupação refere-se ao seu aspecto prático. Em prol do contexto prático dos direitos humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) promove os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), consistentes em 17 objetivos e 169 metas a favor do desenvolvimento sustentável até 2030. Os ODS englobam os direitos de todas as dimensões em medidas práticas, técnicas, reais e tangíveis a serem tomadas pelos Estados, Organizações Internacionais, Empresas Privadas e Sociedade Civil¹.

Implementar a Agenda 2030 é importante não apenas para promover um modelo de desenvolvimento ambientalmente sustentável, mas é também indispensável para manutenção da rede da vida e da dignidade humana, o que permite a efetivação dos Direitos Humanos em todas as suas formas, inclusive na temática ambiental².

A temática evoluiu desde a Declaração de Estocolmo (1972), da Estratégia Mundial de Conservação (1980), da Carta Mundial da Natureza (1982), até o Relatório Brundtland (1987), que conceituou a base do desenvolvimento sustentável como “capacidade de satisfazer as necessidades do presente, sem comprometer os estoques ambientais para as futuras gerações”. Com efeito, atualmente, já se apresenta o “direito ao desenvolvimento sustentável”³. Além

1 SILVEIRA, V. O. e PEREIRA, T. M. L.: “Uma nova compreensão dos direitos humanos na contemporaneidade a partir dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS)”, *Revista Jurídica Cesumar*, set./dez. 2018, vol. 18, nº. 3, pp. 927-928.

2 TREVISAN, E. e CRUCIOL JUNIOR, J.: “Objetivos do desenvolvimento sustentável: o direito humano e o suporte fático da rede da vida”, *Revista Jurídica*, out. 2019, vol. 4, nº. 57, p. 351.

3 WEDY, G.: *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 195.

disso, inúmeros documentos marcam o panorama internacional na construção da necessidade de tutela e proteção ao meio ambiente e do desenvolvimento sustentável⁴.

A própria pluralidade da classificação do ambiente se destaca pelos seus diferentes tipos, como: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente laboral. É fundamental compreender que todos esses meios se relacionam, de modo que a degradação de um deles provoca consequências nos demais⁵.

No Brasil, como norte para o desenvolvimento sustentável, a Constituição brasileira estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e, sobretudo, a garantia do desenvolvimento nacional, sempre intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana⁶.

Desse modo, pode-se concluir o conceito de direito ao desenvolvimento sustentável como “o direito ao desenvolvimento do ser humano em toda a sua plenitude, respeitando o meio ambiente como valor constitucionalmente tutelado”. Por consequência, tal desenvolvimento deve equilibrar a sustentabilidade ecológica e relacioná-la ao meio ambiente e a justiça social, ocupando-se não apenas da

4 Conforme Sarlet e Fensterseifer (2021, p. 40-41), “o ‘coroamento’ da tutela constitucional da tutela do meio ambiente revelado anteriormente, é oportuno registrar, foi (a depender do caso) precedido, acompanhado e fortificado pela consagração da proteção ecológica no âmbito do Direito Internacional, inclusive na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para exemplificar, podemos destacar a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (1972), o Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992), a Declaração e Programa de Ação de Viena, promulgada na 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993), o Protocolo de Quioto (1997), a Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental (1998), o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (2000) e a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (2001). Mais recentemente, registra-se a celebração do Acordo de Paris (2015), no âmbito da Convenção-Quadro das Mudanças do Clima, negociado durante a COP-21, e, precisamente com o objetivo de fortalecer a efetivação da legislação ambiental por meio dos “direitos ambientais procedimentais”, nos moldes do Princípio 10 da Declaração do Rio e da Convenção de Aarhus, merece destaque o Acordo Regional de Escazú para América Latina e Caribe sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental (2018). O mesmo também se verifica no tocante ao Direito Comunitário, tendo a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia consagrado a proteção ecológica no seu corpo normativo, inclusive no sentido de estabelecer um ‘nível elevado’ de proteção do ambiente e ‘melhoria’ da sua qualidade, de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável (art. 37)”, em AA.VV.: *Direito constitucional ecológica: Constituição, Direitos Fundamentais e proteção da natureza* (I. W. SARLET e T. FENSTERSEIFER), 7. ed. rev., atual. e ampl., Thompson Reuters Brasil, São Paulo, 2021.

5 IGLECIAS, P. F.: *Direito Ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*, 3 ed. rev., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 28.

6 WEDY, G.: *Desenvolvimento sustentável*, cit., pp. 197-198.

preocupação com a equidade intergeracional⁷, mas englobando, também, um novo contrato jurídico-ecológico capaz de considerar o fator interespecies⁸.

Como resposta, o desenvolvimento sustentável deve ser compreendido como um direito e um dever fundamental já consagrado na Constituição brasileira (Preâmbulo e art. 1º, inc. III; art. 3º, inc. II; art. 5º, § 2º; art. 170, art. 225) e um princípio previsto em Tratados e Convenções Internacionais. Logo, pode, e deve, “ser invocado pessoas físicas, jurídicas e Estados, como sujeitos ativos, contra pessoas físicas, jurídicas, Estados e Organizações Internacionais, como sujeitos passivos”⁹.

O direito ao desenvolvimento, embasado pela Constituição brasileira e pelo Direito Internacional, exige uma consonância entre “a satisfação do mínimo social, a garantia de uma existência digna, a boa governança e o meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Outrossim, o desenvolvimento que não respeita o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser reconhecido como sustentável¹⁰.

Portanto, não há como defender um desenvolvimento que não conglomere, na sua perspectiva objetiva, “proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, como à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e do princípio da dignidade da pessoa humana”¹¹.

Assim sendo, todas as vidas e tudo o que é considerado como essencial à vida na Terra passam a ocupar um papel relevante na sociedade, de modo que uma alteridade ecológica, ética-jurídica, passe a balizar o caminho para enfrentamento da crise atual¹².

Nesse sentido, apresenta-se como necessário, dentro de uma sociedade global e em um planeta com recursos naturais finitos e crescimento populacional não planejado e desordenado, abordar o desenvolvimento sustentável em todas as suas dimensões, quais sejam humanas (inclusão social), econômicas e políticas (boa governança) sempre em ponderação com a tutela do meio ambiente como “pauta permanente e integrada ao processo de tomada de decisões, ainda mais em tempos de mudanças climáticas”¹³.

7 WEDY, G.: *Desenvolvimento sustentável*, cit., p. 198.

8 SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: *Direito constitucional*, cit., p. 116.

9 WEDY, G.: *Desenvolvimento sustentável*, cit., p. 383.

10 WEDY, G.: *Desenvolvimento sustentável*, cit., p. 383.

11 WEDY, G.: *Desenvolvimento sustentável*, cit., p. 384.

12 PEDROSA, L. A. V.: “A alteridade ecológica como princípio ético-jurídico necessário à construção de uma ética adequada ao Século XXI”, *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, dez. 2018, vol. 14, nº. 3, p. 94.

13 WEDY, G.: *Desenvolvimento sustentável*, cit., pp. 202-203.

Passa-se a falar, então, de sustentabilidade. Anteriormente, porém, a sustentabilidade, derivada do latim *sustentare* (sustentar, apoiar, conservar, cuidar), destinava-se, somente, às questões ambientais; posteriormente, como avanço, relacionou-se com dimensões sociais e econômicas. Até porque o ser humano tem provocado mudanças no meio em que vive¹⁴.

Qual poderia, então, ser o novo paradigma ecológico e sustentável para orientar os Estados, Organizações Internacionais, Empresas Privadas e Sociedade Civil, e, sobretudo, o Poder Judiciário e os juízes, que, inevitavelmente, são e serão convocados para decidirem em casos concretos que envolvem o meio ambiente?

O novo paradigma ecológico envolve uma distinção dos conceitos conhecidos, isto é, ecologia enquanto ciência biológica, que estuda o ser vivo e suas interações com o meio ambiente; ecologia enquanto filosofia, como reflexão ética e política, que analisa a relação entre o ser vivo e a natureza, partindo da perspectiva da superação do domínio do homem sobre a natureza de modo teórico e estético; e, por fim, ecologia no seu sentido jurídico com igualdade e emancipação do sujeito de direito, refletindo diretamente no sentido social, econômico e político. O que se apresenta é uma relação de interdependência e não de comercialização com o meio ambiente denominada ecosofia¹⁵.

A ecosofia representa um novo paradigma em que o indivíduo humano é parte integrante do Universo e não o predador tradicional da natureza, e a própria natureza assume como parte de um todo uma nova dignidade¹⁶. Assim sendo, nessa relação de interdependência entre Homem e Natureza, ecosofia e ecologia profunda emergem como o paradigma ecológico e sustentável¹⁷. É esse o conceito jurídico que deve ser levado em consideração pelos juízes em suas decisões, na busca pela efetividade de um direito ecológico, como se demonstra a seguir.

III. O ESTADO ECOLÓGICO DE DIREITO.

Para além da disputa teórica entre diferentes paradigmas, seja predominantemente antropocêntrica, seja dentro de outras correntes da ética

14 SCHNEIDER, Y. e CERESER PEZZELLA, M. C.: "Direitos Fundamentais, Administração Pública e Sustentabilidade: novos objetivos e direcionamentos das atividades decisórias administrativas (atos e processos administrativos) dos municípios sob a perspectiva de uma "sociedade de risco" e da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, da Organização das Nações Unidas", *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, dez. 2017, vol. 13, nº. 3, p. 366.

15 TREVISAM, E., TREVISAM BRAGA, J. e TREVISAM BRAGA, I.: "From ecosophy to deep ecology: for a new ecological and sustainable paradigm", *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, fev. 2021, vol. 16, nº. 1, pp. 17-18.

16 "In these terms, the ecosophy establishes, therefore, a new paradigm capable, on the one hand, of placing the human individual as an integral part of the Universe and no longer as the traditional predator at the top of the food chain, subjecting all nature under the power of technical and scientific progress. On the other hand, nature itself also assumes a new dignity as an equally integral part of the Whole". TREVISAM, E., TREVISAM BRAGA, J. e TREVISAM BRAGA, I.: "From ecosophy", cit., pp. 17-18.

17 TREVISAM, E., TREVISAM BRAGA, J. e TREVISAM BRAGA, I.: "From ecosophy", cit., pp. 17-18.

ecológica: patocentrismo, biocentrismo e econcentrismo¹⁸, deve-se avançar para o aspecto prático do paradigma ecológico.

O caminho para o novo paradigma, mais a frente do antropocentrismo clássico, é defender um “antropocentrismo jurídico ecológico ou alargado”; sendo assim, será possível reconhecer um valor intrínseco inerente ao ser humano e a outras formas de vida não humanas. O que surge é a dimensão ecológica da própria dignidade humana e, com isso, a proteção aos valores ecológicos impõe restrição aos próprios direitos e ao comportamento do ser humano, pela via dos deveres morais e jurídicos¹⁹.

Como, porém, promove-se um paradigma ecocêntrico? Em efeito, invoca-se a sustentabilidade enquanto princípio para relacioná-la não apenas a condições ambientais, mas estendê-la pelas estruturas sociais, econômicas e culturais do ordenamento. É plausível invocar que o princípio de sustentabilidade seja de amplo espectro e capaz de inspirar uma lógica distributiva intergeracional de custos e benefícios; afinal, as futuras gerações devem inspirar, não apenas eticamente, mas também juridicamente, os entes estatais, o papel dos legisladores, dos administradores e dos juízes dentro do Estado-Legislator, Estado-Administrador e Estado-Juiz²⁰.

A via é estabelecer um marco jurídico regulatório capaz de promover equilíbrio para o desenvolvimento sustentável (ecológico, social e econômico) e assegurar integridade ecológica nas esferas locais, regionais, nacionais e planetária²¹. Seria necessário, para tanto, um pacto internacional de Direito Ecológico. Um pacto que fosse capaz de trazer para o mundo jurídico conceitos importantes como ecosofia e ecologia, e fornecesse fundamento jurídico para os juízes perante aos desafios impostos pela tutela do meio ambiente.

Os parâmetros que devem ser observados para a formação do convencimento dos juízes são os conceitos que incorporem: adequada compreensão do direito fundamental ao equilíbrio ecológico e ambiente para a qualidade de vida saudável das gerações presentes e futuras²².

Salienta-se que a ecologia ainda é um tema insipiente no vocabulário popular e até mesmo o conceito de meio ambiente ainda é muito debatido. Popularmente, o meio ambiente é definido como tudo; já no conceito jurídico, a Constituição

18 SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: *Direito constitucional*, cit., p. 53.

19 SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: *Direito constitucional*, cit., p. 54.

20 PORENA, D.: “Sobre o conceito de sustentabilidade e gerações futuras. Um breve resumo constitucional”, *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, maio 2022, vol. 18, nº. 1, p. 12.

21 SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: *Direito constitucional*, cit., p. 54.

22 GARBACCIO, G. L., MARIN, J. D. e OTSUKA, T.: “Perspectiva brasileira e japonesa de Dano Ambiental”. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, dez. 2019, vol. 15, nº. 3, p. 113.

da República não trouxe um conceito determinado, mas o constituinte direciona o intérprete a vinculá-lo ao equilíbrio ecológico e à função de garantir uma sadia qualidade de vida²³.

A legislação infraconstitucional, entretanto, conceitua o meio ambiente, quando na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente dispõe o ambiente como conjunto de condições, leis, influências e interações de natureza física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas suas formas (art. 3º, Lei 6.938/81). A definição é, todavia, insuficiente, pois o direito fundamental não diz respeito ao meio ambiente, mas sim ao equilíbrio ecológico ambiental, o que exige um passo adiante²⁴.

Logo, faz-se necessário, ao menos, adotar um antropocentrismo amplo, posto que o meio ambiente não deve ser conceituado apenas na perspectiva antropocêntrica, pois deve-se reconhecer neste um valor intrínseco em preservar a manutenção da sua própria capacidade e da própria capacidade de gozo humano no meio ambiente²⁵.

No plano nacional, o paradigma constitucional ecocêntrico, baseado na premissa da integridade ecológica, amplia o conceito de bem-estar humano para além dos espectros liberal e social, introduzindo a variável ecológica, esclarecendo que não deve ser considerada:

“[...] a dicotomia cartesiana entre ser humano e Natureza, por representar uma incoerência do ponto de vista ontológico, dada a natureza biológica inerente à condição existencial humana, a defesa dos direitos da Natureza é, em última instância, a defesa da vida, da dignidade e dos direitos fundamentais do ser humano, já que os mesmos têm como premissa a integridade ecológica para o seu exercício e florescimento da vida humana no Planeta Terra. Tal *virada ecológica* na concepção da Teoria Constitucional, dos direitos fundamentais e também do próprio princípio da dignidade da pessoa humana (a partir da sua dimensão ecológica e mesmo da atribuição da dignidade para além da fronteira humana) implica a imposição de restrições ao exercício dos demais direitos fundamentais (liberais e sociais), mas sempre buscando assegurar integralidade, indivisibilidade e interdependência que caracterizam o regime jurídico jufundamental e a defesa de tais valores numa perspectiva futura. Trata-se de uma abordagem conciliatória e integradora dos valores humanos e ecológicos, como duas facetas de uma mesma identidade jurídico constitucional”²⁶.

23 GARBACCIO, G. L., MARIN, J. D. e OTSUKA, T.: “Perspectiva brasileira”, cit., pp. 114-116.

24 GARBACCIO, G. L., MARIN, J. D. e OTSUKA, T.: “Perspectiva brasileira”, cit., pp. 114-116.

25 GARBACCIO, G. L., MARIN, J. D. e OTSUKA, T.: “Perspectiva brasileira”, cit., pp. 114.

26 SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: *Direito constitucional*, cit., p. 58.

Pode-se afirmar que a dimensão ecológica no Direito não implica abandonar as conquistas dos modelos anteriores de Estado de Direito (social, liberal, democrático, entre outros) no que se refere a proteção da dignidade da pessoa humana, mas sim comprometer-se com o enfrentamento, prevenção e precaução de riscos e degradação ecológica. O novo marco jurídico ecológico representa, assim, a capacidade de tutela e promoção dos direitos sociais e dos direitos ecológicos em um mesmo plano político-jurídico capaz de produzir desenvolvimento sustentável²⁷.

Com isso, a formatação ecológica do Estado de Direito, no plano constitucional, vincula todos os entes estatais (Estado-Legislator, Estado-Administrador e Estado-Juiz) com o comando normativo do art. 225 da Constituição brasileira sob pena de, tanto em caso de ação como em caso de omissão, incorrer em práticas anticonstitucionais ou antijurídicas²⁸.

Ocorre que a crise é geral e global e, portanto, o que se apresenta como Estado Ecológico, em razão e justamente por suas multidisciplinariedades de fontes, é uma resposta para essa(s) crise(s) causada(s) pela sociedade de risco²⁹. A resposta ecológica é promover o desenvolvimento à luz de um paradigma ecocêntrico.

Para aprofundar a temática, a seguir, será apresentada a tutela jurisdicional brasileira na busca pela proteção do estado ecológico de direito para a efetivação do desenvolvimento sustentável, configurando, assim, um estado de direito ecológico que aplique a justiça de modo eficaz, prezando pela dignidade de todos os seres que compõem a vida.

IV. A TUTELA JURISDICIONAL PARA UM ESTADO ECOLÓGICO DO DIREITO.

Dentre os ODS, apresenta-se o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 16: paz, justiça e instituições eficazes, que aspira “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

Paz, justiça e instituições eficazes, nessa era de desenvolvimento sustentável, exigem uma mudança na postura dos entes estatais (Estado-Legislator, Estado-Administrador e Estado-Juiz) e o no papel dos legisladores, dos administradores e dos juízes.

27 SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: *Direito constitucional ecológico*, cit., p. 81.

28 SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: *Direito constitucional ecológico*, cit., p. 82.

29 BECK, U.: *Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade*, 2. ed., Editora 34, São Paulo, 2011.

Sendo assim, o livre convencimento do juiz deve, obviamente, envolver o pensamento do magistrado, que inserido no contexto social e influenciado pelo proposto paradigma ecológico, necessita levar em conta o dever de proteção ao meio ambiente equilibrado e o marco jurídico ecológico. Atualmente, inclusive, o Conselho Nacional de Justiça aprimora o próprio Poder Judiciário, buscando mecanismos para possibilitar a tutela do meio ambiente equilibrado.

A verdadeira revolução ecojurídica impõe a “alfabetização ecológica” ou “ecoalfabetização” para políticos, líderes empresariais e profissionais de todas as esferas, inclusive na esfera jurídica, posto que os operadores do direito, ecoalfabetizados, possuem capacidade de exercer grande influência na sociedade e papel de destaque nessa era de mudanças climáticas que clama pelo desenvolvimento sustentável³⁰.

Até porque os princípios constitucionais de proteção ao ambiente ocupam a base de sustentação jurídica para o reconhecimento da tutela ao meio ambiente sadio e equilibrado, como o princípio de proteção socioambiental. A dignidade da pessoa humana, como exemplo, é, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos³¹.

Sendo assim, a tutela do meio ambiente deve, obrigatoriamente, primar pela manutenção da qualidade de vida, influenciando, inclusive, o direito de propriedade, que deve respeitar os primados da proteção ambiental³².

Com efeito, não há mais como tolerar um desenvolvimento que não seja sustentável, pois o princípio do desenvolvimento sustentável influencia o exercício de propriedade, por exemplo, mas, além disso, também se reflete no desenvolvimento econômico, social, cultural e político. Outro princípio que assume relevo nesse novo contexto é o princípio da precaução³³.

Nesse sentido, em síntese, diferencia-se o princípio da precaução, evocado quando presente “diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica”, do princípio da prevenção³⁴.

30 FRITJOF, C. e MATTEI, U.: *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, Tradução de J.L. CAMARGO, Cultrix, São Paulo, 2018, p. 249.

31 IGLECIAS, P. F.: *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal*, 2 ed. rev., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 77.

32 IGLECIAS, P. F.: *Meio ambiente*, cit., p. 77.

33 IGLECIAS, P. F.: *Meio ambiente*, cit., p. 77.

34 LOPEZ, T. A.: *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 102.

O princípio da precaução representa, em primeira análise, expressão de prudência no agir humano, em razão dos “novos riscos” presentes na sociedade contemporânea. Como resposta para os riscos, desenvolve-se a necessidade de “maior segurança para todos”, alcançada pelo princípio da precaução. Ou seja, tal princípio surge pela necessidade social em evitar danos graves e/ou até irreversíveis, pois, nesse caso, a reparação, fundamento primeiro da responsabilidade civil, não cumpre, atualmente, o “alterum non laedere”³⁵.

Por consequência, o princípio da precaução assume o papel de evitar riscos hipotéticos, em contraponto ao princípio da prevenção, utilizado para os casos de riscos determinados e comprovados cientificamente. Ambos são utilizados para cumprir, nesse aspecto, a justiça social³⁶.

Não se pode ignorar que o princípio da precaução não está imune de críticas, sendo alvo de descrença por quem defende prejuízo ao crescimento ao invocar tal princípio como fundamento em casos que, posteriormente, não irão se concretizar³⁷.

Portanto, para não banalizar o seu fundamento e gerar custos sociais desproporcionais ao controle da incerteza, o que se propõe é a aplicação do princípio da precaução não de forma “absoluta”, mas modulado pela proporcionalidade, de forma que não se permita um constante embate entre a livre iniciativa e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁸.

Sendo assim, a precaução deve ser aplicada com a ponderação exigida pela Constituição, logo, com rigor jurídico, a precaução não entra conflito com a livre iniciativa, pelo contrário, harmoniza-se com o desenvolvimento na medida em que passa a ser utilizada de forma criteriosa³⁹.

À vista disso, a sociedade, o Ministério Público e os órgãos do Poder Público têm instrumentos apropriados para promover judicialmente ações relativas à tutela do meio ambiente, tais como técnicas e ações judiciais para requerer diretamente a tutela do meio ambiente ao Poder Judiciário⁴⁰.

35 LOPEZ, T. A.: *Princípio da precaução*, cit., p. 110.

36 LOPEZ, T. A.: *Princípio da precaução*, cit., p. 110.

37 SUNSTEIN, C. R.: *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 225.

38 SAMPAIO, R. S. R. e BLATTNER, S.: “A precaução no direito da regulação ambiental uma proposta de releitura do postulado da precaução”, *Revista Jurídica*, jun. 2022, vol. 2, n.º. 69, pp. 447-448.

39 SAMPAIO, R. S. R. e BLATTNER, S.: “A precaução no direito”, cit., pp. 447-448.

40 ALMEIDA, U. R.: *Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução de acordo com o novo CPC*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 3.

A efetividade da tutela do direito ao meio ambiente exige técnicas processuais capazes, principalmente, no sentido de priorizar uma tutela preventiva para evitar o dano ou o risco do dano, de acordo com os princípios da prevenção ou precaução. Logo, é fundamental, em qualquer que seja a ação ou incidente destinado a tutelar o meio ambiente, adotar técnicas processuais mais céleres e específicas⁴¹.

A tutela jurisdicional do meio ambiente pode ocorrer por meio das ações coletivas (ação popular^{42,43}, ação civil pública⁴⁴ e mandado de segurança coletivo^{45,46}), que possuem as seguintes técnicas processuais:

“[...] tutela inibitória para evitar a prática de ato ilícito, ainda que este não provoque dano ao meio ambiente; tutela específica para garantir reparação específica do dano ambiental ou o resultado prático equivalente; meios coercitivos para que o demandado cumpra a tutela inibitória ou específica; tutela de urgência, da qual algumas leis especiais tentaram restringir a eficácia nas demandas movidas em face do Poder Público – mas vimos que elas não devem ser aplicadas se impedirem a efetividade da tutela jurisdicional; suspensão de segurança e de liminar para sustar os efeitos de decisão que violem o direito ao meio ambiente”⁴⁷.

Indo além, o meio ambiente também pode ser tutelado jurisdicionalmente por meio de ações de controle de constitucionalidade, como: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade^{48,49}, ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão^{50,51} e arguição de descumprimento de

41 ALMEIDA, U. R.: *Tutela de urgência*, cit., pp. 110-111.

42 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

43 BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, publicado em 05 jul. 1965, Brasília, DF.

44 BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1985, Brasília, DF.

45 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, LXIX, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

46 BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, publicado em 10 ago. 2009, Brasília, DF.

47 ALMEIDA, U. R.: *Tutela de urgência*, cit., p. 204.

48 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art.103, caput, I a IX, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

49 BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, publicado em 11 nov. 1999, Brasília, DF.

50 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art.103, , § 2º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

51 BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, publicado em 11 nov. 1999, Brasília, DF.

preceito fundamental^{52,53}. Ações de controle de constitucionalidade possibilitam excluir da ordem constitucional norma contrária ao meio ambiente equilibrado ou sanar omissão inconstitucional⁵⁴.

Como exemplo, cita-se o caso da ADPF 708, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Poder Executivo tem o dever de fazer funcionar o Fundo Clima ou destinar seus recursos, fixando a seguinte tese:

“O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º c/c art. 9º, par. 2º, LRF)”⁵⁵.

O reconhecimento do “status supralegal” dos tratados internacionais em matéria ambiental, ratificados pelo Brasil, é outro grande avanço, pois os tratados sobre direito ambiental constituem espécie do gênero tratados de direitos humanos e, logo, possuem status supralegal⁵⁶.

Consequentemente, mais do que a simples tutela, o que se exige é a tutela adequada, com técnicas processuais mais céleres e específicas, imprescindível para garantir o meio ambiente equilibrado, sendo capaz de evitar o dano ambiental irreversível ou de difícil reparação durante o longo e complexo trâmite processual.

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88) determina a tutela efetiva dos direitos ameaçados de lesão ou violados, cabível em todas as ações coletivas e de controle concentrado⁵⁷. Sendo assim, uma das respostas para garantir o bom uso do princípio da precaução e a tutela do meio ambiente equilibrado está na concessão da tutela de urgência para afastar ou

52 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 102, § 1º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

53 BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição federal. *Diário Oficial da União*, publicado em 6 dez. 1999, Brasília, DF.

54 ALMEIDA, U. R.: *Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução de acordo com o novo CPC*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 204.

55 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 708/DF, Relator(a): Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 04/07/2022, DJe 28/09/2022. *Supremo Tribunal Federal*, 2022. (disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5951856>, último acesso em 02 abril de 2024)

56 SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: O Caso Fundo Clima (ADPF 708) e a equiparação dos tratados ambientais aos tratados de direitos humanos, *GEN Jurídico*, 2022. (disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/08/02/caso-fundo-clima-adpf-708/>, último acesso em 02 abril de 2024).

57 ALMEIDA, U. R.: *Tutela de urgência*, cit., p. 117.

mitigar o risco ao meio ambiente até que seja proferida a decisão de mérito no processo, pois:

“A tutela de urgência e princípio da precaução têm características similares, quais sejam: (i) ambos têm a finalidade de garantir a efetividade da proteção ao meio ambiente; (ii) ambos são cabíveis com base no juízo de probabilidade; (iii) eles visam evitar dano irreparável ou de difícil reparação, já que o princípio da precaução é aplicável quando o risco ao meio ambiente for significativo”⁵⁸.

Para correta concessão da tutela jurisdicional do meio ambiente e da saúde pública, ganha relevo na apreciação do nexo causal a participação de peritos judiciais, assistentes técnicos, depoimento de testemunhas afetadas, oitiva de movimentos sociais e empresas, tudo em busca do deslinde do feito. Com efeito, o aprofundamento nas ciências, o embasamento técnico e até mesmo inspeção judicial devem ser utilizados para verificação mais amíuade do nexo causal⁵⁹.

Ações coletivas, como ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo são adequadas para requerer tutela ao meio ambiente, pois possuem técnicas processuais para evitar a violação da legislação ambiental (tutela inibitória) ou para assegurar reparação integral “in natura” do dano ambiental ou o resultado prático equivalente⁶⁰. O meio ambiente pode ser tutelado por ações ambientais previstas no ordenamento jurídico⁶¹.

O ministro Luiz Fux, na presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) na gestão 2020-2022, definiu 5 eixos como prioritário, sendo eles: 1. Proteção dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente; 2. Promoção da estabilidade e do ambiente de negócios para o desenvolvimento nacional; 3. Combate à corrupção e à lavagem de dinheiro para a recuperação de ativos; 4. Justiça 4.0 e promoção do acesso à Justiça digital; 5. Vocação Constitucional do STF⁶².

Dessa forma, um exemplo de como o poder judiciário tem se posicionado em relação aos desafios impostos pelo momento atual é o programa “Justiça 4.0”, dentro do eixo 4 da gestão 2020-2022 do CNJ/STF, que propõe tornar o sistema

58 ALMEIDA, U. R.: *Tutela de urgência*, cit., p. 205.

59 WEDY, G.: *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Fórum, Belo Horizonte, 2020, p. 100.

60 ALMEIDA, U. R.: *Tutela de urgência*, cit., p. 3.

61 WEDY, G.: *Litígios climáticos: de acordo com o direito brasileiro, norte-americano e alemão*. JusPodvim, Salvador, 2019, p. 82.

62 5 EIXOS DA JUSTIÇA.: *Conselho Nacional de Justiça, Supremo Tribunal Federal e Poder Judiciário*, 2020. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/5-Eixos-da-Justiça-Ministro-Luiz-Fux-22.09.2020.pdf>, último acesso em 02 abril de 2024)

judiciário brasileiro mais próximo da sociedade ao disponibilizar novas tecnologias e inteligência artificial⁶³.

O programa “Justiça 4.0”, desenvolvido em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Conselho da Justiça Federal (CJF), com apoio do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), tem como meta inovação e efetividade na realização da justiça para todos. O programa começou na gestão da presidência no ministro Luiz Fux e desde então vem sendo mantido por seus sucessores⁶⁴.

Atuando em quatro eixos, o Programa “Justiça 4.0” apresenta, no terceiro eixo, “a necessária formulação, implementação e monitoramento de políticas judiciárias com base em evidências para fortalecer a promoção de direitos humanos”⁶⁵, e, conseqüentemente, promover o desenvolvimento sustentável. O programa “Justiça 4.0” atua em quatro eixos: (1) inovação e tecnologia: soluções disruptivas para transformar o Judiciário e melhorar a prestação de serviços de toda a sociedade; (2) prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: robustecimento da atuação do Judiciário com melhor gestão de dados e informações e otimização da pesquisa de ativos em bancos de dados; (3) gestão de informação e política judiciárias: formulação, implantação e monitoramento de políticas judiciárias com base em evidências para fortalecer a promoção de direitos humanos; (4) fortalecimento de capacidades institucionais do CNJ: transferência de conhecimentos e soluções ao CNJ e demais órgãos da Justiça com foco na segurança jurídica, na sustentabilidade dos projetos e na eficiência da prestação jurisdicional.

Faz-se imprescindível destacar que o programa “Justiça 4.0” propicia, principalmente, a promoção do acesso à justiça, por meio de ações e projetos desenvolvidos para utilizar novas tecnologias e inteligência artificial. Além disso, a justiça digital permite o diálogo entre o real e o digital por meio de governança, transparência e eficiência do Poder Judiciário⁶⁶.

Estão, entre as ações e projetos da “Justiça 4.0”, os seguintes temas: “implantação do Juízo 100% Digital e projeto da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ), com possibilidade de ampliar o grau de automação do processo judicial eletrônico e o uso de Inteligência Artificial (IA)”.

63 JUSTIÇA 4.0.: *Conselho Nacional de Justiça*, 2022. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>, último acesso em 02 abril de 2024).

64 JUSTIÇA 4.0.: *Conselho Nacional*, cit.

65 JUSTIÇA 4.0.: *Conselho Nacional*, cit.

66 CARTILHA JUSTIÇA 4.0.: *Conselho Nacional de Justiça*, 2021. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Cartilha-Justica-4-0-WEB-28-06-2021.pdf>, último acesso em 02 abril de 2024).

Isso implica no que o Sistema de Justiça ganha: acesso à justiça digital, modernização, inovação tecnológica, governança, eficiência, celeridade, economicidade, produtividade, transparência e auxílio no combate à corrupção⁶⁷. Especialmente, a inteligência artificial e a ciência de dados são capazes de auxiliar o Poder Judiciário na proteção ao meio ambiente, extraindo informações úteis dos textos processuais, e realizando análises e previsões em ações judiciais, todos na temática ambiental⁶⁸.

Fortalecer a atuação do Poder Judiciário na proteção ao meio ambiente é um dos objetivos da “Justiça 4.0”, e, nesse sentido, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), em um projeto derivado do referido programa, propõe:

“Solução de IA capaz de recomendar aos magistrados precedentes na área ambiental, buscando situações similares e permitindo maior uniformização dos julgamentos; Dados tratados contendo o recorte de causas ambientais que já tramitaram no Brasil; Ferramenta para identificar os maiores réus em causas ambientais e poluidores em geral a partir de dados retirados da Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud); Solução de IA capaz de ler textos jurídicos e identificar elementos importantes, como o tipo de crime cometido, o dano causado, o bioma envolvido, o valor da condenação e o uso da legislação nacional e internacional; Solução de IA para prever os resultados de processos judiciais na área ambiental”⁶⁹.

Indo além, o eixo I do CNJ e STF, na gestão 2020-2022 era a “proteção dos direitos humanos e do meio ambiente”, de modo que ocorra, sobretudo, a tutela do meio ambiente. Assim sendo, o papel do Poder Judiciário para a efetivação do desenvolvimento sustentável é imprescindível⁷⁰.

Dessa maneira, os juízes e o Estado-Juiz, quando chamados a cumprirem sua função jurisdicional, devem atuar como “verdadeiros guardiões da vida futura (humana e não humana)” e colaborar para a construção do novo “paradigma jurídico-constitucional de matriz biocêntrica e ecocêntrica”. Não se trata de uma “postura fundamentalista”, pois, ao contrário, nessa temática é fundamental a atuação adequada do Poder Judiciário nos casos concretos, visto que o uso apropriado do princípio da proporcionalidade e da aplicação ponderada do princípio e dever de precaução torna capaz tutelar e dar voz aos interesses de

67 CARTILHA JUSTIÇA 4.0.: *Conselho Nacional*, cit.

68 LASALVIA, R.: “IA e ciência de dados vão auxiliar o Judiciário na proteção do meio ambiente”, *Conselho Nacional de Justiça*, 2022. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ia-e-ciencia-de-dados-vao-auxiliar-o-judiciario-na-protecao-do-meio-ambiente/>, último acesso em 02 abril de 2024).

69 LASALVIA, R.: “IA e ciência”, cit.

70 5 EIXOS DA JUSTIÇA.: *Conselho Nacional*, cit.

sujeitos que não integram a relação processual nem no polo ativo, nem no polo passivo⁷¹.

Destaca-se, assim, a importância do aprimoramento de mecanismos capazes de possibilitar a maior tutela possível do meio ambiente equilibrado, fazendo uso de novas tecnologias e inteligência artificial, como no programa “Justiça 4.0”, e colocando, entre os 5 Eixos do Poder Judiciário, a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente para a efetivação do desenvolvimento sustentável enquanto direitos humanos, fundamentados na dignidade de todos os seres.

Sucessivamente, na gestão 2022-2023, a ministra Rosa Weber deu continuidade ao programa “Justiça 4.0” ao reforçar sua posição de que o desenvolvimento tecnológico deve estar a serviço do desenvolvimento social e humano. De fato,

“Desde dezembro de 2020, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) se soma ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para implementar o Programa Justiça 4.0, que realiza avanços significativos no processo de modernização e inovação na Justiça. As ferramentas eletrônicas desenvolvidas e aperfeiçoadas conjuntamente são vias de transformação estratégica para promover uma Justiça que seja centrada nas pessoas e que possa proteger direitos, diminuir a discriminação e promover a igualdade”⁷².

No presente momento, o ministro Luís Roberto Barroso, na presidência do CNJ e do STJ (gestão 2023-2025), dá continuidade ao programa “Justiça 4.0” e busca seu fortalecimento em todo o território brasileiro. Como bem afirma o ministro Edson Fachin, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), os tribunais brasileiros precisam vencer os desafios e assegurar a adoção das tecnologias para ampliar o acesso à justiça e a garantia da eficácia dos direitos fundamentais das cidadãs e dos cidadãos. Isso porque “a tecnologia não pode tornar-se obstáculo para a promoção da dignidade humana e para a concretização de nossa missão de pacificação social”⁷³.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O ODS 16 – paz, justiça e instituições eficazes – apresenta-se como exemplo de objetivo para efetivação da Agenda 2030 e do dever de proteção ao meio

71 SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: *Direito constitucional ecológico: Constituição, Direitos Fundamentais e proteção da natureza*. 7. d. rev., atual. e ampl., Thompson Reuters Brasil, São Paulo, 2021, pp. 571-572.

72 RELATÓRIO DE ENTREGAS DO PROGRAMA JUSTIÇA 4.0: GESTÃO DA MINISTRA ROSA WEBER.: *Conselho Nacional de Justiça*, 2023. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/relatorio-de-entregas-gestao-ministra-rosa-weber.pdf>, último acesso em 02 abril de 2024).

73 CAMIMURA, L. e CICCÍ, L. C.: “CNJ apresenta transformação digital da justiça brasileira a países de língua portuguesa”, *Conselho Nacional de Justiça*, 2023. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-apresenta-transformacao-digital-da-justica-brasileira-a-demaais-paises-de-lingua-portuguesa/>, último acesso em 02 abril de 2024).

ambiente, mas não é o único, visto que outros objetivos também são importantes para a temática.

São exemplos, nesse sentido, o ODS 3 (saúde e bem-estar), o ODS 13 (ação contra a mudança global do clima), o ODS 15 (vida terrestre) e o ODS 17 (parcerias e meios de implementação). Consequentemente, percebe-se que a interconexão dos objetivos é prática e tem caráter técnico, real e tangível. Os objetivos do desenvolvimento sustentável sistematizam os maiores desafios enfrentados pelas pessoas no Brasil e no mundo.

Esses desafios impõem uma mudança de paradigma, o qual é, então, o paradigma capaz de orientar os Estados, Organizações Internacionais, Empresas Privadas e Sociedade Civil, e, sobretudo, o Poder Judiciário e os juízes, ou seja, o que se apresenta é um paradigma de direito ecológico.

À vista disso, o caminho para a construção de um paradigma ecológico e equilibrado, entre extremos, não significa atuar predominantemente em uma visão antropocêntrica, ou totalmente em uma visão ecocêntrica. O que se propõe é um paradigma de “antropocentrismo jurídico ecológico ou alargado”, capaz de reconhecer um valor intrínseco inerente ao ser humano e a outras formas de vida não humanas.

Em relação a tutela jurisdicional e proteção do meio ambiente, é imprescindível a necessidade de formatação de uma prática que efetive o desenvolvimento sustentável para a proteção e promoção dos direitos humanos fundamentados na dignidade de todos.

Isto posto, na temática ecológica, os juízes podem exercer um papel de destaque na era de desenvolvimento sustentável. Outrossim, o paradigma ecocêntrico é um objetivo já iniciado, mas ainda não concluído. Logo, uma postura adequada dos juízes e do Poder Judiciário nos casos concretos, com o uso do princípio da proporcionalidade e da aplicação ponderada do princípio e dever de precaução, torna capaz tutelar e promover a proteção ao meio ambiente, em um momento de tantas incertezas, inclusive científicas, nessa nova era.

Com a análise desenvolvida no presente artigo, conclui-se que cumprir o ODS 16 e “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” é uma possibilidade já em curso e incentivada, no plano interno, pelo Conselho Nacional de Justiça.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, U. R.: *Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução de acordo com o novo CPC*, Atlas, São Paulo, 2015.

ALMEIDA, U. R.: *Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução de acordo com o novo CPC*, Atlas, São Paulo, 2015.

BECK, U.: *Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade*, 2. ed., Editora 34, São Paulo, 2011.

CAMIMURA, L. e CICCÍ, L. C.: "CNJ apresenta transformação digital da justiça brasileira a países de língua portuguesa", *Conselho Nacional de Justiça*, 2023. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-apresenta-transformacao-digital-da-justica-brasileira-a-demais-paises-de-lingua-portuguesa/>, último acesso em 02 abril 2024).

FRITJOF, C. e MATTEI, U.: *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, Tradução de J.L. CAMARGO, Cultrix, São Paulo, 2018.

GARBACCIO, G. L., MARIN, J. D. e OTSUKA, T.: "Perspectiva brasileira e japonesa de Dano Ambiental". *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, dez. 2019, vol. 15, nº. 3.

IGLECIAS, P. F.: *Direito Ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*, 3 ed. rev., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

IGLECIAS, P. F.: *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal*, 2 ed. rev., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

LASALVIA, R.: "IA e ciência de dados vão auxiliar o Judiciário na proteção do meio ambiente", *Conselho Nacional de Justiça*, 2022. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ia-e-ciencia-de-dados-vao-auxiliar-o-judiciario-na-protecao-do-meio-ambiente/>, último acesso em 02 abril 2024).

LOPEZ, T. A.: *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, Quartier Latin, São Paulo, 2010.

PEDROSA, L. A. V.: "A alteridade ecológica como princípio ético-jurídico necessário à construção de uma ética adequada ao Século XXI", *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, dez. 2018, vol. 14, nº. 3.

PORENA, D.: “Sobre o conceito de sustentabilidade e gerações futuras. Um breve resumo constitucional”, *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, maio 2022, vol. 18, nº. 1.

SAMPAIO, R. S. R. e BLATTNER, S.: “A precaução no direito da regulação ambiental uma proposta de releitura do postulado da precaução”, *Revista Jurídica*, jun. 2022, vol. 2, nº. 69.

SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: *Direito constitucional ecológico: Constituição, Direitos Fundamentais e proteção da natureza* (IW. SARLET e T. FENSTERSEIFER), 7. ed. rev., atual. e ampl., Thompson Reuters Brasil, São Paulo, 2021.

SARLET, I. W. e FENSTERSEIFER, T.: O Caso Fundo Clima (ADPF 708) e a equiparação dos tratados ambientais aos tratados de direitos humanos, *GEN Jurídico*, 2022. (disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/08/02/caso-fundo-clima-adpf-708/>, último acesso em 02 abril 2024).

SCHNEIDER, Y. e CERESER PEZZELLA, M. C.: “Direitos Fundamentais, Administração Pública e Sustentabilidade: novos objetivos e direcionamentos das atividades decisórias administrativas (atos e processos administrativos) dos municípios sob a perspectiva de uma “sociedade de risco” e da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, da Organização das Nações Unidas”, *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, dez. 2017, vol. 13, nº. 3.

SILVEIRA, V. O. e PEREIRA, T. M. L.: “Uma nova compreensão dos direitos humanos na contemporaneidade a partir dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS)”, *Revista Jurídica Cesumar*, set./dez. 2018, vol. 18, nº. 3.

SUNSTEIN, C. R.: *Laws of fear: beyond the precautionary principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

TREVISAM, E. e CRUCIOL JUNIOR, J.: “Objetivos do desenvolvimento sustentável: o direito humano e o suporte fático da rede da vida”, *Revista Jurídica*, out. 2019, vol. 4, nº. 57, pp. 328-354.

TREVISAM, E., TREVISAM BRAGA, J. e TREVISAM BRAGA, I.: “From ecosophy to deep ecology: for a new ecological and sustainable paradigm”, *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, fev. 2021, vol. 16, nº. 1.

WEDY, G.: *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*, Saraiva, São Paulo, 2018.

WEDY, G.: *Litígios climáticos: de acordo com o direito brasileiro, norte-americano e alemão*. JusPodvim, Salvador, 2019.

WEDY, G.: *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Fórum, Belo Horizonte, 2020.

OUTROS MATERIAIS

5 EIXOS DA JUSTIÇA.: *Conselho Nacional de Justiça, Supremo Tribunal Federal e Poder Judiciário*, 2020. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/5-Eixos-da-Justica-Ministro-Luiz-Fux-22.09.2020.pdf>, último acesso em 02 abril 2024).

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, LXIX, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art.103, caput, I a IX, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art.103, § 2º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 102, § 1º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, publicado em 10 ago. 2009, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, publicado em 05 jul. 1965, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1985, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, publicado em 11 nov. 1999, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, publicado em 11 nov. 1999, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição federal. *Diário Oficial da União*, publicado em 6 dez. 1999, Brasília, DF.

CARTILHA JUSTIÇA 4.0.: *Conselho Nacional de Justiça*, 2021. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Cartilha-Justica-4-0-WEB-28-06-2021.pdf>, último acesso em 02 abril 2024).

JUSTIÇA 4.0.: *Conselho Nacional de Justiça*, 2022. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>, último acesso em 02 abril 2024).

RELATÓRIO DE ENTREGAS DO PROGRAMA JUSTIÇA 4.0: GESTÃO DA MINISTRA ROSA WEBER.: *Conselho Nacional de Justiça*, 2023. (disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/relatorio-de-entregas-gestao-ministra-rosa-weber.pdf>, último acesso em 02 abril 2024).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 708/DF, Relator(a): Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 04/07/2022, DJe 28/09/2022. *Supremo Tribunal Federal*, 2022. (disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5951856>, último acesso em 02 abril 2024).



CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

IL DIRITTO COMUNE DELLE SITUAZIONI PATRIMONIALI
NELL'OPERA "IL DIRITTO CIVILE NELLA LEGALITÀ
COSTITUZIONALE SECONDO IL SISTEMA ITALO-EUROPEO DELLE
FONTI"*

THE COMMON LAW OF PATRIMONIAL LEGAL SITUATIONS IN
THE BOOK "IL DIRITTO CIVILE NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE
SECONDO IL SISTEMA ITALO-EUROPEO DELLE FONTI"

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 1022-1035

* Lo scritto riproduce, con l'aggiunta di note minime, il contenuto della relazione svolta a Palermo, Università LUMSA, il 7 novembre 2023, VIII Convegno regionale Sisdic-Sicilia, Situazioni soggettive (Volume III de Il diritto civile nella legalità costituzionale).

Stefano
POLIDORI

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de junio de 2024
ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Lo scritto prende in esame la genesi della nota teoria del “Diritto comune delle situazioni patrimoniali”, elaborata dal prof. Pietro Perlingieri sulla scia della crisi della distinzione fra diritti reali e diritti di credito. L'ordinamento giuridico accomuna le situazioni giuridiche patrimoniali entro una cornice omogenea di principi e regole, mentre tiene nettamente distinte le situazioni patrimoniali da quelle esistenziali: queste ultime sono portatrici di logiche proprie, legate alla persona umana ed impermeabili alle categorie del patrimonio.

PALABRAS CLAVE: Situazioni giuridiche patrimoniali; principi e regole comuni; situazioni giuridiche esistenziali.

ABSTRACT: *The paper examines the genesis of the famous theory of the “Common law of patrimonial legal situations”, developed by prof. Pietro Perlingieri as a consequence of the crisis of the distinction between real rights and credit rights. The legal system unites patrimonial legal situations within a homogeneous framework of principles and rules, while keeping patrimonial situations clearly distinct from existential ones: the latter carry their own logic, linked to the human person and impervious to the categories of patrimony.*

KEY WORDS: *Legal patrimonial situations; common principles and rules; existential legal situations.*

SUMARIO.- I. ALLE ORIGINI DELLA COSTRUZIONE: LA PRIMA EDIZIONE DEL “DIRITTO CIVILE NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE”. L’ANTECEDENTE DI MICHELE GIORGIANNI: CRISI DELLA DISTINZIONE FRA DIRITTI REALI E DI CREDITO. DIRITTO COMUNE DELLE SITUAZIONI PATRIMONIALI E DIMENSIONE RELAZIONALE DELLA PROPRIETÀ.- II. L’ALTRO FRONTE RICOSTRUTTIVO: IL RAPPORTO FRA SITUAZIONI CHE ATTENGONO ALLA PERSONA E QUELLE INERENTI AL PATRIMONIO. FUNZIONALIZZAZIONE DELLE SITUAZIONI PATRIMONIALI A QUELLE ESISTENZIALI ED IMPOSSIBILITÀ DI TRASPORRE LE CATEGORIE FORGIATE SULLA SFERA DELL’AVERE (ES. IL DIRITTO SOGGETTIVO) A QUELLA DELL’ESSERE. IN LUOGO DELLA DISTINZIONE FRA SITUAZIONI REALI E DI CREDITO, CONNOTATE DA FONDAMENTO OMOGENEO, RILEVA QUELLA FRA SITUAZIONI ESISTENZIALI E PATRIMONIALI.- III. IL DIRITTO COMUNE DELLE SITUAZIONI PATRIMONIALI: LO SVILUPPO DELLA TEORIA NELLA SECONDA EDIZIONE DEL 1991 DEL “DIRITTO CIVILE” E IN QUELLA ATTUALMENTE IN COMMERCIO DEL 2020. UNA COMUNE CORNICE DI PRINCIPI SULLO SFONDO DELLA TRATTAZIONE UNITARIA: AD ESEMPIO, IL DIVIETO DI ATTI DI EMULAZIONE E LA SUA FORZA ESPANSIVA.- IV. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E LA SUA VALENZA TRASVERSALE ALLE SITUAZIONI PATRIMONIALI. PROPORZIONALITÀ NEI CONTRATTI, NELLE SITUAZIONI REALI DI GARANZIA E IN QUELLE DI GODIMENTO. ANCORA SUI RAPPORTI DI VICINATO: ATTI EMULATIVI, SERVITÙ, IMMISSIONI.

I. ALLE ORIGINI DELLA COSTRUZIONE: LA PRIMA EDIZIONE DEL “DIRITTO CIVILE NELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE”. L’ANTECEDENTE DI MICHELE GIORGIANNI: CRISI DELLA DISTINZIONE FRA DIRITTI REALI E DI CREDITO. DIRITTO COMUNE DELLE SITUAZIONI PATRIMONIALI E DIMENSIONE RELAZIONALE DELLA PROPRIETÀ.

La prima volta in cui il prof. Pietro Perlingieri ha esplicitamente prospettato l’idea di un diritto comune delle situazioni patrimoniali si colloca temporalmente nel 1984, anno della prima edizione del “Diritto civile nella legalità costituzionale”. In questa occasione la tesi, che prenderà una veste più definita nelle successive edizioni dell’opera, veniva esposta in forma ancora dubitativa¹, eppure già dirompente rispetto allo stato dell’arte. Il superamento della distinzione fra situazioni reali e creditorie era sul tappeto da anni, è vero²; tuttavia la dottrina non era ancora giunta a chiarire cosa ci fosse oltre la crisi. Da qui, inevitabilmente, si deve partire.

1 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 1° ed., Esi, Napoli, 1984, p. 425.

2 Panoramica sullo stato dell’arte, sia antecedente che successivo alla codificazione del 1942, in SANTORO PASSARELLI, F.: “Diritti soggettivi. a) Diritti assoluti e relativi”, *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 748, testo e note; recentemente, tornano a ripercorrere il dibattito COMPORI, M.: “Diritti reali in generale”, 2° ed., in *Tratt. dir. civ. e comm.*, (diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER), Milano, 2011, pp. 49 ss., 133 ss., 209 ss.; CHIARELLA, M.L.: “Diritti reali di godimento”, in *Tratt. dir. civ. CNN*, (diretto da P. PERLINGIERI), Esi, Napoli, 2020, p. 200.

• Stefano Polidori

Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Privato, Università del Salento. E-mail: stefano.polidori@unisalento.it

Fra coloro che avevano criticato la netta demarcazione fra diritti reali e diritti di credito, quello che prima di Perlingieri si era spinto più avanti era stato Michele Giorgianni, dapprima nel suo "Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui"³; poi, quasi trent'anni dopo, nel corso di diritto civile su "L'obbligazione" pubblicato, nella sua veste editoriale più evoluta, nel 1968. Ivi l'autore aveva messo a nudo la scarsa tenuta di tutti i criteri discretivi elaborati dalla tradizione, dimostrando come l'immediatezza, l'assolutezza e il diritto di séguito non fossero connotati esclusivi dei diritti reali⁴.

Di questa concezione Perlingieri è sicuramente debitore, ma con una importante precisazione. Giorgianni (al pari di altri autori, come Santoro Passarelli) si ferma alla *pars destruens*; si limita a constatare l'impossibilità di attribuire rilevanza applicativa alla dicotomia fra diritti reali e di credito, senza ricavarne implicazioni ulteriori, utili a una *pars construens*. Viceversa, Perlingieri non si accontenta e va oltre. Lo fa anche prima di dare alla luce il "Diritto civile": spunti iniziali possono già essere rinvenuti nella "Introduzione alla problematica della proprietà", del 1971⁵, e nei "Profili istituzionali del diritto civile", del 1975⁶.

Sebbene in queste due opere il diritto comune delle situazioni patrimoniali non sia ancora esplicitamente teorizzato, emerge già chiara la dimensione relazionale che caratterizza la proprietà e gli altri diritti reali; dunque, l'insufficienza dell'inquadramento che colloca il diritto soggettivo sul versante attivo e il dovere generale di astensione su quello passivo. Il contenuto della proprietà non può essere apprezzato se non in rapporto con l'intero fascio di diritti che insistono sul medesimo bene e si conformano vicendevolmente⁷. Soprattutto, diritti che appartengono a soggetti ben individuati e non alla collettività tutta. Forti connotati di relatività vengono così a contraddistinguere il diritto reale, mentre in parallelo la giurisprudenza, occupandosi di danno ingiusto extracontrattuale, stava tracciando con decisione la strada della tutela assoluta del credito⁸.

II. L'ALTRO FRONTE RICOSTRUTTIVO: IL RAPPORTO FRA SITUAZIONI CHE ATTENGONO ALLA PERSONA E QUELLE INERENTI AL PATRIMONIO. FUNZIONALIZZAZIONE DELLE SITUAZIONI PATRIMONIALI A QUELLE ESISTENZIALI ED IMPOSSIBILITÀ DI TRASPORRE LE CATEGORIE FORGIATE SULLA SFERA DELL'AVERE (ES. IL DIRITTO SOGGETTIVO) A QUELLA

3 GIORGIANNI, M.: *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Giuffrè, Milano, 1940; dopo la codificazione, Id.: "Diritti reali (diritto civile)", *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 748.

4 GIORGIANNI, M.: *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 81.

5 PERLINGIERI, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Esi, Napoli, 1971, p. 93.

6 PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Jovene editore, Napoli, 1975, p. 202.

7 V. ora in PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4° ed. riveduta e ampliata, III, *Situazioni soggettive*, Esi, Napoli, 2020, p. 280.

8 Cass., Sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, *Giur. it.*, 1971, núm. 1°, c. 680.

DELL'ESSERE. IN LUOGO DELLA DISTINZIONE FRA SITUAZIONI REALI E DI CREDITO, CONNOTATE DA FONDAMENTO OMOGENEO, RILEVA QUELLA FRA SITUAZIONI ESISTENZIALI E PATRIMONIALI.

Sempre nei “Profili” (oltre che ne “La personalità umana nell’ordinamento giuridico”⁹), veniva adombrato l’altro fronte ricostruttivo, strettamente correlato alla prospettiva del diritto comune: quello del rapporto fra le situazioni patrimoniali e quelle esistenziali, con le prime che in un ordinamento permeato dalla legalità costituzionale assumono veste ancillare rispetto alle seconde¹⁰. Pertanto, l’esigenza di non contaminare i piani di tutela fa sì che la vera distinzione, utile a livello di sistema, sia quella fra la sfera esistenziale e quella patrimoniale, mentre non riveste particolare rilievo la contrapposizione fra situazioni reali e creditorie, che condividono i connotati unificanti delle situazioni patrimoniali. Queste ultime esprimono una cornice di principi, di regole e di rimedi sostanzialmente omogenea o, meglio, “comune”. Di contro le situazioni giuridiche che fanno capo alla persona umana, quelle che attengono alla sfera dell’essere e non dell’avere, non possono essere studiate nel prisma del patrimonio¹¹; soprattutto, non possono essere loro applicate le categorie del diritto soggettivo¹², siano esse fondate sull’appartenenza di un oggetto o sulla pretesa di una prestazione¹³.

III. IL DIRITTO COMUNE DELLE SITUAZIONI PATRIMONIALI: LO SVILUPPO DELLA TEORIA NELLA SECONDA EDIZIONE DEL 1991 DEL “DIRITTO CIVILE” E IN QUELLA ATTUALMENTE IN COMMERCIO DEL 2020. UNA COMUNE CORNICE DI PRINCÍPI SULLO SFONDO DELLA TRATTAZIONE UNITARIA: AD ESEMPIO, IL DIVIETO DI ATTI DI EMULAZIONE E LA SUA FORZA ESPANSIVA.

Si entra così a pieno nelle direttrici del *Diritto civile nella legalità costituzionale*. Nella prima edizione c’è soltanto l’intuizione, mentre alla seconda si deve lo sviluppo

9 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972, p. 20 e *passim*.

10 PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali*, cit., p. 197.

11 Manifesto metodologico già delineato nelle linee essenziali in PERLINGIERI, P.: *La personalità umana*, cit., p. 119, e riproposto con chiarezza in ID., “Persona e comunità familiare”, in *La persona e i suoi diritti* (a cura di P. PERLINGIERI), Esi, Napoli, 2005, p. 387.

12 Di qui anche l’opportunità di opzioni terminologiche che evitino l’impiego della locuzione «diritti»: da ultimo, sintetizza i termini della questione VILEI, F.: “Il potenziamento umano e l’equivoco dei neuro-diritti”, in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile*. Call for paper in occasione del Convegno «Nuove tecnologie e cultura del diritto civile» (a cura di C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 129, testo e nota 8.

13 Evidenzia la necessità di sottrarre alle logiche mercantili della competizione quei diritti sociali che rimandano alla dignità della persona umana, per la cui protezione devono essere previsti strumenti diversi da quelli propri del rapporto economico, LIPARI, N.: *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004, p. 135. Cfr. MIGNONE, C.: *Identità della persona e potere di disposizione*, Esi, Camerino-Napoli, 2014, p. 235, spec. p. 252 (a proposito della distinzione fra patrimoniale e non patrimoniale nel prisma del principio di differenziazione degli strumenti di tutela) e p. 315 (a proposito dello sfruttamento abusivo dell’immagine altrui, in chiave critica rispetto alla tendenza a costruire il paradigma risarcitorio sul c.d. prezzo del mancato consenso). Su quest’ultimo aspetto v. anche ID., *I segni celebri. Proprietà, funzione, usi civili*, Esi, Camerino-Napoli, 2022, pp. 195 ss., p. 204.

già completo di una tesi fortemente innovativa: quella del diritto comune delle situazioni patrimoniali¹⁴, che successivamente ha fatto scuola, come dimostrano i numerosi approfondimenti anche monografici sul tema¹⁵.

Questa parte del *Diritto civile* giunge pressoché inalterata dal 1991 ai giorni nostri e, segnatamente, all'ultima edizione del 2020¹⁶, cui si farà nel prosieguo riferimento esclusivo.

Le premesse ricostruttive rimettono in ordine una serie di punti:

a) La distinzione fra situazioni reali e di credito non coincide con quella fra situazioni giuridiche assolute e relative. L'assolutezza non è un tratto caratteristico delle sole situazioni giuridiche reali, ma concerne anche i diritti fondamentali dell'uomo e le situazioni creditorie; di contro, esistono marcati tratti di relatività nel regime giuridico di tutti i diritti reali minori e della stessa proprietà¹⁷.

b) Proprio la previsione di diversi obblighi specifici gravanti sulle parti del rapporto giuridico reale, il cui assolvimento è essenziale alla fruizione del diritto, demistifica l'idea che la situazione reale presupponga sempre un rapporto immediato con la *res*, indipendente dalla mediazione di un comportamento altrui. Basta pensare alle obbligazioni *propter rem*, strumentali a rendere possibile l'esercizio della servitù; o all'obbligo del nudo proprietario di procedere alla manutenzione straordinaria del bene concesso in usufrutto¹⁸.

c) La stessa inerenza al bene (con conseguente implicazione del diritto di séguito) viene sostanzialmente smontata al cospetto della disciplina della locazione, specialmente se ultranovennale e perciò trascrivibile: locazione che fa sorgere in capo al conduttore un diritto personale, ma egualmente opponibile all'avente causa del locatore¹⁹.

Perlingieri, tuttavia, non si limita a demolire, ma sulle macerie di una distinzione obsoleta costruisce un nuovo approccio. L'esposizione della sua teoria è svolta in modo perspicuo: «[L]e situazioni soggettive patrimoniali sono suscettibili di una trattazione unitaria, anche se non è ancora compiutamente elaborata, in via interpretativa, una normativa comune di riferimento. Questa non si può identificare esclusivamente nel diritto delle obbligazioni o in quello dei rapporti

14 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2° ed., Esi, Napoli, 1991, p. 407.

15 VILLELLA A., *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Esi, Napoli, 2000, p. 16 e *passim*, nonché diversi altri contributi di tipo saggistico, di alcuni dei quali si darà conto nelle note successive.

16 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4° ed. riveduta e ampliata, III, *Situazioni soggettive*, Esi, Napoli, 2020, p. 187.

17 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 190.

18 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 194.

19 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 195.

reali, ma va concepita come la sintesi della disciplina di tutti i rapporti patrimoniali. In tale prospettiva, ad esempio, si reputa che: il divieto degli atti emulativi (art. 833 c.c.) non esaurisca la propria operatività nell'ambito della proprietà o, al più, dei rapporti reali, ma riguardi tutte le situazioni patrimoniali; le clausole generali di correttezza e di diligenza (artt. 1175 e 1176 c.c.) non si applichino soltanto alle situazioni creditorie, ma abbiano una rilevanza generale»²⁰.

Proprio le esemplificazioni addotte consentono di evincere l'elemento di maggiore portata, non esplicitato in questo passo ma emergente dall'intero complesso dell'opera: l'omogeneità di regime delle situazioni giuridiche patrimoniali rimonta, prima che alle regole, a una cornice comune di principi ordinanti, che stanno alla base sia delle situazioni reali che di quelle creditorie.

Per esempio, il divieto di atti di emulazione dispiega una forza espansiva che va ben oltre il campo della proprietà e informa di sé ogni vicenda nella quale vi sia un esercizio antisolidale del diritto, anche di credito²¹. Vero è che nella disciplina delle obbligazioni vi è già l'art. 1175 c.c., che impone di improntare a buona fede i rapporti fra creditore e debitore e, in questa chiave, esprime il medesimo principio di solidarietà di cui è emanazione il divieto di atti emulativi²². Quest'ultimo, però, non può esaurire la portata nel mero dovere di correttezza fra le parti: contiene in sé molto di più, tanto che attorno al divieto posto dall'art. 833 c.c. la dottrina costruisce il paradigma generale dell'abuso del diritto²³; prova ne sia che il divieto arriva a lambire perfino il diritto amministrativo, come attestato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ne fa (più o meno consapevole) applicazione alle ipotesi di accesso agli atti finalizzato soltanto a intralciare l'azione dell'ente pubblico²⁴.

Fra gli allievi di Perlingieri, più d'uno ha raccolto lo spunto di estendere il divieto di atti di emulazione al campo dell'obbligazione. Francesco Ruscello prospetta l'applicazione dell'art. 833 c.c. al rifiuto di ricevere l'adempimento parziale quando esso, pur formalmente consentito dall'art. 1181 c.c., abbia il precipuo scopo di danneggiare il debitore²⁵; ad es., se quest'ultimo abbia dimostrato al creditore

20 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 187.

21 Significative aperture già in ALLARA, M.: "Atti emulativi (diritto civile)", *Enc. dir.*, 1959, IV, Giuffrè, Milano, p. 33, spec. p. 37. Cfr., con maggiore sviluppo, VITOLO, R.: *Atti emulativi e solidarietà costituzionale*, Esi, Camerino-Napoli, 2006, p. 39; PERLINGIERI, P.: *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Esi, Napoli, 1990, p. 26; TULLIO, L.: *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Esi, Napoli, 2005, pp. 235, 246.

22 Sui rapporti fra clausola generale di buona fede e principi fondamentali, fra cui quello di solidarietà campeggia ma non è il solo, v. PERLINGIERI, G.: *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, Esi, Napoli, 2003, p. 23; lo., *Il diritto civile tra principi e regole. Autonomia negoziale*, Esi, Napoli, 2022, p. 223, nota 61.

23 VITOLO, R.: *Atti emulativi*, cit., p. 40.

24 Caso emblematico in Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702.

25 RUSCELLO, F.: "Adempimento parziale e dovere di correttezza del debitore", *Studium iuris*, 2001, núm. 11°, p. 1298.

che pochi giorni dopo la scadenza riceverà un bonifico utile a estinguere la parte residua, casomai pure di modesto importo.

Scendendo di alcune generazioni, Marco Tanzillo dà conto di una decisione dell'ABF di Milano, intervenuta nel 2017, la quale sanziona la condotta gravemente pregiudizievole tenuta da un cliente nei confronti della banca nell'esecuzione del conto corrente: nella specie il correntista aveva eseguito, in soli tre mesi, oltre seimila bonifici dell'importo di pochi centesimi, esercitando una facoltà non preclusa dal contratto in essere, ma certamente emulativa, poiché non giustificata da un interesse apprezzabile in proporzione all'incomodo creato alla banca. Sebbene la pronuncia non menzioni esplicitamente l'art. 833 c.c., al commentatore non sfugge che il lodo arbitrale estende più o meno consapevolmente la portata del divieto, che dal terreno dei rapporti giuridici reali si propaga verso quelli di credito²⁶.

IV. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E LA SUA VALENZA TRASVERSALE ALLE SITUAZIONI PATRIMONIALI. PROPORZIONALITÀ NEI CONTRATTI, NELLE SITUAZIONI REALI DI GARANZIA E IN QUELLE DI GODIMENTO. ANCÓRA SUI RAPPORTI DI VICINATO: ATTI EMULATIVI, SERVITÙ, IMMISSIONI.

Un altro canone assiologico che attraversa l'intero arco delle situazioni giuridiche patrimoniali è quello della proporzionalità.

Sono oramai pagine di storia le tappe attraverso le quali il principio di proporzionalità si è fatto strada nei rapporti di diritto civile, a fronte di una tradizione interpretativa che lo voleva relegato al diritto pubblico²⁷. Anche in questo caso, il primo a chiarirne il modo di operare è stato il prof. Pietro Perlingieri, nel suo celebre articolo intitolato "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti"²⁸. Nel campo delle obbligazioni e dei contratti, la proporzionalità esprime due corollari: la riprovazione dei rapporti sinallagmatici eccessivamente sperequati, a prescindere da qualsivoglia violazione della clausola di buona fede; nonché la possibilità, per l'organo giudicante, di ricondurre ad equità il rapporto strutturato dalle parti in termini iniqui²⁹.

26 Trib. Palermo, 29 ottobre 2018, *Rass. dir. civ.*, 2020, núm. 1°, p. 331, nota 70, con nota di TANZILLO, M.: "Lo statuto proprietario tra principi costituzionali e diritto comune delle situazioni patrimoniali".

27 Genesi ed evoluzione, con ampio corredo di riferimenti, in CASUCCI, F.: *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Esi, Napoli, 2001, p. 13 e *passim*; cfr., in riferimento alla matrice pubblicistica, LAMBERTI, L.: "Attività amministrativa e principio di proporzionalità", in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI), I, Esi, Napoli, 2017, p. 535.

28 PERLINGIERI, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, núm. 2°, p. 334.

29 Sia consentito richiamare POLIDORI, S.: "Integrazione del contratto e nullità parziali", in *Il contratto*, Atti della Scuola estiva dell'ADP, Salerno, 6-9 settembre 2017 (a cura di A. FEDERICO e G. PERLINGIERI), Napoli, 2019, pp. 69-77. Cfr. CAPOBIANCO, E.: "Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi", in *Correzione e integrazione del contratto* (a cura di F. VOLPE), Zanichelli, Bologna-Torino, 2016, p. 1.

Il passaggio successivo, in chiave di diritto comune delle situazioni patrimoniali, è stato quello di predicarne l'applicazione nei rapporti giuridici reali. Diversi autori hanno prospettato ricadute feconde nell'alveo dei diritti reali di garanzia³⁰: degne di menzione, in proposito, le opere monografiche di Nicola Cipriani, su patto commissorio e patto marciano³¹, e quella di Stefania Giova su "La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno"³².

Attende di essere esplorata in profondità, di converso, la frontiera delle possibili applicazioni del principio di proporzionalità nelle relazioni proprietarie e nelle situazioni reali di godimento. Eppure, sono numerosissimi i suoi punti di emersione a livello normativo. Basti pensare al criterio del minimo mezzo, che regge l'intera disciplina delle servitù prediali e, in base all'art. 1065 c.c., esprime la necessità che il peso gravante sul fondo servente non sia sproporzionato rispetto all'utilità che ne trae il fondo dominante³³.

Una logica proporzionale, questa, che attraversa tutte le ipotesi normative in cui viene in conto un rapporto fra fondi vicini: l'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di atti di emulazione sconfessa l'assunto – pur riproposto in modo tralaticio dalla giurisprudenza – per il quale qualsiasi utilità conseguibile dal proprietario escluderebbe il carattere emulativo dell'atto di esercizio del diritto di proprietà che si riveli lesivo di diritti altrui. Al contrario, per sancire la liceità della condotta del proprietario occorre che vi sia proporzione fra il vantaggio che egli persegue utilizzando il bene in un certo modo e il danno che per tale via arreca alle situazioni di terzi: un vantaggio minimo o scarsamente apprezzabile non potrebbe mai giustificare un pregiudizio rilevante alla sfera altrui. Lo sottolinea con efficacia Rodolfo Vitolo³⁴, sebbene l'autore riconduca la vicenda al prisma esclusivo della solidarietà, laddove nella specie anche la proporzionalità concorre a conformare la situazione proprietaria³⁵.

Tutto ruota, in apice, attorno alla dimensione relazionale assegnata alla proprietà e alle situazioni reali di godimento, che nella concreta rete dei rapporti in cui s'inseriscono si mostrano sempre meno assolute e sempre più impregnate di connotati di relatività: basti pensare al riparto dei frutti della cosa su cui grava un diritto d'uso (art. 1021 c.c.), che spettano all'utente in relazione ai bisogni propri e

30 A partire dallo stesso PERLINGIERI, P.: "Equilibrio normativo", cit., p. 344.

31 CIPRIANI, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, Napoli, 2000, p. 174.

32 GIOVA, S.: *Proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Esi, Napoli, 2012, p. 34.

33 Per tutte Cass., 11 giugno 2018, n. 15046, *Imm. prop.*, 2018, núm. 8°-9°, p. 534.

34 Già molto chiaro PERLINGIERI, P.: *Introduzione alla problematica*, cit., p. 196; cfr. VITOLO, R.: *Atti emulativi*, cit., p. 132; COMPORTI, M.: "Diritti reali", cit., p. 193; GHIDONI, L.: "Atti emulativi e abuso del diritto: l'occasione per l'affermazione di un principio?", *Studium iuris*, 2014, núm. 6°, p. 676.

35 POLIDORI, S.: "Ragionevolezza, proporzionalità e «giusto rimedio»: le tendenze evolutive e un'occasione perduta (dalla Cassazione)", in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI), II, cit., p. 907.

della famiglia e per la parte rimanente al nudo proprietario (che dunque totalmente nudo non è)³⁶. Logica analoga regge il diritto di abitazione, nel quale il godimento dell'immobile può essere proporzionalmente ripartito col proprietario, qualora i bisogni familiari del titolare del diritto reale minore possano essere soddisfatti da una porzione limitata del bene³⁷.

Emblematico, infine, è il regime giuridico delle immissioni, di cui all'art. 844 c.c.³⁸. Il criterio della normale tollerabilità, entro il quale l'immissione non può essere impedita, palesa che la riprovazione dell'ordinamento non riguarda quelle esalazioni che derivino in via fisiologica dallo sfruttamento del fondo, specialmente quando questo ha destinazione industriale³⁹. L'operare dei principi di solidarietà e proporzionalità nei rapporti di vicinato impone di organizzare la propria attività adottando ogni accorgimento affinché questa non sia fonte di immissioni dannose; ma impone, parallelamente, di sopportare quelle immissioni che non possono essere evitate se non rinunciando a sfruttare il fondo⁴⁰.

Proprio in questa prospettiva il secondo comma della norma prescrive il contemperamento fra le ragioni della produzione e quelle della proprietà; il relativo bilanciamento è soddisfatto quando l'immissione necessitata presenta un rapporto di congrua proporzione con il pregiudizio che ne deriva alla proprietà del fondo adiacente, stante la possibilità di ristorare tale pregiudizio con un indennizzo economico⁴¹.

Non è casuale, viceversa, che nessun bilanciamento sia consentito quando l'immissione è lesiva non del valore patrimoniale del fondo vicino, ma della salute di chi ci abita⁴². Su questo assunto si è recentemente soffermato, per ribadirlo, anche Gabriele Carapezza Figlia, nel solco del correlato insegnamento secondo il quale gli istituti pensati per dirimere conflitti fra situazioni patrimoniali, fra loro omogenee e portatrici di logiche comuni, diventano cedevoli quando, invece, entrano in ballo grandezze disomogenee, legate alla persona umana⁴³. Un modello di approccio

36 Cfr. Trib. Palermo, 29 ottobre 2018, cit., p. 302.

37 MAGGIO, G.: "Diritto di abitazione nella pluralità degli interessi e delle relazioni familiari", in *Diritto e giustizia nelle relazioni familiari. Problemi e prospettive* (a cura di F. ALICINO e M. ABBAMONTE), Giuffrè, Milano, 2024, p. 314.

38 Indaga il fenomeno proprio nella chiave di lettura della dimensione relazionale PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Esi, Napoli, 1984, pp. 170-257.

39 Ampio approfondimento sulla relatività delle valutazioni che presiedono all'accertamento della tollerabilità/intollerabilità delle immissioni è svolto da MATTEI, U.: "Immissioni", *Dig. disc. priv., Sez. civ., IX*, UTET, Torino, 1993, p. 311.

40 In argomento IANNELLI, A.: "Sulla tutela dalle immissioni industriali e sulla non operatività dell'art. 844 c.c.", *Rass. dir. civ.*, 1980, núm. 2°, p. 371; SALVI, C.: "Immissioni", *Enc. giur.* Treccani, XV, Roma, 1989, p. 8.

41 SALVI, C.: "Legittimità e 'razionalità' dell'art. 844 Codice civile", *Giur. it.*, 1975, núm. 3°, cc. 585-589.

42 In argomento PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: "Immissioni", cit., p. 363.

43 Trib. Palermo, ord. 17 febbraio 2021, *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, núm. 4°, p. 850, con nota di CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto".

ribadito sovente in giurisprudenza, e non soltanto in tema d'immissioni: basti pensare anche alle pronunce che hanno respinto l'azione di reintegrazione nel possesso quando lo spoglio risulti essere avvenuto per attuare finalità esistenziali e di rilievo sociale (esemplare la vicenda relativa all'occupazione del Cinema Palazzo, sulla quale si sofferma Manolita Francesca in un articolo sui beni comuni⁴⁴).

Ciascuno di questi esempi vale a dimostrare che i Giudici e le Corti, in modo più o meno consapevole, hanno interiorizzato la logica del diritto comune delle situazioni patrimoniali e della dimensione servente che, di contro, queste ultime assumono rispetto alle sovraordinate situazioni esistenziali. Pertanto, quelli che nel 1984, prima edizione del "Diritto civile", erano gli spunti rivoluzionari di un giurista che guardava lontano, oggi sono penetrati nelle aule di Giustizia e diventati diritto vivente.

⁴⁴ FRANCESCA, M.: "Beni comuni e razionalità discreta del diritto", in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo* (a cura di E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI), I, Esi, Napoli, 2017, pp. 759-768.

BIBLIOGRAFIA

ALLARA, M.: "Atti emulativi (diritto civile)", *Enc. dir.*, 1959, IV, Giuffrè, Milano.

CAPOBIANCO, E.: "Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi", in *Correzione e integrazione del contratto* (a cura di F. VOLPE), Zanichelli, Bologna-Torino, 2016, p. I.

CASUCCI, F.: *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Esi, Napoli, 2001.

CHIARELLA, M.L.: "Diritti reali di godimento", in *Tratt. dir. civ. CNN*, (diretto da P. PERLINGIERI), Esi, Napoli, 2020, p. 200.

CIPRIANI, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, Napoli, 2000.

COMPORTI, M.: "Diritti reali in generale", 2° ed., in *Tratt. dir. civ. e comm.*, (diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER), Milano, 2011, pp. 49, 133, 209.

FRANCESCA, M.: "Beni comuni e razionalità discreta del diritto", in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo* (a cura di E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI), I, Esi, Napoli, 2017, pp. 759-768.

GHIDONI, L.: "Atti emulativi e abuso del diritto: l'occasione per l'affermazione di un principio?", *Studium iuris*, 2014, p. 676.

GIOGIANNI, M.: "Diritti reali (diritto civile)", *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960.

GIOGIANNI, M.: *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Giuffrè, Milano, 1940;

GIOGIANNI, M.: *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Giuffrè, Milano, 1968.

GIOVA, S.: *Proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Esi, Napoli, 2012.

IANNELLI, A.: "Sulla tutela dalle immissioni industriali e sulla non operatività dell'art. 844 c.c.", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 371;

LAMBERTI, L.: "Attività amministrativa e principio di proporzionalità", in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI), I, Esi, Napoli, 2017, p. 535.

LIPARI, N.: *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004, p. 135.

MAGGIO, G.: "Diritto di abitazione nella pluralità degli interessi e delle relazioni familiari", in *Diritto e giustizia nelle relazioni familiari. Problemi e prospettive* (a cura di F. ALICINO e M. ABBAMONTE), Giuffrè, Milano, 2024, p. 314.

MATTEI, U.: "Immissioni", *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, UTET, Torino, 1993, p. 311.

MIGNONE, C.: *Identità della persona e potere di disposizione*, Esi, Camerino-Napoli, 2014.

MIGONE, C.: *I segni celebri. Proprietà, funzione, usi civili*, Esi, Camerino-Napoli, 2022.

PERLINGIERI, G.: *Il diritto civile tra principi e regole. Autonomia negoziale*, Esi, Napoli, 2022, p. 223.

PERLINGIERI, G.: *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, Esi, Napoli, 2003.

PERLINGIERI, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4° ed. riveduta e ampliata, III, *Situazioni soggettive*, Esi, Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4° ed. riveduta e ampliata, III, *Situazioni soggettive*, Esi, Napoli, 2020.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 1° ed., Esi, Napoli, 1984.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2° ed., Esi, Napoli, 1991.

PERLINGIERI, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Esi, Napoli, 1971,

PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972.

PERLINGIERI, P.: *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Esi, Napoli, 1990.

PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Jovene editore, Napoli, 1975.

POLIDORI, S.: "Integrazione del contratto e nullità parziali", in *Il contratto*, Atti della Scuola estiva dell'ADP, Salerno, 6-9 settembre 2017 (a cura di A. FEDERICO e G. PERLINGIERI), Napoli, 2019, pp. 69-77.

POLIDORI, S.: "Ragionevolezza, proporzionalità e «giusto rimedio»: le tendenze evolutive e un'occasione perduta (dalla Cassazione)", in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI), II, Esi, Napoli, 2017, p. 535.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Esi, Napoli, 1984.

RUSCELLO, F.: "Adempimento parziale e dovere di correttezza del debitore", *Studium iuris*, 2001, p. 1298.

SALVI, C.: "Immissioni", *Enc. giur.* Treccani, XV, Roma, 1989, p. 8.

SALVI, C.: "Legittimità e 'razionalità' dell'art. 844 Codice civile", *Giur. it.*, 1975, cc. 585-589.

SANTORO PASSARELLI, F.: "Diritti soggettivi. a) Diritti assoluti e relativi", *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 748.

TULLIO, L.: *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Esi, Napoli, 2005.

VILEI, F.: "Il potenziamento umano e l'equivoco dei neuro-diritti", in *Nuove tecnologie e cultura del diritto civile. Call for paper in occasione del Convegno «Nuove tecnologie e cultura del diritto civile»* (a cura di C. PERLINGIERI e I. MARTONE), Esi, Napoli, 2023, p. 129.

VILLELLA A., *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Esi, Napoli, 2000.

VITOLO, R.: *Atti emulativi e solidarietà costituzionale*, Esi, Camerino-Napoli, 2006.

PERSONA Y LIBERTAD IDEOLÓGICA. EN TORNO A LA
SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE IRLANDA
DEL NORTE, 28 JUNIO 2018

*PERSON AND IDEOLOGICAL FREEDOM. REGARDING THE
JUDGMENT OF THE COURT OF APPEAL OF NORTHERN IRELAND,
JUNE 28, 2018*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 1036-1053

Almudena
CARRIÓN
VIDAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de octubre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Con la denominación matrimonios de creencia se está haciendo referencia a la forma específica de celebración del matrimonio propia de determinadas organizaciones ideológicas o filosóficas, en las que tal forma de contraer matrimonio de sus miembros se presenta como parte integrante de su propia cosmovisión.

La pretensión de reconocimiento civil de tales formas de celebración del matrimonio viene siendo tema debatido, con posiciones contradictorias en la jurisprudencia de Inglaterra, Gales, Irlanda del Norte y la República de Irlanda.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; matrimonio civil; matrimonio religioso; matrimonio humanista; sistema matrimonial.

ABSTRACT: *The term marriages of belief refers to the specific form of marriage celebration of certain ideological or philosophical organizations, in which such a form of marriage of its members is presented as an integral part of their own worldview.*

The claim for civil recognition of such forms of marriage has been a subject of debate, with contradictory positions in the jurisprudence of England, Wales, Northern Ireland and the Republic of Ireland.

KEY WORDS: *Marriage; civil marriage; religious marriage; humanist marriage; marriage system.*

SUMARIO.- I. PRELIMINAR. - II. ¿HACÍA UN CONCEPTO DEL LLAMADO MATRIMONIO DE CREENCIA? - III. NOCIÓN DE SISTEMA MATRIMONIAL. - IV. RECAPITULACIÓN. - 1. El reconocimiento de formas religiosas de celebración, ¿obliga a la legislación estatal a reconocer cualesquiera otras formas de celebración, aunque estas no sean religiosas? - 2. Si la protección de la libertad ideológica en esta materia se entiende cumplida en los ordenamientos de forma matrimonial única, en los de pluralidad de formas de celebración, ¿cabe admitir temperantes en ese reconocimiento formal sin que por ello se entienda vulnerada dicha libertad? - 3. Acerca de la duplicidad formal del Sistema matrimonial español. - V. REFERENCIA AL LLAMADO MATRIMONIO DE CREENCIA EN LAS ISLAS BRITÁNICAS. - 1. Preliminar. - 2. Planteamiento del problema en los países del área anglosajona. - A) La sentencia de la Corte Suprema de Irlanda del Norte de 9 de junio 2017.- B) La Sentencia de la Corte de Apelaciones de 28 junio 2018.- VI. CONCLUSIÓN.

I. PRELIMINAR.

En el marco doctrinal propio del Derecho eclesiástico del Estado, se viene dedicando alguna atención a la figura de los llamados matrimonios de creencia, objeto de cierto reconocimiento en las legislaciones civiles de algunos países europeos, aunque escasos en número

Importa señalar que hasta ahora la atención que la doctrina y la jurisprudencia civiles de nuestro país han dedicado a una tal forma matrimonial es inexistente; y es que el encaje de aquella en un sistema matrimonial como el español se ofrece altamente dudoso con sólo tener en cuenta los presupuestos mismos que vienen a sustentar esta modalidad de celebración del matrimonio, que no cabría reconducir ni a la forma civil de celebración del matrimonio ni tampoco a ninguna de las formas confesionales admitidas en nuestra legislación. Se trataría así, adelantando algunas ideas, de una unión matrimonial que aquellos mismos que la celebran no dudan en calificar de secular (o civil), y para la que paradójicamente pretenden un reconocimiento formal propio y diferenciado de la forma civil ordinaria de celebración del matrimonio en el ordenamiento respectivo.

Aunque posteriormente se volverá sobre ello de manera más pormenorizada, baste adelantar ahora que la noción misma del llamado matrimonio de creencia se sitúa o ubica extramuros de aquellas coordenadas con las cuales la doctrina científica ha venido definiendo tradicionalmente qué deba entenderse por sistema matrimonial, y que no son otras sino las de coexistencia o armonización de forma civil y formas religiosas de celebración del matrimonio, o simplificando aún más, con el criterio adoptado por la legislación civil, la legislación del Estado en definitiva, respecto de los matrimonios religiosos. Desde esta perspectiva, la admisión del llamado matrimonio de creencia hace entrar en juego una circunstancia hasta no hace mucho tiempo ajena por completo a tales coordenadas, como lo es la de los

• Almudena Carrión Vidal

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universitat de Valencia, Profesora-Tutora en UNED Valencia.
Correo electrónico: Maria.A.Carrion@uv.es

ritos propios de ciertas organizaciones ideológicas o filosóficas que, a semejanza de lo que sucede en el caso de las confesiones religiosas, pretenden asimismo el reconocimiento civil de la celebración del matrimonio en una forma específica (la de cada una de dichas organizaciones), como parte integrante de su propia cosmovisión.

La consecuencia inmediata de lo que se acaba de decir es la de una sensible ampliación del concepto mismo de lo que se entiende por sistema matrimonial en cualquier ordenamiento jurídico, por cuanto las normas civiles que lo componen vendrían referidas a una triple dimensión formal del negocio jurídico matrimonial: A) Las relativas a la forma civil de celebración; B) Las referidas, en su caso, a las varias formas de celebración matrimonial de carácter confesional o religioso (supuesto se esté ante un sistema matrimonial de pluralidad de formas, civiles y religiosas), y C) Las normas atinentes a las formas específicas de celebración del matrimonio de determinadas organizaciones ideológicas o filosóficas, que hubieren obtenido asimismo el reconocimiento de efectos civiles para los matrimonios de sus miembros celebrados de conformidad con tales reglamentaciones formales.

Sin embargo esa tripartición formal a que se ha hecho referencia (formas civiles, confesionales o religiosas, y las propias de tales organizaciones), seguiría presentándose como dual atendiendo a su misma naturaleza, y ello por cuanto las formas de celebración propias de tales organizaciones, excluido su carácter religioso, se impondría su calificación como formas seculares, civiles en definitiva, de celebración del matrimonio, lo que quizá debiera llevar a preguntarse sobre la razón de un tratamiento independiente de las mismas, dada la indiscutible posibilidad de su subsunción en la forma civil de celebración matrimonial. Se volverá sobre ello posteriormente. Baste anticipar aquí que el argumento que, quizá, pudiera pensarse traer a colación según el cual en los sistemas matrimoniales de pluralidad de formas de tipo anglosajón, se está ante una digamos civilización de las formas religiosas, y que, en consecuencia, la atribución de eficacia civil a las (formas) propias de las organizaciones a que se hizo referencia, no sería sino un fenómeno idéntico, el de civilización de unas y otras formas, puesto que en ambos casos se estaría en presencia de matrimonios civiles con formas asimismo civiles, (aunque vestidas de ropaje religioso en el caso concreto de las formas confesionales), no resiste sin embargo la objeción de la indudable sustantividad religiosa de las formas religiosas en los sistemas anglosajones. En ellos, las formas religiosas son innegablemente religiosas, con independencia por completo de que la unión venga regulada en todo lo demás por la legislación civil. No hay, pues, esa pretendida civilización de las formas confesionales. Y quienes en los países anglosajones contraen en una forma confesional, pretenden desde luego atribuir asimismo a su unión carácter confesional; sensiblemente distinto para ellos del carácter que confieren a su unión quienes se sirven de la forma civil de celebración.

Es obvio, entonces, que éste no es desde luego el caso de quienes se acogen a las formas propias de tales organizaciones, formas para las que los mismos contrayentes excluyen el carácter religioso.

Se excluye así la forma civil de celebración, pero se quiere contraer en una forma de la que se afirma sin reservas su carácter secular: ¿No estaremos entonces ante una innecesaria duplicidad de formas civiles de celebración?

Urgiría preguntarse si una tal pretensión cabría encuadrarla ya en el ámbito de la libertad religiosa, ya en el más amplio de la libertad ideológica, de la que aquella es manifestación. Excluida la primera de las opciones (presupuesto que tales organizaciones no son confesiones religiosas, ni sus miembros profesan creencias de tal naturaleza), la interrogante respecto de la segunda es la de si una adecuada tutela de la libertad ideológica al amparo del art. 16 CE, exija dar cabida en el marco de la legislación civil al matrimonio de creencia y, con él, a la pluralidad formal que, en su caso, conllevaría su admisión. ¿Acaso esa tutela de la libertad ideológica no vendría ya suficientemente garantizada a través de la utilización de la forma civil de celebración, presupuesta además como se ha dicho la carencia de creencias religiosas en los miembros de esas organizaciones? Y es que, si la propia cosmovisión de sus miembros carece de dimensión religiosa o confesional alguna, ¿tendría sentido entonces, desde un punto de vista de estricta economía legislativa, el reconocimiento de una pluralidad de formas de celebración que vendrían a añadirse a las ya en la actualidad existentes?

¿Cabrá sostener se vulneraría el principio de igualdad por la carencia de reconocimiento civil de tales formas, referidas por lo demás a matrimonios que reciben la más que significativa denominación de (matrimonios) seculares y que carecen por ello del presupuesto mismo que explica y justifica el reconocimiento civil de las formas confesionales de celebración?, que no es otro sino el de la dimensión religiosa de las mismas ¿No bastará entonces con la forma civil para entender adecuadamente cubierto un tal espectro ideológico?; ¿tendría sentido entonces, por una equivocada pretensión de igualdad, equiparar a las formas confesionales otras que no lo son?; o dicho de otro modo: ¿acaso no rayaría en el absurdo la pretensión de atribuir una forma específica de celebración, con eficacia civil se entiende, a matrimonios seculares, para los que se estaría rehusando entonces la forma misma prevista para las uniones de tal naturaleza, y que no es otra sino la (forma) civil de celebración?

¿Tiene sentido entonces partir como premisa básica de la naturaleza civil de tales uniones para, a renglón seguido, pretender para ellas un reconocimiento civil idéntico (en lo que a la forma se refiere) al que es propio de las confesiones religiosas? Si la unión es civil en cuanto a su naturaleza, se impone concluir que la

forma matrimonial civil no puede menos de ofrecerse en plena congruencia con aquella.

Con todo cabría objetar a lo anterior, tratando así de restar virtualidad al argumento, que esa pretensión de equiparación entre formas religiosas" de celebración del matrimonio, de un lado, y formas del llamado matrimonio de creencias, de otro, se fundamentaría en que también las formas religiosas de celebración lo son en definitiva de un único tipo de matrimonio, el civil, siquiera éste pueda contraerse en forma civil o en cualquiera de las formas religiosas admitidas. Con tal hilo argumental se pretendería desembocar en definitiva en que, tanto en el caso de la celebración en cualquiera de las formas religiosas admitidas como en el supuesto de celebrarlo en alguna de las formas propias del llamado matrimonio de creencias, la realidad resultante sería idéntica: matrimonio de clase o tipo civil siquiera concluido en forma religiosa o en alguna de las formas propias de los llamados matrimonios de creencia. Siendo esto así, ¿por qué entonces no proceder a esa pretendida equiparación, en cuanto a su reconocimiento civil, entre unas y otras formas?

Sin embargo, el argumento carece de consistencia. Dejando ahora al margen el supuesto de que el sistema matrimonial de que se trate no lo sea rigurosamente de clase o tipo civil de celebración con pluralidad de formas (civiles y confesionales), caso por ejemplo del sistema matrimonial español (al que no cabría calificar en puridad como de clase civil con pluralidad formal, dada la existencia de una confesión religiosa (la católica) cuyo Derecho matrimonial material o sustantivo cuenta con un destacado reconocimiento de efectos civiles), y aun manteniéndonos en el marco estricto de un sistema matrimonial de clase civil con pluralidad formal, en el que ninguna confesión religiosa cuente con reconocimiento alguno por parte de la legislación civil que vaya más allá de la estricta forma de celebración propia de la confesión de que se trate, aun manteniéndonos como se ha dicho en este marco, esa pretendida equiparación entre formas religiosas y las propias del matrimonio de creencia adolecería de la falta de un presupuesto esencial como lo es el de la significación misma que atribuyen a la forma quienes contraen matrimonio en alguna de las formas religiosas admitidas, de un lado, y quienes pretendan hacerlo en las propias del matrimonio de creencia, de otro. Mientras que para los primeros la unión que formalizan tiene, encierra, o contiene una dimensión religiosa, y ello al margen por completo de que para la legislación civil el matrimonio que celebran no pase de ser un matrimonio civil en forma religiosa, para quienes pretenden el reconocimiento civil de esas formas propias del llamado matrimonio de creencia, esa dimensión religiosa está por completo ausente del acto que realizan. Para estos contrayentes, el acto que celebran es no ya solo por su misma naturaleza, sino también desde el mismo enfoque ideológico de quienes lo contraen, un matrimonio civil o secular. Presupuesto así que no hay en aquella más dimensión que la estricta

y puramente civil, ¿qué sentido tendría el reconocimiento civil de formas que, presupuesto ese pretendido reconocimiento, habrá que seguir calificando como civiles, y ello por la propia voluntad de los contrayentes?, ¿y que, por puras razones de economía legislativa, resultaría innecesario su reconocimiento presupuesta la existencia de la forma civil de celebración?

II. ¿HACÍA UN CONCEPTO DEL LLAMADO MATRIMONIO DE CREENCIA?

La noción misma del llamado matrimonio de creencia se ofrece imprecisa. “Los llamados matrimonios de creencia, también denominados matrimonios seculares en esencia son aquellos que se contraen siguiendo los ritos propios de ciertas organizaciones ideológicas o filosóficas que, a semejanza de lo que acontece en el caso de las confesiones religiosas, propugnan también la celebración del connubio en una forma específica como parte integrante de su propia cosmovisión”. La misma denominación de matrimonios seculares hace ya difícil de entrada situar su dimensión o problemática formal en un plano idéntico a la que es propia de los matrimonios religiosos o, en un espectro más amplio, la que es propia de los matrimonios celebrados en forma religiosa. En los primeros, la existencia de una reglamentación sustantiva de la unión (caso de las confesiones católica, islámica o hebrea) propia de la confesión, obliga a concluir que la dimensión del matrimonio en cada una de aquellas va mucho más allá de la simple forma de su celebración; por el contrario tratándose de matrimonios en forma religiosa, esa dimensión religiosa se circunscribe a la formalidad de su celebración, forma de celebración que encierra sí una significación religiosa para quienes la observan, pero que no viene referida en modo alguna a una reglamentación sustantiva de la unión. En los matrimonios religiosos, la circunstancia de que esa reglamentación sustantiva de la unión sea por completo irrelevante en la legislación civil (con la importante excepción del matrimonio canónico en el ordenamiento español, art. 80 CC) no parece deba llevar a concluir ni que esa normativa carezca de importancia, ni que sea irrelevante en orden al proyecto de vida en común de quienes contraen ese matrimonio religioso.

La noción del llamado matrimonio de creencia viene así a designar una multiforme realidad que englobaría cualesquiera uniones que se celebren siguiendo las ceremonias propias de ciertas organizaciones ideológicas o filosóficas. Desde esta perspectiva, el llamado “matrimonio humanista” sería pues una modalidad o especie de matrimonio de creencia. Las categorías de género y especie resultan aquí plenamente aplicables.

La noción misma de matrimonio de creencia queda sin embargo parcialmente en la penumbra si retenemos tan solo esa idea anterior; la de matrimonios celebrados “según los ritos propios de ciertas organizaciones ideológicas o filosóficas que

pretenden la celebración en una forma específica", y ello "a semejanza de lo que acontece en el caso de las confesiones religiosas". Y es que esta referencia a la semejanza de lo que acontece en el caso de los matrimonios en forma religiosa (incluyamos aquí, y a los efectos que ahora importan, los matrimonios religiosos dotados de reglamentación confesional material o sustantiva) hace pensar en la existencia de algún tipo de similitud o semejanza entre ambos tipos de unión, semejanza en cuya virtud se pretende precisamente esa igualdad de trato en lo que al reconocimiento civil de su forma se refiere, siendo así que no existe una tal semejanza ni siquiera en lo atinente a la forma misma. En estas ceremonias, se afirma por algunos, no se rinde culto a Dios, ni hay sermones, ni oraciones, ni rituales impuestos. Las ceremonias humanistas se centran en la persona, en la congruencia de sus actos y en la capacidad de su compromiso, pero sobre todo en el amor que existe en el uno por el otro".

A la vista de lo anterior, urgiría preguntarse dónde hallar esa presunta semejanza con lo que acontece en el caso de las confesiones religiosas. No es ya que cambie la reglamentación sustantiva o material de la unión, que, en un sistema matrimonial de corte anglosajón, es siempre y únicamente la propia de la legislación civil, sino que ni siquiera desde la perspectiva puramente formal existe tal semejanza. Se pretende así un reconocimiento formal para una realidad que más bien parece carecer de ella. Y todo ello por un prurito de igualación con una realidad bien distinta como la de los matrimonios en forma religiosa.

¿Qué hay entonces en todo lo anterior que no quepa considerar adecuadamente regulado a través de la forma civil de celebración matrimonial?

III. NOCIÓN DE SISTEMA MATRIMONIAL.

En cualquier ordenamiento jurídico el sistema matrimonial viene regulado por normas exclusivamente civiles, sin que sea obstáculo a ello que esas normas civiles, como se acaba de decir, vengan referidas, en su caso, al matrimonio o a los matrimonios religiosos, e incluso que no contemplen otro matrimonio que el religioso o confesional. Esta afirmación es predicable, por ejemplo, del sistema matrimonial español en cualquiera de sus etapas. Pensemos en la existencia de un sistema de matrimonio canónico exclusivo (como lo era el español del siglo XVI), y es que esa exclusividad del matrimonio confesional católico en lo que a España se refiere no descansaba en puridad en los decretos del Concilio de Trento, sino en la Real Cédula de Felipe II (1564) declarando leyes del Reino las citadas disposiciones tridentinas. Así pues, el sistema matrimonial español de la época se fundamentaba en el llamado *pase regio*, en virtud del cual el monarca autorizaba y daba fuerza de ley en su reino a las disposiciones pontificias, referidas en este caso a materia tan importante con lo era la referida a la regulación del

matrimonio., cuyo carácter sacramental negaban los reformadores protestantes. Pero aun en el marco de un sistema de matrimonio exclusivamente religioso o confesional, el sistema matrimonial venía diseñado por normas civiles, si por tales se entiende como parece se deba, las de la monarquía absoluta en el tiempo del monarca a que se ha hecho referencia.

Desde esta perspectiva, cabe afirmar que en línea de principio al menos sólo cabe hablar de sistema matrimonial en referencia a la confrontación entre matrimonio civil y matrimonio religioso. En consecuencia, en cualquier ordenamiento jurídico, el sistema matrimonial conlleva una toma de postura de la legislación civil respecto del (de los) matrimonio (s) religioso (s) o confesional (es). Con apoyo en lo anterior, resulta dudoso el intento de calificar como una cuestión atinente al sistema matrimonial el encuadre en aquél de formas matrimoniales respecto de las que existe absoluta unanimidad (por parte de aquellos que las celebran) de excluir su calificación como religiosas, pero que simultáneamente pretenden un reconocimiento plenamente diferenciado de la forma civil de celebración matrimonial, tratando así de desembocar en la admisión de un *tertium genus* en lo que a la forma matrimonial se refiere, excluyéndola, como se ha dicho, del ámbito de aplicación de la forma civil de celebración del matrimonio propia del ordenamiento de que se trate, lo que resulta cuanto menos paradójico a la vista de la denominación misma que suele darse a este tipo de uniones (matrimonios seculares). Se volverá sobre ello posteriormente.

Claro es que esa confrontación a que se acaba de hacer referencia puede ser muy diversa entre unos ordenamientos y otros (sistemas de matrimonio religioso exclusivo; de matrimonio civil obligatorio; de pluralidad de formas con admisión civil de la regulación de alguna o algunas de esas formas confesionales por la normativa de la propia confesión; de pluralidad formal pero con admisión de un único tipo o clase de matrimonio, el regulado por la legislación civil, sin reconocimiento alguno de reglamentaciones matrimoniales sustantivas propias de las confesiones religiosas, etc.); pero en cualquier caso cuando se habla en un sentido técnico de sistema matrimonial se está haciendo referencia al conjunto de normas que regulan el marco de relaciones entre matrimonio civil y matrimonio religioso.

IV. RECAPITULACIÓN.

Quizá habría que iniciar esta recapitulación con una interrogante: ¿la atribución de efectos civiles a formas confesionales de celebración matrimonial conlleva necesariamente a la consecuencia de la necesidad de reconocimiento de eficacia civil a los denominados matrimonios de creencia, por entender que caso contrario se estaría ante un tratamiento discriminatorio?

Formulada así la interrogante parece razonable pensar que una respuesta a la misma exija partir de una premisa inicial: la de que la existencia de un tratamiento discriminatorio presupone necesariamente un trato desigual para realidades idénticas. Hay discriminación cuando se trata de manera desigual lo que es igual, y en consecuencia no la hay cuando las realidades son distintas.

Desde esta perspectiva, el argumento empleado por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte de 28 junio 2018, fundamentando en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y en concreto en los denominados derechos adicionales, la vulneración del principio de igualdad (al negar tal atribución de efectos civiles al llamado matrimonio humanista (especie del matrimonio de creencias) por contraposición a las formas religiosas o confesionales de celebración), resulta cuanto menos simple, al apoyarse en un razonamiento que lo es igualmente, y que cabría describir así: presupuesto el reconocimiento civil de formas religiosas de celebración, éste ha de extenderse asimismo a aquellas otras formas que conlleven exteriorización de unas creencias determinadas, aun carentes de dimensión religiosa. Diríase que el razonamiento resulta impecable, pero su mismo automatismo pone de relieve su escasa consistencia.

I. El reconocimiento de formas religiosas de celebración, ¿obliga a la legislación estatal a reconocer cualesquiera otras formas de celebración, aunque estas no sean religiosas?

Este planteamiento de la cuestión puede parecer simplista, pero es precisamente el que sirve de fundamento a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte a la que se hará referencia. Así como el reconocimiento de formas confesionales descansaría en la libertad religiosa, el correspondiente a otras formas de celebración, no religiosas, lo haría en la libertad ideológica, y, consecuentemente, el derecho de cada ser humano a elegir su propia visión del mundo, su propia cosmovisión.

Desde esta perspectiva, la atribución de eficacia civil al llamado matrimonio humanista, especie de un género más amplio (los denominados matrimonios de creencia), descansaría en ese derecho del individuo a elegir su propia visión del mundo.

Obsérvese que, formulada así la cuestión, y aceptada la premisa de la que parte, no se entra a dilucidar lo más mínimo si se está, o no, ante realidades no ya idénticas sino similares al menos, y ello por cuanto en un alarde de simplicidad fuera de toda duda, se proclama rotundamente la igualación entre formas confesionales de celebración y aquellas que no lo son, sometiéndolas a un mismo régimen: reconocimiento civil de las mismas.

De otra parte, y a diferencia de lo que acontece en los sistemas matrimoniales de forma (civil) única, en los que la cuestión que nos ocupa no llega siquiera a plantearse, dada la propia naturaleza del sistema, en los de pluralidad de formas (civil y religiosas), el fenómeno es justamente el contrario: el horizonte de esa pluralidad formal es muy difícil de precisar hasta donde pueda llegar. Cualquier grupo ideológico o filosófico, dotado de una mínima organización, podrá estar en condiciones de instar el reconocimiento de sus propias formas. Piénsese en la multiplicidad formal que, de aceptarse el planteamiento expuesto, desembocaría en el marco del sistema matrimonial español, presupuesta asimismo la multiplicidad de ideologías o corrientes de pensamiento entre las que cualquier ciudadano pueda sentirse identificado con la cosmovisión de cualquiera de tales corrientes de pensamiento.

2. Si la protección de la libertad ideológica en esta materia se entiende cumplida en los ordenamientos de forma matrimonial única, en los de pluralidad de formas de celebración, ¿cabe admitir temperantes en ese reconocimiento formal sin que por ello se entienda vulnerada dicha libertad?

En definitiva, se trata de responder a una cuestión sencilla en línea de principio. Presupuesto que en los sistemas matrimoniales de forma única resulta incuestionable que no por ello se entiende vulnerada lo más mínimo la libertad ideológica o religiosa en lo que a la celebración del matrimonio se refiere, dada la posibilidad de que los ciudadanos, cualquiera que sea su credo, puedan acudir a la forma matrimonial que prefieran, siquiera deban observar la forma civil en orden al reconocimiento (civil) del estatus de casados, resulta paradójico que, tratándose de un sistema de pluralidad de formas, se sostenga por algunos existe vulneración de esa libertad cuando, junto a las formas confesionales, se pretenda el reconocimiento de formas de celebración inequívocamente civiles, y por ello reconducibles a la forma civil de celebración prevista en la legislación estatal.

¿Es comprensible, en aras de una interpretación simplista del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, desembocar en el reconocimiento de una multiplicidad de formas matrimoniales (de grupos ideológicos, filosóficos, etc.), de las que los propios celebrantes excluyen cualquier dimensión religiosa o confesional, pero con rechazo de la forma civil de celebración?

Ese prurito de celebrar una ceremonia civil en el fondo, pero para la que se excluye la forma civil, y para la que se reclama la atribución de efectos propios de las formas religiosas, carácter que aquellas no tienen, ¿vincula al legislador a su reconocimiento?; ¿Un malentendido principio de igualdad deberá primar sobre el elemental principio de economía legislativa contrario a una desmedida proliferación de formas? ¿Se estaría vulnerando la libertad ideológica si la legislación civil negare la atribución de efectos a uniones civiles o seculares (en la terminología al uso) por

entender adecuadamente cubierto el interés de sus miembros a través de la forma civil de celebración matrimonial?

3. Acerca de la duplicidad formal del Sistema matrimonial español.

El Sistema matrimonial español lo es en el fondo de duplicidad formal, forma civil de celebración y forma religiosa (de forma religiosa legalmente prevista, en singular, habla el párrafo 2º del art. 49 CC, claramente alusivo a que la circunstancia de que la forma religiosa pueda ser, y lo es, plural, no impide hablar de forma religiosa en singular, por contraposición a forma civil (que asimismo admite asimismo diversas modalidades).

El llamado matrimonio de creencia, en línea de principio, no tiene otra cabida que la propia de la forma civil de celebración, lo que es del todo consecuente con su propia naturaleza de matrimonio secular.

Desde esta perspectiva, cabe sostener que el bien jurídico protegido (en el caso, la libertad ideológica) encuentra adecuada protección a través de la forma civil de celebración que precisamente por no albergar contenido ideológico alguno, es susceptible de dar cabida a cualesquiera planteamientos ideológicos o filosóficos, y hace innecesaria por superflua la atribución de eficacia civil a formas de celebración que aquellos que las celebran define asimismo como seculares.

V. REFERENCIA AL LLAMADO MATRIMONIO DE CREENCIA EN LAS ISLAS BRITÁNICAS.

I. Preliminar.

La problemática de los llamados matrimonios de creencia no es propia desde luego del Derecho matrimonial continental europeo, en el que tal problemática carece de planteamiento alguno y ello por una doble circunstancia: de una parte, por el predominio en la mayor parte de los países europeos continentales de sistemas matrimoniales de forma única, tradicionalmente denominados de matrimonio civil obligatorio, y en los que por su misma naturaleza la cuestión de referencia resulta sencillamente de imposible planteamiento; de otra, porque aún en aquellos ordenamientos europeos dotados de sistemas matrimoniales facultativos o electivos, lo que es tanto como decir de pluralidad de formas, la atribución de los efectos civiles viene conferida únicamente a formas de celebración confesionales o religiosas, lo que consecuentemente deja fuera cualesquiera otras que no lo sean, y al tiempo vendría a poner de manifiesto también, para el legislador europeo continental, la existencia de un digamos presupuesto tácito entre la atribución de

efectos civiles a formas de celebración matrimonial distintas de la civil y carácter religioso o confesional de aquellas.

2. Planteamiento del problema en los países del área anglosajona.

La cuestión de los llamados matrimonios de creencia y la problemática consiguiente viene teniendo lugar en las islas británicas, como respuesta a las reivindicaciones de grupos de carácter ideológico o filosófico, especialmente de los llamados humanistas. La presión desplegada por los mismos se tradujo en un reconocimiento de tales formas en la República de Irlanda y, con posterioridad, en la legislación de Escocia, proceso este al que se sumó el ordenamiento de Irlanda del Norte y el vigente en la Bailía de Jersey, uno de los territorios insulares situados en el Canal de la Mancha y dependientes de la Corona británica.

Significativamente desde luego una tal tendencia no ha sido secundada en Inglaterra ni en Gales, en los que permanece vigente un modelo de sistema matrimonial típicamente anglosajón, de clase o tipo civil (en lo que a la legislación matrimonial sustantiva se refiere), y en el que junto a la forma civil sólo se reconocen efectos asimismo civiles a determinados ritos religiosos de celebración marital, sin que hasta el momento hayan prosperado los intentos de extender tal atribución de efectos a las formas propias de los matrimonios de creencia. No parece haya que jugar a adivinos para considerar que en lo fundamental el obstáculo que haya impedido (al menos hasta ahora) el reconocimiento civil de tales formas en los citados territorios sea precisamente la carencia de dimensión religiosa de aquellas, lo que viene a situar la cuestión en un plano cuanto menos paradójico en lo que a esa pretensión de reconocimiento se refiere, el de pretender un reconocimiento similar al de las formas religiosas de celebración, siendo así que se está en presencia de formas que no tienen tal carácter. En definitiva, esa cosmovisión propia y específica de tales grupos, cuando se proyecta en la celebración matrimonial ¿acaso carecería de encaje en el marco de la forma civil de celebración, presupuesta su carencia de dimensión alguna religiosa?

A) La sentencia de la Corte Suprema de Irlanda del Norte de 9 de junio 2017.

En síntesis, el supuesto de hecho enjuiciado era el siguiente. Una ciudadana norirlandesa impugnó judicialmente la resolución administrativa denegatoria que aquella había formulado ante la Oficina del Registro General, con el fin de que el citado organismo concediere a un miembro de la Asociación Humanista Británica una autorización temporal para asistir válidamente a la celebración del matrimonio de la solicitante de conformidad con los ritos maritales propios de este grupo social.

El hilo argumental utilizado por la recurrente se apoyaba en la *Human Rights Act 1998* por la que se llevó a cabo la incorporación del Convenio Europeo de

Derechos Humanos a los ordenamientos de los países integrantes del Reino Unido como elemento hermenéutico determinante, entendiéndose se había producido una vulneración del principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de religión o creencia, que el Convenio ampara, por cuanto la legislación norirlandesa reconoce los efectos civiles a un extenso conjunto de formas religiosas conyugales pero se los negaba a aquellos ritos de celebración matrimonial propios de grupos ideológicos o filosóficos y, de modo concreto, a los promovidos por el grupo de los humanistas, al que la recurrente pertenecía.

La sentencia a que se hace referencia estimó la pretensión de la recurrente, anulando en consecuencia las resoluciones del Registro Central que había denegado la solicitada autorización temporal para celebrar el matrimonio con intervención de una persona designada por el citado grupo, y conminando asimismo a las autoridades competentes para conceder de inmediato dicha autorización temporal.

El reconocimiento por parte del ordenamiento de Irlanda del Norte de efectos civiles a las formas conyugales religiosas, pero no de las ideológicas o filosóficas supone una lesión del derecho consagrado en el art. 9 del CEDH.

Resulta cuanto menos curioso que la argumentación defendida por las autoridades administrativas en apoyo de la no atribución de eficacia civil a las formas propias de estas organizaciones, dejaba completamente al margen el argumento que parece haya que considerar como decisivo, y que no es otro sino el de la diversa naturaleza entre, de una parte, las formas religiosas de celebración y, de otra, las propias de tales grupos, a las que sus mismos componentes denominan y califican como matrimonios seculares. ¿Qué es lo que se pretende?; ¿Celebrar un matrimonio incuestionablemente civil, pero para el que, paradójicamente, se rechaza precisamente la forma civil de celebración?, lo que no cabe entender se produzca también en el caso de las formas religiosas de celebración, por cuanto éstas son, efectivamente, formas religiosas de un matrimonio civil, pero las formas en sí mismas son religiosas. No hay, pues, una civilización de aquellas. No se está pues ante una misma realidad. ¿Estamos ante un simple capricho consistente en la sustitución del funcionario civil por un miembro del grupo? En vez de apoyar básicamente en esa idea anterior la negativa a la atribución de efectos civiles, los argumentos de la Administración caminaron en otras direcciones, erróneas algunas de ellas, y dotadas las que no lo eran de una consistencia sensiblemente menor (como las referidas a la necesidad de simplificar el sistema, evitando la proliferación de cualesquiera formas de celebración de la unión), y el reconocimiento expreso del estatuto privilegiado concedido a las creencias religiosas en Irlanda, a causa del carácter profundamente religioso de la sociedad norirlandesa. En definitiva, en vez

de esgrimir la diversidad de realidades, se traería equivocadamente a colación la idea de privilegio.

B) La Sentencia de la Corte de Apelaciones de 28 junio 2018.

El fallo anterior fue recurrido por el Gobierno de Irlanda del Norte, lo que daría lugar a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de 28 junio 2018, que confirmó la sentencia de la Corte Suprema. La protección de la libertad de religión o creencia en el CEDH está – según la Corte de Apelaciones – implicada en este caso, en tanto que el matrimonio humanista constituye un supuesto de exteriorización de unas creencias determinadas.

Afirmado lo anterior, la sentencia se ocupa del modo en el que se ve implicada en el caso la protección del principio de igualdad recogido en el CEDH, apoyándose para ello en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual el principio de no discriminación resulta aplicable no solo a los derechos y libertades expresamente proclamados en el Convenio, sino también a los llamados derechos adicionales que, de alguna manera, caen bajo el ámbito de protección de cualquiera de las libertades enunciadas en el Convenio y con los que los Estados parte pretenden dotar a dichas libertades de una más amplia protección.

El punto de partida inicial de la argumentación del Tribunal es el de que ni el art. 9 ni el art. 12 del Convenio que consagran, respectivamente, la libertad de religión o convicción y el *ius connubii*, ni ambos conjuntamente considerados, comportan el reconocimiento del derecho a que los ritos conyugales propios de una religión o creencia tengan automáticamente eficacia civil en el ordenamiento estatal. Y es que afirmar lo contrario habría sido tanto como sostener que en todos los ordenamientos europeos cuyos sistemas matrimoniales lo sean de forma única (la civil, se entiende), tradicionalmente denominados de matrimonio civil obligatorio, se estaría produciendo una flagrante violación del derecho fundamental a la libertad de religión.

La premisa, pues, de la que se parte es la de que ese derecho a la libertad de religión reconocido en el Convenio no obliga desde luego a los Estados parte a atribuir eficacia civil a las formas confesionales de celebración matrimonial. Urgiría quizá preguntarse entonces el porqué de esa no obligatoriedad en orden a la atribución de efectos por parte de los ordenamientos civiles; y la respuesta no parece que pueda ser otra sino la existencia de una forma civil de celebración matrimonial, a la que pueden libremente acogerse todos los ciudadanos capaces civilmente para contraer, y, junto a lo anterior, la plena libertad para aquellos que profesen creencias religiosas para acudir a la observancia de las formas religiosas propias de la confesión a la que pertenezcan, y ello con anterioridad o con posterioridad a la celebración civil de su unión. En definitiva, y al margen de algunos

ordenamientos en los que la forma civil ha de preceder necesariamente a la propia de la confesión, cabría decir que, para la mayor parte de los ordenamientos con sistemas matrimoniales de forma civil única, podría traerse a colación el art. 34 de la Ley española de Matrimonio civil de 1870, redactado en los siguientes términos: “Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil”.

Las legislaciones civiles no han de atribuir, pues, necesariamente eficacia civil a las formas confesionales de celebración, aun no haciéndolo, se mantiene el principio de respeto a la libertad en materia religiosa, pero cabe asimismo que esa eficacia civil venga reconocida; en tal caso se desemboca en un sistema de pluralidad de formas de celebración, civil de un lado, religiosas de otro, y aunque ninguna de esas confesiones obtengan reconocimiento alguno en lo que a sus propias reglamentaciones sustantivas del matrimonio se refiere (hebrea o islámica), los sistemas facultativos o electivos se ofrecen más respetuosos con la libertad en materia religiosa.

En orden a la fundamentación de esta atribución de eficacia a las formas confesionales, la sentencia se apoya (de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo) en esa figura de los denominados derechos adicionales. Si con apoyo en tales derechos, la legislación de un país atribuye eficacia civil a formas confesionales ha de hacerlo de forma no discriminatoria.

Se trataba de determinar en esencia si “la Sra Smyth se encuentra o no en la misma situación jurídica, en este terreno, que cualquier otro ciudadano que profese unas creencias distintas, en este caso, de naturaleza religiosa, una indagación a la que la sentencia responde de manera afirmativa”. Consolidación del matrimonio humanista (especie del llamado matrimonio de creencia) como forma válida de celebración del matrimonio en Irlanda del Norte.

El automatismo y simplismo de la argumentación no puede menos de conducir a sostener un criterio contrario a aquella.

VI.CONCLUSIÓN.

Presupuesto que la cuestión de los llamados matrimonios de creencia no queda encuadrarla en el marco de la protección del derecho fundamental de libertad religiosa, dada la exclusión de carácter religioso de tales uniones, forzoso es concluir que aquella se sitúa en el ámbito de la libertad ideológica, y de la que la libertad religiosa es manifestación.

Es entonces cuando cabe preguntarse si, al amparo de ese derecho fundamental a la libertad ideológica, cabe demandar el reconocimiento de nuevas formas de matrimonio civil para la protección de creencias cuyos adeptos califican de seculares, y cuyo encaje en la forma civil de la unión no presenta duda alguna.

Desde esta perspectiva, la óptica que debiera adoptarse quizá no deba ser otra sino la de causa o función de las figuras jurídicas; es la función misma que cumple cada una de ellas la que justifica, de un lado, su creación; de otro, su protección legislativa.

En un sistema de pluralidad de formas matrimoniales, la función de la forma civil se ofrece diversa, netamente diversa, de la propia de las formas religiosas, de la de cada una de ellas; y es que la diversidad de credos religiosos justifica la diversidad de formas confesionales; pero tratándose de las llamadas uniones de creencia no acierta a verse la necesidad de ese reconocimiento formal, y ello por cuanto tampoco acierta a verse la causa o función que justificaría tal reconocimiento, dado el perfectísimo encaje en la forma civil de la que cabría denominar ideología de tales grupos. Una duplicidad de forma civiles a todas luce innecesaria y contraria al principio de economía legislativa.



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CONFLICTOS
NEGATIVOS DE COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS
PROCESOS DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE
APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

*JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF NEGATIVE CONFLICTS OF
TERRITORIAL JURISDICTION IN PROCEEDINGS FOR THE
PROVISION OF JUDICIAL SUPPORT MEASURES FOR PERSONS
WITH DISABILITIES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 1054-1079

Gustavo
Antonio RUIZ
ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Este trabajo analiza los conflictos negativos de competencia territorial en los procesos judiciales relacionados con la provisión de medidas de apoyo a personas con discapacidad en España, a raíz de la reforma legislativa introducida por la Ley 8/2021. Se estudia el marco normativo y jurisprudencial actual, destacando la importancia de una adecuada determinación de la competencia territorial para asegurar la efectividad de las medidas de apoyo. A través del examen de los casos jurisprudenciales, se identifican los principales problemas prácticos a los que se enfrentan los tribunales en esta materia, especialmente en situaciones de ingresos hospitalarios, en centros asistenciales o en centros penitenciarios.

PALABRAS CLAVE: Competencia territorial; conflictos negativos de competencia; discapacidad; medidas de apoyo; Ley 8/2021.

ABSTRACT: *This paper analyzes the negative conflicts of territorial jurisdiction in judicial processes related to the provision of support measures for people with disabilities in Spain, following the legislative reform introduced by Law 8/2021. It examines the current regulatory and jurisprudential framework, highlighting the importance of proper determination of territorial jurisdiction to ensure the effectiveness of support measures. Through the review of jurisprudential cases, the main practical problems faced by courts in this matter are identified, especially in situations involving hospital admissions, care centers, or penitentiaries.*

KEY WORDS: Territorial jurisdiction; negative jurisdictional conflicts; disability; support measures; Law 8/2021.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PRINCIPIOS Y REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS PROCESOS DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- I. Base constitucional y desarrollo normativo de la competencia territorial.- 2. Imprecisiones terminológicas en la determinación de la competencia tras la reforma.- 3. Primacía de la proximidad e intermediación judicial: la excepción al principio de perpetuatio jurisdictionis.- III. LA RESIDENCIA HABITUAL EN EL CONTEXTO DEL FUERO TERRITORIALMENTE COMPETENTE EN PROCESOS DE DISCAPACIDAD.- I. Concepto jurisprudencial de la residencia habitual.- 2. Variantes interpretativas: residencia temporal y residencia actual.- 3. Criterios temporales y distinción del concepto de “residencia” con otros afines.- IV. CONFLICTOS NEGATIVOS DE COMPETENCIA: CASUÍSTICA Y RESOLUCIONES JUDICIALES.- I. Ingresos hospitalarios.- 2. Ingresos en centros asistenciales.- 3. Los centros penitenciarios como “residencia” a efectos de competencia territorial.- 4. Cambios de residencia en períodos vacacionales, estancias cortas o intermitentes para el cuidado de familiares.- 5. Competencia territorial tras el fallecimiento de la persona necesitada de medidas de apoyo. V. 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, ha supuesto un importante cambio en el tratamiento jurídico de la discapacidad en España. Esta reforma, inspirada en la Convención Internacional de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CIDPD), introdujo modificaciones sustanciales en diversos cuerpos normativos que, en el ámbito procesal, afectó tanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) como a la Ley 15/2015, de 2 de julio Jurisdicción Voluntaria (LJV). Pero, tras su entrada en vigor, se ha constatado la perpetuación de problemas que ya se sufrían con la anterior legislación y que están relacionados con la determinación del juzgado que debe conocer los procesos de provisión de medidas de apoyo en determinados supuestos que se presentan conflictivos.

Estos conflictos se originan porque el criterio que determina la competencia territorial es el de la residencia de la persona con discapacidad, circunstancia que en la práctica no siempre se muestra de forma clara dando lugar a frecuentes conflictos negativos de competencia. Supuestos, que se pueden originar de forma previa a incoar un procedimiento para proveer medidas de apoyo e, incluso, durante la tramitación del mismo. En la casuística jurisprudencial se observa que se reproducen situaciones en diversos contextos análogos en las que se hace difícil determinar con precisión donde reside la persona necesitada de medidas de apoyo o qué sucede cuando existen dudas sobre la naturaleza temporal de la residencia en la que eventualmente pueda encontrarse. Son los casos, por ejemplo, que acaecen cuando la persona precisa de ingresos hospitalarios o estancias en centros asistenciales.

• **Gustavo Antonio Ruiz Alonso**

Abogado, Profesor Asociado, Universidad de Alicante. Correo electrónico: gustavo.ruiz@ua.es

Los conflictos negativos de competencia a los que se ven abocadas estas situaciones da lugar a una notable dilación de los procedimientos que, a su vez, son susceptibles de originar varios problemas. En primer lugar, estas dilaciones pueden resultar especialmente perjudiciales para los intereses de las personas con discapacidad y afectar directamente a la eficacia de las medidas de apoyo si estas requieren de una intervención urgente. Otro efecto perjudicial se encuentra en el hecho de que para resolver estos conflictos se exige la intervención de órganos judiciales superiores (Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo), lo que conlleva una inversión adicional de tiempo y recursos generando. Y, por último, además, se origina una gran incertidumbre para todas las partes implicadas.

A lo largo de este trabajo se examinará el marco normativo que ha surgido tras la reforma, profundizando en el concepto de residencia y los términos análogos empleados tanto por el legislador como por los tribunales. Para ello se analizará la casuística jurisprudencial más relevante y actualizada que en este tema se ha proporcionado tanto por el Tribunal Supremo como por las Audiencias Provinciales. También se incorporan referencias a resoluciones judiciales previas a la reforma puesto que, como se verá, el fundamento y los principios que rigen en todas estas resoluciones que traen causa de la ratificación por España en 2007 del CIDPD, por lo que los tribunales han tenido ocasión de emitir resoluciones que son acordes al marco normativo actual establecido por la Ley 8/2021.

II. PRINCIPIOS Y REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS PROCESOS DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. Base constitucional y desarrollo normativo de la competencia territorial.

De forma genérica el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el art. 24.1 CE, se manifiesta como la garantía que tienen todas las personas a acceder a la justicia de forma efectiva y sin obstáculos que impidan o dificulten su participación en los procedimientos judiciales. Esta garantía cobra especial importancia cuando tiene por objeto a las personas con discapacidad debido a las potenciales dificultades que pueden sufrir para desplazarse a la sede de los tribunales o comunicarse con estos, situación particularmente relevante en el ámbito de la competencia territorial, cuya especialidad en estos casos encuentran su fundamento constitucional en los arts. 9.2, 14 y 49 CE. En este sentido, el art. 9.2 CE dispone el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. El art. 14 CE consagra el principio de igualdad ante la ley, prohibiendo cualquier discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y el art. 49 CE encarga a los poderes públicos la realización de

una política de protección especial para que las personas con discapacidad puedan ejercer los derechos que el Título I de la CE otorga a todos los ciudadanos y les encomienda el impulso de políticas que garanticen su plena autonomía e inclusión social en entornos accesibles.

El desarrollo normativo de estos preceptos constitucionales en el ámbito de la competencia territorial en los procesos de apoyo a personas con discapacidad se traduce en la necesidad de establecer criterios que faciliten el acceso a la justicia y garanticen una tutela judicial efectiva, lo que ha encontrado su reflejo legislativo en el CC, en la LEC y en la LJV, cuyos preceptos han sido reformados por la Ley 8/2021 de apoyo a las personas con discapacidad y, en esta materia, concretamente por su artículo séptimo. Con esta nueva normativa, que pretende incorporar las exigencias del art. 12 de la CIDPD, se establece, un sistema de competencia territorial que prioriza la proximidad del órgano judicial a la persona con discapacidad, como garantía de una mejor protección de los derechos e intereses de las personas que padecen algún tipo de discapacidad. Y así lo dispone el Preámbulo de la Ley 8/2021 que considera “esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad”.

Partiendo de estas premisas, dentro del catálogo de procedimientos a los que se les atribuye una competencia territorial especial¹, el art. 52.1, 5° LEC establece la regla para aquellos procedimientos en los que sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo a una persona con discapacidad, configurándolo como un fuero imperativo que nunca estará sujeto a la voluntad de las partes y que, en aplicación del art. 58 LEC, estará sometido al control de oficio. Concretamente, el art. 52.1.5° establece como principio fundamental que rige para determinar la competencia territorial en estos procesos el de la residencia de la persona con discapacidad. Sin embargo, el art. 52.1.5° en su inciso final, remite al apartado 3 del art. 756 LEC para aquellos casos en los que se produzca un cambio de residencia de la persona con discapacidad durante el proceso judicial indicando que las actuaciones deberán remitirse al juzgado correspondiente al de la nueva

¹ La LEC distingue entre fueros legales generales y especiales. Los generales están recogidos en los arts. 50 (relativo a las personas físicas), 51 (personas jurídicas y entes sin personalidad) y 53 (competencia territorial en caso de acumulación de acciones y n caso de pluralidad de demandados) LEC. Por su parte los especiales se encuentran regulados por el art. 52 LEC y otros contemplados para determinados procesos especiales (arts. 71, 756, 769.1, 807, 813 y 820 LEC). De entre los especiales unos son imperativos (caracterizados por no estar sujetos a la voluntad de las partes y están sometidos al control de oficio por los Tribunales) y otros dispositivos (que pueden ser obviados por las partes a través de acuerdos de sumisión expresa). A los efectos del presente análisis, debe tenerse en cuenta que 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 entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, modificó la redacción del ordinal 5°, del apartado primero del art. 52 LEC y el art. 756 LEC, y la competencia territorial para estos casos se configura como un fuero especial imperativo y que, por tanto, no puede ser disponible por las partes.

“residencia habitual” de la persona la que se refiera el proceso, siempre que no se haya celebrado la vista.

A su vez, también hay que tener en cuenta la tramitación establecida por las normas de jurisdicción voluntaria para los supuestos en los que no se haya formulado oposición. Concretamente, tras la reforma, el art. 42.bis.a) LJV dispone que la competencia para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de medidas de apoyo recae en el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Esta regla refleja la importancia que el legislador otorga a la proximidad entre el órgano judicial y la persona objeto de las medidas de apoyo. Para el supuesto de necesidad de revisión de estas medidas de apoyo previamente adoptadas, el art. 42.bis.c) LJV dispone que la competencia corresponderá al juzgado que las dictó, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. Pero si residiera en otra distinta, al igual que se establece por el art. 756.3 LEC, se deberá remitir testimonio completo del expediente al juzgado de la nueva residencia. con igual fundamento, el art. 43 LJV, relativo a la competencia en materia de tutela, curatela y guarda de hecho, reitera el criterio “del domicilio o, en su defecto, de la residencia” de la persona con discapacidad como determinante de la competencia territorial.

Por último, conviene tener presente que la competencia territorial en los procesos de apoyo a personas con discapacidad se caracteriza por su naturaleza imperativa por lo que no puede ser alterada por la voluntad de las partes. Este carácter imperativo deriva del art. 54.1 LEC que prohíbe la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal, como es el caso de estos procesos especiales, según lo establecido en el art. 753 LEC. Por ello, el fuero de la “residencia”, “residencia habitual” o “domicilio” como criterios determinantes de la competencia territorial, adquieren gran importancia porque no solo establece el juzgado competente, sino que también impone al juez la obligación de examinar de oficio su propia competencia territorial que, generalmente, se realiza en el momento de presentarse la demanda, aunque puede llevarse a cabo en cualquier momento posterior del procedimiento dando audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, antes de adoptar la decisión mediante auto motivado.

2. Domicilio, residencia habitual y paradero: imprecisiones terminológicas en la determinación de la competencia tras la reforma.

Desde el punto de vista jurídico el concepto de domicilio tiene una gran relevancia para la persona natural puesto que en torno a él se manifiestan distintos supuestos de gran transcendencia para las relaciones jurídicas de los particulares, por lo que se hace necesario que a través de él se fije un lugar para su localización y desde donde se ejerzan sus derechos y se cumplan sus obligaciones. Concretamente, en la esfera civil, resulta determinante para cuestiones como la adquisición de la

nacionalidad, la vecindad civil, la declaración de ausencia, el establecimiento de instituciones tutelares, el cumplimiento obligacional, la sucesión hereditaria o las inscripciones en el Registro Civil². Pero su importancia se extiende también al ámbito procesal civil, como es objeto del presente estudio, donde sirve como criterio para establecer la competencia territorial de los tribunales.

Sin embargo, la fijación del domicilio no se hace siempre por la ley con arreglo al mismo criterio, distinguiéndose entre diversas clases de domicilio que, atendiendo a su origen, puede ser domicilio voluntario (o real) o necesario (o legal). El domicilio voluntario, según establece el art. 40 CC³, se corresponde con la residencia habitual, caracterizándose por el elemento de la habitualidad, cuya apreciación quedará al criterio del juzgador, y es absolutamente independiente de la vecindad administrativa o la inscripción en el padrón municipal. En cambio, el domicilio legal o necesario es el impuesto por la ley a determinadas personas, bien sea por razón de su estado civil, que implica una relación de dependencia con otras (como ocurre con los menores de edad respecto a sus padres o tutores), o en atención al cargo que desempeñan y les obliga a residir en un lugar determinado (como sucede con los diplomáticos o los comerciantes).

En el contexto de esta complejidad conceptual, también resulta necesario distinguir entre las nociones de domicilio, residencia simple y paradero, puesto que si bien todos ellos están estrechamente relacionados, lo cierto es que presentan características distintivas que resultan relevantes para la determinación de la competencia territorial. Así, como se ha indicado, el domicilio se encuentra caracterizado por la habitualidad de residencia en un lugar determinado, e implica fijeza y permanencia, pudiéndose definir como el lugar estable desde donde la persona ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones. No obstante, la residencia simple o residencia hace referencia al lugar donde una persona se encuentra de manera ocasional o temporal, sin que dicha estancia tenga carácter de habitual (por ejemplo, el padre que pasa unos meses en casa de sus hijos). Y distinto de ambos conceptos es el paradero que, siguiendo a ALBALADEJO, se define como el lugar en que una persona se encuentra en un determinado momento, “sin necesidad de tener en él estabilidad alguna” (por ejemplo, de tránsito con motivo de un viaje, se permanece algunos días en una ciudad)⁴, diferenciándose de la residencia en que carece de la intención de residir⁵.

2 También sirve de criterio para establecer derechos u obligaciones en otras ramas del derecho como la fiscal, sanitaria, electoral y administrativa.

3 Dispone el art. 40 CC que “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

4 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general. Volumen primero. Introducción y Derecho de la persona*, Bosch, Madrid, 1996, pp. 326-341.

5 El Código Civil, sin embargo, no establece una distinción clara entre estos tres conceptos, ni define expresamente la residencia, ya que conceptúa al domicilio sobre la base de la residencia habitual. No

Llegados a este punto se hace necesario realizar una breve reflexión en cuanto, a mi juicio, defectuosa técnica empleada por el legislador por su falta de precisión y coherencia terminológica en la redacción de los preceptos relativos a esta materia y que pueden generar confusión e inseguridad jurídica en la aplicación de las normas. Uno de los principales problemas reside en la distinción entre “residencia habitual” -que haría referencia al concepto de domicilio- y “residencia” (simple) -que podría englobar la “residencia temporal” dado que no implicaría habitualidad-. Así, de la lectura del art. 42.bis.a), apartado 2, se observa una inconsistencia en el uso de los términos “residencia” y “residencia habitual”, puesto que en su primer párrafo se refiere a la “residencia” sin adjetivarla, mientras que en el párrafo segundo se especifica “residencia habitual”. Y aunque esta diferenciación parece que no obedece a una distinción voluntaria de los redactores de la norma, lo cierto es que puede dar lugar a distintas interpretaciones sobre si ambas situaciones deben entenderse como equivalentes o si, por el contrario, se requiere en cada caso un nivel distinto de habitualidad o permanencia. Además, el art. 42.bis.c) LJV vuelve a utilizar el término “residencia” pero, en este caso, sin la nota de la “habitualidad”, lo que añade más ambigüedad al no quedar claro si se está refiriendo a una permanencia “habitual” o si se trata de un criterio distinto que incluya, por ejemplo, a la residencia temporal.

Esta falta de precisión en la definición de qué se entiende por residencia, ha dado lugar, como se verá, a diferentes interpretaciones por parte de los tribunales. De una parte, algunos consideran que cualquier cambio de residencia, incluso si es temporal, implica un cambio de competencia territorial. En cambio, otros tribunales sostienen que solo el cambio de residencia habitual, es decir, aquel que implica un traslado definitivo del centro de intereses de la persona, justifica un cambio de competencia.

La lectura del art. 43.I LJV complica aún más la situación al introducir un criterio distinto a los anteriores al distinguir entre el “domicilio” y la “residencia” (en este caso sin el calificativo de “habitual”) de la persona con discapacidad, dado que utiliza al primero como criterio principal y el segundo como subsidiario⁶. Debe advertirse que es el único precepto de los mencionados en estas normas procesales que utiliza el término “domicilio” para determinar la competencia y, a pesar de su ausencia en los artículos previos, lo hace como criterio principal. Nuevamente esta falta de precisión puede generar confusión, ya que el domicilio legal no siempre coincide con el lugar de residencia real y efectiva de la persona con discapacidad. Y

obstante, la residencia aparece mencionada en diversos preceptos con un sentido más genérico y, en ocasiones, incluso contrapuesto al concepto de domicilio, lo que contribuye a generar cierta confusión terminológica que se traslada al ámbito procesal, especialmente en la determinación de la competencia territorial tras la reforma

6 Dispone el art. 43.I LJV que “Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad”.

es que, algunos tribunales han resuelto este problema priorizando la residencia real y efectiva de la persona con discapacidad, incluso si no coincide con su domicilio legal o empadronamiento⁷. En cualquier caso, merece cuestionarse por qué no se aplica el mismo término para todos los casos relacionados con las medidas de apoyo y, en segundo lugar, por qué se utiliza el criterio del domicilio de forma preferente en el art. 43.1 LJV si se ha venido utilizando el de la residencia como medida para hacer más accesible el procedimiento al presunto discapacitado.

Por último, respecto al análisis de las imprecisiones terminológicas, se puede identificar otro aspecto problemático dada la ausencia de criterios claros para determinar cuándo se produce un “cambio de residencia” que justifique la modificación de la competencia territorial. La norma no establece un plazo mínimo de permanencia en un lugar para que este cambio de ubicación física se considere jurídicamente relevante a efectos competenciales, lo que genera, nuevamente, una notable inseguridad jurídica, especialmente en situaciones que se dan con frecuencia en la práctica, como son los ingresos hospitalarios de media duración, o cuando se producen traslado a centros residenciales inicialmente previstos como temporales pero que pueden prolongarse indefinidamente. En estos supuestos, la ausencia de criterios legales objetivos dificulta establecer el momento exacto en que dicha estancia temporal se convierte en cambio de residencia con efectos sobre la competencia territorial. Esta falta de concreción obliga a los tribunales a realizar un análisis casuístico para determinar si el cambio de residencia tiene carácter temporal o definitivo y, para ello, los órganos jurisdiccionales deberán tener en cuenta factores como la voluntad manifestada por la persona con discapacidad cuando sea posible conocerla, el grado de vinculación con el nuevo lugar de residencia, la duración prevista de la estancia, y las circunstancias que han motivado el cambio.

Por tanto, la determinación de la competencia territorial en los procesos de apoyo a personas con discapacidad se configura como un tema complejo puesto que exige un análisis individualizado de cada caso para asegurar que se cumple con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Y,

7 En este sentido es ilustrativo el Razonamiento Jurídico Tercero del ATSJ Cataluña 6 mayo 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022350A), del que se extraen los distintos criterios utilizados por los juzgados de instancia para negar su competencia: “La inhibición acordada por el Juzgado de Barcelona carecía de apoyo legal vigente, toda vez que la persona de cuyo seguimiento se trata no había trasladado su domicilio ni su residencia habitual a S'Agaró, sino que únicamente había establecido en esa localidad su residencia temporal, concepto este último que no satisface las exigencias del artículo 756.3 LEC en su actual redacción, aplicable al supuesto enjuiciado.

Ello sin perjuicio de que la razón dada por el Juzgado de Sant Feliu de Guíxols para rechazar la competencia sea igualmente inconsistente (se afirma que habría “perdido” la competencia que pudiera corresponderle habida cuenta que la entrada en ese Juzgado de las diligencias procedentes del Juzgado de Barcelona tuvo lugar en fecha posterior al ingreso del tutelado en un centro hospitalario de Barcelona, según revela otra comunicación de la fundación tutelar presentada el 7 de marzo), pues es manifiesto que el ingreso de una persona en un centro hospitalario -más aún si es en la unidad de agudos, como es el caso- para ser atendida de una descompensación de su patología psiquiátrica de base, no equivale a haber fijado en ese centro sanitario la residencia habitual, so pena de llevar al absurdo este concepto jurídico indeterminado.

por ello, la jurisprudencia tiene un papel fundamental en la interpretación de la normativa y en la interpretación de la normativa para dotar de criterios uniformes que permitan favorecer una mayor seguridad jurídica en la aplicación de estas normas procesales a las circunstancias particulares de cada persona con discapacidad.

3. Primacía de la proximidad e intermediación judicial: la excepción al principio de *perpetuatio jurisdictionis*.

De los preceptos señalados sobre la competencia territorial en los procesos de apoyo a personas con discapacidad se extrae que las reglas señaladas suponen una clara excepción al principio de *perpetuatio jurisdictionis*, consagrado en el art. 411 LEC, por el que se establece que las alteraciones, entre otras cuestiones, del domicilio de las partes una vez iniciado el proceso no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia. Este principio, que pretende dotar de estabilidad al proceso, en el ámbito de las medidas de apoyo a personas con discapacidad se ve desplazado por el régimen especial que prioriza la accesibilidad al proceso frente a la mencionada estabilidad. Y se produce porque, como se ha visto, la aplicación de este principio en los procesos de apoyo a personas con discapacidad presenta la particularidad de que, si se ocasiona un cambio de residencia habitual antes de que se produzca la celebración de la vista, las actuaciones deberán remitirse al juzgado correspondiente al nuevo lugar de residencia. Se prioriza, por tanto, la cercanía del órgano judicial a la persona con discapacidad y la intermediación sobre la estabilidad procesal que garantiza dicho principio, aun a costa de alterar la competencia territorial una vez iniciado el procedimiento.

Las razones que explican esta excepción son varias ya que, además de buscar la accesibilidad a la justicia al reducir las distancias geográficas que podrían dificultar la participación de la persona con discapacidad en el proceso, también se pretende priorizar la intermediación judicial para que el juzgador pueda tener un contacto directo con el interesado, hecho que se puede considerar fundamental para evaluar adecuadamente sus capacidades. Además, la proximidad geográfica puede facilitar la eficacia de las medidas que se adopten, puesto que la cercanía al órgano judicial puede simplificar la ejecución, el seguimiento y el control de éstas.

La importancia de esta excepción se refleja en las propias resoluciones del TS donde de las más recientes, citamos por todas, el ATS 12 diciembre 2023⁸ que señala que “la ley procesal liga la competencia para la provisión judicial de apoyos a una persona con discapacidad, al lugar de su residencia. La *ratio* de esta regla se encuentra en facilitar la preceptiva entrevista del juez con la persona a favor de

8 ATS 12 diciembre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:17057A).

quien se pide el apoyo” y ello “con la finalidad de facilitar el desarrollo del proceso, que debe acercarse al lugar donde efectivamente se encuentra la persona con discapacidad”. Antes de la reforma el ATS 27 marzo 2012⁹ vino a indicar a este respecto que deviene obligatoria la aplicación de la “Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad de trece de diciembre de dos mil seis, al formar parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud del art. 96.I de la Constitución Española que establece que “los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno”, por lo que tal control en la forma descrita solo será efectivo si se realiza por el Juez del lugar donde está la persona internada”.

III. LA RESIDENCIA HABITUAL EN EL CONTEXTO DEL FUERO TERRITORIALMENTE COMPETENTE EN PROCESOS DE DISCAPACIDAD.

I. El concepto jurisprudencial de la residencia habitual.

Como se ha visto en anteriores apartados, la “residencia habitual” es el principal criterio que la legislación procesal utiliza para determinar la competencia territorial en los procesos de discapacidad en España. Pero, a pesar de su importancia, la legislación procesal sobre discapacidad no ofrece una definición precisa de este concepto, lo que en ocasiones resulta problemático y da lugar a diversas interpretaciones jurisprudenciales. Además, la amplia variedad de casos que se pueden identificar en la práctica contribuye a la complejidad de las diversas interpretaciones a las que se presta el término. Por ello, la casuística jurisprudencial reciente ha puesto de manifiesto diversos escenarios que reiteradamente se muestran problemáticos y, por ello, la labor que están desempeñando los tribunales es vital para la interpretación y aplicación de las normas sobre competencia territorial en estos supuestos. Además, en la actualidad la problemática de la aplicación del criterio de la “residencia habitual” en los procesos de apoyo a personas con discapacidad se ve potenciada por los casos de movilidad, que cada vez son más frecuentes en nuestra sociedad. Piénsese en aquellos supuestos donde la persona discapacitada se encuentra residiendo por breves periodos de tiempo bajo el cuidado de distintos familiares que residen en términos judiciales diferentes, o en los que es ingresada en centros hospitalarios por problemas puntuales de salud y donde se desconozca el lapso temporal de su estancia.

En cualquier caso, lo cierto es que tampoco la jurisprudencia reciente ha abordado esta cuestión de manera exhaustiva y son pocas las resoluciones que ofrecen una definición precisa del concepto de residencia habitual. Entre estas se

⁹ ATS 27 marzo 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4247A).

puede encontrar el AAP Barcelona 6 febrero de 2024¹⁰, que ofrece una definición de residencia habitual al señalar que ésta “se integra por circunstancias fácticas presididas por la vinculación real que una persona tiene con un determinado lugar y que como se alega en el recurso no tiene definición jurídica pero que se integra por elementos cuantitativos (tiempo o presencia), cualitativos y por la voluntad. En cualquier caso, se ha venido entendiendo por residencia habitual aquella en la que la persona tiene su círculo de vida e intereses”. Si bien, aunque esta resolución no determina en qué consisten los elementos objetivos, estos se podrían identificar con la presencia física de la persona en un determinado lugar durante un periodo significativo, la existencia de un domicilio o vivienda en la que se encuentre de forma habitual, o la realización de actividades cotidianas en ese entorno como, por ejemplo, acudir a la consulta médica cuando lo precise. Por otro lado, los elementos subjetivos, que tampoco se señalan por la citada resolución, se refieren a la intención de la persona de establecer en ese lugar el centro de sus intereses vitales, que puede manifestarse a través de diversos indicios, como la existencia de relaciones sociales y familiares, la vinculación con los servicios de la zona (médicos, sociales, etc.), la participación en actividades comunitarias o, simplemente, la expresión de voluntad de la persona con discapacidad sobre su deseo de residir en un lugar, cuando sea posible.

No obstante, la definición ofrecida en la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona tampoco termina de resolver el problema y habrá que estar a las circunstancias del caso, obligando a los tribunales a analizar las circunstancias específicas de cada caso para determinar si un cambio de residencia es temporal o definitivo. Así, los órganos jurisdiccionales deberán atender a otros factores como, por ejemplo, la causa del traslado, la duración prevista de la estancia, la edad o el estado de salud de la persona con discapacidad.

Por ello, a modo de conclusión, puede afirmarse que la carencia tanto de definición legal como jurisprudencial refleja la necesidad de los tribunales de abordar cada caso de forma individualizada, atendiendo a sus circunstancias específicas y a la finalidad teleológica de esta regla que, recordemos, se encuentra en el principio de inmediación judicial para facilitar la preceptiva entrevista del juez con la persona a favor de quien se pide el apoyo. En este sentido, el ATS 23 septiembre 2008¹¹ refuerza la idea de que la residencia habitual se determina por circunstancias fácticas y no meramente formales porque, en el caso específico, el alto Tribunal considera que el cambio de residencia del incapacitado al domicilio de su nueva tutora constituye un “cambio definitivo de domicilio y no una situación eventual, pasajera o transitoria”. Esta interpretación se alinea tanto con los

¹⁰ AAP Barcelona 6 febrero 2024 (ECLI:ES:APB:2024:407A).

¹¹ ATS 23 septiembre 2008 (ECLI:ES:TS:2008:10928A)

elementos objetivos y como volitivos mencionados en la definición de residencia habitual que se ofrece por la Audiencia Provincia de Barcelona.

2. Variantes interpretativas: residencia temporal y residencia actual.

Si bien la determinación de la competencia territorial en los procesos de apoyo a personas con discapacidad se basa en el lugar de residencia de la persona, la jurisprudencia ha introducido otros variantes, como el de “residencia temporal” o “residencia actual”, que pueden dar lugar a distintas interpretaciones. Por ejemplo, en cuanto a la residencia temporal, en el ATSJ Cataluña 6 mayo 2022¹² se indica que la fundación tutelar informó que la persona con discapacidad “*es troba residint temporalment*” (“se encuentra residiendo temporalmente”) en una determinada dirección. Este concepto de residente temporal, que se refiere a una estancia en un lugar determinado que no tiene carácter permanente ni implica un trasado definitivo del centro de intereses, añade un matiz adicional a la complejidad de determinar la competencia territorial, ya que plantea la cuestión de si una residencia de carácter temporal debe ser considerada como “residencia habitual” a efectos de determinar la competencia. Esta circunstancia es particularmente relevante en casos donde la persona con discapacidad puede estar cambiando frecuente de ubicación por razones de salud o cuidado (estancia en un hospital para recibir tratamiento médico, convivencia temporal con familiares en otra localidad por motivos de cuidado o apoyo, visita a familiares o vacaciones en otra localidad), u otras situaciones, como el internamiento en un centro penitenciario.

Además, se encuentran resoluciones que utilizan términos no empleados explícitamente por la ley, como el de “residencia actual”, referido al lugar donde la persona con discapacidad tiene su centro de intereses en el momento en que se plantea la cuestión de la competencia territorial. Un ejemplo significativo es el AAP Huesca 22 febrero 2023¹³. En su razonamiento jurídico único, apartado 4 dispone: “En el presente caso, la persona sobre la que el Ministerio Fiscal insta la adopción de las medidas judiciales de apoyo (principalmente, el nombramiento de un curador) reside en el centro de anciano “El Carmen” situado en la localidad de Igríes (partido judicial de Huesca) desde el 25 de noviembre de 2022. Anteriormente, su domicilio se encontraba en Otiñena (partido judicial de Fraga), pero la competencia debe ser decidida por la residencia actual”. Esta resolución introduce el concepto de “residencia actual” como criterio determinante para la competencia territorial, lo que añade un nuevo matiz a la interpretación del término “residencia” o “residencia habitual” empleado por la legislación. En cualquier caso, este enfoque, no cabe duda, se alinea con el espíritu de la reforma legislativa pero igualmente plantea ciertas dudas como, por ejemplo, ¿cuánto

¹² ATSJ Cataluña 6 mayo 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022350A)

¹³ AAP Huesca 22 febrero 2023 (ECLI:ES:APHU:2023:27A)

tiempo debe transcurrir para que una residencia se considere “actual” a efectos de determinar la competencia?

3. Criterios temporales y distinción del concepto de “residencia” con otros afines.

La determinación de la competencia territorial puede ser una labor compleja puesto que requiere no solo de un análisis de diversos factores objetivos y subjetivos, anteriormente señalados, sino que también requiere del estudio de criterios temporales. Los factores temporales también son esenciales para distinguir entre una residencia habitual de otra que es meramente coyuntural y que se produce antes de la celebración de la vista sin dar lugar a un cambio de competencia territorial previsto en el art. 756.3 LEC. En este sentido se puede señalar resoluciones como la adoptada por el AAP Tarragona 18 octubre 2023¹⁴, que introduce el elemento temporal en su fundamentación jurídica para justificar su decisión. En concreto establece: “Durante la tramitación en esta alzada se recibió informe emitido por el Consell Comarcal del Tarragonés en virtud del cual se comunicaba el ingreso de D. Torcuato en el Instituto Dirección002 con sede en la localidad de Dirección003. En atención a ello, se remitió oficio a la citada institución que en fecha 9 de octubre contestó debidamente al mismo, exponiendo que D. Torcuato cursó ingreso en dicho centro el 2 de agosto de 2023 para un ingreso de subagudos con una duración aproximada de tres meses, con diagnóstico de esquizofrenia paranoide asociada a antecedente de consumo de múltiples tóxicos y situación socio económica desfavorable. De conformidad con lo expuesto, visto que D. Torcuato se encuentra ingresado en un centro sito en la localidad de Dirección003, procede remitir las presente actuaciones al Decanato de dicha ciudad para su oportuno reparto.” Este enfoque aporta una mayor concreción al concepto de “residencia actual”, como la mencionada de la Audiencia Provincial de Huesca al hacer referencia a otro factor, el temporal, que contribuye a motivar las decisiones de los tribunales.

La decisión de la Audiencia Provincial de Tarragona, si bien sugiere que un periodo de tres meses puede ser suficiente para considerar que se ha establecido una nueva residencia a efectos de competencia territorial, lo cierto es que se trata de un criterio no definitivo ni universalmente aplicable y, aunque proporciona una orientación práctica para los tribunales, también plantea nuevas cuestiones como: (i) ¿Cómo debe procederse en situaciones donde el ingreso es de duración incierta o potencialmente más breve?; (ii) ¿Debería considerarse este periodo de tres meses como un estándar aplicable a todos los casos o, simplemente, se trata de una decisión *ad hoc* basa en las circunstancias específicas de este caso?; o; (iii) ¿Qué ocurre en los casos de ingresos recurrentes en diferentes centros

14 AAP Tarragona 18 octubre 2023 (ECLI:ES:APT:2023:1465A).

hospitalarios? Por tanto, aunque la decisión de la Audiencia Provincial de Tarragona es tan loable como la de la Audiencia Provincial de Huesca¹⁵ anteriormente citada, puesto que ambas pretenden proporcionar criterios más precisos para determinar la residencia habitual, la falta de una definición legal y jurisprudencial precisa sigue generando incertidumbre en la aplicación práctica del concepto.

Además, el hecho de no disponer de un concepto acerca de lo que debe entenderse por residencia habitual, junto con la diversidad de interpretaciones judiciales, en la práctica no solo genera incertidumbre, sino que también plantea la necesidad de diferenciar claramente este concepto de otras nociones similares, pero no idénticas, que pueden prestarse a confusión. En este contexto, resulta fundamental distinguir entre la residencia habitual y otros conceptos relacionados, como el domicilio legal o el lugar de empadronamiento, que podrían confundirse en la práctica judicial. En este sentido el AAP Málaga 4 octubre 2023¹⁶ es ilustrativa al indicar que “una cosa es la residencia habitual y otra cosa el empadronamiento formal, pudiendo una persona, aun cuando ello pueda ser no conforme a derecho e incluso pueda ser objeto de sanción, figurar empadronada en un determinado municipio, y tener su residencia habitual en otro, cual acaece en el caso, en el que, reiteramos, doña Reyes tiene en la actualidad su residencia habitual en Torremolinos, es decir su domicilio real y efectivo, por lo que son los Juzgados de Torremolinos los competentes para conocer del procedimiento”.

IV. CONFLICTOS NEGATIVOS DE COMPETENCIA: CASUÍSTICA Y RESOLUCIONES JUDICIALES.

Como se ha visto, la legislación procesal específica sobre discapacidad consagra la residencia de la persona como eje central para determinar la competencia territorial en los procesos de apoyo, pero la falta de una definición precisa de este concepto, tanto legal como jurisprudencial, origina la constante aparición de conflictos negativos de competencia. Estos conflictos se pueden apreciar especialmente cuando se producen situaciones complejas, como los supuestos de ingresos en centros hospitalarios o asistenciales, los ingresos en prisión o, incluso, simplemente estancias vacacionales. Todos estos supuestos tienen como denominador común el cambio de residencia por la persona con discapacidad que bien podría ser temporal o incluso, al desconocerse *a priori*, indefinida. Pero en todo caso la nota de “habitualidad” requerida por el art. 42.bis.a), que tampoco se encuentra delimitada por la norma, también se presenta problemática, obligando a los tribunales a analizar cada caso de forma individualizada para determinar con mayor precisión la competencia territorial.

15 AAP Huesca 22 febrero 2023 (ECLI:ES:APHU:2023:27A).

16 AAP Málaga 4 octubre 2023 (ECLI:ES:APMA:2023:2873A).

Esta cuestión es de suma importancia porque afecta directamente a la eficacia y celeridad de los procedimientos judiciales, así como a la protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Para ilustrar mejor esta problemática y entender cómo los tribunales están abordando estas cuestiones, es útil examinar algunos casos concretos que se han presentado en la *praxis* judicial. Aunque, por su volumen, la principal categoría se refleja en situaciones comunes donde la cuestión de competencia hace referencia a ingresos hospitalarios o en centros asistenciales, también se hace necesario plasmar las soluciones que se ofrecen para los ingresos en centros penitenciarios y algunos escenarios específicos, como la residencia temporal en estancias vacacionales. Cada una de estas categorías presenta sus propias particularidades a la hora de determinar la residencia habitual por lo que procede analizar en detalle cómo los tribunales los han abordado al objeto de concretar la competencia territorial.

I. Ingresos hospitalarios.

En la práctica judicial, para la determinación de la competencia territorial, los casos relacionados con los ingresos hospitalarios de las personas con discapacidad, por su naturaleza indefinida y a menudo prolongada, plantean frecuentes conflictos negativos de competencia. La reiteración casuística ha obligado al TS a tener que abordar esta problemática en múltiples ocasiones, lo que refleja la complejidad del asunto y su relevancia práctica. En las últimas resoluciones que ha dictado el TS, como los autos 12 diciembre 2023¹⁷, 30 mayo 2023¹⁸ y 31 enero 2023¹⁹ el Alto Tribunal siempre ha reiterado en su motivación jurídica los criterios legales: “el fuero aplicable es el de la residencia de la persona con discapacidad” y, en caso de cambio de residencia en el proceso, “las actuaciones deben remitirse al juez de la nueva residencia, siempre que aún no se haya celebrado la vista”. Esto se justifica en “la finalidad de facilitar el desarrollo del proceso, que debe acercarse al lugar donde efectivamente se encuentra la persona con discapacidad”. Y, ya entrando en el fondo de la cuestión, ha clarificado que los ingresos hospitalarios pueden constituir una nueva residencia a efectos de competencia judicial. Así en el ATS 12 diciembre 2023²⁰, se afirma que “de lo actuado resulta que en el momento del planteamiento del conflicto negativo de competencia, la demanda se encuentra ingresada en el Centro hospitalario HOSPITAL000 de Madrid. En consecuencia, de conformidad con el Ministerio Fiscal y atendidos los datos del procedimiento, la residencia actual de la persona afectada se encuentra en Madrid”.

17 ATS 12 diciembre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:17057A).

18 ATS 30 mayo 2023 (ECLI:ES:TS:2023:7676A).

19 ATS 31 enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3924A).

20 ATS 12 diciembre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:17057A).

Debe notarse que el propio TS utiliza un criterio flexible porque si bien esta línea jurisprudencial parece clara y lógica para aquellos ingresos hospitalarios prolongados, lo cierto es que pueden generar cierta inseguridad jurídica en casos de ingresos de duración corta, incierta o intermitente y, por ello, precisa que atiende a “los datos del procedimiento” haciendo referencia, entendemos, al lapso temporal previsible de la estancia hospitalaria. La consideración de cuándo un ingreso hospitalario se puede considerar como lo suficientemente prolongado como para constituir una nueva residencia a efectos de competencia judicial puede resultar ambigua y generar problemas aplicativos en la práctica. Máxime si se tiene en cuenta que los ingresos hospitalarios pueden variar en duración y frecuencia, especialmente en los casos de personas con discapacidad que puedan requerir atención médica de forma recurrente pero no necesariamente continua, lo que podría dar lugar a cambios frecuentes en la competencia judicial afectando a la eficacia de los procedimientos que serían sometidos a un “peregrinaje” entre diferentes órganos judiciales, comprometiendo la efectividad del proceso.

2. Ingresos en centros asistenciales.

De forma análoga a los ingresos hospitalarios, también se observa en la práctica judicial un notable número de conflictos competenciales provocados por ingresos en centros asistenciales, tales como residencias geriátricas o centros especializados para personas con discapacidad. Estos plantean cuestiones de naturaleza similar a los ingresos en centros hospitalarios por lo que se puede advertir que las recientes resoluciones abordan estos casos aplicando criterios jurídicos análogos a los establecidos para los ingresos hospitalarios. En este sentido, el AAP Santander 27 marzo 2023²¹ trata un conflicto negativo de competencia territorial entre dos juzgados respecto a la solicitud de internamiento de una persona en un centro geriátrico en el que, aplicando la doctrina del TS, establece que “conforme a los datos del procedimiento, la residencia de la persona afectada se encuentra actualmente en la Residencia Virgen de Valencia de Puente Arce, lo que determina la competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia de Santander para el conocimiento de este asunto”. Al hilo de este AAP Santander 27 marzo 2023 interesa reseñar que su decisión se remite a la aplicación de los principios y fundamentos normativos establecidos por el TS en su auto 28 septiembre 2021²², que fue dictado a escasos días de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pero que es manifiestamente criticable por su parquedad en su motivación. Y es que del análisis del ATS 28 septiembre 2021 su decisión se despacha sin exponer de forma nítida los antecedentes de hecho que originan el caso y sin ofrecer datos suficientes en su motivación para poder corroborar la posible aplicación de sus fundamentos a casos análogos. El TS se limita a indicar que “conforme a los

21 AAP Santander 27 marzo 2023 (ECLI:ES:APS:2023:67A).

22 ATS 28 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:11998A).

datos del procedimiento, la residencia actual de la persona afectada se encuentra en Morón de la Frontera, lo que determina la competencia territorial de los Juzgados de este último partido judicial para el conocimiento de este asunto". Se hace evidente que la mera referencia a la expresión "conforme a los datos del procedimiento" es insuficiente y carente de rigor jurídico, por lo que merece reprobar la falta de exhaustividad y transparencia en la fundamentación de la decisión. Esta omisión de detalles cruciales del caso puede tener importantes consecuencias en la interpretación del derecho para supuestos futuros, sobre todo porque la falta de detalle en la fundamentación obstaculiza la función orientadora que deben cumplir las decisiones del Alto Tribunal.

En cualquier caso, esta interpretación admitiendo los centros asistenciales como nueva residencia a efectos de competencia territorial, se ve reforzada por otras decisiones similares, como el que se refleja en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla, 8 mayo 2023²³, consolidándose en la práctica judicial. En este caso concreto, el juzgado se inhibió de conocer un expediente de curatela debido al ingreso de la persona con discapacidad en una residencia de otra localidad. El auto en cuestión fundamentó su decisión en principios similares a los establecidos para los ingresos hospitalarios, haciendo hincapié en la importancia de la residencia actual de la persona con discapacidad y, específicamente, el juzgado argumentó que "siendo la residencia actual de D^a Marta con carácter permanente o definitivo en la localidad de PAMPLONA, viviendo en un centro residencial de dicha localidad, la competencia judicial debe amoldarse a esa residencia, conforme a esa regla competencial, más acorde al principio de protección del discapacitado." En el mismo sentido y con idéntica fundamentación se pronuncia el Auto 2 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla, 7 enero 2022²⁴, cuando establece que "teniendo en cuenta que tal y como se informa en la documental obrante en el expediente, la persona con discapacidad ha cambiado su domicilio a la Residencia para Personas Mayores, sita en Pamplona, la competencia para conocer del presente Expediente sería el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona".

Estas resoluciones, tanto para los casos de ingresos hospitalarios como en centros asistenciales, llevan a afirmar que existe una sólida aceptación de estas instituciones como residencias a los efectos competenciales que se están analizando, dotando a este criterio de una notable seguridad jurídica al tiempo que se alinea con el principio de accesibilidad a la justicia para las personas con discapacidad que se persigue con la reforma.

²³ AJPII Tafalla 8 mayo 2023 (ECLI:ES:JPII:2023:60A).

²⁴ AJPII Tafalla 7 enero 2022 (ECLI:ES:JPII2022:185A).

3. Los centros penitenciarios como “residencia” a efectos de competencia territorial.

El ingreso en un centro penitenciario también plantea cuestiones relevantes desde el ámbito jurisprudencial en cuanto a la determinación de la competencia territorial. El TS ha establecido como doctrina de forma genérica que la estancia en prisión, por su naturaleza temporal, no implica necesariamente un cambio de domicilio o residencia habitual de la persona. Este principio general se desprende del ATS 23 noviembre 2021²⁵ del que se reafirma que “es criterio reiterado por esta sala (autos de 27 de octubre de 2009, 28 de septiembre de 2010 y 10 de marzo de 2020) que la estancia en prisión, temporal por definición, no supone necesariamente la pérdida de domicilio”.

No obstante, es importante destacar que el TS no excluye la posibilidad de que un centro penitenciario pueda ser considerado como residencia de un discapacitado en determinadas circunstancias puesto que, a pesar de su naturaleza temporal, en el ATS 2 diciembre 2014²⁶ dispuso que “del examen de lo actuado, resulta acreditado que el incapaz D. tuvo residencia en el centro penitenciario de Monterroso en la provincia de Lugo, donde cumplía condena, fue emplazado personalmente y se le notificó personalmente la sentencia”. En este caso concreto el Alto Tribunal consideró diversos factores para determinar la competencia territorial tales como los emplazamientos y notificaciones previas a su excarcelación. Sin embargo, tras su puesta en libertad el TS resolvió atribuir la competencia al juzgado en cuyo partido judicial se encontraba la residencia que designó el propio incapaz que, a pesar de encontrarse en paradero desconocido, coincidían con las averiguaciones realizadas a través del Punto Neutro Judicial.

En esta misma línea, adquiere especial relevancia el ATSJ País Vasco 26 septiembre 2018²⁷ en el que el Tribunal reconoce que un centro penitenciario puede ser considerado como lugar de residencia a efectos de determinar la competencia judicial en casos de capacidad. Para ello, subraya la importancia de considerar las circunstancias reales y actuales de la persona, más allá de los registros formales de domicilio, para asegurar la pretendida accesibilidad de la judicial y el principio de tutela judicial efectiva. En su razonamiento el Tribunal consideró que la estancia del presunto discapacitado en el centro penitenciario se extendería por un periodo prolongado y, además, se tuvo en cuenta la situación previa de inestabilidad domiciliaria.

25 ATS 23 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:I5484A).

26 ATS 2 diciembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:I0453A).

27 ATSJ País Vasco 26 septiembre 2018 (ECLI:ES:TSJPV:2018:231A).

En otro orden, en las resoluciones del TS también puede apreciarse que no siempre realiza una distinción nítida entre los conceptos de domicilio y residencia puesto que, a los efectos de determinar la competencia en estos supuestos, se observa en diversos autos, como el ATS 8 marzo 2022²⁸, emplea el término domicilio de forma incorrecta. En esta resolución, a pesar de que se reconoce la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pone énfasis en el criterio de residencia para determinar la competencia en casos relacionados con personas con discapacidad, el Tribunal continúa utilizando el término “domicilio” en partes de su argumentación, lo que pueda generar cierta confusión. A modo ilustrativo se pueden extraer dos extractos del mencionado auto que hacen referencia a esta circunstancia: “En consecuencia, y de conformidad con el Ministerio Fiscal, habiéndose acreditado que la estancia en el Centro Penitenciario de Soto del Real fue muy breve y su domicilio actual, según resulta de la averiguación domiciliaria se encuentra en Valencia...” y “Todas estas circunstancias llevan a concluir que procede devolver las actuaciones al juzgado de Alicante, para que en su caso y previa confirmación de cuál es el domicilio actual del demandado, adopte la medida correspondiente en cuanto a la competencia territorial”. Este hecho merece, por tanto, el mismo reproche que se ha realizado previamente al legislador porque esta práctica puede generar cierta ambigüedad en la interpretación de los criterios competenciales, especialmente en aquellas situaciones donde la persona afectada puede experimentar cambios frecuentes de ubicación como ocurre en los casos de ingresos penitenciarios.

4. Cambios de residencia en períodos vacacionales, estancias cortas o intermitentes para el cuidado por familiares.

Mención especial merece la problemática que surge en la determinación de la competencia territorial cuando se trata de estancias cortas o períodos vacacionales de personas con discapacidad, tal y como se evidencia en el supuesto resuelto por el ATS 17 mayo 2022²⁹. En el caso concreto, se planteó un conflicto entre un juzgado de Palma de Mallorca y otro juzgado en relación con un procedimiento de rendición de cuentas de curatela. Si bien el auto destaca la importancia de determinar la “residencia habitual” de la persona con discapacidad como criterio fundamental para establecer la competencia, la dificultad surge cuando existen desplazamientos temporales que pueden confundirse con cambios de residencia. En el caso analizado, se constata que la persona “se desplazaba a [otra localidad] únicamente en vacaciones para visitar a la familia”, lo que a juicio del TS no constituye un cambio de residencia habitual. Esta situación pone de manifiesto la complejidad para determinar la residencia habitual en casos donde existen desplazamientos frecuentes o estancias temporales prolongadas. En cualquier caso, también es importante destacar a raíz del análisis de este Auto que, para la determinación

²⁸ ATS 8 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3932A).

²⁹ ATS 17 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:9347A).

de la competencia territorial, es importante la participación activa del presunto discapacitado, dado que en el caso analizado fue precisamente la declaración de la persona con discapacidad la que permitió aclarar que su domicilio se ubicaba en Palma a pesar de sus desplazamientos temporales. En definitiva, la decisión del Alto Tribunal destaca la importancia de considerar la residencia habitual efectiva de la persona, más allá de estancias cortas o períodos vacacionales, y subraya la necesidad de facilitar su participación activa en el proceso.

Además, la determinación de la “residencia habitual” puede resultar especialmente compleja en casos donde existan desplazamientos frecuentes, situaciones de vida itinerante o períodos prolongados de estancia en diferentes lugares. Un ejemplo que podría ilustrar esta complejidad podría ser el de un discapacitado cuyo cuidado es compartido por sus dos hermanos, de tal suerte que se alternan mensualmente para sus cuidados, correspondiendo los meses pares a uno de los hermanos y los impares al otro. En estos casos, de rotación de los discapacitados para el cuidado por familiares los tribunales deberían desarrollar criterios más específicos para evaluar la naturaleza de la residencia, considerando factores al margen de la duración de las estancias, como por ejemplo la voluntad de la persona, sus vínculos sociales y familiares en cada lugar o el centro de sus intereses vitales.

5. Competencia territorial tras el fallecimiento de la persona necesitada de medidas de apoyo.

El AAP Valencia 7 de febrero 2024, dictado por la Audiencia Provincial de Valencia³⁰ tuvo la oportunidad de abordar una cuestión de competencia territorial en el ámbito de las medidas de apoyo tras el fallecimiento de la persona con discapacidad en el que se puso de manifiesto la complejidad que pueden alcanzar estas cuestiones cuando se producen circunstancias sobrevenidas. Concretamente, resuelve un conflicto de competencia territorial entre el Juzgado de Primera Instancia de Alzira y el Juzgado de Primera Instancia de Sueca, en relación con un expediente de jurisdicción voluntaria sobre revisión de medidas de apoyo que trae causa de un procedimiento tramitado en el Juzgado de Alzira, que dictó sentencia en el año 2018 declarando a la persona con discapacidad “totalmente incapaz para regir su persona y sus bienes” y designando como tutora a su hija. Posteriormente, conforme a la Ley 8/2021, se inició la revisión de las medidas de apoyo, momento en el que se comunicó el traslado de residencia de la persona con discapacidad a un municipio perteneciente al partido judicial de Sueca. La singularidad del asunto reside en que el fallecimiento de la persona con discapacidad se comunicó durante el trámite de alegaciones sobre la competencia territorial que se seguía en el Juzgado de Alzira. A pesar del fallecimiento este juzgado se declaró incompetente

30 AAP Valencia 7 febrero 2024 (ECLI:ES:APV:2024:221A).

y se inhibió en favor de los Juzgados de Sueca que, a su vez, declaró su falta de competencia territorial, elevando los autos a la Audiencia Provincial para la resolución del conflicto.

La Audiencia Provincial, por su parte, interpretó que lo dispuesto por el art. 42 bis a), apartado 2 LJV ("Será competente para conocer de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen") solo es aplicable cuando el expediente tiene por objeto la adopción de medidas de apoyo o la revisión de las ya adoptadas. Pero en el caso concreto, dado que la persona con discapacidad había fallecido antes de la inhibición, en el expediente ya no se podía acordar ninguna medida, sino que debía limitarse a requerir a la tutora la rendición de cuentas final de la tutela y aprobarla en su caso. Para la Audiencia Provincial esta rendición de cuentas "no constituye propiamente una medida de apoyo, sino una diligencia final tras el fallecimiento de la persona tutelada para el cumplimiento de la obligación legal prevista en el artículo 292 del CC, y no susceptible por tanto de provocar por sí misma un cambio en el Juzgado territorialmente competente". Además, también señala la Audiencia que en el momento de la inhibición, la persona con discapacidad ya no tenía ninguna residencia debido a su fallecimiento. En consecuencia, el tribunal declaró competente al Juzgado de Alzira para conocer de la rendición final de cuentas de la tutela de la persona que en vida había necesitado de medidas judiciales de apoyo, ordenando a éste la remisión de las actuaciones para que continuara la tramitación del procedimiento.

V. CONCLUSIONES.

La casuística jurisprudencial de los conflictos negativos de competencia territorial en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad muestra que la reforma legislativa introducida por la Ley 8/2021, aunque ha supuesto un importante avance en la adecuación del ordenamiento jurídico español a los requisitos establecidos por la CIDPD, pone de manifiesto que persisten problemas en la determinación de la competencia territorial en estos procesos. Tras la reforma, las normas procesales establecen que el criterio de la residencia de la persona con discapacidad es el que determina la competencia territorial en esta materia para dar prioridad a la proximidad entre el órgano judicial y la persona necesitada de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar una tutela judicial efectiva y facilitar la participación activa de la persona con discapacidad en el proceso.

Aunque la jurisprudencia está desempeñando una importante labor para interpretar y concretar el concepto de residencia habitual, dada la ausencia de

una definición específica en la legislación procesal sobre discapacidad, lo cierto es que su aplicación práctica se muestra en ocasiones bastante complejo, lo que da lugar a los frecuentes conflictos negativos de competencia. Y, a pesar de que algunos tribunales intentan desarrollar una noción de residencia, buscando establecer una vinculación de la persona con un determinado lugar atendiendo a elementos, objetivos o subjetivos, las situaciones complejas (producto de la movilidad frecuente o los internamientos en centros sanitarios, asistenciales o penitenciarios) les obligan a analizar cada caso de forma específica.

A estos conflictos se les añade un aspecto singular derivado de la excepción que estos procesos suponen al principio de *perpetuatio jurisdictionis*, puesto que la competencia territorial se puede modificar durante la tramitación del procedimiento, en caso de cambio de residencia habitual. Si bien esta excepción refleja la primacía que se otorga a la proximidad e inmediatez judicial sobre la estabilidad procesal, lo cierto es que también plantea problemas en términos de seguridad jurídica y eficiencia procesal, ya que amplían la posibilidad de plantear conflictos de competencia y, con ello, de retrasos en la adopción de resoluciones que establecen las medidas de apoyo.

Un aspecto que merece especial atención es la imprecisión terminológica que se desprende de la redacción de los preceptos procesales relativos a esta materia, porque se utiliza de forma inconsistente los términos “residencia”, “residencia habitual” y “domicilio” en diferentes artículos, lo que puede crear confusión. Esta falta de coherencia terminológica puede plantear problemas interpretativos que inducen a confusión, puesto que, como se ha visto, alguna resolución del Tribunal Supremo ha empleado de forma equivalente los conceptos de “residencia” y “domicilio”.

Además, la naturaleza imperativa de la competencia territorial en estos procesos señala la importancia de contar con criterios claros para su determinación, puesto que el juez tiene la obligación de examinar de oficio su competencia territorial. Se hace necesaria, por tanto, una interpretación jurisprudencial coherente y adaptada a las múltiples realidades que pueden presentarse en la práctica.

Por último, cabe concluir que, aunque la casuística jurisprudencial ha puesto de manifiesto diversos escenarios problemáticos en la determinación de la competencia territorial, entre los que destacan los ingresos hospitalarios (que se caracterizan por su naturaleza temporal), ciertamente, los tribunales han desarrollado pocos criterios -como la duración de la estancia, intención de permanencia, vínculos con el lugar de residencia anterior, etc.- para dotar de certeza jurídica a la resolución de estas situaciones. Por tanto, existe la necesidad de dotar de mayor claridad a la redacción de las normas procesales en esta materia, así como de seguir realizando una continua labor de interpretación jurisprudencial para perfilar los criterios de

los escenarios más significativos y evitar, así, problemas como la demora de la adopción de las medidas requeridas por las personas con discapacidad, el gasto de tiempo y recursos judiciales y la inseguridad que se puede generar para todos los operadores jurídicos e interesados en estos procedimientos.

ANEXO.- ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA.

Tribunal Supremo

ATS 12 diciembre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:17057A) - Ingreso hospitalario como nueva residencia

ATS 30 mayo 2023 (ECLI:ES:TS:2023:7676A) - Competencia territorial y residencia

ATS 31 enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3924A) - Determinación de competencia territorial

ATS 8 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3932A) - Centro penitenciario y competencia territorial

ATS 17 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:9347A) - Estancias vacacionales y residencia habitual

ATS 23 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:15484A) - Estancia en prisión y domicilio

ATS 28 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:11998A) - Centros asistenciales

ATS 2 diciembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:10453A) - Centro penitenciario como residencia

ATS 23 septiembre 2008 (ECLI:ES:TS:2008:10928A) - Cambio de residencia y competencia territorial

Tribunales Superiores de Justicia

ATSJ País Vasco 26 septiembre 2018 (ECLI:ES:TSJPV:2018:231A) - Centro penitenciario y residencia

ATSJ Cataluña 6 mayo 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022350A) - Residencia temporal vs. residencia habitual

Audiencias Provinciales

AAP Valencia 7 febrero 2024 (ECLI:ES:APV:2024:221A) - Fallecimiento y competencia territorial

AAP Barcelona 6 febrero 2024 (ECLI:ES:APB:2024:407A) - Concepto de residencia habitual

AAP Tarragona 18 octubre 2023 (ECLI:ES:APT:2023:1465A) - Criterios temporales

AAP Málaga 4 octubre 2023 (ECLI:ES:APMA:2023:2873A) - Empadronamiento vs. residencia habitual

AAP Huesca 22 febrero 2023 (ECLI:ES:APHU:2023:27A) - Residencia actual

AAP Santander 27 marzo 2023 (ECLI:ES:APS:2023:67A) - Centros asistenciales

Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

AJP II Tafalla 8 mayo 2023 (ECLI:ES:JP II:2023:60A) - Ingreso en residencia

AJP II Tafalla 7 enero 2022 (ECLI:ES:JP II:2022:185A) - Cambio de domicilio a residencia

PANORAMA

INVALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS REALIZADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

INVALIDITY OF LEGAL TRANSACTIONS CARRIED OUT BY PEOPLE WITH DISABILITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 1082-1121

* Esta investigación se ha realizado y financiado en el marco del proyecto de investigación titulado "Invalidez de los negocios jurídicos realizados por personas con discapacidad", patrocinado por el Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC) de la Universidad de Lima, con código presupuestario PI.61.003.2023. El presente documento recibió la contribución de Renata Alejandra Velásquez Arévalo, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en su calidad de practicante.

Enrique VARSI-
ROSPIGLIOSI y
Jairo Napoleón
CIEZA MORA

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Las personas con discapacidad son capaces, pueden generar efectos civiles válidos con su deseo y actuar. Tema de especial interés es el discernimiento en los actos jurídicos realizados por las personas con discapacidad y cómo estos actos pueden verse afectados por causales de nulidad ante la ausencia de manifestación de voluntad, por contravenir normas de orden público, o por anulabilidad por vicios, o de ineficacia por un actuar deficiente del apoyo. Y es que la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad es un tema complejo que amerita de un estudio serio y pormenorizado. Se necesita estudiar la relación entre la falta de discernimiento y la ausencia de voluntad, realizando un análisis del discernimiento como categoría jurídica para evaluar la eficacia y validez negocial. Con esta investigación se busca establecer los criterios teóricos a tenerse a fin de que los operadores legales puedan tener mayor predictibilidad en los casos de invalidez o ineficacia en los actos jurídicos celebrados por las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Invalidez; ineficacia; discapacidad; capacidad; manifestación de voluntad; discernimiento.

ABSTRACT: *People with disabilities are capable; they can enter into legitimate agreements and contracts with other parties, which includes their ability to express their will. A topic of special interest is the expression of will in legal acts carried out by people with disabilities and how these acts can be affected on the grounds of nullity in the absence of manifestation of will for contravening rules of public order, or for invalidity due to defects, or ineffectiveness due to a deficient act of the support. The validity of legal acts performed by people with disabilities is a complex issue that requires a serious and detailed study. It is necessary to study the relationship between the lack of discernment and the absence of will, making an analysis of discernment as a legal category to evaluate the effectiveness and validity of the negotiation. This research aims to establish theoretical criteria to be considered so that legal operators can have greater predictability in cases of contractual invalidity or ineffectiveness in acts performed by people with disabilities.*

KEY WORDS: *Invalidity; ineffectiveness; disability; manifestation of will; discernment; capacity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAPACIDAD JURÍDICA.- I. (In – dis) capacidad, restricción de la capacidad y validez del acto.- III. MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD Y VALIDEZ.- 1. Falta de discernimiento.- 2. Estado de coma.- A) *El acto realizado por persona en estado de coma.*- B) *El acto realizado por el apoyo nombrado previamente por la persona privada de discernimiento por estar en estado de coma.*- C) *Discapacidad transitoria.*- D) *Discapacidad intelectual.*- IV. INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.- I. Invalidez del documento.- A) *Falta de formalidad.*- 2. (In) validez o (in) eficacia de los actos celebrados por el apoyo.- A) *Cuando el apoyo actúa sin representación.*- B) *Cuando el apoyo actúa con representación.*- C) *Cuando el apoyo con representación se excede o contraviene las facultades.*- D) *Cuando el apoyo que no respeta las salvaguardias (previas, coetáneas o ex post) del acto jurídico.*- E) *Cuando el apoyo con representación reconstruye la voluntad de la persona con discapacidad de forma errónea o no la reconstruye o no realiza el acto en beneficio de esta.*- 3. Invalidez de los actos celebrados por la persona con discapacidad.- A) *El acto jurídico realizado por persona con discapacidad que requiera de la intervención de un apoyo.*- B) *El acto jurídico realizado por persona con discapacidad prescindiendo de la intervención del apoyo designado.*- a) *No cumplir con la norma imperativa.*- b) *Falta de manifestación de voluntad.*- C) *El acto jurídico viciado realizado por la persona con discapacidad.* V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

EL Decreto Legislativo 1384, del 03 de setiembre de 2018, modificó casi todos los libros del Código Civil (salvo el Derecho internacional privado) en lo que se refiere a la capacidad de los sujetos para la realización de actos jurídicos. Este cambio se dio en virtud de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención), suscrito el 30 de marzo de 2007, adecuando el Código a este instrumento internacional.

La Convención modifica el antiguo régimen de la representación para las personas con incapacidad sustentado en la sustitución de la voluntad regidos por la curatela. Este sistema se había agotado pues convertía a los incapaces en una especie de “muertos civiles”, al no poder celebrar contratos, aceptar donaciones, herencias o legados sin la participación de un curador, lo que vulneraba su dignidad y derechos. Frente al sistema de representación, la Convención incorpora el régimen social por el cual las personas con discapacidad tienen autonomía en la toma de sus decisiones, implementándose el sistema ajustes razonables de apoyo y salvaguardias.

• Enrique Varsi-Rospigliosi

Abogado. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica (IDIC), Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú. Email: evarsi@ulima.edu.pe ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7206-6522>

• Jairo Napoleón Cieza Mora

Abogado. Doctorando y Magíster en Derecho por la Universidad Mayor Nacional de San Marcos. Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica (IDIC), Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú. Email: jcieza@ulima.edu.pe ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5501-7377>

Dentro de este marco es pertinente desarrollar los alcances de la teoría de los actos jurídicos realizados por las personas con discapacidad y cómo estos pueden verse afectados por causales de invalidez sea ante la ausencia de manifestación de voluntad, por contravenir normas de orden público, por algún vicio de la voluntad o de ineficacia sea cuando el apoyo actúa sin representación o no cumpla con las facultades dentro del compromiso delegado.

Y es que la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad es un tema complejo y amerita un estudio integral. Importa establecer criterios teóricos a tenerse en cuenta a fin de que los operadores legales puedan tener mayor predictibilidad en los casos de invalidez o ineficacia negocial en los actos celebrados por las personas con discapacidad.

Discapacidad, incapacidad e invalidez del acto jurídico es la tríada que nos convoca. Capacidad y validez; incapacidad e invalidez. Precedente y consecuente. La aptitud de toda persona de generar efectos jurídicos y trascender legalmente es la base la teoría del Derecho civil. Hay que hacer prevalecer la capacidad negocial frente a la capacidad de consentir¹, debe preservarse la capacidad de negociación en aspectos patrimoniales de las personas con discapacidad, integrándola y haciéndola partícipe directo de sus actos. No es la discapacidad lo que genera la invalidez del acto jurídico, esta se da en razón que la manifestación de voluntad prestada carece de los estándares necesarios para reconocerle virtualidad obligatoria en igualdad de condiciones con los demás², argumentar una invalidez por discapacidad es discriminatorio y contrario a los estándares de un Derecho civil contemporáneo.

El problema se presenta en la forma en que ha sido modificado el Código Civil no habiéndose interpretado correctamente lo que buscaba la Convención. Diera la impresión que se hubiese realizado un mero “barrido” de la palabra “incapacidad” en todo el Código, sustituyéndola de manera asistemática por el término “discapacidad”. Sin embargo, el Código sigue utilizando el término incapaz en veinticinco (25) artículos; en otros quince (15) el término incapacidad ha quedado reducido a la minoridad (incapacidad absoluta de ejercicio).

Lo sustancial de la modificación y que genera polémica ha sido la derogación de la categoría “discernimiento” del artículo 43 del Código como causal de incapacidad absoluta, con lo cual se trastoca el régimen legal de capacidad en el Perú. Esta derogación es discutible. Se deja sin efecto la capacidad de entender y de querer, como categoría fundamental para distinguir los actos jurídicos celebrados

1 ROSENVALD, N.: Curatela. En *Tratado do direito das familias*. IBDFAM, Belo Horizonte, 2016, p. 68.

2 LECIÑENA IBARRA, A.: “Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento”, *La Ley*, 10063, 2022, p. 4.

por personas conscientes de los efectos jurídicos de su voluntad. Refiere Espinoza³ que la obsesión latente ha sido la eliminación del discernimiento del Código Civil, eliminación incompleta pues, si bien se ha hecho en la mayoría de los libros del Código (personas, contratos, sucesiones), permanece con cuatro (4) artículos en el Libro de familia relacionada con los menores de edad y uno (1) en el Libro de sucesiones. En total tenemos cinco (5) artículos en el Código que tratan aun el discernimiento, de allí que el término y la institución sigue vigente. Entonces:

¿Cómo podemos diferenciar la razón de ser en los casos que no se aplica el discernimiento y en los casos que sí se aplica?

¿Es, acaso, una inadecuada política legislativa la que obvió esos artículos? o es que en esos casos sí corresponde aplicar limitaciones a la falta de discernimiento.

En este contexto, se presenta un problema mayor que es la impredecibilidad y la falta de seguridad jurídica de los actos jurídicos celebrados por las personas con capacidad de ejercicio plena (art. 42) o con capacidad de ejercicio restringida (art. 43), en que podrían ser invalidados por la falta de discernimiento.

La voluntad está conformada por dos elementos: discernimiento (distinción intrínseca) y volición (materialización de la decisión), de forma que cuando una persona está privada de discernimiento no puede expresar su voluntad verdadera configurándose un acto carente de valoración subjetiva⁴ Entonces, se presenta una vinculación entre la capacidad de los sujetos y los actos jurídicos realizados que pueden ser declarados inválidos o ineficaces.

La importancia de la determinación de la discapacidad o incapacidad de la persona permitirá conocer el efecto jurídico del acto jurídico celebrado. El requisito de la capacidad sirve como presupuesto para conocer la validez del acto y, funcionalmente, la eficacia que este tendrá frente a terceros.

II. CAPACIDAD JURÍDICA.

La capacidad le da contenido al acto jurídico con la participación de un sujeto apto para generar consecuencias jurídicas a través de la expresión de su voluntad.

Precisa Alpa⁵ que el jurista, y en particular que el civilista, describen la idoneidad del individuo para ser titular de derechos con el término *capacidad jurídica*, término que se remonta, a decir de Angelo Falzea, en el jurista alemán

3 ESPINOZA ESPINOZA, J.: "Capacidad de ejercicio plena", en AA.VV.: *Nuevo comentario al Código civil peruano* (coord. por J. ESPINOZA ESPINOZA, & M. GALLEGOS SALAZAR), vol. I, Instituto Pacífico, Lima, 2021, pp. 491 - 492.

4 ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Acto jurídico negocial*, Gaceta jurídica, Lima, 2008, p. 801.

5 ALPA, G.: *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma, 1993, p. 63.

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840). En ciertas áreas culturales la capacidad jurídica es considerada un concepto inútil, derivado de la religión, de la costumbre, del ordenamiento familiar; meramente un resumen de la situación de la persona física durante todo el tiempo de su vida⁶.

Para Bianca⁷ el reconocimiento de la capacidad jurídica general de toda persona física es la primera condición del principio de igualdad, reconociéndosele como un derecho fundamental y su limitación injusta constituye una forma de discriminación lesiva a la personalidad humana. Perlingieri⁸ vislumbra la superación de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, pues si la capacidad es simplemente la aptitud de apropiación de la situación subjetiva, esta aptitud pertenece a todos los sujetos jurídicos sin límites de situación jurídica; si la capacidad jurídica, por el contrario, se identifica con la capacidad de obrar, también debe discutirse que una mayor o menor capacidad de obrar se traduzca en una mayor o menor personalidad del sujeto. El negocio jurídico, válidamente formado, adquiere "fuerza de ley" entre las partes y las obliga a la ejecución de las cláusulas pactadas⁹, surgiendo el acto jurídico preceptivo, entendido como aquel acto que obliga.

Toda persona mayor de edad (capaz o discapaz) tiene plena capacidad de ejercicio (arts. 3 y 42 del CC).

Hay una base, de la cual partimos y es que se presume (*iuris tantum*) que todos tenemos capacidad de ejercicio para realizar actos jurídicos. Esta capacidad de ejercicio puede verse restringida por: una situación cronológica, siendo el caso de los menores de edad o por falta de discernimiento.

(In – dis) capacidad, restricción de la capacidad y validez del acto.

La incapacidad (absoluta y relativa), antes de la reforma, se determinaba por diversas razones: edad, entendimiento, salud síquica, gestión patrimonial, vicios e inhabilitación¹⁰.

Con la modificatoria del 2018 solo hay incapacidad absoluta por minoría de edad, y se ha variado el *nomem* de incapacidad relativa por capacidad de ejercicio restringida. La incapacidad no deviene por causa alguna, las personas con discapacidad son capaces; lo que se ha limitado --restringido-- es el ejercicio

6 RESCIGNO, P.: *Manuale del Diritto privato italiano*, 6ª ed., Jovene editore, Napoli, 1984, p. 121.

7 BIANCA, M.: *Diritto civile. La norma giuridica - I soggetti*, vol. I, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 217.

8 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoles, 1972, p. 140.

9 VIARO, M.: *I principi generali del diritto*, Cedam, Padova, 1969, p. 174.

10 VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de las personas*, 1ª ed., Coedición Gaceta Jurídica y Universidad de Lima, Lima, 2014, p. 855.

(art.44) para casos de edad, vicios, gestión patrimonial, inhabilitación y por el estado de coma.

Solo la ley puede establecer restricciones a la capacidad de ejercicio, de ninguna manera pueden presumirse. Este tipo de capacidad debe abordarse desde una visión solidaria, desterrando la idea que es la persona “quien la produce”. La discapacidad no es equivalente a capacidad de ejercicio restringida. Los sujetos con alguna discapacidad tienen plena capacidad de ejercicio y, de ser el caso, cuentan con ajustes razonables, apoyos y medidas de salvaguardias. El derecho proporciona herramientas jurídicas y fácticas para que la persona con discapacidad se inserte con mayor facilidad en la sociedad, coadyuvar con su desarrollo y el lograr su proyecto de vida.

La importancia de la determinación del tipo de discapacidad a la que se encuentra sometida la persona permitirá saber el efecto jurídico del acto celebrado. El requisito de la capacidad debe servir como presupuesto para conocer la validez del acto y, funcionalmente, la eficacia que este pudiera tener frente a terceros.

La reforma en materia de capacidad ha eliminado: (i) la privación de discernimiento como incapacidad absoluta, (ii) la enfermedad y el deterioro mental como incapacidad relativa, (iii) la nulidad del acto por incapacidad absoluta y (iv) la anulabilidad causada por las neuro divergencias del sujeto. Sin embargo, existen casos de personas que, sin discernimiento, sea por incapacidad natural absoluta o por cuestiones mentales, que no pueden expresar voluntad, debiéndose este problema resolverse aplicando la teoría de invalidez, en especial de la nulidad por falta de manifestación de la voluntad (inc. I, art. 219)¹¹.

A ello se suman los actos jurídicos celebrados por la persona con discapacidad que pueden estar afectos de nulidad por contravenir normas de orden público, o de anulabilidad por algún vicio de la voluntad, o de ineficacia cuando el apoyo actúa sin representación, o no cumple o se excede de las facultades dentro del compromiso delegado.

III. MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD Y VALIDEZ.

El acto jurídico es voluntad expresada con libertad que genera consecuencias jurídicas. La voluntad es la esencia del acto jurídico. Es la intención expresada jurídicamente que se da con la manifestación de la voluntad, esta es el elemento

11 BARDALES SIGUAS, L. R.: “El rol de la nulidad por falta de manifestación de voluntad frente a las modificaciones del decreto legislativo N° 1384”, en AA.VV.: *Estudios sobre los problemas y soluciones actuales del derecho civil* (coord. por Y. MEZA TORRES), Gaceta Jurídica, Lima, 2023, p. 354.

estructural y requisito de existencia del acto jurídico, debiendo haber consecuencia entre lo querido y lo expresado para que se generen los efectos jurídicos.

La manifestación de voluntad puede faltar o ser deficiente, ambos casos implican carencia de voluntad, es cuando el sujeto no puede expresar su deseo, intención y querer. Sostiene Espinoza¹² que bajo la fórmula genérica “persona con discapacidad que no puede expresar su voluntad” se comprendería a los faltos de discernimiento y a los que adolecen de deterioro o retraso mental.

Casos de falta de manifestación de voluntad.

Criterios casacionales han indicado algunos casos de falta de manifestación de voluntad:

La Casación 3254-2012-Lima cuando: el sujeto al que se le imputa la declaración carece de existencia jurídica; la manifestación de voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto o carece de relevancia negocial como: cuando no esté dirigida a crear, modificar, regular o extinguir una reglamentación de intereses; cuando no demuestre la intención de su autor de quedar jurídicamente vinculado; en caso de que exista disenso¹³ entre las partes; cuando la manifestación de voluntad es exteriorizada por la presión física sobre el sujeto.

La Casación 1241-2018-Lambayeque cuando: existe falta de manifestación de voluntad cuando el contrato fue firmado por persona distinta al titular del derecho.

Existen otros casos de falta de manifestación de voluntad que se dan cuando una persona con discapacidad mental, sea por deterioro o retardo, realizan un acto jurídico en el que no hayan expresado su voluntad.

Tenemos en términos genéricos que no pueden expresar voluntad: el que carece de discernimiento, el que se encuentra en estado de coma, por incapacidad natural, por discapacidad transitoria, por discapacidad intelectual (retraso o deterioro).

La nulidad por falta de manifestación de voluntad es un supuesto de nulidad estructural al haber quedado demostrado que el sujeto no emitió voluntad en la formación del acto jurídico por lo que no genera derecho, habiendo nacido muerto el acto negociado, más aún si contraviene el ordenamiento jurídico, tal como lo ha determinado la Casación 2709-2011-Lambayeque, i.e. la nulidad

12 ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, vol. II, 8ª ed., Instituto Pacífico, Lima, 2019, p. 1345.

13 Disenso implica que se tiene una incorrecta interpretación de lo declarado por la otra parte, creyéndose, en apariencia, que se ha llegado a un acuerdo cuando no ha existido voluntad de concertar en los términos planteados. El disenso acarrea nulidad por falta de manifestación de voluntad.

estructural se presenta cuando está ausente la manifestación de voluntad del agente o la voluntad negocial¹⁴.

Téngase presente que los apoyos sólo sirven para asesorar a la persona en condición de discapacidad que va a emitir su voluntad en un acto jurídico; la voluntad es de la persona con discapacidad y no del apoyo; la voluntad de la persona con discapacidad es válida y por ende el negocio así celebrado (Woolcott, Olenka. Comunicación personal, 04/08/2023), salvo que se pruebe que el careció de manifestación de voluntad situación en la que se generaría una nulidad.

I. Falta de discernimiento.

Es la llamada incapacidad natural absoluta, incapacidad de entender y querer o, como precisa León Hilario, entre nosotros, incapacidad de discernimiento¹⁵ o capacidad negocial de hecho¹⁶.

La incapacidad está relacionada exclusivamente con la edad que, en gran medida, se vincula con el poder de discernimiento (capacidad de entendimiento, poder de decisión) que permite el proceso volitivo y la libertad en sí en sus diversas etapas: Información, Formación, Decisión y Ejecución, este es el umbral intelectual que permite formar y expresar voluntad.

Tan importante es el discernimiento que integra la formación de la declaración de la voluntad. Esta debe reunir requisitos internos (discernimiento, intención y libertad: *animi iudicium*) y externos (manifestación exterior de la voluntad), relacionados con el proceso volitivo. Debe considerarse el cumplimiento de los siguientes elementos: Habitualidad, Comprensión y Expresar voluntad de forma indubitable.

La capacidad natural es una cualidad de actuar con discernimiento, entender lo que se está haciendo. Discernir es actuar queriendo y de actuar conociendo el acto; así la incapacidad natural es actuar sin discernimiento¹⁷ de allí que, como dice Espinoza, la capacidad natural es una figura perteneciente al género capacidad de obrar¹⁸. El discernimiento es la aptitud para distinguir entre lo bueno y lo malo, lo correcto de lo incorrecto, lo justo de lo injusto o para generar conceptos

14 LEÓN HILARIO, L.: *Derecho privado. Parte general: Negocios, actos y hechos jurídicos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial, Lima, 2019, p. 85.

15 LEÓN HILARIO, L.: *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3ª ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 597.

16 LEÓN HILARIO, L.: *Derecho privado*, cit., p. 70.

17 MORALES HERVIAS, R.: *Patologías y remedios del contrato*, 2ª ed., Jurista, Lima, 2019, p. 202.

18 ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, cit., p. 1221.

abstractos. El discernimiento denota la aptitud para analizar una situación y, a partir de allí, tomar la mejor decisión¹⁹.

Técnicamente, el privado de discernimiento es quien no tiene aptitud para entender o querer el acto realizado, lo que determina que la imposibilidad de manifestación de voluntad sea una explicitación de incapacidad natural²⁰. Es un estar desconectados de la realidad, fuera de sí, el mundo pasa delante suyo sin darse cuenta, resultando imposible que exprese una intención jurídica. Morales Hervias²¹ nos dice que se trata de un caso de incapacidad natural absoluta, no de incapacidad absoluta de ejercicio, por lo que "la ausencia de querer y comprender comporta la ausencia de la declaración de voluntad"²². Implica una limitación a la capacidad de entender y decidir que afectará en la validez del acto. La falta de discernimiento es una ausencia adecuada de formación de la voluntad, si esta se llegara a expresar se consideraría una falta de manifestación de voluntad; de esta manera se reconoce una relación indelible entre discernimiento y manifestación de voluntad de modo que al haberse establecido la falta de manifestación de voluntad como motivo de nulidad (art.219-I), se ha regulado indirectamente la falta de discernimiento como motivo de nulidad²³.

La privación de discernimiento puede ser:

- 1) Total, no hay relación con el medio.
- 2) Parcial, entendimiento trastocado de la realidad.

En el primer caso, la persona con discapacidad requerirá de un apoyo con representación. En el segundo puede funcionar el apoyo siempre que pueda llevar a cabo las siguientes acciones (art.659-B, CC y art.10, Reg.016): facilitar el ejercicio de sus derecho, orientar en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos y apoyo en la manifestación e interpretación de la voluntad requerida y comunicación, comprensión y consecuencias de los actos jurídicos.

La causal de privación de discernimiento se inaplicó por sentencia en el año 2015, considerando que las normas del Código son incompatibles con el derecho constitucional a la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley y los principios *pro debilis*, *pro homine* y de legalidad contenidos en los arts. 3, 8, 24 y 25 de la

19 BUNAZAR, M.: *A invalidez do negócio jurídico*, 3ª ed., Thomson Reuters, São Paulo, 2023, p. 68.

20 CAMPOS GARCÍA, H.: "Discapacidad no es incapacidad. A veces no solo bastan las declaraciones de buenas intenciones", *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, núm. 440°, 2013, p. 7.

21 MORALES HERVIAS, R.: *Patologías y remedios del contrato*, cit., p. 203.

22 MORALES HERVIAS, R.: "La inexistencia e invalidez del contrato en el Código civil peruano", *Revista jurídica del Perú*, 2009, núm 100°, p. 99.

23 BARDALES SIGUAS, L. R.: "El rol de la nulidad", cit., p. 355.

Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 2.1, 2.2, 3, 7, 138 y 139, inc. 8, de la Constitución Política del Perú.

El inc. 2 del art. 43 se ha derogado. Era referido a la incapacidad absoluta por privación de discernimiento. Una persona que no cuenta con discernimiento o cuenta con un discernimiento limitado es plenamente capaz de ejercicio de acuerdo con la nueva normativa. Basta que se cumplan los dieciocho años para se tenga plena capacidad de ejercicio. La capacidad de ejercicio la tienen todos los sujetos que cumplen la mayoría incluyendo a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con todos los sujetos y para todos los aspectos de su vida, independientemente de si tienen ajustes razonables o cuentan con apoyos para la manifestación de su voluntad.

Para ello resulta de interés establecer una relación entre la falta de discernimiento y los actos jurídicos celebrados por las personas con discapacidad, realizando un análisis serio de la necesidad de la reincorporación del discernimiento como categoría jurídica para evaluar la eficacia y validez de los actos jurídicos.

La modificación del Código civil no elimina el hecho de que la falta de manifestación de voluntad, tal como se describe en el numeral 1 del artículo 219 del código civil, incluya a la falta de discernimiento de uno de los participantes en el acto jurídico, en consecuencia el acto celebrado por quien no posee el discernimiento para las diversas situaciones puede ser declarado nulo bajo la causal de falta de manifestación de voluntad²⁴.

Los principios de buena fe en la celebración de actos jurídicos y el de protección de los intereses del sujeto más débil en las relaciones no paritarias (en las que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones) deben ser respetados por la parte contratante, quien debe tener un correcto actuar. Bunazar²⁵, planteando un análisis en el sistema brasileiro, indica que si el agente, ante la ausencia o disminución, aunque momentánea, de discernimiento de la contraparte celebra con esta un negocio jurídico puede, eventualmente, ser considerada desleal o improba y, por tanto, violador de lo dispuesto en el artículo 422 por ser un comportamiento cualificado como abusivo en los términos del artículo 187, lo que generaría la nulidad del acto jurídico por conducta violadora de la buena fe objetiva. Siendo la invalidez una sanción o una consecuencia jurídica negativa en la práctica del acto jurídico preceptivo, no puede aplicarse la analogía²⁶ con la finalidad de incorporar situaciones de invalidez no expresamente consagrados en la norma.

24 BARDALES SIGUAS, L. R.: "El rol de la nulidad", cit., p. 356.

25 BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 56.

26 BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 62.

Consecuencia

El acto jurídico realizado por la persona sin discernimiento es nulo por la falta de manifestación de voluntad.

2. Estado de coma.

Es conocido como estado vegetativo persistente o vigilia sin conciencia. Es una privación de discernimiento, se carece de posibilidad de manifestar voluntad.

Quien se encuentra en estado de coma está desconectado de la realidad, no responde; es un estar fuera de sí. Carece de posibilidad alguna de manifestar voluntad; es un estado de inconsciencia grave y prolongado.

El numeral 9 del artículo 44 es una innovación legal establece que la persona en estado de coma que cuente con un apoyo tiene capacidad de ejercicio restringida. El art. 45-A trata de la representación legal ejercida por los padres o el tutor para los menores de edad y el curador para el ebrio habitual y toxicómano, pródigo y mal gestor. A la persona en estado de coma no le corresponde representante legal, sino un apoyo con representación que será designado vía judicial a falta de elección previa, la norma precisa que la capacidad de ejercicio restringida corresponderá si no hay designación de apoyo con anterioridad, si la hay queda entendido que la persona en estado de coma es capaz.

Esto es lo que hace discutible su incorporación como una capacidad de ejercicio restringida, pues es un típico caso de incapacidad absoluta por carecer de capacidad de discernimiento como considera Cárdenas Krenz²⁷. Bien sostiene Espinoza²⁸, debe distinguirse entre sujetos que requieren de asistencia (apoyos y salvaguardias) del otro grupo que necesita mayor intervención. No basta con proclamar que todos tenemos los mismos derechos, debe considerarse que los derechos generan deberes, obligaciones y responsabilidades, así el "sujeto antes de ser libre de decidir, debe tener conciencia de ello: si esto no es así, negándosele además una tutela diferenciada e inventándole una voluntad se estará a contracorriente con la realidad.

Una persona puede carecer de discernimiento o puede tener una limitación de discernimiento lo cual, de acuerdo con la nueva normativa, no implica que

27 CÁRDENAS KRENZ, R., & DELLA ROSSA LECIÑANA, A.: "Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 65°, 2018, p. 108. CÁRDENAS KRENZ, R.: "Capacidad de ejercicio plena", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. A. TORRES CARRASCO), vol I, 4ª ed., Gaceta jurídica, Lima, 2020, pp. 253.

28 ESPINOZA ESPINOZA, J.: "Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad (... o el problema de la falta de discernimiento en una reforma legislativa inconsulta y apresurada)". *Gaceta civil y procesal civil*, núm 64°, 2018, p. 25.

tenga una capacidad de ejercicio restringida; por el contrario, tiene capacidad de ejercicio plena. Sobre el particular, Cieza y Olavarria²⁹ indican que la discapacidad tiene grados en los que pueden existir discapacitados que tengan poco, mediano o nulo discernimiento, siendo estos casos de capacidad de ejercicio restringida, lo cual debería así ser aceptado por la ley; es contrario a la realidad y sin base en la legislación comparada asumir que personas sin discernimiento o con limitaciones en el mismo no pueden ser declarados sujetos con capacidad de ejercicio restringida y señalar que tienen capacidad de ejercicio plena. Para Plácido³⁰ las deficiencias de las personas no pueden ser consideradas como supuestos que restrinjan la capacidad jurídica, por lo que el estado de coma corresponde ser apreciado como un supuesto en el que para el ejercicio de derechos se requiere mayor participación del apoyo pero, de ninguna manera, ser considerado como un supuesto de capacidad restringida. Castillo Freyre y Chipana Catalán consideran que "...nos queda clara la idea de que las personas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable, así como aquellas que no tienen discernimiento, no pueden en modo alguno ejercer de manera plena sus derechos, ni hacerlo a través de apoyos"³¹.

En la misma línea, Torres Vázquez considera que "las personas que no tienen voluntad no pueden ser asistidos por apoyos para declarar una voluntad que no tiene[n]"³².

A) *El acto realizado por persona en estado de coma.*

El que se encuentra en coma está privado de discernimiento, no puede manifestar voluntad, es un caso estricto de incapacidad absoluta, no de capacidad restringida de ejercicio, por lo que correspondería: un apoyo con representación o nombrársele un curador, previa interdicción, como lo plantea el Código civil y comercial argentino, artículo 32.

En esa misma línea, al analizar el art. 4, III del Código brasileiro, Tartuce³³ manifiesta que, respecto de los mayores, en especial para las personas que no tienen condiciones para expresar su voluntad y que no son necesariamente personas deficientes, parece no tener un sentido técnico-jurídico el considerarlas

29 CIEZA MORA, J., & OLAVARRÍA PARRA, M. J.: "Nosotros, los normales. Errores y aciertos de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 64°, 2018, p. 56.

30 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Discapacidad y capacidad jurídica. A propósito del Decreto Legislativo. N.° 1384 que adecua el Código Civil a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Actualidad civil*, 2019, núm. 56°, pp. 167 y 168.

31 CASTILLO FREYRE, M., & CHIPANA CATALÁN, J.: "La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 65°, 2018, p. 49.

32 TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, vol. II, 7ª ed., Jurista, Lima, 2021, p. 1449.

33 TARTUCE, F.: *Direito civil. Lei de introdução e parte geral*, vol. I, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 146.

como relativamente incapaces. Stolze y Pamplona³⁴ consideran que las personas que no pueden expresar su voluntad no pueden ser consideradas incapaces relativos, la impresión es que el legislador cometió un error topográfico (de localización), debiendo ser una causa de incapacidad absoluta.

Las personas que se encontraban en estado de coma, con la regulación derogada, encajaban en la causal de privación del discernimiento (inc.2, art.43). Y es que la falta de discernimiento es el típico caso en el que la persona no puede manifestar su voluntad, aunque el art.659-E establece una diferencia (innecesaria).

“El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que *no puedan manifestar su voluntad* y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44”.

(Las cursivas son nuestras)

Consecuencia

El acto jurídico realizado por la persona en estado de coma es nulo por la falta de manifestación de voluntad.

B) El acto realizado por el apoyo nombrado previamente por la persona privada de discernimiento por estar en estado de coma.

La persona que está en coma, pero que antes de caer en dicho estado hubiera designado a su apoyo, deberá mantenerse tal figura, pues de lo que se trata es de respetar la voluntad del sujeto que, con antelación a su deterioro, manifestó su voluntad en dicho nombramiento. Responde esto a la dignidad de la persona, pues se respeta su designio, no se le impone uno, sino que si el sujeto ya eligió cuando tenía pleno uso de sus facultades se debe respetar tal decisión.

Esta debe ser la regla, pero hay que tener presente algunas excepciones como por ejemplo cuando se descubre un conflicto de intereses entre el apoyo y la persona con discapacidad. En ese caso no puede permitirse una situación así en que se esté actuando en vulneración del principio de la buena fe y en perjuicio de los intereses del sujeto débil.

Consecuencia

Es un acto válido el realizado por el apoyo con representación previamente designado.

34 STOLZE GAGLIANO, P., & PAMPLONA FILHO, R.: *Novo curso de Direito civil. Parte geral*, vol. I, 22ª ed., Saraiva, São Paulo, 2020, pp. 143-144.

C) Discapacidad transitoria.

Es el tipo de discapacidad en las personas con trastorno bipolar (TP).

Como indica Rosenvald³⁵ el sujeto bipolar, conocido *ex ante* como psicótica maníaco-depresiva, es una persona ciclotímica, que oscila entre las fases de manía y apatía, lo que representa trastornos en el estado de ánimo; en los episodios maníacos demuestra gran agitación y euforia, en la fase apática entra en depresión y se aísla; en estos extremos, el bipolar vive fases de eutimia (normalidad entre la depresión y la manía), en las que prevalece un estado de equilibrio y humor. La persona bipolar no mide el riesgo, en momentos críticos puede llevar a cabo actos perjudiciales, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales lo que genera la discutibilidad de los reales efectos jurídicos deseados. Analizando el sistema de Brasil, Rosenvald³⁶ plantea que en una interpretación constitucional del artículo 1.767 inciso I (aquellos que, por causa transitoria o permanente, no pueden expresar su voluntad) del Código Civil, con excepción de los casos más graves, la curatela del bipolar se caracteriza como una infracción a la regla de proporcionalidad, y es que privar a una persona de su autonomía por el hecho que accidentalmente realice actos jurídicos fuera de su condición psíquica habitual es una excesiva reprimenda del ordenamiento jurídico a quienes requieren de tratamiento y no la sanción de aislamiento por incapacidad; es necesario separar la capacidad jurídica de la persona con trastorno bipolar de la incapacidad natural de querer y comprender en un momento determinado, de esta manera se distingue entre invalidez y curatela, la primera generadora solo de la sanción de nulidad del acto jurídico practicado por la persona bipolar en momentos de apatía o euforia. En el caso de la segunda (curatela) es la institución de amparo familiar para el bipolar a fin de que el curador lo represente por ausencia de voluntad o carecer de discernimiento. En este escenario, continúa Rosenvald³⁷, la incapacidad se ubicará en relación con un acto determinado, siempre que quede probado que el bipolar sufrió un daño y el otro contratante pudo percibir su especial situación psíquica, de esta forma los principios de seguridad jurídica y estabilidad del tráfico empresarial se mantienen iguales, posibilitando un equilibrio entre la preservación de la autonomía del bipolar con la buena fe de los terceros que establecen relaciones con él.

Durante los episodios de bipolaridad no necesariamente lo que expresa, dice o cómo actúa la persona con TP es voluntario, muchos de los actos de arrebató, respondiendo a los episodios; son actos que responden a su impulsividad (rápidos,

35 ROSENVALD, N.: "Curatela", cit., p. 89.

36 ROSENVALD, N.: "Curatela", cit., p. 89.

37 ROSENVALD, N.: "Curatela", cit., p. 90.

inesperados y desmedidos) que no responden al deseo, ni expresan una voluntad real.

Consecuencia

El acto jurídico realizado por la persona con discapacidad transitoria, que le impida el discernimiento, es nulo por la falta de manifestación de voluntad.

D) Discapacidad intelectual.

Encuadramos dentro de este supuesto al retardo y el deterioro mental.

Puede ser tal el grado de discapacidad intelectual (antes retraso o retardo mental) grave (CI 20-25 a 35-40) o profunda (CI 20-25) que la persona no pueda manifestar voluntad, lo que implica un caso de discapacidad extrema que conllevaría a que el acto sea nulo por falta de manifestación de voluntad. Asimismo, el deterioro mental, normalmente relacionado con la edad avanzada, que se presenta como “un factor que incrementa el riesgo de generar patologías que dificultan el ejercicio de los derechos de estas personas de edad avanzada”³⁸.

La discapacidad por enfermedad mental es una de las manifestaciones más graves de la discapacidad al afectar la salud del sujeto y estado de bienestar general.

Michel Foucault, sociólogo, historiador, filósofo, psicólogo francés de gran influencia en el pensamiento contemporáneo, señalaba que “(...) la enfermedad (mental) sería la alteración intrínseca de la personalidad, desorganización interna de sus estructuras, progresiva desviación de su devenir; sólo tiene sentido y realidad en el interior de una personalidad mórbida. Los esfuerzos se dirigieron entonces en el sentido de definir las enfermedades mentales según la amplitud de las perturbaciones de la personalidad, y se llegó a dividir las perturbaciones psíquicas en dos grandes categorías: neurosis y psicosis”³⁹.

La doctrina nacional distingue la discapacidad mental en discapacidad intelectual y psicosocial, así tenemos entre otros los siguientes trastornos⁴⁰:

Discapacidad intelectual, personas con retraso mental: síndrome de Down, Síndrome X frágil, demencia vascular, etc.

38 LECIÑENA IBARRA, A.: “Contratación”, cit., p. 2.

39 FOUCAULT, M.: *Enfermedad mental y personalidad*. Paidós, Buenos Aires, 1961, p. 14.

40 CONSTANTINO CAYCHO, R. A., & BREGAGLIO LAZARTE, A. R.: “Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado”, en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (coord. por M. BACH, & N. ESPEJO), Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, p. 524.

Discapacidad psicosocial, personas con alteraciones: esquizofrenia, bipolaridad, Asperger que se presentan como dolencias graves, trastornos depresivos mayores, trastorno límite de la personalidad, trastorno obsesivo-compulsivo, trastorno de ansiedad, trastorno de pánico con estrés post-traumático (CIE-10).

Ambas implican situaciones de discapacidad, temporal o permanente, que generan limitaciones en la intelectualidad o en el comportamiento social.

Los trastornos mentales están clasificados de acuerdo con el método aprobado por la OMS a través de la Clasificación estadística internacional de enfermedades y otros problemas de salud (CIE)⁴¹.

El retardo y el deterioro mental han sido eliminados como causa de incapacidad relativa (inc. 2 y 3, art.44), hoy capacidad de ejercicio restringida. Esta derogatoria abarca a las personas con trastornos psíquicos que se estudian en el mundo de psiquiatría como un punto importante. Establecer un *numerus clausus* en un Código civil para identificar a personas con enfermedad de mente o con alguna discapacidad psíquica era inadecuado y anticientífico. Es más conveniente dejar una cláusula abierta para que se pueda interpretar o establecer de manera más flexible sobre quienes tienen alguna discapacidad psíquica y no establecer corsés que restrinjan el mundo de la discapacidad mental a estereotipos no científicos que pecan de desconocimiento y hasta de sensibilidad por la manera de agresión semántica que manifiestan⁴².

La siquiatria ha avanzado mucho en materia de enfermedades mentales. Ya el alinenista Hermilio Valdizán, como lo llama Ramos Núñez⁴³, indicaba “En lo relativo a la enfermedad mental [...] No todas las enfermedades mentales producían la incapacidad absoluta para ejercer personalmente los derechos civiles; --y que estaba averiguando que muchas dolencias mentales permitían al que la sufría el ejercicio de ciertos derechos”⁴⁴.

Y es que la capacidad y la incapacidad jurídica fue un tema que interesó desde temprano al médico siquiatria Valdizán⁴⁵, dando un paso en lo que se refiere a la moderna ciencia psiquiátrica entre el Código civil el 52 y el Código del 36.

41 Toda la información y la clasificación integral se puede encontrar en la página: <http://www.psicoactiva.com/cie10/ciel.htm>, Clasificación de enfermedades mentales CIE-10, en PsicoActiva.

42 ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, vol. I, 6ª ed., Grijley, Lima, 2012, p. 943.

43 RAMOS NÚÑEZ, C.: *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, vols. T. VI, vol.I, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006, pp. 211- ss.

44 *Actas de las sesiones de la comisión reformadora del Código civil peruano*, vol I, 2ª ed., C. M. Castrillón, Lima, 1928.

45 RAMOS NÚÑEZ, C.: *Historia del derecho civil*, cit., p. 243.

Además, decía “La psiquiatría, como las ciencias todas realiza progresos incesantes, con su cortejo habitual de ratificaciones y de rectificaciones y no es ilícito negarle a la ley el beneficio de tales adquisiciones”⁴⁶.

La discapacidad de la persona por deficiencias sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente tiene grados donde pueden existir sujetos que tengan poco, mediano o nulo discernimiento con lo cual la norma debería prever que en estos casos se trata de una capacidad de ejercicio restringida. Lo contrario es ir contra la realidad casualmente porqué al tener limitaciones leves, medianas o graves a su discernimiento necesitan los apoyos que la ley prevé. Si tuvieran una capacidad de ejercicio plena no requerirían de instrumentos para equipararlos a las personas sin discapacidad y brindarles, igualdad y autonomía.

El acto jurídico celebrado por la persona con discapacidad mental que no puede expresar su voluntad es nulo por falta de manifestación de voluntad. Ya la Casación 683-2016-Callao indicó que la demencia senil que impedía a la persona formar una voluntad interna es una forma de falta de discernimiento correspondiendo la nulidad del acto realizado.

Cuando se trata de personas que tienen enfermedad o deterioro mental que les impide expresar su voluntad libremente, no manifiestan voluntad, puede tener capacidad de formarla, pero no puedan transmitirla adecuadamente⁴⁷.

Consecuencia

El acto jurídico realizado por la persona con discapacidad intelectual severa, que le impida un discernimiento, es nulo por la falta de manifestación de voluntad.

IV. INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

La validez de los actos jurídicos se basaba, principalmente, en el discernimiento y otros caracteres como el etario (edad). Los actos jurídicos de los incapaces absolutos se calificaban como nulos y respecto de los incapaces relativos como anulables, según los arts. 219 y 221, respectivamente, del Código Civil.

La derogación de la incapacidad absoluta como causa de nulidad del acto jurídico (inc. 2 del art. 219: “cuando el acto jurídico haya sido practicado por persona absolutamente incapaz”) no significa que un sujeto incapaz absoluto pueda realizar actos jurídicos válidos, en la medida que se mantiene, con un ajuste

46 *Actas de las sesiones de la comisión reformadora del Código civil peruano*, vol. VI, C. M. Castrillón, Lima, 1926, pp. 76-77.

47 BARDALES SIGUAS, L. R.: “El rol de la nulidad”, cit., pp. 359.

terminológico, como requisito de validez del acto jurídico la “plena capacidad de ejercicio”⁴⁸ (inc. I del art. 140). El acto es válido cuando reúne todos los requisitos esenciales sin los cuales no podría producir efectos, el acto será inválido al no contar con tales exigencias necesarias, no produciendo efectos jurídicos⁴⁹.

El único supuesto de incapacidad absoluta de ejercicio es la minoría de 16 años, i.e. esta incapacidad ha quedado reducida al aspecto cronológico. De celebrarse un acto jurídico por una persona absolutamente incapaz, será nulo de acuerdo con el art. V del Título Preliminar y el inc. 8 del art. 219 del Código, que consagra la nulidad virtual, por contravenir normas de orden público (como son las normas de capacidad jurídica), en especial contrariar el inc. I del art. 140 del Código civil referido al elemento de la plena capacidad de ejercicio.

La doctrina nacional no ha desarrollado una teoría general de la invalidez de los actos jurídicos, básicamente se ha centrado en trabajar, directamente, la nulidad y anulabilidad y, en otros casos, el marco aplicativo de la inexistencia e ineficacia.

Pero esta posición no es solo local, en Brasil Bernardes de Mello⁵⁰ sostiene la imposibilidad de la elaboración de una teoría general de la validez (invalidez), justamente porque se trata de una materia en la que existen muchas excepciones que impiden considerar una regla general. Si bien es cierto lo indicado por el profesor brasileiro, consideramos que la invalidez no es ajena a una teoría general en la que se detalle los conceptos esenciales del acto jurídico y la trascendencia de sus efectos. Ello sin desconocer que existen excepciones o, mejor dicho, casos de tratamiento especial en las diversas áreas del Derecho civil, tales como familia y sucesiones. La invalidez debió regularse con mayor diligencia al fin que sus reglas interactuarán de forma coherente con preceptos especiales como los establecidos en familia, sucesiones y contratos⁵¹.

Señalan Stolze y Pamplona⁵² que una cuestión que viene siendo objeto de profunda inquietud, dada la ausencia de directrices nítidas sobre su disciplina jurídica, es lo referente al tratamiento de la validez del acto jurídico celebrado por la persona con deficiencia; precisan que la deficiencia no es una causa de incapacidad civil, ya no existe la invalidez, sea nulidad o anulabilidad, del acto jurídico por incapacidad derivada de deficiencia, pero queda latente la pregunta

48 Solo hubo un ajuste terminológico del ex ante “Agente capaz” por el “Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley”.

49 ROMERO MONTES, F.: *Acto jurídico*, Grijley, Lima, 2013, p. 444.

50 BERNARDES DE MELLO, M.: *Teoría do fato jurídico. Plano de validez*, 15ª ed., Saraiva Jur, São Paulo, 2019, pp. 53 y ss.

51 LEÓN HILARIO, L.: *Derecho privado*, cit., p. 82.

52 STOLZE GAGLIANO, P., & Pamplona Filho, R.: *Novo curso*, cit., p. 471.

si la persona, en virtud de su deficiencia, experimenta perjuicio al celebrar un negocio jurídico, ¿qué se debería hacer?⁵³.

En el Perú no se ha establecido una regulación especial para la validez de los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad, ni tampoco de aquellos realizados por el apoyo. Dicen Bregaglio y Constantino: “Los académicos aún no han analizado cómo la teoría del acto jurídico se involucrará con las disposiciones del artículo 12. Haber cambiado la noción de capacidad jurídica requeriría pensar adecuadamente qué se va a poder entender como una manifestación de voluntad válida para la realización de un acto o negocio jurídico. Son varios los términos que deben interactuar con las teorías del acto o negocio jurídico: abuso, influencia indebida, conflicto de intereses o ausencia o negligencia por parte del apoyo”⁵⁴.

Para un estudio general del acto jurídico nos parece adecuado fundamentar y plantear las líneas generatrices de la invalidez. En esa línea desarrollaremos, en la medida que la reglas lo permitan, una la teoría general de la invalidez especial de los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad.

I. Invalidez del documento.

A) Falta de formalidad.

Cuando se cuenta con un apoyo y se prescinde de su participación en el negocio celebrado se presenta un tema de vulneración de cumplimiento con la forma.

El literal i) del artículo 54 (contenido de la introducción) de la Ley general del notariado⁵⁵ establece que en la introducción de la escritura pública *debe* indicarse “la intervención de los apoyos”, lo que determina que la escritura pública que no respeta esta disposición será nula, conforme lo indica el artículo 123 de la ley notarial “Son nulos los instrumentos públicos notariales cuando se infrinjan las disposiciones de orden público sobre la materia, contenidas en la presente ley”. Será nula la escritura, pero no el acto jurídico que de ella consta.

El artículo 225 del Código civil trata la llamada nulidad refleja “No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto, aunque el documento se declare nulo”. Es la clásica y necesaria diferenciación entre el acto y el documento.

53 STOLZE GAGLIANO, P., & Pamplona Filho, R.: *Novo curso*, cit., pp. 475-476.

54 CONSTANTINO CAYCHO, R. A., & BREGAGLIO LAZARTE, R. A.: “La compleja comprensión del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Ius et Veritas*, núm. 64º, 2022, pp. 172-173.

55 DLeg.1049, (DOEP, 26/06/2008).

El negocio jurídico como declaración voluntaria del sujeto, de carácter lícito y cuyos efectos son deseados por las partes integrantes de la relación negocial, es autónomo del documento que constituye una especie de continente que incorpora al negocio para reflejar su exteriorización. Pero, la nulidad del documento no implica la nulidad o invalidez del negocio. Este persiste, es válido por contar con todos sus elementos (agente, objeto, causa y forma) y produce efectos jurídicos.

Palacios⁵⁶, a guisa de ejemplo, comenta que la nulidad declarada (como la llama) “afecta únicamente al documento que contiene al negocio jurídico – acuerdo conciliatorio (acta de conciliación), restándole mérito ejecutivo, no afectando al negocio jurídico mismo (acuerdo conciliatorio) que mantiene su plena validez”; además, hace referencia al art. 16 de la Ley de conciliación⁵⁷ cuando la norma indica que:

“...La omisión de alguno de los requisitos establecidos en los literales a), b), f), j) y k) del presente artículo [16] no enervan la validez del Acta de Conciliación, en cualquiera de los casos de conclusión de procedimiento conciliatorio señalado en el artículo 15”.

“La omisión en el Acta de Conciliación de alguno de los requisitos establecidos en los incisos c), d), e), g), h) e i) del presente artículo, dará lugar a la nulidad documental del Acta de Conciliación, que en tal caso no es considerada título ejecutivo, ni posibilita la interposición de la demanda. En tal supuesto, la parte afectada debe proceder conforme a lo establecido en el artículo 16-A”.

En el aspecto de fondo Torres Vásquez⁵⁸ manifiesta que “La nulidad del documento no afecta la validez del acto (si se anula la escritura pública que contiene un contrato compraventa –acto no formal; consensual –el acto de compraventa conserva su validez si reúne los requisitos legales” y concluye que el artículo 225 se aplica a los supuestos en que el documento constituye una forma *ad probationem* y no a la forma *ad solemnitatem* dado que esta constituye un requisito de validez, de manera que si se anula se extingue automáticamente el acto jurídico⁵⁹. Otros casos de formalidad *ad solemnitatem* se dan en el caso de la fianza (formalidad por escrito), en el suministro a título gratuito y donación de inmuebles (escritura pública), etc. En estos casos la falta de la formalidad (no de la forma) acarrearán la nulidad del negocio.

56 PALACIOS MARTÍNEZ, E.: “Nulidad refleja”, en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MUÑO ROJO, & M. TORRES CARRASCO), vol. I, 6a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2022, p. 857.

57 L. 26872, (DOEP., 13/11/1997).

58 TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, 1a ed., San Marcos, Lima, 1998, p. 615.

59 TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, cit., p. 1625.

La norma del Código civil no indica que la intervención del apoyo en la escritura pública sea bajo sanción de nulidad, de forma que lo único afectado es el documento más no la designación. La escritura pública de designación de apoyos tiene una formalidad *ad probationem*, solo funciona como mero medio de prueba; no es una formalidad *ad solemnitatem* (requisito de forma para la validez, art. 140, inc.4). La exigencia de la escrituralidad no está sujeta a nulidad, de manera tal que la invalidez afecta solo al documento, no así a la propia designación del apoyo como acto jurídico. Una escritura pública en cuya introducción no figure la intervención del apoyo designado es nula, pero ello no afecta el acto en la medida que se trata de una mera formalidad *ad probationem*.

Respecto de la intervención de la persona de confianza en el acto y, por tanto, en la escritura pública, la ley no se pronuncia; sin embargo, a criterio de la notaria Rosalía Mejía (Comunicación personal, 11/07/2023), esto es una decisión de cada notario, menciona que ella si lo haría por una cuestión de transparencia, dejando constancia que actúa a solicitud del contratante. Esta opción nos parece razonable en pro de la transparencia que debe orientar la labora notarial. La intervención del personal de confianza en el acto y en la escritura pública debieran ser exigibles.

Consecuencia

Nula la escritura pública de designación de apoyo, pero válido el acto jurídico que de ella consta.

2. (In) validez o (in) eficacia de los actos celebrados por el apoyo.

El apoyo puede actuar “con” la persona con discapacidad o “en nombre” de la persona con discapacidad.

Por regla, el apoyo no tiene facultades de representación, salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la propia persona con necesidad de apoyo o por el juez, art. 659-B.

Respecto de la eficacia de sus actos tenemos dos escenarios:

A) Cuando el apoyo actúa sin representación.

Es el caso en que el apoyo no tiene representación, i.e. la persona con discapacidad no ha delegado facultad alguna y el apoyo se irroga funciones que no le corresponden.

Consecuencia

En la representación sin poder podemos considerar los siguientes criterios: Es nulo por causa ilícita. “El contrato celebrado por el falso representante en

nombre del falso representado es nulo porque su causa es ilícita, puesto que, se contraviene una norma imperativa penal artículo 196-A Código Penal⁶⁰.

Es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye, artículo 161 del Código civil, *falsus procurator* (Cas.1335-2013-Lima).

El acto resulta ineficaz cuando un apoderado se excede de las facultades otorgadas por el representado; sin embargo, éste puede ratificarlo de acuerdo con el artículo 162 del Código civil (Cas. 2873-2019-Lima).

B) Cuando el apoyo actúa con representación.

Es el caso en que el apoyo tiene representación, i.e. la persona con discapacidad o el juez ha delegado facultad al apoyo.

Se presentan dos escenarios:

El primero, el apoyo es el mecanismo que coadyuva a la concreción de la voluntad de la persona con discapacidad, realizando actos que la beneficien y que no neutralizan ni sustituyen su voluntad.

El segundo, el apoyo tiene la calidad de representante, basado en la autonomía privada de la persona con discapacidad (representado o *dominus*) por lo que podrá realizar negocios de carácter general (administración de bienes, por ejemplo) o especial (disposición de bienes del discapacitado – representado, basado siempre en el principio de literalidad).

La representación es un negocio jurídico unilateral y recepticio y, en este caso, es de carácter voluntario (hay representación legal y orgánica). Debe quedar claro que la representación es una categoría distinta al apoyo. Verlo de otra manera contradeciría el espíritu de la normativa local y de la Convención que aplican la variación de un sistema de representación a uno de índole social. Sin embargo, en la doctrina local este criterio no es compartido por Castillo Freyre⁶¹ quien indica que en el caso en que el apoyo es nombrado judicialmente, cuando la persona no es capaz de manifestar su voluntad, estaríamos frente a un representante ya que quien va a expresar voluntad representa a la persona que no puede manifestarla; sin embargo, se le hace llamar apoyo, pero en los hechos se trata de un representante.

60 BUENDÍA DE LOS SANTOS, L. L.: (Junio 2017). *Venta ilegal de predios mediante la falsa representación (Tesis para optar el título profesional de Abogado)*. Lima: Universidad de Lima, p. 136.

61 HUAMÁN PINEDA, J., CABELLO MATAMALA, C., MEJÍA ROSASCO, R., & CASTILLO FREYRE, M.: (21 de 08 de 2023). Conferencias sobre problemas prácticos relativos a la capacidad de las personas naturales con discapacidad [Discurso principal], *Academia Peruana de Derecho*, Lima, Perú.

El apoyo con representación se rige supletoriamente por las normas del Libro de acto jurídico al carecer de una regulación singular y propia.

Consecuencia

Son actos válidos los que se ejerzan dentro del encargo encomendado al apoyo, el incumplimiento puede generar una invalidez o ineficacia, según sea el caso.

C) Cuando el apoyo con representación se excede o contraviene las facultades.

Es el caso en que el apoyo con representación va más allá (excede) o transgrede (viola) las facultades conferidas.

El apoyo debe ejercer su cargo de acuerdo con las facultades conferidas, lo contrario implica una vulneración a la voluntad de la persona con discapacidad o un acto contrario a las facultades conferidas por sentencia.

Consecuencia

El acto es ineficaz:

Por defecto realiza actos que no estaba facultado, *falsus procurator*⁶².

Por exceso del límite de las facultades conferidas. Es un acto ineficaz (art. 161), esto también significa que el sujeto que actúa como apoyo, pero también como representante, resarciría a la persona con discapacidad en base a lo previsto en el artículo 158 del código civil. A estos dos casos Priori⁶³ los llama ausencia de legitimación representativa y se da en los casos del supuesto representante (tuvo facultades o nunca las tuvo) o en el caso del representante que actúa más allá de sus facultades.

Violación de las facultades conferidas, es el abuso del poder representativo y se da en los casos de: actuar en conflicto de interés con el representado, lesionar su interés o cuando el representante se aleja de las instrucciones⁶⁴.

62 Cas.1135-2013-Lima. "Fundamento 8. Queda claro que el acto jurídico del *falsus procurator* resulta ineficaz frente al falso representante como al falso representado. Sin embargo, el problema radica en cuanto a los efectos frente a terceros, para lo cual, como ya se ha mencionado, cabe recordar que la norma es clara al precisar que estos actos jurídicos son ineficaces únicamente frente al falso representado y no frente a terceros."

63 PRIORI POSADA, G.: "Representación directa sin poder", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MUÑOZ ROJO, & M. TORRES CARRASCO), vol. I, 4a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 622.

64 PRIORI POSADA, G.: "Representación", cit., pp. 625.

Frente a la ineficacia puede configurarse un abuso de derecho lo que implica la viabilidad de solicitar la reparación por los daños causados.

D) Cuando el apoyo que no respeta las salvaguardias (previas, coetáneas o ex post) del acto jurídico.

Las salvaguardias son medidas impuestas para que el apoyo actúe conforme al mandato encomendado, por lo que deben ser acatadas y cumplidas.

Siendo impuestas por la propia persona con discapacidad o decretadas por el juez, el incumplimiento de las salvaguardias generará un efecto en el acto jurídico realizado, más allá de las medidas de sanción contra el apoyo (destitución o revocación del cargo), así como la reparación por los daños causados a la persona con discapacidad y en su caso a terceros.

Consecuencia

El efecto en el acto frente al incumplimiento de las salvaguardias es la nulidad del contrato que celebre el discapacitado con terceros por su ausencia de manifestación de voluntad.

E) Cuando el apoyo con representación reconstruye la voluntad de la persona con discapacidad de forma errónea o no la reconstruye o no realiza el acto en beneficio de esta.

El apoyo no representa a la persona con discapacidad; la excepción es que la representación sea delegada (representación voluntaria) o declarada por el juez (representación legal). El apoyo no debe actuar a su mejor criterio sino teniendo en cuenta la voluntad presunta. El apoyo ejercerá la facultad de representación en favor de la persona con discapacidad respetando (art. 659-B, y num. 2, art. 2, num. 11.2., 11.3., art. 11, Reg. 016), la llamada reconstrucción de la voluntad bajo la base de:

- 1) Los derechos.
- 2) La voluntad y preferencias.
- 3) Y conforme al criterio de la mejor interpretación de la voluntad:

Considerando la trayectoria de vida de la persona.

Cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos.

La información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida.

Existen dos criterios que se utilizan para la interpretación de la voluntad. El subjetivo que es una evaluación histórica y el objetivo que se centra en velar el interés superior de la persona con discapacidad. Tantaleán⁶⁵ considera que no se trata de criterios opuestos ya que, la evaluación histórica o voluntad pretérita (preferencias, gustos, etc.) no solo es una evaluación subjetiva sino que, también, posee tamiz objetivo al ser indispensable que el sujeto solicitante acredite cuál ha sido la voluntad previa y esto requiere de un análisis objetivo; del mismo modo en el caso del interés superior, esta evaluación no podría llevarse a cabo sin un análisis subjetivo, así como el sustento de las bases reales y certeras.

Castillo Freyre⁶⁶ rechaza la idea de la reconstrucción de una manifestación presunta, no es una reconstrucción de una voluntad sino la presunción de una voluntad que desconocemos, pero la justificamos en función a conductas pretéritas; ignoramos el hecho de que esas conductas puedan ser cambiadas o alteradas con el tiempo. Existe la posibilidad de casos en los que la persona con discapacidad sufre de una enfermedad mental desde su nacimiento o desde sus primeros años de vida, lo que significa que sus padres o representantes tomaron decisiones en su nombre desde siempre, situación en la que no podemos referirnos a una voluntad pretérita al desconocerse los deseos o intenciones⁶⁷. Solo podemos a hablar de una reconstrucción de la voluntad cuando se identifica la historia de vida de la persona con discapacidad, lo contrario sería reconstruir una voluntad indeterminada, inexistente.

Consecuencia

Sería un caso de nulidad por falta de manifestación de voluntad o de ineficacia por no cumplir con las facultades dentro del compromiso delegado.

3. Invalidez de los actos celebrados por la persona con discapacidad.

El apoyo no reemplaza a la persona con discapacidad, solo cumple como coadyuvador de la voluntad, esa es su participación; pero, no es una exigencia de la ley sancionada con invalidez su no participación.

65 TANTALEÁN ODAR, R.: "Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano", *Gaceta de familia*, 2023, p. 115.

66 HUAMÁN PINEDA, J., CABELLO MATAMALA, C., MEJÍA ROSASCO, R., & CASTILLO FREYRE, M.: (21 de 08 de 2023). Conferencias sobre problemas prácticos relativos a la capacidad de las personas naturales con discapacidad [Discurso principal], *Academia Peruana de Derecho*, Lima, Perú.

67 TANTALEÁN ODAR, R.: "Interdicción", cit., pp. 115-116.

Plantearémos varios escenarios en los que se analiza si ¿La ley exige la participación del apoyo como requisito de validez?

Consideramos, entre otros, los siguientes casos para analizar:

A) El acto jurídico realizado por persona con discapacidad que requiera de la intervención de un apoyo.

Una persona que requiere apoyo es porque necesita de la colaboración para que su manifestación de voluntad genere efectos jurídicos. Es decir, el apoyo facilita la comprensión y comunicación para la manifestación de la voluntad.

La persona con discapacidad decide realizar todos los actos por sí, reservándose un actuar personal. Estaríamos ante una ausencia de manifestación de voluntad si la persona con discapacidad realiza un acto debiendo haber contado con la participación de su apoyo; por tanto, el acto sería nulo.

Sin embargo, Stolze y Pamplona⁶⁸, refiriéndose al sistema brasileiro, plantean que debe analizarse los efectos del acto jurídico realizado, evaluando si fue perjudicial o ventajoso para la persona con discapacidad y que, desde la perspectiva del principio de prohibición de retroceso social, la mejor solución es la que debe alcanzarse en respeto de la persona con discapacidad y la sociedad. El principio de prohibición de retroceso social tiene como contenido la prohibición al legislador de reducir, suprimir o disminuir un derecho social reconocido.

Si bien la persona con discapacidad es capaz, puede ser el caso que requiera de un apoyo que colabore en la toma de decisiones para manifestar voluntad; sin embargo, este apoyo no haya sido designado. En esta eventualidad el notario deberá tomar las providencias para determinar si la persona con discapacidad *necesita* o *no necesita* de un apoyo para celebrar el acto jurídico, este juicio notarial de capacidad o discernimiento es fundamental.

Consecuencia

En primera línea no implicaría nulidad del acto, salvo que el apoyo haya sido previsto por la propia persona con discapacidad en la escritura pública o en la sentencia, siempre y cuando en estos documentos se determine de manera expresa la invalidez de los negocios celebrados sin apoyo.

B) El acto jurídico realizado por persona con discapacidad prescindiendo de la intervención del apoyo designado.

68 STOLZE GAGLIANO, P., & PAMPLONA FILHO, R.: *Novo curso*, cit., pp. 478-479.

Podemos enfocar este tema desde dos perspectivas:

a) *No cumplir con la norma imperativa.*

La intervención del apoyo es obligatoria, así lo manda el núm. 12.I., art. 12, Reg. 016.

Determinado el apoyo no tendría sentido que no cumpla con su función, se omita su participación, ello va en contra de la norma.

La persona con discapacidad que tenga un apoyo designado debe realizar los actos jurídicos con la intervención de éste. La razón de su participación es, justamente, coadyuvar a la comprensión, manifestación de voluntad y la generación de los efectos legales deseados por la persona con discapacidad.

In limine sin causa expresa de invalidez no habría como sancionarla; sin embargo, como precisa Stolze y Pamplona⁶⁹, el acto sería nulo por inobservancia del aspecto formal (art.166-IV⁷⁰ del Código civil brasileiro) y es que la participación del apoyo integra el revestimiento formal de la propia declaración de voluntad negocial.

En nuestro ordenamiento lo podríamos asimilar con la “observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad” (inc. 4, art.140), pero téngase en cuenta esta última frase “bajo sanción de nulidad”, i.e. la ley “debe” indicar literalmente que la inobservancia genere la invalidez, situación que no se presenta en nuestra normativa respecto a la no participación del apoyo designado en los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad.

La nulidad que procedería eventualmente es en base al art. V del Título Preliminar y al inc.8, art. 219 del Código, que consagra la nulidad virtual, por contravenir normas de orden público (como son las normas de capacidad), en especial contrariar el núm. 12.I, art. 12, Reg. 016. Es de considerarse que la referida norma no establece sanción expresa frente a su incumplimiento, por lo que recurrimos a la nulidad virtual o tácita.

El tema debatible. Si no hay sanción expresa frente a su incumplimiento (i.e. no hay nulidad por la no participación del apoyo) el caso podría ser uno de forma *ad probationem*, por lo que la presencia del apoyo solamente serviría para probar la existencia del negocio, no para enervar su validez. El argumento de la nulidad virtual (artículo 219, inciso 8) es factible por la vulneración de norma imperativa que contravendría el orden público y las buenas costumbres), sin embargo, sigue siendo polémica su invocación.

69 STOLZE GAGLIANO, P., & PAMPLONA FILHO, R.: *Novo curso*, cit., p. 478.

70 No revestir la forma prescrita por la ley.

La ley colombiana 1996-2019⁷¹, que establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, tiene un tratamiento especial tanto el artículo 19 y 39 que se refieren al deber de utilizar los apoyos (designados y vigentes) para la celebración de actos jurídicos, siendo un requisito de validez, como dice la doctrina colombiana “el cumplimiento de los apoyos constituye condición o presupuesto de validez del acto o negocio celebrado y no de existencia”⁷². Siendo los apoyos designados un requisito de validez del acto jurídico realizado por la persona con discapacidad, los actos celebrados omitiendo su participación adolecerían de invalidez, a decir de Ortiz Monsalve⁷³ de nulidad relativa, salvo se demuestre que fueron útiles, en razón que la nulidad relativa es declarada en interés y para proteger al sujeto. Se llega a esta interpretación aplicando los principios de favorabilidad y de protección: “no es nulo aquello que favorece y no perjudica”, lo celebrado en favor y provecho tiene validez.

Sobre la norma colombiana Ghiao Camargo (Comunicación personal, 04/09/2023) nos indica que en relación con el artículo 19 de la Ley 1996-2019, la nulidad relativa de los actos de las personas con discapacidad está establecida en favor de la parte más débil. De acuerdo con lo que establece la Convención, la persona con discapacidad mental ya no es incapaz de ejercicio por el hecho de dicha incapacidad. En el sistema colombiano la persona con discapacidad va a ejercer su capacidad de ejercicio con 3 posibilidades: (i) los ajustes razonables, (ii) los acuerdos de apoyo que otorgue ante el conciliador en derecho o ante el notario o, (iii) los apoyos adjudicados judicialmente por la solicitud de la propia o a pedido de un tercero con interés directo, cuando la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad de ninguna manera. Si el acuerdo de apoyos se otorgó conforme a ley y el notario o conciliador verificaron que la voluntad fue conferir dicho acuerdo de apoyos para realizar un determinado acto jurídico, y se tomaron las salvaguardias específicas a fin de evitar la manipulación de esa voluntad por la otra persona, en este caso no habría dificultad frente a dicho acto; pero si en el procedimiento de otorgamiento el acuerdo de apoyos queda viciado podría solicitarse la nulidad relativa por vicios de la voluntad u otras formas de ineficacia negocial. El acuerdo de apoyos no es que blinde la validez jurídica de los negocios jurídicos que se celebren con base en él, blinda la voluntad de quien lo celebra, pero el negocio celebrado con base en un acuerdo de apoyos es válido pudiendo igualmente ser atacado si es que no cumple con los requisitos capacidad, consentimiento, solemnidad. No podemos entender el acuerdo de apoyos como un blindaje total frente a la celebración del negocio jurídico sino lo que hace es

71 Del 26 de agosto del 2019.

72 ORTIZ MONSALVE, A.: *Capacidad plena de los mayores en situación de discapacidad mental y guardas de menores emancipados*, Temis, Bogotá, 2021, p. 151.

73 ORTIZ MONSALVE, A.: *Capacidad*, cit., pp. 151-152.

permitir de una manera especial se lleve a cabo la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad.

Este argumento es interesante al basar su razonamiento en que el acto jurídico celebrado con acuerdos de apoyo es atacable pues de no presentarse alguno de los requisitos que forman la estructura del negocio (ilicitud, objeto, formalidad) el acto será inválido (por nulidad o anulabilidad). Los acuerdos de apoyos implican la necesidad de la participación de este para que el negocio celebrado por la persona con discapacidad sea válido. Se convierte así en un elemento más para que la estructura del negocio se configure, de no estarlo el negocio será nulo o anulable. Hay blindaje a la voluntad del discapacitado mas no al acuerdo de apoyos.

En el régimen peruano no contamos con una norma como colombiana que trata la naturaleza jurídica de la participación y de los efectos de la omisión o no participación de la persona designada como apoyo como un requisito de validez del acto jurídico.

Asimismo, a criterio de Bunazar⁷⁴, a través de una interpretación a contrario del numeral 4 del artículo 1783-A del Código Civil brasileiro, se considerará como inválido e ineficaz sobre terceros la decisión tomada por la persona con deficiencia mental sin la participación de su apoyo o fuera de los límites de las facultades de este, de esta manera se considera como causa de invalidez la ausencia de la participación de los apoyos que fueren debidamente designados. Continúa el autor⁷⁵ que del análisis del numeral antes referido (4) resulta entonces que la participación de los apoyos tiene la naturaleza jurídica de asentimiento, cuya ausencia, por tanto, es una causa de anulabilidad del negocio jurídico practicado. No obstante, Colombo discrepa de esta perspectiva al no percibir un carácter prohibitivo en la norma, numeral 4 del artículo 1783 - A de Código civil y, basándose en una interpretación lógico - literal considera que la persona con discapacidad puede expresarse válidamente sin la participación de su apoyo; al examinar sistemáticamente la cuestión, Colombo concluye que no se debe excluir la capacidad civil de la persona con discapacidad, ni siquiera para aplicar analógicamente una norma dirigida a personas incapacitadas (interdicción y curatela).

Desde una perspectiva principista, basada en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Estatuto de la Persona con Discapacidad, se aboga por favorecer la capacidad civil, *in dubio pro capacitar* (Colombo, Maici. Comunicación personal, 21/11/2023).

74 BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 64.

75 BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 66.

El Código civil y comercial de Argentina establece en el art. 38 que es en la sentencia de designación de apoyos donde debe indicarse las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con la especificación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación. Y es que los apoyos son ajustes a medida que dejan atrás los sistemas representativos clásicos que, en reconocimiento de la diversidad y distintas formas de discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta variadas modalidades, de allí que la forma como se ejerza el apoyo se determinará en función a sus límites o graduación de la asistencia⁷⁶. Asimismo, el artículo 44, a decir de Martínez⁷⁷, fulmina de nulidad los actos celebrados que contravengan las limitaciones establecidas en la sentencia, presentándose como una garantía que previene al sujeto de sufrir las consecuencias negativas de los actos que otorgó sin los apoyos y salvaguardias. Debe considerarse que, de acuerdo con el nuevo Código argentino al romperse el sistema dual, planteándose un sistema gradual y relativo, se determina un nuevo campo de análisis de los supuestos de nulidad en los que es fundamental en qué “condiciones se realiza el acto” y no “quién lo realiza”⁷⁸.

La ley española L. 8/2021, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, tiene una referencia especial en el artículo 1302-3 al sancionar con invalidez (anulación) los contratos celebrados por personas con discapacidad que prescinden de las medidas de apoyo cuando fueran precisas (requisito de validez) para el ejercicio de su capacidad de contratar; tema este que desarrolla De Verda y Beamonte⁷⁹.

La no participación del apoyo es la regla y su participación, la excepción. La designación del apoyo no implica que la persona con discapacidad pierda autonomía; cabe perfectamente que realice sus actos jurídicos sin la participación del apoyo designado en la medida en que su intervención no sea obligatoria y pueda expresar su deseo y generar efectos jurídicos deseados per se, sin necesidad del apoyo. La participación del apoyo solo será “obligatoria en caso se haya determinado en el documento de su designación” (num. 12.1, art. 12, Reg. 016), i. e., en la escritura pública o la sentencia; en tal situación, se presenta como un elemento esencial —*essentia negotii*—, un requisito o elemento de validez del acto jurídico que realice la persona con discapacidad en el que deberá intervenir —necesariamente— el apoyo. De esta manera, “durante la realización del acto

76 HERRERA, M., CAMELO, G., & PICASSO, S. B.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, vol. I, 2a ed., SAJ, Buenos Aires, 2022, p. 100. Obtenido de <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2758>.

77 MARTÍNEZ ALCORTA, J. A.: “Cuando el sistema de apoyos oculta un régimen de sustitución”, *Revista de Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, núm 84°, pp. 105-118.

78 LORENZETTI, R.: *Código civil y comercial de la nación comentado*, vol. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 264.

79 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115°, 2022, pp. 23-34.

que produzca efectos jurídicos, debe dejarse constancia de la participación del apoyo solo cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad” (num. 12.2, art. 12, Reg. 016); en estos dos casos está justificada su participación.

El contratante, frente a alguna situación de duda, podría perfectamente verificar que la persona con la que contrata tiene un apoyo declarado (notarial o judicialmente) y verificar las facultades con las que cuenta, con o sin representación, ello es de fácil acceso en el registro público, lo que va de la mano con la debida diligencia que todo contratante debe tener.

Consecuencia

Se sanciona con la nulidad virtual art. V del Título Preliminar y el inc. 8 del art. 219 del Código por contravenir normas de orden público (como son las normas de capacidad), en especial contrariar el núm. 12.1., art. 12, Reg. 016.

b) Falta de manifestación de voluntad.

Si la persona con discapacidad cuenta con la designación de un apoyo pero no lo utiliza ¿el negocio será inválido por falta de manifestación de voluntad?

El tema es opinable pudiendo considerarse que:

a) El apoyo y su participación es potestativo de la persona con discapacidad y su falta de participación no enerva la validez del acto que se realice.

b) Es un típico caso de falta de manifestación de voluntad afectando de nulidad al acto jurídico.

La voluntad es comprendida como el elemento psíquico interno del sujeto que será exteriorizada para que sea válido el negocio. Aunque hay diversas posiciones al respecto (Teoría voluntarista, de la autoresponsabilidad, de la vigencia, declaracionista, de la confianza, etc.).

En este caso el notario deberá tomar las providencias para determinar si la persona con discapacidad *cuenta* o *no cuenta* con un apoyo. Esto representa la nueva función del notario frente a los actos realizados por la persona con discapacidad y la función del apoyo en la línea de la validez de los actos jurídicos. Una escritura pública en cuya introducción no figure la intervención del apoyo designado previamente (sea por la propia persona con discapacidad o vía judicial) será nula, más no el acto que la contiene.

En los casos que la participación del apoyo sea obligatoria, exigible por ley, por estar establecido en el documento de su designación (escritura pública o

sentencia), y este no participe implicará una manifestación de voluntad incompleta, afectando la validez del acto jurídico. Así, el acto jurídico realizado por la persona con discapacidad sería nulo, tanto el acto como el documento serán nulos por falta de manifestación de voluntad (inc.I, art.219). Bunazar⁸⁰ indica que, una vez establecido el apoyo, con el acto jurídico preceptivo practicado solo por la persona con discapacidad (apoyado) será inválido.

Consecuencia

La intervención del apoyo, si bien es una exigencia de la norma, no es un requisito de validez del acto jurídico; el acto es válido, pero puede atacarse su validez por la falta de manifestación de voluntad.

C) El acto jurídico viciado realizado por la persona con discapacidad.

El acto jurídico realizado por la persona con discapacidad puede estar afecto de un vicio de la voluntad (error, dolo, violencia o intimidación) así como de los nuevos vicios de la voluntad que pueden afectar a las personas con discapacidad⁸¹, tales como:

a) El conflicto de interés (conflictuabilidad), es cuando el apoyo hace prevalecer su interés propio, perjudicando la necesidad de la persona con discapacidad.

b) La ventaja injusta (posición de dominio), es el aprovechamiento contractual de la parte más débil, el desequilibrio inter-partes.

c) La influencia indebida (presiones), es una forma de control de la toma de decisión de la persona con discapacidad que se logra valiéndose de la confianza que el apoyo se ha ganado.

A ello se suma la posición de Ninamanco⁸² quien sostiene que frente a la eventualidad que a una persona le devenga una situación de discapacidad mental, sin haber sido diagnosticada previamente y no tenga acceso rápido al apoyo, ajustes razonables y salvaguardias, el aprovechamiento de la contraparte puede ser combatido por la invalidez del acto vía error, dolo o violencia (según sea el caso) al no haber otro supuesto de anulabilidad en el art. 221 del Código.

⁸⁰ BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 53.

⁸¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: "Los vicios de la voluntad en los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad", *La Ley, Año LXXXVII*, núm. 154°, 2023, p. 4.

⁸² NINAMANCO CORDOVA, F.: "Causales de anulabilidad", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MUÑOZ ROJO, & M. A. TORRES CARRASCO), vol. I, 4a ed., Gaceta jurídica, Lima, 2020, p. 838.

Consecuencia

La persona con discapacidad que es inducida a un vicio de la voluntad genera la invalidez (anulabilidad) del acto jurídico (inc.2, art.220).

V. CONCLUSIONES.

La discapacidad y la validez de los negocios jurídicos es un tema de especial importancia. En la práctica y en los trabajos académicos hay una falta de claridad y de preocupación en cuanto a qué negocios jurídicos realizados por personas con discapacidad pueden ser declarados inválidos o ineficaces.

La reforma del Código civil peruano en materia de capacidad ha eliminado tanto el discernimiento, la enfermedad y el deterioro mental como causas de incapacidad, así como la nulidad del acto por incapacidad absoluta y la anulabilidad por causas mentales del sujeto, pero ello no debe cambiar las consecuencias de nulidad de los actos jurídicos que celebre un sujeto sin manifestación de voluntad, sin cumplir con los requisitos de validez, de aquellos que contravengan las normas de orden público, o de anulabilidad por algún vicio de la voluntad, o de ineficacia cuando el apoyo actúa sin representación, o no cumple con las facultades dentro del compromiso delegado, resultando necesario estudiar la casuística a fin de identificar los supuestos en los cuales pueden darse, sea por el fondo, la forma o la actuación de la persona con discapacidad o del apoyo.

En cuanto al fondo: la manifestación de voluntad es la expresión que trasciende en el ámbito jurídico, su falta conlleva a que el acto jurídico sea nulo. La privación de discernimiento conlleva a la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad, a estos casos se suma el estado de coma, la discapacidad transitoria e intelectual, de forma que quien carece de discernimiento no puede formar una voluntad interna, menos expresarla de manera adecuada.

En cuanto a la forma: la exigencia que la designación de apoyo sea por escritura pública no está sujeta a sanción de nulidad, de modo que la escritura podrá adolecer de defectos que afecten su validez en sí, pero ello no afectará la designación del apoyo. Si la intervención del apoyo no figura en la introducción de la escritura pública, esto determinará la nulidad del documento sin afectar el acto de la designación.

En cuanto a la actuación y participación del apoyo: se presentan casos en los que el apoyo actúa sin o con representación, cuando se excede o contraviene las facultades conferidas, cuando no respeta las salvaguardias o cuando no reconstruye la voluntad de forma adecuada, casos estos en los que el acto se ve afectado de nulidad o ineficacia, según sea el caso.

En cuanto a la actuación y participación de la persona con discapacidad: tenemos los casos del acto realizado por la persona con discapacidad que requiere o que prescinde de la intervención del apoyo. En estos casos se presentan dos situaciones, (i) la necesidad de la persona de llevar a cabo un acto con el apoyo que no ha sido designado y, (ii) aquel en que la persona con discapacidad no respeta la designación de un apoyo y actúa de forma individual. Cabe precisar que la no participación del apoyo es la regla y su participación, la excepción. La designación del apoyo no conlleva a que la persona con discapacidad pierda autonomía y decisión; esta puede realizar actos jurídicos sin el apoyo designado siempre que no sea obligatoria su participación y pueda expresar su voluntad. Asimismo, debe tomarse en cuenta los vicios de la voluntad que puedan generar la anulabilidad del acto, teniendo en cuenta, especialmente, los nuevos vicios como la influencia indebida, el conflicto de interés y la ventaja injusta.

En base al principio de protección de los intereses del sujeto más débil en las relaciones no paritarias, debe plantearse una reanálisis de la teoría de la conservación del acto jurídico a fin de aplicarla a la validez de los actos practicados por la persona con discapacidad, siempre que estos sean en favor de esta, tomando en cuenta la autonomía y la preservación de la capacidad de negociación en aspectos patrimoniales.

La validez y eficacia de los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad es un tema medular; requiere de un estudio especial por el Derecho civil tomando en cuenta la nueva dimensión en el tratamiento de la capacidad, esto con la finalidad que los operadores legales tengan una real predictibilidad en los casos de invalidez o ineficacia negocial en los actos celebrados por las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

Actas de las sesiones de la comisión reformatora del Código civil peruano, vol. VI, C. M. Castrillón, Lima, 1926.

Actas de las sesiones de la comisión reformatora del Código civil peruano, vol. I, 2ª ed., C. M. Castrillón, Lima, 1928.

ALPA, G.: *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma, 1993.

BARDALES SIGUAS, L. R.: "El rol de la nulidad por falta de manifestación de voluntad frente a las modificaciones del decreto legislativo N° 1384", en AA.VV.: *Estudios sobre los problemas y soluciones actuales del derecho civil* (coord. por Y. MEZA TORRES), Gaceta Jurídica, Lima, 2023, pp. 325-365.

BERNARDES DE MELLO, M.: *Teoría do fato jurídico. Plano de validez*, 15ª ed., Saraiva Jur, São Paulo, 2019.

BIANCA, M.: *Diritto civile. La norma giuridica - I soggetti*, vol. I, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2002.

BUENDÍA DE LOS SANTOS, L. L.: (Junio 2017). *Venta ilegal de predios mediante la falsa representación (Tesis para optar el título profesional de Abogado)*, Lima: Universidad de Lima.

BUNAZAR, M.: *A invalidade do negócio jurídico*, 3ª ed., Thomson Reuters, São Paulo, 2023.

CAMPOS GARCÍA, H.: "Discapacidad no es incapacidad. A veces no solo bastan las declaraciones de buenas intenciones", *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, núm. 440º, 2013, pp. 6-7.

CÁRDENAS KRENZ, R.: "Capacidad de ejercicio plena", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. A. TORRES CARRASCO), vol. I, 4ª ed., Gaceta jurídica, Lima, 2020, pp. 250-259.

CÁRDENAS KRENZ, R., & DELLA ROSSA LECIÑANA, A.: "Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 65º, 2018, pp. 101-116.

CASTILLO FREYRE, M., & CHIPANA CATALÁN, J.: "La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 65º, 2018, pp. 45-50.

CIEZA MORA, J., & OLAVARRÍA PARRA, M. J.: "Nosotros, los normales. Errores y aciertos de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 64°, 2018, pp. 47-61.

CONSTANTINO CAYCHO, R. A., & BREGAGLIO LAZARTE, A. R.: "Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado", en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (coord. por M. BACH, & N. ESPEJO), Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, pp. 521-550.

CONSTANTINO CAYCHO R. A., & BREGAGLIO LAZARTE, R. A.: "La compleja comprensión del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Ius et Veritas*, núm. 64°, 2022, pp. 156-176.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115°, 2022, pp. 11-115.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Acto jurídico negocial*, Gaceta jurídica, Lima, 2008.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, vol. I, 6ª ed., Grijley, Lima, 2012.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: "Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad (... o el problema de la falta de discernimiento en una reforma legislativa inconclusa y apresurada)", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 64°, 2018, pp. 13-25.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, vol. II, 8a ed., Instituto Pacífico, Lima, 2019.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: "Capacidad de ejercicio plena", en AA.VV.: *Nuevo comentario al Código civil peruano* (coord. por J. ESPINOZA ESPINOZA, & M. GALLEGOS SALAZAR), vol. I, Instituto Pacífico, Lima, 2021, pp. 488-494.

FOUCAULT, M.: *Enfermedad mental y personalidad*, Paidós, Buenos Aires, 1961.

HERRERA, M., CARAMELO, G., & PICASSO, S. B.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, vol. I, 2a ed., SAJ, Buenos Aires, 2022. Obtenido de <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2758>.

HUAMÁN PINEDA, J., CABELLO MATAMALA, C., MEJÍA ROSASCO, R., & CASTILLO FREYRE, M.: (21 de 08 de 2023). Conferencias sobre problemas prácticos relativos a la capacidad de las personas naturales con discapacidad [Discurso principal], *Academia Peruana de Derecho*, Lima, Perú.

LECIÑENA IBARRA, A.: "Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento", *La Ley*, 10063, 2022, pp. 1-8.

LEÓN HILARIO, L.: *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3ª ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017.

LEÓN HILARIO, L.: *Derecho privado. Parte general: Negocios, actos y hechos jurídicos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial, Lima, 2019.

LORENZETTI, R.: *Código civil y comercial de la nación comentado*, vol. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014.

MARTÍNEZ ALCORTA, J. A.: "Cuando el sistema de apoyos oculta un régimen de sustitución", *Revista de Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, núm 84º, pp. 105-118.

MORALES HERVIAS, R.: "La inexistencia e invalidez del contrato en el Código civil peruano", *Revista jurídica del Perú*, 2009, núm. 100º, pp. 85-111.

MORALES HERVIAS, R.: *Patologías y remedios del contrato*, 2ª ed., Jurista, Lima, 2019.

NINAMANNCO CÓRDOVA, F.: "Causales de anulabilidad", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. A. TORRES CARRASCO), vol. I, 4ª ed., Gaceta jurídica, Lima, 2020, pp. 832-844.

ORTIZ MONSALVE, A.: *Capacidad plena de los mayores en situación de discapacidad mental y guardas de menores emancipados*, Temis, Bogotá, 2021.

PALACIOS MARTÍNEZ, E.: "Nulidad refleja", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. TORRES CARRASCO), vol. I, 6ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2022, pp. 856-858.

PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoles, 1972.

PLACIDO VILCACHAGUA, A.: "Discapacidad y capacidad jurídica. A propósito del Decreto Legislativo. N.º 1384 que adecua el Código Civil a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Actualidad civil*, 2019, núm. 56º, pp. 129-172.

PRIORI POSADA, G.: "Representación directa sin poder", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. TORRES CARRASCO), vol. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 622-627.

RAMOS NÚÑEZ, C.: *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, vols. T. VI, vol. I, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006.

RESCIGNO, P.: *Manuale del Diritto privato italiano*, 6a ed., Jovene editore, Napoli, 1984.

ROMERO MONTES, F.: *Acto jurídico*, Grijley, Lima, 2013.

ROSENVALD, N.: Curatela. En *Tratado do direito das famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2016.

STOLZE GAGLIANO, P., & PAMPLONA FILHO, R.: *Novo curso de Direito civil. Parte geral*, 22a ed., vol. I, Saraiva, São Paulo, 2020.

TANTALEÁN ODAR, R.: "Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano", *Gaceta de familia*, 2023, pp. 109-135.

TARTUCE, F.: *Direito civil. Lei de introdução e parte geral*, vol. I, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2019.

TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, 1ª ed., San Marcos, Lima, 1998.

TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, vol. II, 7ª ed., Jurista, Lima, 2021.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de las personas*, 1ª ed., Coedición Gaceta Jurídica y Universidad de Lima, Lima, 2014.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: "Los vicios de la voluntad en los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad", *La Ley*, Año LXXXVII, núm. 154º, 2023, p. 4.

VIARO, M.: *I principi generali del diritto*, Cedam, Padova, 1969.



LA CONTRAPRESTACIÓN EN FORMA DE DATOS
PERSONALES: EL NUEVO PARADIGMA EN LA ERA DIGITAL

*THE COUNTER-PERFORMANCE IN THE FORM OF PERSONAL
DATA: THE NEW PARADIGM IN THE DIGITAL AGE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 1122-1185

Álvaro BUENO
BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de noviembre 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: El presente trabajo examina la función de los datos personales como contraprestación en el mercado digital. En concreto, defiende su uso como contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y analiza el consentimiento como base legítima para el tratamiento de los mismos. También se abordan las distintas bases jurídicas que pueden legitimar su tratamiento, especialmente, cuando son utilizados con fines comerciales, así como los distintos problemas que se derivan de la interacción entre la normativa de protección de datos y la normativa de consumo.

PALABRAS CLAVE: Datos personales; contraprestación; contenidos y servicios digitales; mercado digital; Directiva 2019/770; TRLGDCU; consumidores y usuarios.

ABSTRACT: *This paper examines the role of personal data as consideration in the digital market. In particular, the paper defends the use of personal data as consideration in contracts for the supply of digital content and digital services, and analyses consent as a legitimate basis for the processing of personal data. The paper also addresses the different legal bases that can legitimise such processing, especially when personal data are used for commercial purposes, as well as the different problems arising from the interaction between data protection and consumer law.*

KEY WORDS: *Personal data; consideration; digital content and digital services; digital market; Directive 2019/770; TRLGDCU; consumers and users.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LOS DATOS PERSONALES DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO DIGITAL.- II. EN DEFENSA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN.- III. MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES.- I. Sobre el alcance del derecho a la protección de los datos personales.- 2. Normativa aplicable a la protección de los datos personales.- IV. EL CONSENTIMIENTO COMO BASE LEGÍTIMA PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.- V. LOS REQUISITOS PARA OBTENER UN CONSENTIMIENTO VÁLIDO.- 1. Consentimiento libre.- 2. Consentimiento específico.- 3. Consentimiento informado.- 4. Consentimiento inequívoco.- VI. ¿CUÁNDO Y CÓMO SE TIENEN QUE CEDER LOS DATOS PERSONALES POR PARTE DEL CONSUMIDOR?.- VII. SUPUESTOS EN QUE LOS DATOS PERSONALES NO CONSTITUYEN LA CONTRAPRESTACIÓN DEL CONTRATO.- VIII. LAS BASES JURÍDICAS QUE PUEDEN LEGITIMAR EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES CUANDO ESTOS SE UTILIZAN PARA FINES COMERCIALES.- 1. Tratamiento basado en la necesidad para la ejecución del contrato ex art. 6.1, letra b) RGPD.- 2. Tratamiento basado en el interés legítimo ex art. 6.1, letra f) RGPD.- 3. Consentimiento del consumidor ex art. 6.1, letra a) RGPD.- IX. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE PLANTEAN EN RELACIÓN CON EL RGPD.- 1. La contradicción entre la obligación de ceder los datos personales como contraprestación y el derecho a revocar el consentimiento.- 2. La incidencia en el contrato de un consentimiento inválido al tratamiento de datos personales.- 3. Sobre las limitaciones previstas en los arts. 7.4 RGPD y 6.3 LOPDGD.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LOS DATOS PERSONALES DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO DIGITAL

Con la creciente evolución de las nuevas tecnologías se han apreciado cambios en la forma de contratar, tanto para consumidores como para empresarios. En este sentido, es frecuente que los contenidos o servicios digitales se suministren, no solo cuando el consumidor paga un precio, sino también cuando facilita datos personales, ya que cada vez es más común que los proveedores de contenidos y servicios digitales no cobren en dinero por la prestación, sino que exijan a cambio de ésta una contraprestación no dineraria, como pueden ser los datos personales (o no) del usuario. Estos modelos de negocio son cada vez más habituales y aparecen de diferentes formas en una parte considerable del mercado¹. De esta forma, las referidas compañías proceden al almacenamiento, tratamiento y transferencia de

¹ Las compañías se dedican a obtener los datos personales de los usuarios, que los ceden, a cambio del uso de una App, de la utilización de los diferentes servicios de las redes sociales o de la activación de la geolocalización del *Smartphone*, entre otros. Sin embargo, como señalan MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.1, 2018, p.24, los datos de cada persona no son en sí los más relevantes, sino que lo más valioso es la obtención de información sobre la totalidad de nuestra actividad online, lo cual permite rastrear nuestras reacciones, pautas y preferencias y catalogar así nuestro patrón de comportamiento en base a una visión comercial. Así, los datos individualmente considerados van cobrando relevancia en la medida en que se cruzan con otros datos y permiten una reconstrucción de la personalidad online capaz de predecir nuestros pasos o intereses en la vida real.

• Álvaro Bueno Biot

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universidad de Valencia. Doctor en Derecho por las Universidades de Valencia y de Bolonia. Correo electrónico: alvaro.bueno@uv.es

estos datos que, estructurados a gran escala, constituyen información de gran valor para otros sujetos que están dispuestos a pagar enormes cantidades de dinero a cambio de ellos. Es lo que se conoce como “Big Data”, el cual consiste en el análisis masivo de datos². En tal sentido, se tratan grandes cantidades de datos que, conjuntamente organizados y analizados³, producen una información muy valiosa, que resulta de gran utilidad de cara a tomar mejores decisiones y movimientos en negocios estratégicos⁴.

Es importante, en este sentido, destacar el papel que ostenta el tratamiento de datos personales en el mercado. Su relevancia económica se puede deducir de los distintos fines para los que son destinados, como la reducción de costes de investigación de los productos y transacciones, su empleo con propósitos de investigación científica –como la inteligencia artificial- y, entre otras utilidades, destaca su uso para la mejora de los resultados de las campañas de publicidad, siendo esencial para la denominada *targeted advertisement* o publicidad dirigida⁵. Es por ello que, en la economía digital, muchos modelos de negocio, tales como los servicios de redes sociales más importantes, los buscadores de internet, determinados servicios de comunicación y numerosos suministradores de contenidos digitales, dependen en menor o mayor medida del tratamiento de

- 2 ONTIVEROS BAEZA, E.: “El *big data* y su importancia en el mundo digital”, en AA.VV.: *Economía de los datos. Riqueza 4.0* (dir. por E. ONTIVEROS BAEZA), Fundación Telefónica – Ariel, S.A., 2017, p. 35, señala que el Big Data hace referencia a “la aparición y el aprovechamiento de grandes volúmenes de datos que, si bien algunos de ellos existían antes, nunca hasta ahora se habían contemplado como una fuente de valor para las empresas, de transparencia para las Administraciones públicas o de mejor autogestión para todos los ciudadanos en su día a día”.
- 3 Estos datos que conforman lo que se denomina el *Big data* se caracterizan, como señala NAVAS NAVARRO, S.: “El internet de las cosas”, en AA.VV. *Mercado digital: principios y reglas jurídicas* (dir. por S. NAVAS NAVARRO y S. CAMACHO CLAVIJO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 24, por su volumen, velocidad, volubilidad, valor, variedad, visualización y veracidad. En el mismo sentido, STAUDENMAYER, D.: “Comentario al art. 3 Directiva (UE) 2019/770”, en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 69, señala que los macrodatos a menudo se caracterizan por hacer referencia a las 3 V's: gran volumen, gran velocidad y gran variedad.
- 4 Para un análisis más exhaustivo sobre el modelo de negocio consistente en el tratamiento de datos personales y los riesgos que ello conlleva, *vid.*, FRAMINÁN SANTAS, J.: “Big data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310, 2018, pp. 1-6.
- 5 DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I.: “El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario”, *Revista de derecho privado*, núm. 4, 2020, p. 98. En el mismo sentido, HOOFNAGLE, C.J. y WHITTINGTON, J.: “Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price”, *UCLA Law Review*, vol. 61, rev. 606, 2014, p. 626, apuntan que para algunas empresas, la recogida y monetización de datos sobre los consumidores a cambio de servicios supuestamente gratuitos es la principal propuesta de negocio. Estos modelos de negocio demuestran hasta qué punto las empresas valoran, como cualquier otro activo, la información personal que recopilan sobre cada consumidor, especialmente cuando el consumidor es un beneficiario gratuito. Sin embargo, CASTILLO PARRILLA, J.A.: “Economía digital y datos entendidos como bienes”, en AA.VV.: *El mercado digital en la Unión Europea* (dir. por P. CASTAÑOS CASTRO y J.A. CASTILLO PARRILLA), Reus, S.A., Madrid, 2019, p. 286, matiza que “el foco sobre el mercado de datos no debe proyectarse exclusivamente a partir de los datos como parte integrante de un conjunto estructurado potencialmente útil en un momento posterior a través de técnicas de tratamiento y análisis de datos, pues de este modo no se estaría observando en su conjunto el mercado de datos en la medida en que no se observa en su conjunto el proceso productivo de los datos. Si aceptamos que los datos son productos (...) y que desempeñan una función económica en tanto que forman parte de un mercado, debemos analizarlos desde el paradigma de la cadena de producción o, dicho de otro modo, observar su comportamiento en el mercado (el de los datos) desde el inicio hasta el final del proceso productivo”.

los datos personales de los usuarios⁶. De ahí que los datos personales se hayan convertido en un activo negociable⁷ y, en consecuencia, se pueda afirmar que son “la nueva moneda del mundo digital”⁸. De esta forma, aunque no haya contraprestación dineraria en este tipo de contratos, el proveedor exige una serie de datos que pueden ser de gran valor para quien los trate y, por ende, el hecho de que el proveedor no cobre en dinero por la prestación que ofrece no significa que este contrato deba ser considerado como gratuito, ya que dicha gratuidad es solo aparente, pues, en realidad, existe una contraprestación que consiste en la autorización que otorga el usuario al tratamiento de sus datos personales⁹.

Es cierto que la solución ideal pasa por realizar una aproximación al valor económico que puedan tener los datos personales cedidos a modo de contraprestación con la finalidad de objetivar ese “precio”¹⁰. Sin embargo, el problema que se plantea es la difícil valoración de los datos personales. No se puede negar que, a través de su empleo (por ej. de las redes sociales), el usuario/consumidor genera datos personales que son una fuente económica valiosa para los proveedores de dichos servicios¹¹. Pero, si bien es cierto que existen algunos estudios en los que se proponen algunas vías para determinar el valor de los mismos¹², se plantean numerosas dificultades a la hora de arrojar un valor

6 VERSACI, G.: “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, *European Review of Contract Law*, vol. 14, núm.4, 2018, p. 376.

7 STAUDENMAYER, D.: “Comentario al art. 3 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 69.

8 LANGHANGE, C. y SCHMIDT-KESSEL, M.: “Consumer Data as Considatarion”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, núm. 6, 2015, p. 218.

9 SANTOS MORÓN, M.J.: “Consumidor y nuevas tecnologías: privacidad y protección de datos”, en AA.VV.: *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial* (coord. por M.J. SANTOS MORÓN y M.N. MATO PACÍN), Madrid, 2022, p. 304. En este sentido, como señala CÁMARA LAPUENTE, S.: “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad”, en AA.VV. *El mercado digital en la Unión Europea* (dir. por: P. CASTAÑOS CASTRO y J.A. CASTILLO PARRILLA), Reus, Madrid, 2019, p. 204, podría considerarse como práctica comercial desleal aquella en la que el proveedor del contenido o servicio digital destaca la gratuidad absoluta del servicio cuando puede que existan cargos ocultos en forma de recolección de datos con su valor que harían engañosa la afirmación (Cfr. Art. 22.5 Ley de Competencia Desleal). Vid., en este mismo sentido, FRISANI, C. y VALLI, M.: “Consumatori di beni con elementi digitali e di contenuti e servizi digitali e pratiche commerciali sleali”, en AA.VV.: *I diritti dei consumatori digitali* (dir. por: R. TORINO), Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 191, quienes manifiestan que constituye una práctica comercial desleal el hecho de que la empresa promueva la percepción de que los contenidos o servicios digitales se prestan de forma gratuita, toda vez que exige al consumidor que proporcione información personal con la finalidad de que sea tratada para fines comerciales. En la misma línea, vid., DE FRANCESCHI, “Personal Data as Counter-Performance”, en SENIGAGLIA, IRTI y BERNES (coords.) *Privacy and Data Protection in Software Services*, Signapur, 2022, p. 67.

10 ROSELLÓ RUBERT, F.M.: “La propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales y la protección del consumidor de servicios digitales no retribuidos monetariamente”, en AA.VV.: *El mercado Digital en la Unión Europea* (dir. por P. CASTAÑOS CASTRO y J.A. CASTILLO PARRILLA), Reus, Madrid, 2019, p. 279.

11 ARROYO VENDRELL, T. y SCHULZE, R.: “Contratos de contenidos digitales: Introducción”, en AA.VV.: *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen* (coord. por J. KINDL, T. ARROYO VENDRELL y B. GSELL), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Alemania), 2018, p.15.

12 Vid., en este sentido, OECD, “Exploring the Economics of Personal Data. A survey of methodologies for measuring monetary value”, OECD Digital Economy Papers, 2013, núm. 220, pp. 18 y ss. También, una clara exposición de algunas metodologías que se pueden utilizar para el cálculo del valor de los datos personales puede verse en HERNÁNDEZ MARTÍN, “La privacidad: una mirada desde la economía”, en AA.VV. *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información* (coord. por J.P. APARICIO VAQUERO, y A. BATUECAS CALETRÍO), Comares, Granada, 2015, pp. 1-25. En el mismo sentido, se exponen también algunos métodos para el cálculo en NAVAS NAVARRO, S.: “El valor de los datos personales en el mercado”, en

exacto, justo y veraz. Ahora bien, sea cual sea la fórmula que se utilice para su determinación, el cálculo deberá ser transparente y claro, debiendo quedar perfectamente determinado el objeto sobre el que se está asignando un precio y el *modus operandi* que se utiliza para arrojar el valor del objeto del cálculo. En cualquier caso, como señala parte de la doctrina¹³, a pesar de los avances que se van produciendo con respecto a la determinación del valor económico de los datos personales, estos datos del usuario, individualmente considerados, tienen un escaso valor económico, pues los mismos cobran especialmente relevancia cuando, en grandes volúmenes, se cruzan unos con otros a través de lo que ya nos hemos referido como el Big Data¹⁴.

II. EN DEFENSA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN.

El legislador, consciente de la realidad social y económica que envuelve este mercado, optó por regular la situación en la que los datos personales aparecen como moneda de cambio de muchos contenidos y servicios digitales, otorgando así una mayor protección a los consumidores y garantizando una mayor seguridad jurídica a los empresarios¹⁵. En este sentido, el art. 59.4 del Texto Refundido de

AA.VV.: *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen* (coord. por J. KINDL, T. ARROYO VENDRELL y B. GSELL), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2018, pp. 111-113; o HACKER, P.: "Regulating the Economic Impact of Data as Counter – Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive", en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 49-53.

13 Vid., entre otros, DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I.: "El tratamiento de datos personales", cit., p. 99, MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit., p. 24; y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "La protección del consumidor en la contratación digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 1247.

14 Como señala NAVAS NAVARRO, S.: "El internet de las cosas", cit., pp. 27-32, uno de los rasgos característicos de los "big data" es su variedad o heterogeneidad. En este sentido, nos parece interesante traer a colación la distinción que realiza entre lo que denomina "datos-materia prima" y "datos-conocimiento" para una mejor comprensión de por qué los datos personales del consumidor o usuario individualmente considerados tienen un escaso valor. Así, los "datos-materia prima" son aquellos recogidos, en gran parte mediante sistemas informáticos, pero que todavía no han sido tratados, manipulados o cruzados con otros datos. Pueden calificarse como datos de "bajo nivel". En cambio, los "datos-conocimiento" son aquellos que se generan como consecuencia del tratamiento por algoritmos matemáticos de los "datos-materia prima", lo que da lugar a información de gran valor que se puede utilizar para diversas finalidades. Se pueden calificar como datos de "alto nivel". De ahí que los "datos-materia prima" que son los que cede el consumidor o usuario como contraprestación, en sí mismos considerados, tienen una escasa valía, pues realmente lo que constituye una información valiosa son los "datos-conocimiento" que se obtienen del tratamiento y combinación de los "datos-materia prima" a través de los diferentes algoritmos propiedad de cada empresa y protegidos por una doble vía: como "obra original" (art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual) o como derecho *sui generis* del fabricante (arts. 133 y ss de la Ley de Propiedad Intelectual). En un sentido similar se expresa TRIPODI, E.M.: "Consumi digitali e dati personali", en AA.VV.: *I diritti dei consumatori digitali* (dir. por R. TORINO, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 277, quien afirma que los datos personales por sí solos valen muy poco o nada, ya que es poco probable que la construcción de una empresa se base en esos datos por sí solos. El valor, en cambio, se compone de todo el procesamiento que se realiza sobre él, precisamente con el fin de conferir el valor, que aumenta a medida que aumenta el número de datos y el consiguiente procesamiento.

15 De esta forma, como señala NAVAS NAVARRO, S.: "El valor de los datos personales", cit., p. 105, lo que se ha hecho a través de los textos normativos no es más que reconocer la existencia "legal" de situaciones en las que el suministro del contenido o servicio digital se ofrecía –erróneamente- de forma "gratuita", y así lo

la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)¹⁶ reconoce la aplicación del Libro II a “los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin”¹⁷. Este precepto tiene su origen en el art. 3.1, párrafo 2º de la Directiva 2019/770 (en adelante, DCSD)¹⁸, que es la normativa que reconoce, por primera vez, a los datos personales como contraprestación, lo cual ha supuesto una de las novedades más relevantes y que más interés ha despertado en la doctrina.

consideraba el consumidor, cuando, en realidad, estaba satisfaciendo una contraprestación no pecuniaria en forma de “información personal” o de “datos personales”.

- 16 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 (EL: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>).
- 17 Cabe señalar que la nomenclatura que se le ha dado a este tipo de contratos, es decir, “contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”, en realidad, se debe a una deficiente traducción de la versión original de la DCSD al idioma español. La versión original hace referencia a “contracts for the supply of digital content and digital services”, lo que traducido al español sería “contratos para el suministro” y no “contratos de suministro”. Esto puede inducir a confusión, pues no se ha tenido en cuenta que en España el contrato de suministro dispone de una entidad y características propias. De hecho, la DCSD, a diferencia de la Directiva 2011/83, ahora no prohíbe la calificación de los “contratos de suministro de contenidos y servicios digitales” como contratos de venta o de servicios, sino que, más bien al contrario, clarifica que se deja en manos del legislador nacional la calificación de si este tipo de contratos constituyen, por ejemplo, “un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico”. Sin embargo, el legislador español, con la transposición de la DCSD al TRLGDCU, ha omitido determinar la calificación de este tipo de contratos, a pesar de todas las categorías contractuales que el Cdo. 12 de la DCSD ofrece para que sean los Estados Miembros los que se decanten por alguna de ellas (contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico). Sin embargo, el TRLGDCU dispone únicamente de dos categorías contractuales: “contrato de compraventa o venta” y “contrato de servicios”. Si atendemos a estas dos definiciones reguladas en los arts. 59 bis. 1, letra f) y 59 bis. 1, letra g) TRLGDCU se pueden extraer las siguientes consideraciones: 1) en ambas definiciones desaparece la prestación a la que estaba obligado el consumidor, esto es, que “pague o se comprometa a pagar su precio”. Esto no significa que haya desaparecido la contraprestación dineraria, sino que, más bien al contrario, el legislador ha decidido prescindir de establecer la prestación a la que está obligado el consumidor o usuario, precisamente porque estas instituciones deben abarcar también los contratos de contenidos y servicios digitales en los que la contraprestación consista en la cesión de datos personales por parte del consumidor o usuario; 2) respecto al “contrato de servicios”, se añade al final de la nueva definición que el mismo incluirá también aquellos que tengan “carácter digital”, por lo que es obvio que el legislador ha querido adaptar esta figura a la nueva realidad social, en la cual los contratos de contenidos y servicios digitales también podrán ser encuadrables como contratos de servicios; y 3) por último, cabe precisar que en ninguna de las dos definiciones se hace referencia al suministro de contenidos o servicios digitales. En tal sentido, se puede apreciar cómo el legislador español ha rehuído calificar este tipo de contratos. Sin embargo, en el art. 59.4 TRLGDCU se hace referencia a “(...) los contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios”, de lo que podemos inferir que, evidentemente, el suministro de contenidos o servicios digitales, en algunas ocasiones, adoptará la forma de un contrato de compraventa y, en otras, la de un contrato de servicios, pero ello no excluye que el suministro de contenidos o servicios digitales pueda adoptar otras formas como un contrato de alquiler o un contrato de obra (v.gr. contrato de creación de una página web conforme a las especificaciones del consumidor), en cuyo caso, consideramos que también deberían aplicarse las normas del TRLGDCU.
- 18 Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (EL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>).

De esta forma, quedarían sujetos a la DCSD y al TRLGDCU aquellos supuestos en los que el consumidor, por ejemplo, abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico, y estos se utilizan para fines que no sean exclusivamente el suministro de los contenidos o servicios digitales, o distintos del cumplimiento de los requisitos legales. También quedarán sujetos los casos en los que el consumidor da su consentimiento para que cualquier material que constituya datos personales, como fotografías o mensajes que cargue, sea tratado por el empresario con fines comerciales.

Es importante detenerse en esta diferenciación que se realiza entre los contratos en los que el consumidor abona un precio y aquellos otros en los que la contraprestación consiste en la facilitación de datos personales por parte del consumidor o usuario, y cuya inclusión se previó con la finalidad de evitar que, dependiendo de la naturaleza de la contraprestación, se generase una discriminación entre los diferentes modelos de negocio, así como rehuir de incentivos injustificados a las empresas para orientarse hacia la oferta de contenidos digitales a cambio de datos¹⁹.

Así, por un lado, nos encontramos con aquellos contratos en los que el empresario que suministra el contenido o servicio digital recibe como contraprestación un precio²⁰; y, por otro lado, aquellos contratos en los cuales el empresario que suministra contenidos y servicios digitales recibe como contraprestación la cesión de uso de los datos personales por parte del consumidor y usuario²¹. Esta ha sido

19 Esta es la razón que señalaba el Cdo. 13 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [COM (2015) 634 final] (en adelante, PropDCSD).

20 El legislador europeo reconoce en el art. 3.1 DCSD la aplicación de la Directiva “a todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio”. Sin embargo, no encontramos su homónimo en el TRLGDCU, aunque el reconocimiento del pago de un precio en dinero como contraprestación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales puede deducirse a partir de algunos de sus preceptos, que contienen varias referencias expresas al pago de un precio en este tipo de contratos. Sin ir más lejos, el art. 117.1, párrafo 1º TRLGDCU reconoce como medida correctora, en caso de falta de conformidad del contenido o servicio digital, la reducción del precio, la cual solo puede tener cabida cuando se paga una cantidad de dinero determinada o determinable. En la misma línea, el párrafo 2º del mismo precepto faculta al consumidor a suspender cualquier parte pendiente del precio del contenido o servicio digital hasta que el empresario cumpla con su obligación. Por su parte, el art. 119 bis. 2 TRLGDCU hace referencia a los contenidos o servicios digitales que “se suministren durante un período de tiempo a cambio del pago de un precio (...)”, por lo que es evidente que se reconoce el pago de un precio como contraprestación en este tipo de contratos. No obstante, si bien es cierto que el TRLGDCU no especifica qué debe entenderse por precio, sí lo hace la DCSD, que contiene su definición en el art. 2.7, conforme al cual se entiende por precio “el dinero o una representación digital de valor”. Por todo ello, cabe considerar que la contraprestación consistente en la cesión de uso de datos personales no tendría encaje bajo la definición de precio. Sin embargo, parte de la doctrina más autorizada como DE FRANCESCHI, “Personal Data as Counter...”, cit., p. 63, propone que el concepto de “precio” debería actualizarse teniendo en cuenta las necesidades de la economía digital. En tal sentido, el autor sugiere que debería incluirse en el mismo a los datos personales que se ceden como contraprestación. Aunque, tal y como está configurado el espectro normativo actualmente, no debe confundirse el pago de un precio con la cesión de datos personales, y ello con independencia de que estén sometidos, aunque con matices, a las mismas reglas.

21 Como señala ROSELLÓ RUBERT, F.M.: “La propuesta de Directiva sobre suministro”, cit., p. 275, la falta de contraprestación dineraria no supone en modo alguno que estas relaciones jurídicas no sean vinculantes y exigibles para las partes, sino que, al contrario, estamos pues ante contratos vinculantes.

una de las novedades más relevantes de la DCSD, aunque se trata de una solución que ya se preveía en el art. 5, letra b) de la fracasada Propuesta del CESL²². Sin embargo, hay que tener en cuenta que la DCSD eliminó de su texto normativo cualquier referencia expresa al término “contraprestación” en relación con los datos personales debido a las fuertes críticas que recibió por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos (en adelante, SEPD) en su Dictamen 4/2017²³. Por el contrario, la PropDCSD sí que aludía al suministro a cambio de que el consumidor facilitase “activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos”. La razón por la que el SEPD instaba la eliminación del término “contraprestación” era que tal denominación podía afectar a la naturaleza del derecho fundamental de protección que recae sobre los datos facilitados.

Ahora bien, el hecho de que la DCSD en su Cdo. 24 señale que “la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía”²⁴, no significa que estos no puedan considerarse como contraprestación del suministro de contenidos o servicios digitales, pues, simplemente, el legislador europeo ha utilizado una fórmula más conservadora y reticente (“facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario”), lo que no priva a los mismos de la posibilidad de que sean considerados como “contraprestación”. Por tanto, los cambios tan significativos que podemos apreciar en el tenor literal del texto en la DCSD respecto a la

Vid., en la misma línea, GARCÍA HERNÁNDEZ, A.: “Datos personales como contraprestación: consecuencias”, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2021, p. 8, (<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/5289-datos-personales-como-contraprestacion-consecuencias>), afirma que la contraprestación de un servicio o de un bien puede consistir en métodos de pago distintos al propio dinero, a pesar de constituir este el elemento paradigmático que representa la contraprestación clásica en el sistema negocial actual, por lo que el pago con datos personales constituye una auténtica contraprestación, dando lugar a verdaderos contratos onerosos y no a título gratuito como cabría pensar; y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “Contrato sobre contenidos o servicios digitales con consumidores a cambio de datos”, en AA.VV.: *Contratación mercantil: digitalización y protección del cliente-consumidor* (dir. por L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LOPEZ), Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 58, quien señala que si los datos no fueran una contraprestación, y tampoco se entregara precio, no podríamos hablar de la existencia de una relación contractual regulada por la normativa de consumidores.

- 22 De acuerdo con el art. 5, letra b) de la Propuesta del CESL dicha normativa podía aplicarse a “los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no”. Como se puede apreciar, no se hacía una referencia expresa a los datos personales, pero cabía la posibilidad, dado que contemplaba no solo contraprestaciones a cambio de precio, sino también aquellas que no consistieran en el pago de un precio en dinero. De hecho, el Cdo. 18 CESL hacía referencia a que los contenidos digitales, a menudo, no se suministran a cambio de un precio sino en combinación con bienes o servicios pagados por separado, lo que implica consideraciones no pecuniarias como, por ejemplo, el acceso a datos personales. Y añade que “la aplicabilidad de la normativa común de compraventa europea no debe depender de si se paga un precio o no por el contenido digital en cuestión”.
- 23 European Data Protection Supervisor, Opinion on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Dictamen núm. 4/2017, 14 de marzo de 2017, pp. 1-26. (Consultar en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf).
- 24 De la misma manera lo establece el Real Decreto-ley 7/2021 en su Exposición de Motivos.

versión –originaria- de la PropDCSD a raíz de las críticas del SEPD, son cambios fundamentalmente terminológicos y no tanto sustantivos.

Por otro lado, a diferencia de lo establecido por la DCSD en su Cdo. 24, es curioso como en el ámbito del derecho tributario no ocurre lo mismo, ya que la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales, de 21 de marzo de 2018²⁵, señala que los usuarios pueden contribuir a generar valor para las empresas digitales. En este sentido, indica que “las empresas digitales pueden obtener datos sobre las actividades de los usuarios en las interfaces digitales que suelen servir para ofrecer a esos usuarios publicidad específicamente destinada a ellos, o que pueden transmitirse a terceros a título oneroso”²⁶. No obstante, si bien es cierto que esta propuesta de la Comisión Europea fue finalmente rechazada al no alcanzarse la unanimidad requerida para su aprobación, el legislador español se anticipó a los debates internacionales –que no aportaron soluciones prácticas al respecto- y adoptó de forma unilateral –como otros tantos países- una solución que permitió a España ejercer de forma inmediata derechos de imposición que legítimamente le corresponden, por ser de donde proceden “los datos y las contribuciones de los usuarios que generan valor a la empresa”. Así, se procedió al regular el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales en la Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales²⁷, el cual tiene por objeto las prestaciones por servicios digitales en relación con los cuales existe una participación de los usuarios que “constituye una contribución al proceso de creación de valor de la empresa que presta los servicios, y a través de los cuales la empresa monetiza esas contribuciones de los usuarios”. En este sentido, el impuesto grava, entre otras, la transmisión, incluidas la venta o cesión, de los datos recopilados acerca de los usuarios que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales, lo que se denomina servicios de transmisión de datos²⁸.

25 Consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0148>

26 Y, en un sentido similar, también nos parece oportuno traer a colación las palabras de la Comisión Europea en su Documento de Trabajo *Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy, Accompanying the document Communication Building a European data economy*, Bruselas, 10.I.2017. COM (2017) 9 final, p. 12 (Consultar en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/staff-working-document-free-flow-data-and-emerging-issues-european-data-economy>), donde reconoce que existe un mercado de datos entre empresas y, en consecuencia, afirma que las empresas deberían poder obtener datos como cualquier otro recurso físico lo que, al mismo tiempo, les permite monetizar ciertos datos que poseen abriendo fuentes de ingresos adicionales.

27 Consultar en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2020/10/15/4>

28 Los servicios de transmisión de datos se definen por el art. 4.8 de la Ley 4/2020 como “los de transmisión con contraprestación, incluidas la venta o cesión, de aquellos recopilados acerca de los usuarios, que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales”. Para un análisis exhaustivo de este impuesto, vid., a este respecto, PÉREZ MERINO, Christian, *El impuesto sobre determinados servicios digitales: la respuesta a la cuarta revolución industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 87-207.

Como se puede apreciar, la legislación tributaria –tanto en la referida Propuesta como en la nueva Ley 4/2020– sí reconoce el pago por parte del usuario con sus datos personales, pues lo que pretende gravar es el beneficio que las empresas digitales obtienen de la venta de dichos datos personales cedidos como contraprestación. De esta forma, se pone de manifiesto cómo las expresiones a las que se refiere la DCSD para evitar el reconocimiento expreso de los datos personales como contraprestación son cuestiones meramente terminológicas con poca relevancia en cuanto a su sustantividad, pues la Unión Europea y los Estados miembros son plenamente conscientes de que en el *modus operandi* de los mercados digitales la cesión de los datos personales constituye una pieza angular como contraprestación en cada vez más contratos.

Además, los tribunales también están empezando a reconocer el carácter contractual de estas relaciones entre proveedores y usuarios cuando la contraprestación consiste en la cesión de uso de datos personales.

Así, la sentencia del Tribunal de Grande Instance (TGI) de París, de 9 de abril de 2019²⁹, mostró su rechazo a la alegación de *Facebook* de que sus contratos no estaban sometidos a la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas³⁰, ya que los mismos debían ser considerados como gratuitos. El argumento del TGI fue que los datos que *Facebook* recaba de sus usuarios son monetizados con terceros por lo que existe una “ventaja” conforme al art. 1.107 del CC francés³¹ y, en consecuencia, el contrato concluido por Facebook con sus usuarios debe ser considerado como un contrato oneroso.

En la misma línea, la SAP de Baleares (sec. 3ª), de 26 de marzo de 2020³², afirma que el Acuerdo de Usuario firmado entre *Twitter* y sus usuarios es un “contrato que vincula a ambas (partes) y establece una serie de derechos y obligaciones para cada una de ellas, recogiendo también las consecuencias de esos incumplimientos”. Como es sabido, en el caso de *Twitter*, los usuarios no pagan un precio en dinero, sino que la contraprestación consiste en la cesión de uso de sus datos personales, por lo que, en este supuesto, también se está admitiendo la posibilidad de este tipo de contraprestación, toda vez que se reconoce su carácter contractual.

29 Consultar la decisión completa del TGI en: <https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2019/KFV477F659FC5AF0E0B8DD8>

30 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Consultar en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>)

31 Art. 1.107 CC francés: “Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie”.

32 SAP de Baleares (Sección 3ª), de 26 de marzo de 2020 (ECLI: ES:APIB:2020:513).

Más recientemente, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona³³ en un caso donde un usuario pretendía recuperar su cuenta de *Twitter*, a la que no podía acceder por haber olvidado su contraseña y estar asociada a una dirección de correo electrónico que ya había sido dada de baja, el Juzgado reconoce el “acuerdo o contrato” que vincula al usuario con la plataforma.

También puede resultar interesante una resolución de 29 de noviembre de 2018 de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* italiana, la cual impuso una multa de 10 millones de euros a *Facebook* por haber suministrado a los usuarios información que no era adecuada para generarles suficiente conciencia sobre el uso que iba a realizarse de los datos personales que habían facilitado. En concreto, señaló que, en la primera página de registro, la información señalaba que el servicio era gratuito y no se hacía referencia a fines comerciales para los que iban a ser utilizados, por lo que dicha información carecía de claridad, inmediatez e integridad. En tal sentido, la Autoridad obligó a *Facebook* a modificar la información que aparecía en la página del sitio web, entre la que se encontraba la referencia a la “gratuidad” del servicio.

Por su parte, el legislador español, al transponer la DCSD al TRLGDCU, sí que ha hecho referencia expresa en el art. 119 ter. 2 TRLGDCU a los “supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación”³⁴. Se puede apreciar como aquí el legislador nacional se ha desmarcado de esas consideraciones de la DCSD³⁵ y reconoce expresamente a los datos personales naturaleza de contraprestación contractual.

Por el contrario, una parte de la doctrina³⁶ se ha planteado la dudosa posibilidad de comercialización de los datos personales, dado que estos podrían entrar en conflicto con lo dispuesto en el art. 1.271 CC el cual señala que “pueden ser objeto

33 SJMerc nº 2 de Barcelona, de 15 de marzo de 2022 (ECLI: ES:JMB:2022:2483).

34 Como acertadamente señala FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: “Caracterización y régimen aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *El nuevo derecho digital: I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (dir. por: F. GÓMEZ POMAR e I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Aranzadi, Madrid, 2024, p. 321, nota 287, lo preceptuado en este artículo presenta una evidente incoherencia con las reflexiones contenidas en la Exposición de Motivos del RDL 7/2021 sobre la no equiparación entre los datos personales y otras mercancías y, por tanto, la imposibilidad de que la cesión de uso de los datos personales pueda entenderse como una contraprestación propiamente dicha.

35 Se muestra muy crítico con este cambio CASTILLO PARRILLA, J.A.: “Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD”, *La Ley Mercantil*, núm. 82, 2021, pp. 10 y 17, quien afirma que la expresión introducida por el TRLGDCU no es solamente contraria a una afirmación clara de la Directiva 2019/770, sino que también es contraria a la opinión de la Autoridad de la UE encargada de defender el cumplimiento de la normativa de datos personales. Por ello, el autor insta al legislador a que suprima esta expresión del art. 119 ter. 2 TRLGDCU, respetando así los criterios (terminológicos al menos) de una de las Directivas que se transponen. Esto debe hacerlo tanto si la inclusión de dicha expresión ha sido un descuido fruto de las prisas como si ha sido intencionada, dado que una norma de transposición no es el cauce para defender una postura distinta de la que ya ha cristalizado en la norma objeto de transposición.

36 GARCÍA HERRERA, V.: “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible ‘contraprestación’ en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2020, p. 6.

de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres". En consecuencia, como la protección de los datos personales aparece configurada como un derecho fundamental y, por ende, sustraído de la disponibilidad de los particulares, los datos personales no pueden ser objeto del contrato ya que no se hallan comprendidos en el patrimonio y, por tanto, no pueden ser utilizados como moneda de cambio, al ser considerados como *res extra commercium*.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, consideramos que no debería excluirse la posibilidad de que el consumidor explote sus datos personales y, por tanto, los utilice como contraprestación en el tráfico jurídico³⁷. Efectivamente, si bien es cierto que nos encontramos ante un derecho de la personalidad —y, por tanto, indisponible— no se está disponiendo completamente de este derecho, sino solamente de forma parcial, en su dimensión patrimonial³⁸, esto es, autorizando su acceso a su esfera de exclusividad³⁹. De hecho, ese carácter de "indisponibilidad" de la información personal que se postula, desde la teoría clásica sobre los "bienes de la personalidad", esfera a la cual pertenecería dicha información, podría salvarse distinguiendo entre la titularidad de la información personal, de la cual no se desprendería nunca el individuo, y las facultades que la integran, en particular, la facultad de uso para cederla a terceros mediante la celebración de contratos⁴⁰. En nuestro Derecho hay casos similares en los que se admite un acto de disposición parcial de un derecho propio de la personalidad (como el derecho a la intimidad

37 De la misma opinión es MARTÍNEZ CALVO, J.: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2021, p. 101, así como GARCÍA HERNÁNDEZ, V.: "Los datos como contraprestación o la pérdida encubierta de la privacidad del individuo a cambio de 'servicios gratuitos'", *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2022, pp. 1-2 (Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_datos_contraprestacion.pdf).

38 Vid., en el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: "Extinción de los contratos", cit., p. 179; RICCIUTO, V.: "Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali", *Rivista di diritto civile*, vol. 66, núm. 3, 2020, pp. 642 y ss.; y GARCÍA HERRERA, V.: "El pago con datos personales", cit., p. 7, quien afirma que el hecho de que el derecho a la protección de los datos de carácter personal sea un derecho fundamental, no impide que el mismo sea "disponible" en su dimensión económica. Nada obsta a que, de la misma manera que resulta posible explotar patrimonialmente otros aspectos de la personalidad, como la imagen y la intimidad, "disponiendo" de ellos a cambio de una contraprestación económica, podamos del mismo modo "disponer" de nuestros datos a cambio de un contenido o de un servicio digital.

39 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit., p. 10.

40 Al respecto, como acertadamente señala NAVAS NAVARRO, S.: "El valor de los datos personales", cit., pp. 106-107, otorgando valor a los datos personales y reconociendo derechos a favor de su titular se está también protegiendo su dignidad y su derecho a la privacidad. Vid, igualmente, PLANA ARNALDOS, M.C. "Los datos personales como contraprestación", en AA.VV.: *Protección de Datos Personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 574.

o a la propia imagen)⁴¹ a cambio de una contraprestación económica⁴², es decir, que la decisión sobre la explotación económica de la privacidad pertenece al titular de tales derechos. En consecuencia, si se niega la disponibilidad del aspecto patrimonial de este derecho al titular de los datos, ello supondría una falta de coherencia⁴³, pues esta diferencia de trato respecto a los demás derechos de la personalidad -como el derecho a la intimidad o a la propia imagen- carecería de toda lógica y justificación.

De esta forma, defendemos que, aunque la protección de datos personales se erija como derecho fundamental ligado a los derechos de la personalidad, ello no es incompatible con que puedan ser objeto de comercialización, es decir, que en su dimensión monetaria, los titulares sean libres de explotarlos económicamente⁴⁴. Aunque, no obstante, es cierto que lo conveniente en estos casos pasa por limitar

41 Vid., por ejemplo, STC (Sala) 117/1994, de 25 de abril de 1994 (núm. 117/1994, 31 de mayo de 1994) (ECLI:ES:TC:1994:117), la cual señala que “los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo) (...) consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial”. Vid., en un sentido similar, STS 266/2016, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:17790). Por el contrario, en opinión de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho a la propia imagen”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 174-175, no puede hablarse de un acto de disposición en sentido estricto, ni siquiera parcial de las facultades que integran un derecho de la personalidad; y ello aunque el consentimiento se preste a cambio de una compensación económica. Por ello, el citado autor considera que la explicación más correcta es la que ve en dicho consentimiento un acto de autonomía de la persona, que determina la licitud de una conducta, que, de no mediar la autorización del titular, sería ilegítima. Sin embargo, esta tesis defendida por el profesor DE VERDA Y BEAMONTE, salvando algunas consideraciones, creemos que tampoco se aleja mucho de nuestra postura (que defendemos más adelante), en virtud de la cual cabe separar el consentimiento contractual y el consentimiento conforme al RGPD, de manera que la ilicitud de este último consentimiento no debe afectar al consentimiento contractual y, en consecuencia, no afectar a la validez del contrato celebrado. Esta misma razón es la que lleva a considerar que una retirada del consentimiento al tratamiento de los datos personales tampoco tiene por qué afectar necesariamente a la validez del contrato.

42 Así lo pone de manifiesto también TRIPODI, E.M.: “Consumi digitali e dati personali”, cit., p. 276, quien señala que sobre la “monetización” de los datos personales (imagen, voz, rostro, etc.) de los derechos de la personalidad, muchas personas famosas (actores, futbolistas, personajes del mundo del espectáculo) han construido desde hace mucho tiempo relaciones de patrocinio, branding, co-marketing y otras figuras similares, sin que esto haya generado importantes preocupaciones. También hace alusión a estos precedentes CONESA CABALLERO, O.: “El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2024, p. 142.

43 Vid., en la misma línea, PACHECO JIMÉNEZ, M.N. y LEAL CORONADO, M.: “Nueva moneda de cambio: Nuestros datos personales como pago de contenidos digitales”, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2017, p. 4.

44 Vid., en el mismo sentido, METZGER, A., et al., “Data-Related Aspects of the Digital Content Directive”, *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 9, núm. 1, 2018, p. 94; o ARTIGOT GOLOBARDES, M.: “La contratación digital con consumidores en dos actos: las políticas de privacidad en la antesala de la contratación digital”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dir. por F.GÓMEZ POMAR E I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 468, quien señala que un modelo basado en la autonomía privada supone que los datos personales pueden ser objeto de derecho reales, concretamente del derecho de propiedad, como cualquier otro bien mueble o inmueble, sobre el cual el individuo puede ejercer potestades propias del derecho de propiedad y decidir lo que considere. Y, en este mismo sentido, también se postula SOLOVE, D.J.: “Privacy Self-Management and the Consent Dilemma”, *126 Harvard Law Review* 1880, núm. 141, 2013, pp. 1180-1903. Por el contrario, COFONE, I.: “Beyond Data Ownership”, *Cardozo Law Review*, vol. 43, núm. 2, 2021, pp. 524-29, se muestra crítico con el enfoque de propiedad de la información personal y, en consecuencia, afirma que la idea de propiedad sobre los datos personales aleja al consumidor de una mayor protección.

la autonomía privada con la finalidad de proteger al titular del derecho⁴⁵. Así, el régimen ordinario del Derecho contractual debería de adaptarse en aras a la protección de estos derechos de la personalidad susceptibles de comercialización⁴⁶ y, para que ello sea posible, se debería tratar de buscar un compromiso entre el Derecho patrimonial y el deber público de proteger la dignidad humana y los derechos fundamentales, del cual se derive la adecuada solución a los problemas suscitados, tanto en su vertiente económica, como en la más genuinamente personal⁴⁷.

Por su parte, cabe añadir que no solo no existe ninguna norma que excluya la posibilidad de que los datos personales puedan constituir una contraprestación en el comercio⁴⁸, sino que la DCSD no prevé en su articulado ninguna exclusión de los mismos del comercio⁴⁹. Es más, llega a admitirlos como instrumento de pago, por lo que pueden ser objeto del contrato al estar dentro del comercio. De hecho, se puede decir que la propia DCSD sí reconoce la vertiente patrimonial de los datos personales, ya que establece medidas correctoras para aquellos casos en los que el consumidor da su consentimiento para el tratamiento y los cede a cambio de contenidos y servicios digitales⁵⁰; y, siguiendo esta idea, como ya hemos

45 Una opción razonable sería contar con alguna forma de control *a posteriori* por parte de los poderes públicos que, junto con el consentimiento previo del interesado, pudiese generar un sistema que protegiera adecuadamente los intereses de ambas partes. Precisamente, este control llevado a cabo posteriormente por los poderes públicos encontraría sus motivos en que el interesado cuando da su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales no puede ser consciente del alcance del mismo, pues esos mismos datos del usuario serán agregados a otros datos de terceros que generarán una información futura de gran valor y que, el individuo, en el momento de evaluar y aceptar la política de privacidad le es imposible conocer.

46 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M: “El nuevo concepto de onerosidad”, cit., p. 10.

47 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Glosas sobre Federico de Castro* (dir. por L.M. Díez PICAZO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 249.

48 Vid., en este sentido, GARCÍA VICENTE, J.R.: “Arts. 1.271-1.272 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Tomo VII) (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9139, quien afirma que las cosas o servicios como objeto del contrato serán lícitas si no están “excluidas por las leyes del tráfico jurídico”.

49 Y, en el mismo sentido, podemos hacer referencia al RGPD del cual no se deduce ninguna norma prohibitiva que excluya los datos personales del comercio de los hombres. De hecho, el Cdo. 4 RGPD señala que “El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad”. En tal sentido, como acertadamente apunta DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I.: “El tratamiento de datos personales”, cit., pp. 101-102, este derecho debe ponerse en relación con el derecho a la libertad de empresa, por lo que no parece que pueda rechazarse la consideración de los datos personales como mercancía, sino que al no haber una norma expresa que excluya la posibilidad de tratamiento de los datos personales con fines comerciales, la conclusión debe ser su admisión. Y que, entonces, lo fundamental es que el tratamiento de datos personales se lleve a cabo conforme a la ley. Es decir, que sea un tratamiento lícito. De igual manera, JANEČEK, V. y MALGIERI, G.: “Data Extra Commmercium”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMANYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 115, manifiestan que los datos personales no se rigen por ninguna regla de inalienabilidad y, por lo tanto, no son *res extra commercium*. Ahora bien, dado que al flujo de datos personales se le aplican algunas condiciones estrictas, los autores afirman que los datos personales están sometidos a una regla de enajenabilidad dinámicamente limitada.

50 ROSELLÓ RUBERT, F.M.: “Las cargas del usuario de servicios de música en continuo (streaming) algunas consideraciones desde la perspectiva de la nueva normativa europea”, en AA.VV.: *Plataformas digitales: aspectos jurídicos* (dir. por A. MARTÍNEZ NADAL), Aranzadi, 2021, pp. 251-252. Aunque cabe matizar, tal y como pone de relieve METZGER, A.: “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la

dicho, el legislador español sí que ha reconocido expresamente su naturaleza de contraprestación contractual, tal y como se desprende del tenor literal del art. 119 ter. 2 TRLGDCU.

Por último, consideramos que si excluyéramos a los contratos en los que se ceden datos personales como contraprestación del ámbito de aplicación de la DCSD y del TRLGDCU, ello conduciría a una diferencia de trato entre aquellos consumidores que pagan un precio en dinero y aquellos que ceden sus datos como contraprestación⁵¹, pues estos últimos resultarían desprotegidos ya que no les serían aplicables los derechos reconocidos en la propia DCSD o el TRLGDCU. Esta posible discriminación, lógicamente, debe evitarse puesto que aquellos que facilitan sus datos personales como contraprestación no están adquiriendo unos contenidos o servicios digitales de forma gratuita y, por tanto, merecen un nivel de protección en cuanto a derechos y garantías equivalente a aquellos consumidores que pagan un precio en dinero.

En este sentido, tampoco existen dudas en que la DCSD y el TRLGDCU se aplicarán a los contratos en que la contraprestación es mixta, es decir, aquellos casos en que el consumidor pague un precio en dinero y facilite datos personales a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales⁵², pues la onerosidad del contrato se predica en toda su extensión. De hecho, así lo confirma también el Cdo. 67 DCSD, en el cual se establece que “En los casos en que el consumidor pague un precio y facilite datos personales, el consumidor debe tener derecho a todas las medidas correctoras disponibles en caso de falta de conformidad”. Ahora bien, además de la posible aplicación de las medidas correctoras, el empresario deberá cumplir, respecto de los datos personales, las obligaciones derivadas del RGPD.

En definitiva, dada la indudable naturaleza de los datos personales como contraprestación contractual y el creciente aumento de los modelos de negocio en que son utilizados de esta manera, consideramos conveniente realizar seguidamente un análisis detallado de algunos aspectos relacionados con ellos, que se abordan en los apartados siguientes.

cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Pons, Madrid, 2020, p. 139, que la DCSD no tiene como fin establecer un mercado de datos personales, sino que esta se limita a regular un mercado ya existente en la práctica, reconociendo algunos derechos a favor de los consumidores.

51 Vid., en la misma línea, MAK, V.: “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content – In-depth analysis”, *Publications Office*, 2016, pp. 10-11; LOHSSE, S., et.al., “Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? An Introduction”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMANYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 16; y HACKER “Regulating the Economic Impact...”, cit., p. 61; y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “Contrato sobre contenidos”, cit., p. 59.

52 Sería el caso, por ejemplo, de los modelos de negocio denominados “Freemium” en los que inicialmente el acceso al contenido o servicio digital se hace a cambio de datos, pero, posteriormente, se debe pagar una cantidad de dinero para tener algunas funcionalidades extra.

III. MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES.

I. Sobre el alcance del derecho a la protección de los datos personales.

El derecho a la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental consagrado por la Constitución española en su artículo 18.4 en el que se indica que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”⁵³. Si bien es cierto que la mención a la “protección de datos personales” no aparece en el texto, tal ausencia no ha sido un obstáculo para que el Tribunal Constitucional haya ido construyendo un derecho con sustantividad propia⁵⁴. Así, sobre la base del referido artículo se ha ido configurando este derecho a la protección de los datos personales⁵⁵ que refleja la idea de que la persona debe ser consciente y capaz de controlar el destino de sus datos personales, es decir, quién los posee y con qué finalidad⁵⁶.

Este derecho a la protección de los datos personales se ha definido por el Tribunal Constitucional⁵⁷ como “un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”. Y añade, que este derecho fundamental a la protección de datos “no se reduce sólo a los datos

53 Para un mejor análisis sobre el proceso por el cual la protección de datos adquiere el rango de derecho fundamental, vid., AMÉRIGO ALONSO, J.: “Objeto y ámbito de aplicación”, en AA.VV.: *Tratado de protección de datos* (dir. por A. RALLO LOMBARTE), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 83-93.

54 Vid., en este sentido, las conocidas SSTC (Sala) 254/1993, de 20 de julio de 1993 (núm. 254/1993, 18 de agosto de 1993) (ECLI:ES:TC:1993:254); (Sala) 11/1998, de 13 de enero de 1998 (núm. 11/1998, 12 de febrero de 1998) (ECLI:ES:TC:1998:11); y (Pleno) 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (núm. 292/2000, 4 de enero de 2001) (ECLI:ES:TC:2000:292), entre otras.

55 Otros autores como, por ejemplo, CONDE ORTIZ, C.: La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad, Dykinson, 2005, p. 27 ss.; o GUERRERO PICÓ, M.C.: El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, Thomson Reuters - Civitas, Madrid, 2006, p. 27 ss, hacen referencia a este derecho como el derecho a la autodeterminación informativa. O, por ejemplo, SALGADO SEGUIN, V.: “Intimidad, privacidad y honor en internet”, Telos: cuadernos de comunicación e innovación, núm. 85, 2010, p. 72, se refiere al mismo como derecho a la privacidad. Sea como fuere su denominación, lo importante es que se engloba bajo el art. 18 CE y ello implica que su desarrollo normativo ha de producirse necesariamente por Ley Orgánica y los actos por los cuales se vulnera o se produce una intromisión ilegítima a este derecho deberán resolverse ante los Tribunales mediante un procedimiento especial y sumario. Además, en última instancia, cabe la posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

56 Estos motivos son lo que, a juicio de PLAZA PENADÉS, J.: “Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 120, justifican la necesidad de recabar un consentimiento previo para el tratamiento y la cesión de datos, de suministrar un adecuado nivel de información sobre los fines perseguidos con el tratamiento o la cesión, de custodiar los datos personales ajenos con un determinado grado de seguridad y de reconocer a las personas cuyos datos han sido tratados los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación sobre sus datos.

57 STC (Pleno) 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (núm. 292/2000, 4 de enero de 2001) (ECLI:ES:TC:2000:292).

íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal”⁵⁸. De ahí que este derecho también alcanza a aquellos datos personales que sean públicos, ya que por el mero hecho de que sean accesibles a cualquiera, no significa que escapen del poder de disposición del interesado; y, cabe añadir que el que los datos sean de carácter personal, no significa que únicamente estén protegidos aquellos datos relativos a la vida privada o íntima, sino que también quedarán amparados todos aquellos datos que “identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”.

Por tanto, los datos que son objeto de protección son aquellos que pueden tener incidencia en el ejercicio de los derechos de la persona, esto es, el derecho al honor, a la intimidad, a la vida privada personal y familiar o cualquier otro derecho reconocido constitucionalmente. Sin embargo, no tienen por qué ser solo aquellos reconocidos por la Constitución, sino que el objeto es mucho más amplio llegando incluso –como nos hemos referido– a aquellos datos públicos de la persona que, en su legítimo derecho a disponer de ellos, puede decidir que no trasciendan a terceros. Estos podrían ser datos de carácter alfabético, como el nombre y apellidos, dirección de correo electrónico⁵⁹, número de móvil o el domicilio personal, pero también aquellos de carácter gráfico o sonoro como, por ejemplo, la fotografía de una persona colgada en una web o una red social, así como la grabación de voz de una persona⁶⁰. Del mismo modo, la información que, sobre nuestras aficiones, gustos, opiniones políticas, creencias, etc., podamos

58 De esta forma, como acertadamente afirma PLAZA PENADÉS, J.: “Aspectos básicos de la protección”, cit., p. 120, la protección legal ya no se proyecta sólo sobre los riesgos o peligros de “la informática”, tal y como prevé la CE, sino también sobre el ámbito del tratamiento de datos en sí mismo, entendido como la posibilidad que tiene un tercero de almacenar distintos datos que cruzados y unidos puede revelar un determinado perfil ideológico o conductual que la persona desearía mantener en secreto y dentro de su ámbito de control.

59 Sobre la consideración del correo electrónico como dato personal se pronunció la AEPD en su Informe Jurídico 0437/2010 en el que señala que en “aquellos supuestos en que voluntaria o involuntariamente la dirección de correo electrónico contenga información acerca de su titular, (...) no existe duda de que la dirección de correo electrónico identifica, incluso de forma directa al titular de la cuenta, por lo que en todo caso dicha dirección ha de ser considerada como dato de carácter personal”. Por ejemplo, aquellos supuestos en los que en la dirección de correo electrónico se hace constar el nombre o los apellidos del titular. Pero, también aquellos supuestos en que “la dirección de correo electrónico no parece mostrar datos relacionados con la persona titular de la cuenta (...) un primer examen de este dato podría hacernos concluir que no nos encontramos ante un dato de carácter personal”. No obstante, añade que “Sin embargo, incluso en este supuesto, la dirección de correo electrónico aparecerá necesariamente referenciada a un dominio concreto, de tal forma que podrá procederse a la identificación del titular mediante la consulta del servidor en que se gestione dicho dominio, sin que ello pueda considerarse que lleve aparejado un esfuerzo desproporcionado por parte de quien procede a la identificación”. Por ejemplo, cuando el código de la cuenta de correo va referido a una denominación abstracta o a una simple combinación alfanumérica sin significado alguno, por lo que, en conclusión, el correo electrónico es un dato personal a todos los efectos.

60 Así lo ha reconocido la STS 815/2020 (Sala de lo Civil), de 18 de junio de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:1771).

divulgar en la red, bien directamente (v.gr., escribiendo una entrada en un blog) o indirectamente (v.gr., consultando páginas webs relacionadas con nuestros hobbies, que disponen de *cookies*), ha de ser considerada como dato de carácter personal siempre que, de manera aislada o junto con otros datos (v.gr. dirección IP), permita que seamos identificados⁶¹.

En cualquier caso, para que los datos personales sean objeto de protección por el RGPD han de ser datos referidos a “toda información sobre una persona física identificada o identificable”⁶². Por persona física identificada o identificable debemos entender “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”⁶³. En consecuencia, los principios previstos en la normativa de protección de datos personales no serán de aplicación cuando nos encontremos ante información anónima o anonimizada. Ello ocurrirá cuando la persona física (el interesado) no sea una persona identificable o haya dejado de serlo⁶⁴.

De hecho, en relación con los nuevos datos elaborados a partir de datos de carácter personal a través de los algoritmos que se utilizan en las técnicas de Big data, es importante distinguir dos situaciones: 1) Si los nuevos datos resultantes obtenidos a partir de datos personales se refieren a un individuo identificado o identificable, estarán protegidos por el derecho fundamental a la protección de

61 SANTOS MORÓN, M.J.: “Consumidor y nuevas tecnologías”, cit., p. 305.

62 Es la definición de datos personales que ofrece el art. 4.1 RGPD al cual se remite el art. 2.8 DCSD. En el mismo sentido, *vid.*, art. 59 bis, letra h) TRLGDCU. Como puede apreciarse, la protección que otorga el RGPD se aplica únicamente respecto a las personas físicas, quedando excluidas de esta forma las personas jurídicas. En tal sentido lo establece el Cdo. 14 RGPD, el cual señala que “La protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales. El presente Reglamento no regula el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas (...)”. Sin embargo, a juicio de PLAZA PENADÉS, “Aspectos básicos de la protección...”, cit., p. 121, la exclusión de las personas jurídicas del ámbito de protección de datos de carácter personal parte de una premisa equivocada en la que se cree que todos los datos de las empresas y demás personas jurídicas son públicos. Además, el autor añade que se desconoce que el daño derivado del tratamiento erróneo de los datos es el mismo en las personas físicas que en las jurídicas y que, en consecuencia, deberían de disponer de los mismos derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos.

63 Sobre el concepto de “identificabilidad” y los criterios aplicables para la identificación, *vid.*, IRTI, C.: “Personal Data, Non-personal Data, Anonymised Data, Pseudonymised Data, De-identified Data”, en AA.VV.: *Privacy and Data Protection in Software Services* (coord. por R. SENIGAGLIA, C. IRTI y A. BERNES), Signapur, 2022, pp. 50-51.

64 Así lo prevé también el Cdo. 26 RGPD el cual afirma que “los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo”. IRTI, C.: “Personal Data”, cit., p. 52, afirma que la anonimización es una forma de procesamiento de datos destinada a la desidentificación. En tal sentido, señala la autora que por desidentificación debemos entender el proceso por el cual se elimina u oculta cualquier información personal identificable de los registros individuales de manera que se minimice el riesgo de revelación involuntaria de la identidad de las personas y de la información sobre ellas.

datos de carácter personal y, en consecuencia, si el titular de los datos ejercita válidamente su derecho al olvido, éstos deberán ser suprimidos. 2) En cambio, si los nuevos datos han sido elaborados a partir de datos personales de individuos, pero se refieren al público en general y no se asocian a ninguna persona en particular, no tendrán la consideración de datos de carácter personal y, por tanto, no tendrán que ser cancelados⁶⁵.

2. Normativa aplicable a la protección de los datos personales.

En lo que respecta a la protección de datos personales en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, habrá que tener en cuenta, principalmente, dos normativas. Así, el art. 114.1, párrafo 2º TRLGDCU señala que “El Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos, así como la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, se aplicarán a cualesquiera datos personales tratados en las relaciones contempladas en los apartados anteriores, prevaleciendo sus disposiciones en caso de conflicto con lo regulado en este Título”. Por tanto, a los datos personales tratados en relación con un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales les resultará de aplicación, de acuerdo con el citado precepto, el RGPD y la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo⁶⁶; y, en caso de conflicto entre la normativa de consumo y la normativas de protección de datos personales, prevalecerán estas últimas. No obstante, conviene advertir que la Ley 9/2014 ha sido derogada y, en consecuencia, sustituida por la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones⁶⁷, por lo que la ley aplicable a los datos personales será esta última, en lugar de la Ley 9/2014. Por su parte, la

65 Vid., en este sentido, TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J.: “El derecho civil de los datos”, *Anuario de derecho civil*, vol. 72, núm. 3, 2019, pp. 850-851, quien pone un ejemplo bastante ilustrativo: “Cuando un programa de inteligencia artificial ha aprendido sobre el comportamiento de los usuarios de una plataforma por su interacción con los mismos, aunque dichos usuarios se den de baja de la plataforma y ejerciten su derecho al olvido, no resultará en principio obligado que el programa de inteligencia artificial “desaprenda” lo que ha aprendido en relación con la naturaleza humana o con el comportamiento de los usuarios de una plataforma, genéricamente considerados y no identificables. Se tratará de datos de carácter no personal, normalmente no protegidos”.

66 Existen también otras normativas. En concreto: el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1725/oj>); y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/680/2016-05-04>). Aunque, como señala MARTÍNEZ CALVO, J.: “Los datos personales”, cit., p. 93, nota 5, se trata de normativas con poca o nula incidencia en esta materia.

67 Consultar en <https://www.boe.es/eli/es/11/2022/06/28/11/con>. En concreto, la Ley 9/2014 ha sido derogada por la letra a) de la disposición derogatoria única de la Ley 11/2022, en la cual se establece que “la Ley 9/2014, de 9 mayo, General de Telecomunicaciones, a excepción de su disposición adicional decimosexta y las disposiciones transitorias séptima, novena y duodécima. No obstante, la derogación de las disposiciones finales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, no afectará a los contenidos de las normas legales modificadas por las mismas, que se mantienen en sus términos actualmente vigentes”.

DCSD también señala en su art. 3.8 que “El Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales se aplicará a cualesquiera datos personales tratados en relación con los contratos contemplados en el apartado I”, es decir, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. “En particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE (...)”⁶⁸. El contenido de la Directiva 2002/58/CE⁶⁹, más comúnmente conocida como Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, se recoge en la nueva Ley 11/2022, General de Telecomunicaciones.

El RGPD es la normativa que proporciona un marco jurídico a la protección de datos personales en toda la Unión Europea, el cual es directamente aplicable y con el que se pretendió poner fin a las distintas divergencias que se producían en la ejecución y aplicación del régimen de protección de datos en los distintos Estados Miembros. Así, el RGPD garantiza un nivel de protección homogéneo para todas las personas físicas de la Unión Europea, protegiendo de una manera más efectiva los datos y el destino de los mismos, toda vez que incorpora nuevos derechos y modifica algunos aspectos relevantes, entre los que destaca, especialmente, el referido al consentimiento del interesado. De esta manera, el consentimiento para el tratamiento de datos personales será lícito cuando se cumplan una serie de requisitos⁷⁰ y el mismo se haya recabado, como se analizará posteriormente, mediante una declaración o una clara acción afirmativa por parte del consumidor o usuario.

Por su parte, a nivel interno, también cabe mencionar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD)⁷¹ la cual ha acogido de forma prácticamente idéntica el régimen del consentimiento previsto en el RGPD. De la misma forma, el art. 119 ter. 5, letra b) TRLGDCU señala que en caso de resolución del contrato, “En lo que respecta a los datos personales del consumidor o usuario, el

68 Cabe destacar la clara concordancia que existe entre la DCSD y el RGPD. Así, por un lado, las disposiciones de la DCSD se aplicarán a cualquier empresa que ejerza su actividad dentro del mercado interior europeo, con independencia de que la misma esté establecida o no en un Estado miembro. Por su parte, las normas de protección de datos previstas en el RGPD (art. 3) se aplicarán a todos los interesados que residan en la Unión Europea, esto es, se aplicarán a todo tratamiento de datos personales que se lleve a cabo en el contexto de actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión Europea, con independencia de que el tratamiento tenga lugar o no dentro de la Unión Europea. E igualmente, serán de aplicación las disposiciones del RGPD a los interesados residentes en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades del tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.

69 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 (EL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/58/2009-12-19>).

70 En particular, habrá que atenerse a los caracteres establecidos en el art. 4.11 del RGPD, es decir, el consentimiento debe ser específico, libre, informado e inequívoco.

71 Consultar en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>

empresario cumplirá las obligaciones aplicables con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos, así como a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁷².

Finalmente, consideramos importante traer aquí a colación la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, DAR)⁷³, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. La DAR impone a los Estados miembros un mandato dirigido a establecer un mecanismo para la defensa -por parte de las entidades habilitadas al efecto- de acciones de representación que se ejerciten frente a actos de los empresarios que infrinjan las disposiciones del Derecho de la Unión Europea que se recogen en el anexo I de la misma, entre las cuales se encuentra la DCSD y el RGPD. Por tanto, en virtud de la DAR, en el marco de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, cuando exista una falta de conformidad, no solo podrá interponerse una acción colectiva resarcitoria, sino que la entidad habilitada al efecto también podrá interponer una reclamación de indemnización basada en el art. 82 RGPD si se ha constatado la ilicitud del tratamiento de datos personales por parte del empresario o responsable, y todo ello en el marco de la misma acción de defensa colectiva⁷⁴. Ahora bien, cabe advertir que se trata de una Directiva que aún no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español, para lo cual se requerirá una revisión en profundidad de la tutela colectiva prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁵.

IV. EL CONSENTIMIENTO COMO BASE LEGÍTIMA PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.

Para que el tratamiento de los datos personales de un consumidor o usuario -que los cede como contraprestación de un contenido o servicio digital- por parte

72 Vid., en un sentido similar, el art. 107.4 TRLGDCU para el caso de desistimiento.

73 ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2020/1828/oj>.

74 Para una explicación más exhaustiva de este tipo de acciones de representación colectiva y la interacción entre las distintas normativas europeas vid., PAREDES PÉREZ, J.I.: "Acciones de representación resarcitorias y protección de los consumidores como titulares de datos en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio en clave de foros de competencia judicial internacional", en AA.VV.: *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales* (dir. por: J.J. CASTELLÓ PASTOR), Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 469-501.

75 Sobre un análisis de los aspectos básicos de la Directiva, vid., en este sentido, MORENO GARCÍA, L.: "La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 327, 2023, RR-6.I ss. (consulta online); y LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: "La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828", *Diario la Ley*, núm. 9834, 2021 (consulta online). En cambio, para un análisis de los aspectos procesales básicos que deberán ser objeto de reforma, vid., en este sentido, CHOCRÓN GIRALDEZ, A.M.: "El marco jurídico de la Directiva 2020/1828 en relación con la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 275-293; y DE PAZ, S. y DE ARCOS TEJERIZO, M.: "La reforma del sistema de acciones de representación a la luz de la Directiva (UE) 2020/1828", *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 7, 2022, pp. 27-39.

de un tercero resulte lícito, es necesario que concurren las circunstancias previstas en la normativa de protección de datos personales. Como bien señala el Cdo. 24 DCSD “El Derecho de la Unión relativo a la protección de los datos personales establece una lista exhaustiva de motivos legales para el tratamiento lícito de los datos personales”. Por tanto, no es la DCSD la que debe regular las condiciones para que el tratamiento de los datos personales se considere lícito, sino que será el RGPD. En este sentido, como indica el Cdo. 38 DCSD “todo tratamiento de datos personales en relación con un contrato que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva solo es lícito si es conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 en relación con los fundamentos jurídicos para el tratamiento de los datos personales”.

En el tipo de contratos que nos ocupa, la licitud del tratamiento se basará, principalmente, en el consentimiento prestado por el consumidor o usuario. Por ello, cuando el tratamiento de datos personales esté basado en el consentimiento, en particular, conforme al art. 6.I, letra a) RGPD, serán de aplicación las disposiciones específicas de dicho Reglamento, incluidas aquellas relativas a las condiciones para determinar si el consentimiento se presta libremente (Cdo. 38 DCSD).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 8 señala que el tratamiento de los datos de carácter personal se hará “sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley”. Así, una de las novedades que introdujo el RGPD fue la necesidad que debía mediar el consentimiento del interesado para el tratamiento de datos personales⁷⁶. En este sentido, para que el tratamiento de los datos personales se considere válido, se deberá recabar el consentimiento del interesado con anterioridad al propio tratamiento, ya que se requiere de la aprobación del titular de los datos para que estos puedan ser tratados de una forma válida⁷⁷. Este consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal (Cdo. 32 RGPD).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de la licitud del tratamiento de los datos con anterioridad a su retirada (art. 7.3 RGPD). En

76 Por tratamiento de datos personales debemos entender, según el art. 4.2 RGPD, “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.

77 Vid., al respecto, Cdo. 40 RGPD y art. 7.I RGPD.

consecuencia, si el interesado no goza de una verdadera o libre elección para retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno, el consentimiento no puede considerarse libremente prestado. Es por ello que el derecho del consumidor a resolver el contrato conforme al TRLGDCU se entenderá sin perjuicio del derecho a retirar el consentimiento otorgado al tratamiento de datos personales⁷⁸.

Los caracteres definitorios del consentimiento del interesado -libre, específico, informado e inequívoco- establecidos por el RGPD son, idénticamente, seguidos por la LOPDGDD, ya que en su art. 6 hace una remisión al art. 4.II RGPD para definir qué se entiende por consentimiento del interesado. De ahí que la interpretación que hace el TJUE de estos caracteres y la delimitación de las condiciones para que el consentimiento del interesado se considere válido pueda ser perfectamente trasladable a la norma que resulta también de aplicación a nivel nacional como es la LOPDGDD, aparte del RGPD que, como se ha indicado, es directamente aplicable en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Por todo ello resulta de gran interés la doctrina sentada por el TJUE⁷⁹, en el sentido de que viene a interpretar qué debe entenderse por “libre”, “específico”, “informado” e “inequívoco”, caracteres estos que deben presidir cualquier prestación del consentimiento al tratamiento de datos personales por parte del interesado al responsable del tratamiento; y, especialmente, cuando este consentimiento se preste a través de cláusulas insertadas por el responsable del tratamiento de forma predeterminada, como es el caso del tipo de contratos que nos ocupa. Estos requisitos se analizan a continuación.

V. LOS REQUISITOS PARA OBTENER UN CONSENTIMIENTO VÁLIDO.

Tanto el RGPD como la LOPDGDD –por remisión de su art. 6.I al art. 4.II del RGPD- exigen una serie de requisitos para que el consentimiento pueda entenderse válidamente prestado. Se trata del carácter libre, específico, informado e inequívoco que debe tener dicho consentimiento, expresado a través de una declaración o una “clara acción afirmativa”, es decir, se requiere un consentimiento activo. Además, se excluye como consentimiento el prestado a través de las casillas ya marcadas (Cdo. 32 RGPD), porque, como ya ha señalado el TJUE en las referidas sentencias (SSTJUE de 1 de octubre de 2019 y de 11 de noviembre de 2020), es imposible determinar de manera objetiva si el usuario ha prestado efectivamente su consentimiento al tratamiento de sus datos personales al no quitar la marca de una casilla marcada por defecto.

⁷⁸ Vid., en este sentido, el art. 119 ter. 7 TRLGDCU puesto en relación con el Cdo. 39 DCSD.

⁷⁹ Especialmente en las SSTJUE de 1 de octubre de 2019, Asunto C-673/17, *caso Planet 49* (ECLI:EU:C:2019:801), y 11 de noviembre de 2020, Asunto C-61/19, *caso Orange România* (ECLI:EU:C:2020:901).

I. Consentimiento libre.

El art. 4.11 RGPD establece que el consentimiento significa “una manifestación de voluntad libre”. Al respecto, el TJUE⁸⁰ ha afirmado que el carácter libre supone que las estipulaciones contractuales no deben inducir al interesado a error en lo que respecta a la posibilidad de celebrar el contrato pese a su negativa a dar el consentimiento para el tratamiento de sus datos⁸¹. De esta forma, se garantiza una verdadera libertad de elección. A falta de tal información, no puede considerarse que el consentimiento de dicha persona al tratamiento de sus datos personales haya sido dado libremente. En consecuencia, el consentimiento no deberá considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de una verdadera libertad de elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir ningún perjuicio; y, en el mismo sentido, si bien el RGPD no determina de forma positiva qué es el consentimiento libre, lo hace de forma negativa⁸², concretando que el consentimiento no será libre cuando exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, presumiéndose que el mismo no se ha prestado libremente cuando: 1) no se permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto; o 2) cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.

Para evaluar si el consentimiento se ha prestado libremente, se tendrá 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 (art. 7.4 RGPD)⁸³. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, con carácter previo, deberá valorarse si el consentimiento se ha prestado válidamente de acuerdo a las normas generales de nuestro ordenamiento. En tal sentido, deberá prestarse por quien tenga capacidad para hacerlo (arts. 1.263 y 1.264 CC) y, de acuerdo con el art. 1.265 CC, además deberá emitirse libre de vicios, esto es, no podrá estar afectado por error, violencia, intimidación o dolo. De ahí que un consentimiento afectado por alguno de estos vicios impedirá el examen posterior del carácter libre, específico, informado e inequívoco conforme al RGPD.

80 STJUE de 11 de noviembre de 2020, Asunto C-61/19, caso *Orange România* (ECLI:EU:C:2020:901).

81 Más allá de este supuesto, que será el caso típico en el ámbito del suministro de contenidos y servicios digitales, como acertadamente señala GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “El consentimiento al tratamiento de datos personales”, en AA.VV.: *Protección de Datos Personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 119, los supuestos más claros de ausencia de libertad en el consentimiento son la violencia y la intimidación recogidas en el art. 1.267 CC.

82 MORALES BARCELÓ, J.: “El consentimiento del interesado en materia de protección de Datos del Reglamento UE 2016/679”, en AA.VV.: *El mercado Digital en la Unión Europea* (dir. por P. CASTAÑOS CASTRO y J.A. CASTILLO PARRILLA), Reus, Madrid, 2019, p. 309.

83 Vid., en el mismo sentido, el art. 6.3 LOPDGDD.

2. Consentimiento específico.

El art. 6.1, letra a) RGPD señala que el tratamiento será lícito si cumple, al menos, alguna de las condiciones establecidas en el citado precepto, entre las que se encuentra la siguiente: que el interesado haya dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos. En este sentido, para que el consentimiento pueda considerarse válido es necesario que también sea específico conforme a la finalidad del tratamiento, la cual debe describirse de forma clara y en términos inequívocos.

Así, en lo que refiere a la nota de especificidad, el TJUE afirma⁸⁴ que la declaración debe presentarse de forma inteligible y de fácil acceso utilizando un lenguaje sencillo y claro, especialmente cuando se trate de un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento de datos personales. A este respecto, si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos (art. 7.2 RGPD)⁸⁵. Esto es, la manifestación de voluntad del interesado debe tener por objeto el tratamiento de datos específico de que se trate, no siendo correcto que ésta se deduzca de una manifestación de voluntad que tenga un objeto distinto. Además, conviene tener en cuenta que la especificidad de la libre voluntad obligará a obtener un nuevo consentimiento si los fines originarios cambian o se presenta un fin adicional⁸⁶.

3. Consentimiento informado.

Es evidente que para consentir adecuadamente hay que conocer aquello que se consiente⁸⁷. Por ello, tiene sentido que el art. 4.11 RGPD señale que el consentimiento del interesado equivale a una manifestación de voluntad “informada”⁸⁸. Por tanto, el consentimiento informado implica que el interesado debe conocer suficiente información antes de ejercer su opción. En tal sentido,

84 SSTJUE de 1 de octubre de 2019, Asunto C-673/17, caso *Planet 49* (ECLI:EU:C:2019:801), y 11 de noviembre de 2020, Asunto C-61/19, caso *Orange România* (ECLI:EU:C:2020:901).

85 En este sentido, apunta el Cdo. 32 RGPD, el cual señala que “El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos”. De la misma forma, el art. 6.2 LOPDGDD afirma que “Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas”. Sin embargo, como matiza ABA CATORIA, A.: “Principios de protección de datos”, en AA.VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (coord. por A. TURNES VILLANUEVA), Dilex, Madrid, 2020, p. 34, si hubiera vinculación entre los diversos fines podrían agruparse.

86 Vid., en este sentido, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 71; y ABA CATORIA, A.: “Principios de protección”, cit., p. 35.

87 El Cdo. 39 RGPD señala expresamente que “Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados”.

88 GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “El consentimiento al tratamiento”, cit., p. 108.

para que el consentimiento sea informado, el interesado deberá conocer, como mínimo, la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales, pero, en su caso, también deberá estar informado de otras categorías tales como el plazo durante el cual se conservarán sus datos personales, la existencia de los derechos de acceso, rectificación o supresión, así como el derecho a oponerse al tratamiento, a la portabilidad de sus datos o, al ya mencionado, derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento. Este consentimiento informado está relacionado con la especificidad a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, ya que el interesado solamente puede prestar su consentimiento para uno o varios fines específicos cuando está verdaderamente informado.

En las referidas sentencias⁸⁹, el TJUE, en relación con el carácter informado del consentimiento, establece que “el responsable del tratamiento facilitará al interesado información respecto de todas las circunstancias relacionadas con el tratamiento de datos, con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, debiendo el interesado conocer, en particular, qué datos serán tratados, la identidad del responsable del tratamiento, la duración del tratamiento y su forma, y los fines que se persigue con dicho tratamiento”. En la misma línea se pronuncia el Tribunal Constitucional⁹⁰, el cual señala que “el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado (...), pues si no se conoce su finalidad y destinatarios, difícilmente puede prestarse el consentimiento”.

Es importante también destacar la calidad de la información en el sentido de que la información suministrada por el responsable del tratamiento se debe adaptar al nivel de entendimiento de sus posibles destinatarios, esto es, que un usuario medio lo pueda entender sin mayores complicaciones⁹¹. En consecuencia, se debe permitir al interesado determinar fácilmente las consecuencias de su consentimiento y, en este sentido, que pueda dar y garantizar que dicho consentimiento se otorga con pleno conocimiento de causa.

Por su parte, el Cdo. 32 RGPD, si bien señala que es posible prestar el consentimiento mediante la marcación de una casilla de un sitio web en internet, excluye que el consentimiento haya sido prestado válidamente en aquellos casos

89 SSTJUE de 1 de octubre de 2019, Asunto C-673/17, caso *Planet 49* (ECLI:EU:C:2019:801), y 11 de noviembre de 2020, Asunto C-61/19, caso *Orange România* (ECLI:EU:C:2020:901).

90 STC (Pleno) 39/2016, de 3 de marzo de 2016 (núm. 39/2016, 8 de abril de 2016) (ECLI:ES:TC:2016:39).

91 En tal sentido, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *Contratos de suministro*, cit., p. 74, manifiesta que los responsables del tratamiento deben asegurarse que utilizan un lenguaje claro y sencillo en todos los casos, es decir, el mensaje debe ser comprensible para un ciudadano medio y no únicamente para juristas. Los responsables del tratamiento no pueden utilizar políticas de privacidad muy extensas que sean difíciles de entender o declaraciones llenas de jerga jurídica.

en que las casillas ya vienen marcadas por defecto. En este sentido, el TJUE⁹² ha declarado que “parece prácticamente imposible determinar de manera objetiva si el usuario de un sitio de Internet ha dado efectivamente su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales al no quitar la marca de una casilla marcada por defecto y si dicho consentimiento ha sido dado, en todo caso, de manera informada. En efecto, no puede descartarse que dicho usuario no haya leído la información que acompaña a la casilla marcada por defecto, o que ni tan siquiera la haya visto, antes de proseguir con su actividad en el sitio de Internet que visita”.

Además, el TJUE⁹³ afirma que “para garantizar al interesado una verdadera libertad de elección, las estipulaciones contractuales no deben inducir al interesado a error en lo que respecta a la posibilidad de celebrar el contrato pese a negarse a dar su consentimiento para el tratamiento de sus datos”. En caso contrario –ante la ausencia de tal información–, no puede considerarse que el consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos personales haya sido prestado libremente ni que, por otra parte, haya sido dado de manera informada.

4. Consentimiento inequívoco.

Según el art. 4.11 RGPD, el consentimiento debe ser inequívoco, es decir, debe existir una clara manifestación de voluntad por parte del interesado de que acepta el tratamiento de los datos. De esta forma, no deben existir dudas acerca de que el interesado está conforme en prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos. El carácter inequívoco implica, además, que debe ser el responsable del tratamiento de los datos el que ha de demostrar que el interesado ha prestado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales a través de un comportamiento activo. Esto es, la carga de la prueba relativa a la existencia de un consentimiento inequívoco incumbe al responsable del tratamiento, el cual debe ser capaz de demostrar esa licitud: que el interesado consintió en el tratamiento de sus datos personales.

El Cdo. 32 RGPD señala que este consentimiento inequívoco se puede prestar a través de una declaración por escrito -incluso por medios electrónicos- o a través de una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. En este sentido, de acuerdo con el art. 7.1 RGPD “Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales”,

92 STJUE de 11 de noviembre de 2020, Asunto C-61/19, caso *Orange România* (ECLI:EU:C:2020:901).

93 STJUE de 11 de noviembre de 2020, Asunto C-61/19, caso *Orange România* (ECLI:EU:C:2020:901).

lo cual está íntimamente ligado con el principio de responsabilidad proactiva que implica, conforme al art. 5.2 RGPD, que el responsable del tratamiento será responsable de que los datos sean tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado⁹⁴. En consecuencia, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento (art. 24.1 RGPD).

VI. ¿CUÁNDO Y CÓMO SE TIENEN QUE CEDER LOS DATOS PERSONALES POR PARTE DEL CONSUMIDOR?

En los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, cuando la contraprestación consiste en la cesión de uso de los datos personales por parte del consumidor o usuario, otra de las cuestiones que surge es el momento y la forma en que dichos datos deben ser cedidos al empresario.

En primer lugar, respecto al momento en que los datos personales deben ser facilitados al empresario, el Cdo. 24 DCSD dispone que “Los datos personales podrían facilitarse al empresario en el momento en que se celebre el contrato o en un momento posterior, por ejemplo cuando el consumidor dé su consentimiento para que el empresario utilice los datos personales que el consumidor pueda cargar o crear con el uso de los contenidos o servicios digitales (...)”. De la misma forma, puede entenderse que los datos personales se pueden facilitar en el momento de celebración del contrato o en un momento posterior cuando el art. 59.4 TRLGDCU señala que el consumidor o usuario “facilita o se compromete a facilitar datos personales (...)”⁹⁵. De esto claramente se deduce que, en realidad, el momento en que el consumidor deba ceder o el empresario recabar los datos personales del consumidor o usuario dependerá de lo estipulado entre las partes en el contrato. No obstante, en este tipo de contratos, lo habitual es que no exista una negociación entre las partes respecto al momento de cesión de uso de los datos, sino que lo más frecuente es que nos encontremos ante condiciones predispuestas por el empresario a las que el consumidor deba adherirse.

En lo que respecta a la forma en que el empresario accede a los datos personales del consumidor cabe distinguir dos supuestos:

1) Por un lado, existen aquellos supuestos en que es el propio consumidor el que proporciona al empresario sus datos personales como, por ejemplo, aquellos casos en los que el consumidor, cuando utiliza ciertas aplicaciones o

⁹⁴ Vid. en este sentido, ABA CATORA, A.: “Principios de protección de datos”, cit., p. 32.

⁹⁵ Vid., en el mismo sentido, art. 3.1, párrafo 2° DCSD.

accede a determinados contenidos o servicios digitales, se registra previamente proporcionando así sus datos personales⁹⁶;

2) Por otro lado, nos encontramos con aquellos supuestos en los que no es el consumidor el que proporciona activamente los datos personales, sino que es el propio empresario el que obtiene por sí mismo los datos personales del consumidor o usuario⁹⁷. Lo cierto es que ni el TRLGDCU ni la DCSD, a diferencia de la PropDCSD⁹⁸, hacen referencia alguna a que sea obligatorio que los datos personales deban suministrarse a través de un comportamiento activo por parte del consumidor; por lo que no existen motivos para excluir la posibilidad de que sea el propio empresario quien recabe directamente, por sí mismo, los datos personales del consumidor o usuario. De hecho, consideramos que esta decisión es totalmente un acierto del legislador; pues si la única posibilidad que existiese fuera que los datos personales se suministraran activamente por parte del consumidor o usuario, esto podría suponer un incentivo para que los proveedores de contenidos y servicios digitales recabaran los datos personales por sí mismos, dejando estos supuestos fuera del ámbito de aplicación de la DCSD y del TRLGDCU y, en consecuencia, dejar al consumidor o usuario desprovisto de las medidas correctoras que estos textos normativos ofrecen⁹⁹. Por ello, nos parece conveniente acoger la posibilidad de que el empresario recabe los datos personales del consumidor o usuario a través de las denominadas *cookies*¹⁰⁰, posibilidad que estaba vetada en la

96 El Cdo. 24 DCSD señala que “la presente Directiva debe aplicarse en aquellos casos en que el consumidor abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico, y estos se utilizan para fines que no sean exclusivamente el suministro de los contenidos o servicios digitales, o distintos del cumplimiento de los requisitos legales”, así como también “debe aplicarse en aquellos casos en que el consumidor dé su consentimiento para que cualquier material que constituya datos personales, como fotografías o mensajes que cargue, sea tratado por el empresario con fines comerciales.”

97 El acceso a los datos personales de los individuos se puede llevar a cabo de formas muy diversas y a través de mecanismos muy heterogéneos. Por ejemplo, como indica ARTIGOT GOLOBARDES, M.: “La contratación digital con consumidores”, cit., p. 463, existen mecanismos para conocer el historial de navegación del individuo – a través de *cookies*-, para identificar su lugar de conexión – a través de las direcciones IP-, para realizar un seguimiento de los dispositivos –a través de las llamadas *device fingerprints*-, para obtener información personal a través de las llamadas *pixel tags* (pixels identificadores que se cargan cuando un individuo visita una página web o abre un correo electrónico), o a través de identificadores publicitarios (identificadores proporcionados por *Google Play* para monetizar las aplicaciones de manera más efectiva).

98 Concretamente, el Cdo. 14 de la PropDCSD señalaba que “En relación con los contenidos digitales no suministrados a cambio de un precio sino por otra contraprestación diferente al dinero, la presente Directiva debe aplicarse solo a los contratos en los que el proveedor solicita y el consumidor facilita datos de forma activa, como el nombre y la dirección de correo electrónico o fotos, directamente al proveedor, por ejemplo mediante el registro individual o sobre la base de un contrato que permite el acceso a las fotos del consumidor (...).” De esta forma, se exigía, en todo caso, una conducta activa por parte del consumidor o usuario, descartando cualquier otra forma en la que fuera el empresario quien recabara los datos personales por sí mismo.

99 Vid., al respecto, arts. 117 y ss. TRLGDCU y arts. 13 y 14 DCSD.

100 Como señala MENÉNDEZ, L.: “¿Qué son las *cookies*?”, *Escritura pública*, núm. 82, 2013, p. 16, las *cookies* son “ficheros que se descargan en ordenadores, en teléfonos móviles o en tabletas al acceder a determinadas páginas web y permiten, entre otras cosas, almacenar y recuperar información sobre los hábitos de navegación de un usuario o de su equipo”. A su vez, NAVAS NAVARRO, S.: “*Cookies* y tecnología análoga: publicidad comportamental online y protección de los datos de carácter personal”, en AA.VV.: *Mercado digital: principios y reglas jurídicas* (dir. por S. NAVAS NAVARRO y S. CAMACHO CLAVIJO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 341, indica que “La *cookie* es un texto alfanumérico que se descarga en el equipo terminal del destinatario de la prestación de un servicio de la sociedad de la información cuya función es almacenar

PropDCSD, pero a la que en la versión definitiva de la DCSD y en el TRLGDCU no se ha hecho referencia, por lo que entendemos que el legislador ha querido dejar la puerta abierta a la posibilidad de que el empresario recabe también de esta forma los datos personales del consumidor¹⁰¹.

Con todo, si bien es cierto que la DCSD no excluye la posibilidad de que sus disposiciones se apliquen cuando el empresario recaba por sí mismo los datos personales del consumidor o usuario, su aplicación quedará supeditada a que la recopilación de tales datos personales por el empresario tenga la consideración de contrato en el derecho nacional, pues la DCSD únicamente es aplicable en la medida en que exista una relación contractual válida entre el empresario y el consumidor¹⁰². De esta forma, habrá que acudir al derecho nacional de los Estados miembros para determinar si estamos ante un contrato, dado que la propia DCSD no incorpora ninguna definición del mismo¹⁰³ ni establece reglas sobre celebración, validez, nulidad o efectos de los contratos¹⁰⁴, y así lo exige el Cdo. 25 DCSD donde se establece que para que la propia DCSD se aplique será necesario que la situación “se considere un contrato con arreglo al Derecho nacional”¹⁰⁵.

datos en el mismo que pueden ser recuperados por el prestador del servicio cuando el destinatario vuelve a solicitar la información, esto es, vuelva a conectar con el sitio web o con otro que forma parte de la misma red”. Por su parte, CABALLERO TRENADO, L.: “Cookies y consentimiento”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 96, 2020, p. 3228, precisa que debido a que todos disponemos de dispositivos personales (smartphones, tablets y ordenadores personales) y a que estos están registrados e identificados de manera única, la información y datos que se generan cuando nos conectamos a Internet permite individualizar los datos y generar perfiles de usuarios y sus hábitos entrando en el terreno de los datos personales. Por todo ello, las cookies y otras tecnologías asimilables recopilan y tratan datos personales, y están sujetas al RGPD. Sin embargo, ALIÑO SEHWERT, J.J.: “La protección del consumidor digital: los datos personales en el comercio electrónico”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 3, 2018, p. 4, advierte que, si bien las “cookies” permiten al usuario una navegación ágil y personalizada, ello puede conllevar la pérdida de la privacidad de los datos con el fin de configurar un perfil del usuario para que la publicidad que se le muestre sea más acertada o subjetiva. De esta forma, las empresas pueden conocer muchos datos de los usuarios a través de los dispositivos, pero que, muchas veces, el consumidor ni siquiera es consciente de lo que está facilitando y, por ello, es preciso informar y contar con el consentimiento del usuario antes de su instalación. Para conocer los diferentes tipos de cookies y sus diferentes usos, *vid.*, a este respecto, GAROFALO, A.M.: “Cookies and the Passive Role of the Data Subject”, en AA.VV.: *Privacy and Data Protection in Software Services* (coord. por R. SENIGAGLIA, C. IRTI y A. BERNES), Signapur, 2022, pp. 73-76.

- 101 A los datos personales que se recogen y almacenan por el empresario a través de las cookies se les denomina “clickstream data” los cuales, como señala NAVAS NAVARRO, S. “El internet de las cosas”, *cit.*, pp. 34-35, son tratados, posteriormente, con diversas finalidades, entre ellas, la más frecuente es el envío posterior de publicidad “dirigida” online a ese destinatario a partir de un determinado perfil del mismo extraído sobre la base de la información que la cookie ha permitido tratar a su titular. El “clickstream data” contiene información básica como el tipo de ordenador que maneja el usuario para acceder a internet, el tipo de navegador o la identificación de cada sitio web que visita el usuario.
- 102 MILÀ RAFEL, R.: “Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dir. por F. GÓMEZ POMAR e I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 425
- 103 A diferencia de la PropDCSD donde sí se incluía una definición de contrato en su art. 2.7, conforme al cual se entiende por “contrato” el “acuerdo que genera obligaciones u otros efectos jurídicos”.
- 104 Art. 3.10 y Cdo. 12 DCSD.
- 105 Sin embargo, nos sumamos a la opinión de ROSELLÓ RUBERT, F.M.: “Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, 2017, p. 13, quien defiende que hubiera sido deseable que el legislador europeo hubiese aunado bajo una única norma armonizadora todos los contratos de contenidos y servicios digitales a cambio de contraprestación no dineraria, ya que la diferencia entre aquellos cuyos datos personales se facilitan activamente y aquellos otros donde los datos se recaban mediante cookies no es tan sustancial. Con ello,

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, como ya hemos avanzado, el TRLGDCU no veta esta posibilidad. De hecho, el art. 59.4 reconoce la aplicación del Libro II “Contratos y garantías” a “los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales”. Este precepto ha sido una transcripción literal del art. 3.1, párrafo 2º DCSD, lo que puesto en relación con la parte expositiva de la DCSD, donde el legislador europeo quiso eliminar la prohibición de que los datos personales se recabaran a través de *cookies*, unido a que el TRLGDCU tampoco lo prohíbe, debemos interpretar que el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales del consumidor, ya se recaben de forma activa o de forma pasiva, entrará dentro del ámbito de aplicación del Libro II TRLGDCU; y, de la misma forma ocurrirá en los demás Estados miembros, con excepción de aquellos que establezcan una disposición en la que se exija expresamente que se deben facilitar por parte del consumidor de forma activa o, en su caso, se vete al empresario la posibilidad de recabarlos directamente.

VII. SUPUESTOS EN QUE LOS DATOS PERSONALES NO CONSTITUYEN LA CONTRAPRESTACIÓN DEL CONTRATO.

Existen dos supuestos en los que la cesión de datos personales al empresario por parte del consumidor o usuario no constituye contraprestación del contrato.

En primer lugar, según el art. 59.4 TRLGDCU, encontramos aquellos casos en los que “los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales”¹⁰⁶. De la misma forma, el Cdo. 25 DCSD señala que “la presente Directiva no debe aplicarse a las situaciones en las que el empresario recabe datos personales exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales”. Por tanto, no tendrán la consideración de contraprestación contractual aquellos datos personales facilitados por el consumidor o usuario que sean necesarios para cumplir un requisito técnico, esto es, cuando sean necesarios para que el empresario pueda suministrar el contenido o servicio digital y, en consecuencia, pueda cumplir adecuadamente el contrato. Por ejemplo, en aquellos casos en que es necesario recabar datos sobre la localización geográfica para el adecuado funcionamiento de una App como *Google Maps*¹⁰⁷.

desde nuestra perspectiva, consideramos que se hubiese contribuido a la configuración de un régimen más armonizado y protector de los intereses del consumidor, ya que de esta forma la aplicación del régimen de conformidad a aquellos supuestos en que los datos se recopilen a través de *cookies* dependerá de cada ordenamiento nacional.

¹⁰⁶ Vid., en el mismo sentido, art. 3.1, párrafo 2º DCSD.

¹⁰⁷ No obstante, si los datos sobre la localización geográfica se utilizan, posteriormente, para fines distintos de los necesarios para cumplir con el requisito técnico, entonces sí que serán de aplicación la DCSD y el

Y, en segundo lugar, en virtud del mismo art. 59.4 TRLGDCU, encontramos aquellos supuestos en que los datos se recaban “para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin”. Al igual que en el caso anterior, el Cdo. 25 DCSD también señala que “la presente Directiva no debe aplicarse a las situaciones en las que el empresario recabe datos personales (...) con el único fin de cumplir requisitos legales”. De ahí que cuando la cesión de datos personales al empresario por parte del consumidor o usuario tenga por objeto el cumplimiento de las prescripciones legales, esos datos no tendrán naturaleza de contraprestación contractual. Sería el caso, por ejemplo, de aquellos supuestos en los que el registro del consumidor fuera necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación.

Estas dos exclusiones que acabamos de ver responden a un doble fundamento¹⁰⁸:

Por un lado, el empresario, en estos casos, no suministra los contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales (entendidos como contraprestación contractual), sino que únicamente recaba los datos para cumplir con unos requisitos, ya sean requisitos técnicos o requisitos legales. El empresario, en estos supuestos, obtendrá el beneficio a través de otras vías como, por ejemplo, el pago de un precio en dinero, pero no a través de los datos personales del consumidor o usuario, cuya obtención responde únicamente a finalidades técnicas o legales.

Por otro lado, íntimamente ligado a lo anterior, el tratamiento que el empresario pueda realizar sobre los datos personales cedidos por el consumidor o usuario será lícito de acuerdo con el art. 6.1 RGPD, pero no con base en el consentimiento del titular de los datos del apartado a) de dicho precepto, sino en cumplimiento de los apartados b) y c) del referido artículo. Es decir, el tratamiento de los datos personales será lícito cuando el tratamiento sea “necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”, así como cuando el tratamiento sea “necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”. Por tanto, si los datos personales del consumidor son recabados para cumplir con una finalidad técnica o legal, el consentimiento para el tratamiento de esos datos personales no deberá recogerse sobre la base del apartado a) del art. 6.1 RGPD, sino que la licitud del consentimiento estará sometida a su obtención de acuerdo con las previsiones de los apartados b) y c) del art. 6.1 RGPD.

En definitiva, es importante señalar que para que la cesión de datos personales por parte del consumidor y usuario no sea considerada como contraprestación

TRLGDCU.

¹⁰⁸ Vid., en este sentido, MARTÍNEZ CALVO, J.: “Los datos personales”, cit., p. 104.

del contrato es necesario que únicamente sean tratados para finalidades técnicas o legales, tal y como establecen los arts. 3.1, párrafo 2º DCSD y 59.4 TRLGDCU, pues, en caso contrario, deberá reconocerse su naturaleza de contraprestación contractual, especialmente cuando los mismos sean tratados para fines comerciales¹⁰⁹. En este sentido, si los datos personales se consideran contraprestación del contrato serán de aplicación las previsiones de la DCSD y el TRLGDCU. No obstante, si opera alguna de las exclusiones a las que nos hemos referido –técnicas o legales- la consecuencia será que no resultarán de aplicación los mecanismos de protección previstos en la DCSD y el TRLGDCU¹¹⁰, lo que implica que el nivel de protección del consumidor o usuario sea menor que en aquellos casos en los que sí exista contraprestación, independientemente de que ésta consista en el pago de un precio en dinero o en la cesión de datos personales para fines distintos de los previstos.

Por último, el Cdo. 25 DCSD señala que la Directiva “tampoco debe aplicarse a situaciones en las que el empresario recaba únicamente metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación”¹¹¹, así como a aquellas “situaciones en las que el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales”¹¹². No obstante, si bien es cierto que estas situaciones están excluidas del ámbito de aplicación de la DCSD¹¹³, el propio Cdo. 25 otorga libertad a los Estados Miembros para que puedan aplicar la

109 Tal y como señala HERRERÍAS CASTRO, L.: “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 1019, ambas exclusiones estarían justificadas porque el empresario no obtiene ningún beneficio económico derivado del tratamiento de los datos personales de los consumidores.

110 En tal sentido, como apunta SÉNÉCHAL, J.: “Article 16(2) of the ‘Digital Content and Digital Services’ Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMANYER) Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 156, la Directiva únicamente se aplicará a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales de carácter sinalagmático u oneroso, pero no de aquellos genuinamente gratuitos. Esto es, se aplicará cuando los datos personales constituyan la contraprestación del contrato, lo que no ocurrirá cuando los mismos se faciliten para cumplir con las cuestiones meramente técnicas o legales; al respecto, MARTÍNEZ CALVO, J.: “Los datos personales”, cit., p. 104, considera que, cuando los contenidos o servicios digitales se suministran al consumidor sin contraprestación alguna por parte de este, resulta razonable que el nivel de protección que otorga la normativa sea menor que en aquellos supuestos en los que el consumidor ha de llevar a cabo una contraprestación, ya sea dineraria o no dineraria. Por el contrario, PLANA ARNALDOS, M.C.: “Los datos personales como contraprestación”, cit., p. 590, se muestra crítica con esta decisión del legislador de excluir la aplicación de la DCSD en estos casos en que los datos son tratados para cumplir requisitos legales, ya que considera que en los casos en que el contrato no fuese finalmente conforme, el consumidor debería poder utilizar el derecho a resolver, con la consecuente obligación del proveedor de abstenerse de utilizar los datos.

111 Los metadatos son, como señala CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 850, nota 38, “etiquetas o datos anexados a archivos de todo tipo que contienen palabras clave, información sobre autoría, modificaciones, etc., generados automáticamente o de creación humana que sirven sobre todo para la catalogación de los archivos (imágenes, vídeos, páginas, documentos, etc.) en índices y su recuperación en la web semántica”.

112 Por ejemplo, el anuncio publicitario que debe soportar el usuario antes de ver un vídeo en *Youtube*.

113 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Una perspectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en AA.VV.: *Derecho digital: retos y cuestiones actuales* (dir. por F. CAPILLA RONCERO,

DCSD a tales situaciones o de regular tales situaciones. Sin embargo, el legislador español, al transponer la DCSD al TRLGDCU, no ha aclarado esta cuestión. Es decir, no ha aclarado si algunas prácticas de navegación por internet constituyen o no contratos a los efectos de la normativa de protección del consumo, tales como acceder a prensa digital o a páginas web sin registro previo cuando lo que se recaba son, únicamente, los metadatos a los que acabamos de hacer referencia o, simplemente, el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a determinados contenidos o servicios digitales.

Dado que se trataba de una posibilidad que tenían los Estados miembros de ampliar el ámbito de aplicación de la DCSD a estos supuestos que, en principio, estaban excluidos, el silencio del Real Decreto Ley 7/2021, que no se ha pronunciado al respecto, nos lleva a plantearse la cuestión de si el TRLGDCU podría aplicarse a este tipo de situaciones. En tal sentido, como señala parte de la doctrina más autorizada¹¹⁴, estas situaciones no hay que entenderlas como necesariamente excluidas, si, a la luz de las reglas del Código civil y del Derecho común de obligaciones y contratos, puede entenderse que en el ordenamiento español merecen tal calificación contractual¹¹⁵. De ahí que a efectos de aplicación de la norma, lo que habrá que determinar es si se ha celebrado o no un contrato conforme al Derecho nacional.

A nuestro entender, es un error por parte del legislador europeo dejar en manos de los Estados miembros la calificación o no como contratos de este tipo de situaciones, ya que ello supone una falta de armonización entre los diferentes ordenamientos¹¹⁶, lo cual va en contra de los objetivos de la propia DCSD, tales como proporcionar un régimen unificado y acabar con la inseguridad jurídica. Ahora bien, cabe la posibilidad de que esta situación se solucione y se logre una mayor armonización entre legislaciones nacionales mediante la revisión de la DCSD, la cual ya debería haberse realizado, pues estaba prevista, a más tardar, para el 12 de junio de 2024, pero, la realidad es que aún no se ha llevado a cabo. Cuando tenga lugar, la Comisión deberá presentar un informe de revisión, en el cual se examinarán, entre otras cuestiones, la armonización de las normas aplicables a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales distintos a los previstos por la DCSD, incluidos los suministrados a cambio de anuncios publicitarios¹¹⁷.

et.al.), Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 53 señala que esta exclusión carece de un fundamento sólido.

114 CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, núm. 9887, 2021, p. 25.

115 Esta tesis es igualmente apoyada por HERRERÍAS CASTRO, L.: "Contratos de suministro", p. 1020.

116 También se muestran muy críticos con esta falta de armonización ROBERT, R. y SMIT, L.: "The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law", *ERA Forum*, vol.19, núm. 2, 2018, p. 172.

117 Así lo dispone expresamente el art. 25 DCSD.

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que algunos de los proveedores con más popularidad y relevancia en el mercado plantean desde un principio la oferta de contenidos y servicios digitales en términos contractuales. Así, por ejemplo, Apple en sus “términos y condiciones de los servicios de contenido multimedia” indica que *“Estos términos y condiciones crean un contrato entre tú y Apple (el “Contrato”)”*¹¹⁸. O, por ejemplo, X (el anteriormente conocido como Twitter), en cuyos “Términos de servicio” señala que *“Estos Términos de servicio (“Términos”) son parte del Acuerdo de usuario, un contrato legalmente vinculante que rige el uso de X”*¹¹⁹. También lo hace así Youtube en sus “Términos del servicio” donde se afirma que *“Puedes acceder al Servicio y usarlo, tal cual se pone a tu disposición, siempre y cuando cumplas con lo establecido en este Contrato y en la ley”*¹²⁰. Por tanto, en estos casos, el problema de la calificación parece estar resuelto.

Por último, cabe plantearse si resultaría de aplicación la DCSD y el TRLGDCU a aquellos supuestos en que el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales exige el pago de un precio en dinero y, además, es necesario que el consumidor se exponga a publicidad para obtener acceso al contenido o servicio digital. En tales casos, consideramos, fuera de toda duda, que deberían aplicarse la DCSD y el TRLGDCU, pues claramente estamos ante un contrato, donde el pago de un precio con dinero ya determina la onerosidad del mismo, con independencia de lo que pudieran señalar, en su caso, los ordenamientos nacionales respecto a la otra parte de la contraprestación que consista en metadatos.

VIII. LAS BASES JURÍDICAS QUE PUEDEN LEGITIMAR EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES CUANDO ESTOS SE UTILIZAN PARA FINES COMERCIALES.

Como ya hemos visto en el apartado precedente, cuando los datos personales del consumidor son tratados por cuestiones técnicas (con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales) o legales (con el fin de que el empresario cumpla sus obligaciones legales), la base que legitima ese tratamiento la encontramos en el art. 6 apartados b) y c) del RGPD, dado que esos datos son “necesarios para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte” o bien porque se basa en el “cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable”, que es el empresario.

¹¹⁸ Consultar en: <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/es/terms.html> (fecha de consulta: 25 de octubre de 2024).

¹¹⁹ Consultar en: <https://x.com/es/tos> (fecha de consulta: 25 de octubre de 2024).

¹²⁰ Consultar en: <https://www.youtube.com/static?template=terms&hl=es&gl=AR> (fecha de consulta: 25 de octubre de 2024).

No obstante, cuando los datos facilitados por el consumidor son tratados por el empresario para finalidades distintas al suministro de los contenidos y servicios digitales, especialmente cuando se tratan para fines comerciales, nos podemos plantear la posibilidad de que dicho tratamiento pueda encontrar justificación en diferentes causas de licitud, pues cualquier tratamiento de datos personales en relación con un contrato que tenga encuadre en su ámbito de aplicación solo será lícito si concurre una base o causa de legitimación de las previstas legalmente en el art. 6.1 RGPD¹²¹. Además, conviene resaltar la importancia de determinar la base legal que sirve para el tratamiento antes de comenzar propiamente la actividad del tratamiento de los datos, dado que las bases en que se justifica dicho tratamiento no son intercambiables constante el tratamiento, toda vez que se deben incorporar al contenido obligatorio del deber de información¹²². Seguidamente vamos a analizar, en concreto, el tratamiento basado en la necesidad para la ejecución del contrato [art. 6.1, letra b) RGPD]; el tratamiento basado en el interés legítimo [art. 6.1, letra f) RGPD]; y el consentimiento del consumidor [art. 6.1, letra a) RGPD].

1. Tratamiento basado en la necesidad para la ejecución del contrato ex art. 6.1, letra b) RGPD.

En primer lugar, si consideramos que el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales es un contrato bilateral en el que cada una de las partes asume una serie de obligaciones –en el caso del empresario suministrar los contenidos y servicios digitales y, en el caso del consumidor, ceder el uso de sus datos personales como contraprestación–, podemos plantearnos si los datos personales requeridos por el empresario son necesarios para la ejecución del contrato, incluso, a pesar de que se trate de datos que vayan a ser tratados para finalidades distintas al suministro de contenidos y servicios digitales, ya que si estos datos no se proporcionan, el contrato no se ejecuta, precisamente, porque actúan a modo de contraprestación.

Desde este planteamiento, si los datos facilitados por el consumidor o usuario, que van a ser tratados para finalidades distintas al suministro, los consideramos como “necesarios para la ejecución del contrato”, nos podría servir de base legitimadora el propio art. 6.1, letra b) RGPD¹²³. En este sentido, el propio consentimiento contractual legitimaría al proveedor para tratar los datos personales cedidos por el consumidor, no siendo necesario encontrar justificación legítima en el consentimiento del art. 6.1, letra a) RGPD. En consecuencia, este tratamiento de

121 GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por. E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 181.

122 Vid., en este sentido, los arts. 13.1, letra c), 14.1, letra c) y 14.2, letra b) RGPD.

123 Esta es la postura que defiende MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “¿Consentimiento o contrato?” (Consultar en: <http://lopdysseguridad.es/consentimiento-o-contrato/>).

datos personales del consumidor mantendría su vigencia durante toda la relación contractual, quedando sin efecto sólo cuando una norma aplicable al contrato o el propio contenido contractual preveyesen su revocación (a diferencia de la libre revocabilidad del tratamiento de datos basado en el consentimiento conforme al art. 7.3 RGPD)¹²⁴.

Ahora bien, este planteamiento en el que los datos personales se consideran “necesarios para la ejecución del contrato” por encontrarse ante la existencia de un contrato bilateral y que, por tanto, se constituyen como una obligación asumida por las partes que debe ser ejecutada, consideramos que no es adecuada, ya que el art. 6.1, letra b) RGPD –si lo interpretamos desde un punto de vista teleológico– no se refiere a la “necesidad” de los datos en este sentido, sino que se está refiriendo al supuesto en que los mismos son necesarios para el cumplimiento de requisitos técnicos¹²⁵. Por tanto, desde el momento en el que los datos personales cedidos por el consumidor son tratados para fines distintos del cumplimiento de requisitos técnicos del contrato, estos datos ya no deberían encontrar como base legítima el art. 6.1, letra b) RGPD. De hecho, así lo han entendido también las autoridades europeas en materia de protección de datos:

Por un lado, el Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT29), ya en su *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE*¹²⁶, de 9 de abril de 2014, hizo una interpretación de lo que debía suponer la disposición relativa a que el tratamiento sea “necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte”. En este sentido, consideró, que “Esta disposición debe interpretarse de manera estricta y no comprende situaciones en las que el tratamiento no sea realmente necesario para la ejecución de un contrato, sino unilateralmente

124 GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 890. En un sentido similar se pronuncia NAVAS NAVARRO, S.: “Datos personales y mercado”, en AA.VV.: *Inteligencia artificial: tecnología, derecho* (dir. por. S. NAVAS NAVARRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 266, quien explica que si los datos personales funcionan como contraprestación, el consentimiento dado por su titular es un consentimiento contractual, la finalidad o finalidades para la cual sus datos son tratados es un motivo causalizado y, si el consumidor retira su consentimiento, incumple, salvo que se hubiese pactado la facultad de desistimiento.

125 Vid., en este sentido, WENDEHORST, C.: “Personal Data in Data Value Chains – Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMANYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 201; JANECEK, V. y MALGIERI, G.: “Data Extra commercium”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMANYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, cit. p. 112; ZOLL, F.: “Personal Data as Remuneration in the Proposal for a Directive on Supply of Digital Content”, en AA.VV.: *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps* (dir. por R. SCHULZE, D. STAUDEMANYER y S. LOHSSE), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2017, p. 183; MARTÍNEZ CALVO, J.: “Dualidad normativa en la regulación de los contratos gratuitos de suministro de contenidos y servicios digitales: la necesaria armonización entre la Directiva (UE) 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 1175; y DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I.: “El tratamiento de datos personales”, cit., pp. 106-107.

126 Consultar en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp217_es_interes_legitimo.pdf

impuesto al interesado por parte del responsable del tratamiento”¹²⁷. De ahí que, por ejemplo, el art. 6.1, letra b) RGPD no sirva como fundamento jurídico para elaborar un perfil de los gustos y las opciones de estilo de vida del usuario, basado en su recorrido por un sitio web y en los artículos adquiridos. Y, además, el GT29 consideró que debe existir una clara relación entre la “necesidad” y el principio de limitación de la finalidad¹²⁸, ya que la evaluación para comprobar si el tratamiento de datos es necesario para su ejecución se realizará en función de la información que se le haya dado previamente al interesado sobre el tratamiento de sus datos. Por ello, es importante justificar de forma exacta la esencia y objetivo fundamental del contrato.

Por otro lado, el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) –que es la entidad que sustituye al GT29–, tras la aprobación del RGPD, publicó la *Guía 2/2019 para el tratamiento de datos personales conforme al artículo 6.1.b) en el contexto de los servicios en línea*¹²⁹ donde interpreta el concepto de “necesidad” en la misma línea en que ya lo hizo el GT29. En este sentido, el CEPD señala que cuando evaluamos qué se entiende por “necesario”, debe realizarse una valoración conjunta de los hechos del tratamiento, teniendo en cuenta el objetivo que se persigue y evaluando aquellas opciones que resulten menos intrusivas para conseguir el referido objetivo, de forma que si existen alternativas que sean posibles y menos intrusivas, se considerará que el tratamiento no es “necesario”. Además, añade que es necesario que el responsable pueda demostrar que el tratamiento tiene lugar en el contexto de un contrato válido con el interesado y que el tratamiento sea objetivamente necesario para la ejecución de dicho contrato. En consecuencia, el hecho de que se incluya en el contrato la expresión “necesario para la ejecución” como mera cláusula contractual no basta para considerar como base legítima para el tratamiento de los datos personales el referido art. 6.1, letra b) RGPD. Por su parte, el CEPD, finalmente, opta por ratificar la orientación adoptada por el GT29 sobre la disposición equivalente en virtud de la Directiva anterior –art. 7, letra b) Directiva 95/46/CE– a la que hemos hecho referencia anteriormente.

¹²⁷ Vid., a este respecto, DE FRANCESCHI, A.: “Personal Data as Counter”, cit., p. 64, quien también aboga por una interpretación estricta del requisito de la “necesidad”, aunque advierte que, en estos casos, no está claro si la cantidad de datos necesarios para el cumplimiento del contrato debería determinarse subjetivamente (desde la perspectiva del empresario) u objetivamente.

¹²⁸ El principio de limitación de la finalidad viene recogido en el art. 5.1, letra b) RGPD el cual señala que “Los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines (...)”. En palabras de APARICIO VAQUERO, J.P.: “Principios del tratamiento y derechos de los interesados en la nueva normativa de protección de datos personales”, *Rued@: Universidad Ética y Derechos*, núm. 3-4, 2019, p. 11, “Todo tratamiento debe tener una finalidad determinada (no caben expresiones genéricas), explícita (conocida, debe ser comunicada al interesado) y legítima (conforme con la normativa, ha de tener una base que lo legitime: consentimiento, norma, contrato...), no pudiendo ser usados los datos personales para otros fines incompatibles; es lo que se conoce como ‘limitación de la finalidad’”.

¹²⁹ Consultar en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_es.pdf

Por último, en esta misma Guía se indican una serie de casos¹³⁰, a modo ejemplificativo, uno de los cuales hace referencia a un comercio minorista que desea elaborar perfiles de los gustos y el estilo de vida de los usuarios en función de sus visitas al sitio web. Aclara que la ejecución del contrato de compraventa no depende de la elaboración de estos perfiles y, por tanto, aunque en el contrato se mencione específicamente y se informe al interesado de la elaboración de estos perfiles, esta elaboración no es "necesaria", de por sí, para la ejecución del contrato y, en consecuencia, si el minorista desea elaborar estos perfiles, deberá invocar un fundamento jurídico diferente a este art. 6.1, letra b) RGPD¹³¹. De ahí resulta claramente que cuando en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, el empresario recabe los datos personales del consumidor o usuario para fines distintos de aquellos estrictamente necesarios para la ejecución del contrato, el art. 6.1, letra b) RGPD no podrá servir de base legítima para ello, especialmente, cuando los datos vayan a ser tratados para fines comerciales, como ocurrirá en la mayoría de casos.

2. Tratamiento basado en el interés legítimo ex art. 6.1, letra f) RGPD.

En segundo lugar, podríamos plantearnos si los datos personales que se recaban por el empresario en el marco de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales podrían encontrar justificación en la necesidad de satisfacer un interés legítimo del propio empresario (responsable del tratamiento) conforme al art. 6.1, letra f) RGPD¹³². Este interés legítimo encuentra su límite en los intereses o en los derechos y libertades fundamentales del interesado, debiendo ponderar en cada caso esta confrontación de intereses y derechos del responsable y del interesado¹³³, prevaleciendo, como es obvio, siempre los derechos y libertades fundamentales del titular de los datos, que será el consumidor que los ceda a cambio del suministro del contenido o servicio digital.

130 Vid., en este sentido, Guía 2/2019 para el tratamiento de datos personales conforme al artículo 6.1.b) en el contexto de los servicios en línea, p. 12.

131 Vid., en un sentido similar, AMMERMAN YEBRA, J.: "El alcance de las cláusulas contenidas en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales que prevén la interacción del usuario con el servicio mediante comandos de voz", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 1117, quien también considera que esta base legítima no es adecuada para el tratamiento de "datos de voz", en concreto, cuando se trata de asistentes de voz cuyo propósito es el reconocimiento de una determinada voz (la del usuario) y no otra, que es lo que se conoce como "reconocimientos de voz" a través de los cuales se crean modelos de voz y, por tanto, el tratamiento de la voz, como forma de identificación de la persona, queda claro en estos casos. En consecuencia, dado que se trata de un dato biométrico (dato personal de categoría especial) será necesario el consentimiento explícito del interesado ex art. 9.2, letra a) RGPD.

132 El art. 6.1, letra f) RGPD señala que el tratamiento será lícito cuando sea "necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño".

133 En este mismo sentido, MARTÍNEZ VILLASECA, M.: "El interés legítimo como base legitimadora del tratamiento de datos de carácter personal", *Actualidad administrativa*, núm. 12, 2019, p. 5, señala que se debe realizar el juicio de idoneidad y proporcionalidad entre la satisfacción de los intereses perseguidos por el responsable del tratamiento o por el tercero al que se comuniquen los datos y los derechos y libertades fundamentales de los interesados.

Este “interés legítimo” es un concepto indeterminado¹³⁴, pero que se basa en los motivos que tiene el responsable para recoger, almacenar o comunicar los datos personales ajenos a terceros. En este sentido, para que el tratamiento de datos personales ex art. 6.1, letra f) RGPD sea lícito debe reunir una serie de requisitos que se han ido perfilando por la jurisprudencia¹³⁵, a saber: 1) que exista un interés legítimo del responsable, conforme a derecho y respetuoso con las normas generales y sectoriales; 2) que se cumpla el principio de necesidad, esto es, que el tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable; y 3) que el resultado de la ponderación entre el interés legítimo y los derechos e intereses del afectado que pudieran verse afectados por el tratamiento sea favorable para este último.

Además, para que un “interés legítimo” se considere adecuado y pertinente y, por ende, se pueda considerar relevante para poder fundar en el mismo el análisis de ponderación requerido por la norma, el GT29 en su Dictamen 6/2014¹³⁶ señala que el mismo debe ser específico (es decir, estar articulado con la claridad suficiente para permitir que la prueba de sopesamiento se lleve a cabo en contraposición a los intereses y los derechos fundamentales del interesado) y representar un interés real y actual (es decir, no especulativo).

El “interés legítimo” como base legitimadora podrá justificar el tratamiento de datos personales para determinadas finalidades (personalización de contenidos, prevención del fraude, envío de comunicaciones de carácter promocional, publicidad dirigida, presentación de ofertas relevantes, etc.)¹³⁷, pero su indeterminación y limitaciones hacen que no sea la más conveniente en la mayor parte de los casos en los que se accede a contenidos y servicios digitales a cambio de datos, dado que no basta con la concurrencia de un interés legítimo, sino que es necesario que prevalezca sobre los intereses, derechos o libertades fundamentales

134 El GT29, en su Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, señala que “El concepto de “interés” es la implicación más amplia que el responsable del tratamiento pueda tener en el tratamiento, o el beneficio que este obtenga, o que la sociedad pueda obtener, del tratamiento. Este puede ser apremiante, claro o controvertido. Las situaciones a las que hace referencia el artículo 7, letra f), pueden variar, por tanto, del ejercicio de derechos fundamentales o la protección de intereses personales o sociales importantes a otros contextos menos obvios o incluso problemáticos”.

135 Vid., en este sentido, SSTJUE de 24 de noviembre de 2011, Asuntos C-468/10 y C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) (ECLI:EU:C:2011:777), 13 de mayo de 2014, Asunto C131/12, Caso Google Spain S.L vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (ECLI:EU:C:2014:317), 4 de mayo de 2017, Asunto C-13/16, Rigas Satiskime (ECLI:EU:C:2017:336), y 29 de julio de 2019, Asunto C-40/17, Fashion ID GmbH & Co.KG vs. Verbraucherzentrale NRW (ECLI:EU:C:2019:629).

136 Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, p. 30.

137 Vid., en este sentido, los Cdos. 47 a 49 RGPD donde se contemplan algunos supuestos que se consideran interés legítimo. Y, en esta misma línea, WENDEHORST, C.: “Personal Data in Data Value Chains”, cit., p. 202, afirma que la base jurídica de los intereses legítimos debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que solamente quedarían cubiertos aquellos supuestos en los que el responsable del tratamiento usa los datos personales del interesado para fines mercadotécnicos de sus propios productos y servicios hacia sus propios clientes.

del interesado¹³⁸. Para ello, la ponderación de intereses a la que hemos hecho referencia debe ser favorable, es decir, el interés legítimo del responsable debe prevalecer por encima de los intereses, derechos y libertades fundamentales del interesado, lo que, desde luego, cuando los datos personales sean cedidos como contraprestación del suministro de contenidos y servicios digitales, no ocurrirá, pues el beneficio económico que pueda obtener el empresario con los datos personales del consumidor o usuario, desde nuestro punto de vista, no puede considerarse nunca un “interés legítimo” que prevalezca sobre los derechos y libertades del interesado-consumidor¹³⁹. De hecho, así lo ha reconocido también el TJUE¹⁴⁰, el cual ha afirmado que el derecho fundamental a la protección de datos –entre otros- prevalece, como regla general, sobre los intereses económicos del responsable del tratamiento.

Cuestión distinta es que los proveedores digitales recurran al “interés legítimo” como base de licitud de determinadas finalidades del tratamiento de datos personales, distintas a fines de comercialización. De hecho, una práctica frecuente es que los proveedores de contenidos y servicios digitales, en sus clausulados y políticas de privacidad¹⁴¹, recurran a este interés legítimo como causa legitimadora del tratamiento para finalidades tales como personalizar y mejorar los productos y servicios, facilitar vías de comunicación sin fines de comercialización, fomentar funciones de productos innovadores, mantener la seguridad de las plataformas y verificar las redes o para evitar e impedir casos de fraude o abusos, entre otros.

3. Consentimiento del consumidor ex art. 6.1, letra a) RGPD.

Por último, se plantea la posibilidad de que la base legitimadora para justificar el tratamiento de los datos personales del consumidor cedidos como contraprestación del contenido o servicio digital sea la establecida en el art. 6.1,

138 GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Bases jurídicas relevantes”, cit., p. 899.

139 Vid., en el mismo sentido, FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: “Caracterización y régimen aplicable”, cit., p. 242. Además, tal y como afirman JANECEK, V. y MALGIERI, G.: “Data Extra Commmercium”, cit., p. 113, siempre se podría argumentar que el beneficio económico deseado podría lograrse mediante medios menos invasivos como, por ejemplo, mediante el ofrecimiento por parte de los proveedores de contenidos digitales de servicios “premium” a cambio del pago de un precio en dinero.

140 STJUE, de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, Caso Google Spain S.L vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (ECLI:EU:C:2014:317).

141 Como señala ALIÑO SEHWERT, J.J.: “La protección del consumidor digital”, cit., p. 5, “la política de privacidad de una empresa es el conjunto de principios que ha adoptado en relación con los datos personales que le han sido confiados, su finalidad, su seguridad, sus comunicaciones a terceros, la forma de canalizar el ejercicio de los derechos de los afectados, etc., siempre dentro del marco que permite la normativa en la materia”. Y añade que “la correcta aplicación de la política de privacidad debe comenzar con el cumplimiento de los requisitos legales para la lícita obtención de los datos personales”. Vid., en este sentido, los clausulados y políticas de privacidad de los principales proveedores de contenidos y servicios digitales como Facebook (<https://www.facebook.com/privacy/policy/>), Whatsapp (<https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy/?lang=es>), Twitter (<https://x.com/es/privacy>) Spotify (<https://www.spotify.com/es/legal/privacy-policy/>), Dropbox (https://www.dropbox.com/es_ES/privacy), Google (<https://policies.google.com/privacy?hl=es>) o Apple (<https://www.apple.com/legal/privacy/es/>).

letra a) RGPD, esto es, el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos.

Consideramos que esta opción es la más correcta, dado que el tratamiento de los datos personales del interesado para fines comerciales puede encontrar cabida bajo la expresión “para uno o varios fines específicos” establecida en este artículo y, en consecuencia, reconocerse la licitud del tratamiento siempre y cuando se cumplan los requisitos que dicho consentimiento exige ex art. 4.11 RGPD y 6.1 LOPDGDD, esto es, que se preste de forma libre, específica, informada e inequívoca¹⁴². Sobre todo, hay que tomar especial cautela con el requisito de la “especificidad” que se contiene en el propio art. 6.1, letra a) RGPD. Ello implica que el suministrador en la declaración de consentimiento deberá describir de forma clara e inequívoca la finalidad del tratamiento; y que, en el caso de que los datos vayan a ser tratados para varios fines, se debe requerir el consentimiento del interesado por separado para cada uno de estos fines¹⁴³. De hecho, es la propia DCSD en su Cdo. 38 la que hace referencia especialmente al consentimiento del art. 6.1, letra a) RGPD como base legítima para el tratamiento de datos personales, estableciendo que, en su caso, las condiciones para valorar si el consentimiento se presta libremente se regirán por las disposiciones del RGPD.

¹⁴² Vid., *supra* apartado 5.

¹⁴³ Si se analizan las políticas de privacidad de los proveedores de contenidos y servicios digitales más importantes, se puede comprobar cómo la base legitimadora del consentimiento es utilizada de forma diferente por cada uno de ellos. Así, por ejemplo, Facebook (https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases) indica que la base jurídica del consentimiento se emplea: 1) “Para tratar datos de categorías especiales (como creencias religiosas, ideologías políticas, qué personas te interesan o información sobre tu salud, si compartes estos datos en los acontecimientos importantes o los distintos campos de tu perfil de Facebook), de modo que podamos compartirlos con quien determines y personalizar tu contenido”; 2) “Para usar los datos que los anunciantes y otros socios nos proporcionen sobre tu actividad fuera de los Productos de las empresas de Meta, de modo que podamos personalizar los anuncios que te mostramos en dichos productos, así como en los sitios web, las aplicaciones y los dispositivos en los que se emplean nuestros servicios publicitarios”; 3) “Para compartir con los anunciantes datos que te identifiquen personalmente (como tu nombre o dirección de correo electrónico; elementos que, por sí solos, pueden facilitar una vía de contacto o revelar tu identidad), como cuando nos indicas que compartamos tu información de contacto con un anunciante para que pueda enviarte, por ejemplo, información adicional sobre un producto o servicio promocionado”; 4) “Para recopilar la información que nos autorices a recibir a través de la configuración que apliques en tus dispositivos (como permitir el acceso a tu ubicación de GPS, tu cámara o tus fotos), de modo que podamos ofrecerte las funciones y los servicios descritos al activar estos ajustes”.

Por su parte, Google (<https://policies.google.com/privacy?hl=es>) también hace referencia al consentimiento para compartir “información personal de forma externa a Google si contamos con tu consentimiento. Por ejemplo, si utilizas Google Home para hacer una reserva a través de un servicio de reservas, te pediremos permiso antes de compartir tu nombre o número de teléfono con el restaurante. Te solicitaremos tu consentimiento explícito para compartir cualquier información personal sensible”.

En cambio, Apple (<https://www.apple.com/legal/privacy/es/>) establece una declaración genérica en la que no concreta la base jurídica que legitima su tratamiento de datos, pues simplemente expone las diferentes posibilidades en las que puede basarse en función de las circunstancias, remitiéndose, en caso de duda, al delegado de protección de datos: “Apple solo usa tus datos personales cuando existe un fundamento jurídico válido para hacerlo. Según las circunstancias, Apple podrá utilizar tu consentimiento o el hecho de que el tratamiento es necesario para satisfacer un contrato contigo, para proteger tus intereses vitales o los de otras personas o para cumplir la ley. También podremos tratar tus datos personales cuando creamos que actuamos en nuestro interés legítimo o en el de otros terceros, tomando en consideración tus intereses, derechos y expectativas. Si tienes alguna pregunta acerca del fundamento jurídico, puedes ponerte en contacto con el delegado de protección de datos en apple.com/es/privacy/contact”.

Sin embargo, a pesar de que consideramos que la base legítima para el consentimiento al tratamiento de datos personales ex art. 6.I, letra a) RGPD es la más adecuada, es importante distinguir entre el consentimiento contractual y el consentimiento para el tratamiento de datos personales, pues no es lo mismo y muchas veces en los clausulados uno y otro consentimiento aparecen ligados¹⁴⁴. En este sentido, el CEPD señala que “Dependiendo de las circunstancias, los interesados pueden creer erróneamente que prestan su consentimiento en consonancia con lo dispuesto en el artículo 6, apartado I, letra a), al firmar el contrato o aceptar las condiciones del servicio. Al mismo tiempo, el responsable del tratamiento puede asumir erróneamente que la firma del contrato equivale a un consentimiento en el sentido del artículo 6, apartado I, letra a). Sin embargo, se trata de conceptos totalmente diferentes¹⁴⁵. Es importante distinguir entre aceptar las condiciones del servicio al celebrar un contrato y prestar el consentimiento en el sentido del artículo 6, apartado I, letra a), puesto que estos conceptos se encuentran sujetos a requisitos distintos y tienen consecuencias jurídicas diferentes¹⁴⁶. Así lo ratifica también el GT29 que indica que “Un responsable del tratamiento debe tener también en cuenta que el consentimiento no puede obtenerse mediante la misma acción por la que el usuario acuerda un contrato o acepta los términos y condiciones generales de un servicio. La aceptación global de los términos y condiciones generales no puede considerarse una clara acción afirmativa destinada a dar el consentimiento al uso de datos personales¹⁴⁷. De ahí que pueda afirmarse que muchos modelos de negocio que proliferan actualmente en internet no respetan algunas de estas exigencias establecidas por la normativa de protección de consumidores, aunque, curiosamente, es cierto que tampoco tiene ninguna consecuencia sancionatoria.

144 Estos dos consentimientos, a pesar de ser distintos, coinciden en que son contratos de adhesión, es decir, el consumidor se adhiere a una serie de cláusulas no negociadas individualmente cuya validez dependerá del cumplimiento de los oportunos requisitos legales. De esta forma, deberá superar los filtros de incorporación, transparencia, abusividad y legalidad.

145 Vid., en este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales ‘gratuitos’)?”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dir. por F. GÓMEZ POMAR e I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 340, quien afirma que el usuario debe emitir un consentimiento doble y diferenciado que no siempre la estructura del portal empresarial ayudará a distinguir: por una parte el consentimiento “reforzado”, específico y que “se distinga claramente de los demás asuntos” para el tratamiento de los datos personales del usuario o interesado (arts. 7.2 y 4.11 RGPD) y, por otra parte, el consentimiento genuinamente contractual que genera el vínculo obligacional.

146 En el mismo sentido, el SEPD ya advertía de la necesidad de evitar esta confusión en el referido Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”, consultar en: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/edps-opinion-legislative-package-new-deal-consumers_en), donde señala que el concepto de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales por el que los consumidores facilitan sus datos personales, en lugar de pagar con dinero, podría inducir a error a los proveedores de servicios, a quienes se haría creer que el tratamiento de datos basado en el consentimiento en el contexto de un contrato es legalmente conforme en todos los casos, incluso cuando no se cumplen las condiciones para un consentimiento válido establecidas en el RGPD, lo cual socavaría la seguridad jurídica.

147 *Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, de 4 de mayo de 2020, p. 18. (Consultar en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf).

En cualquier caso, como ya nos hemos referido anteriormente, las condiciones para el tratamiento lícito de los datos personales no se deben regular ni por la DCSD ni por el TRLGDCU, dado que se trata de una cuestión ya regulada por el RGPD¹⁴⁸; y, por tanto, para valorar la licitud del tratamiento de los datos relacionados con un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales tendremos que estar a las disposiciones del RGPD. Ahora bien, tanto la DCSD como el TRLGDCU deben complementarse con el RGPD, pero, en caso de conflicto, prevalecerá este último¹⁴⁹. Sin embargo, ello no está exento de problemas jurídicos que se exponen en el siguiente apartado.

IX. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE PLANTEAN EN RELACIÓN CON EL RGPD.

Es cierto que la DCSD y el TRLGDCU deben complementarse con el RGPD, pero en la interacción entre la normativa de consumo y la normativa de protección de datos surgen algunos problemas que merecen ser tratados¹⁵⁰.

I. La contradicción entre la obligación de ceder los datos personales como contraprestación y el derecho a revocar el consentimiento.

Conviene poner de manifiesto que, carácter general, el tratamiento de datos personales en relación con un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales será lícito si se ajusta a lo establecido por el RGPD. Sin embargo, existe una clara contradicción entre la obligación de ceder los datos personales y la aceptación de su tratamiento, con el principio de libre revocación del consentimiento establecido en el art. 7.3 RGPD.

Este ha sido uno de los problemas más debatidos por la doctrina¹⁵¹, especialmente en lo que se refiere a las consecuencias posteriores al contrato.

148 Cdo. 38 DCSD.

149 Art. 114.1, párrafo 2° TRLGDCU y art. 3.8, párrafo 2° DCSD y Cdo. 37 DCSD.

150 Se trata de una compleja interacción entre la normativa de protección de datos personales y de derecho del consumo que llevó a la 41ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos (octubre, 2019) a poner de manifiesto la necesidad de aumentar la cooperación entre las autoridades de protección de datos, de consumo y de defensa de la competencia, con el fin de lograr unos altos niveles de protección de datos claros y transparentes en la economía digital. Vid., en este sentido, *Resolution to support and facilitate regulatory co-operation between Data Protection Authorities and Consumer Protection and Competition Authorities to achieve clear and consistently high standards of data protection in the digital economy* (Consultar en: https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/dccwg-resolution_adopted_en.pdf). En esta línea, MILA RAFAEL, R.: "Datos personales", cit., p. 411, afirma que la Directiva presentaba el gran reto de dar respuesta a las cuestiones derivadas de la interacción de las reglas de derecho contractual con las normas que regulan el tratamiento de los datos personales previstas en el RGPD.

151 Vid. entre otros, CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un primer balance", cit., pp. 23-24; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit., pp. 11-13; DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 61, 2019, pp. 60-62; METZGER, A.: "Un modelo de mercado", cit., p. 129; o STAUDENMAYER, D.: "Comentario al art. 3 Directiva (UE) 2019/770", cit., p. 73.

Sin embargo, la revocación del consentimiento no debe afectar a la validez del contrato¹⁵². En cualquier caso, el legislador español, consciente de la situación, ha previsto la solución para el caso de que el consumidor decida retirar su consentimiento. En este sentido, el art. 119 ter. 7 TRLGDCU permite al empresario, en el referido caso, resolver el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte¹⁵³. Además, el ejercicio de estos derechos por parte del consumidor no supondrá, en ningún caso, el pago de penalización alguna a su cargo. De esta forma, la revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales no implica la revocación del consentimiento contractual, pero sí que se faculta al empresario para resolver el contrato

Ahora bien, este carácter revocable del consentimiento implica dejar sin efecto la amplia excepción al desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales prevista en el art. 103, letras a) y m) TRLGDCU, dado que el consumidor titular de los datos siempre podría desvincularse del contrato revocando su consentimiento al tratamiento¹⁵⁴, por lo que gozaría de un derecho de desistimiento unilateral *ad nutum sine die* respecto del propio vínculo contractual que no tendría el consumidor que ha abonado una contraprestación dineraria¹⁵⁵.

Por su parte, se ha advertido¹⁵⁶ que la revocación del consentimiento choca claramente con el artículo 1.256 CC, según el cual la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, en la medida en que, en este tipo de contratos, el cumplimiento de una parte del contrato queda al arbitrio de uno de los contratantes (el titular de los datos).

152 METZGER, A.: "Un modelo de mercado", cit., p. 129.

153 No obstante, esta solución, en algunos casos, puede no ser la más adecuada, dado que, como advierte STAUDENMAYER, D.: "Comentario al art. 3 Directiva (UE) 2019/770", cit., p. 73, en la práctica, los datos personales cedidos como contraprestación se monetizan muy rápidamente.

154 Es por ello que autores como DE FRANCESCHI, A.: "Personal Data as Counter", cit., p. 69, afirman que sería razonable excluir la aplicabilidad de la excepción al derecho de desistimiento en el caso de contratos en que los datos personales constituyan la contraprestación, aunque el citado autor advierte que esta (deseable) inaplicabilidad podría generar una disparidad de tratamiento entre "pagar con dinero" y "pagar con datos".

155 GARCÍA PÉREZ, R.M.: "Interacción entre protección", cit., p. 190. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, Á.: "Resolución de contrato pagado con datos personales como precio", *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2022, p. 2; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: "La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Contratación en el entorno digital* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M.C. PLANA ARNALDOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 266; o FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: "Caracterización y régimen aplicable", cit., pp. 251-252.

156 GARCÍA PÉREZ, R.M.: "Interacción entre protección", cit., p. 191. Vid., en un sentido similar, CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados", en AA.VV.: *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (ed. por A. VAQUER ALOY, et.al.), Atelier, Barcelona, 2015, p. 667, y CONESA CABALLERO, O.: "El encaje contractual", cit., p. 159. Si bien este último autor matiza que existe una diferencia sustancial con respecto a los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, pues la ley en estos últimos derechos regula un consentimiento, cuya revocación puede llevarse a cabo en cualquier momento, pero que, no obstante, es susceptible de generar una indemnización por los daños y perjuicios causados.

2. La incidencia en el contrato de un consentimiento inválido al tratamiento de datos personales.

Uno de los problemas más complejos que se presenta en la interacción entre la normativa de consumo y de protección de datos versa sobre cómo incide en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales el consentimiento del consumidor que no se considera válido por no reunir los requisitos del art. 6.1, letra a) RGPD. Al respecto, cabe señalar que si la ilicitud del consentimiento incidiera en la eficacia del contrato celebrado, provocando su invalidez, esto conduciría a la inaplicación de los remedios protectores previstos para el consumidor en el TRLGDCU, quedando asimismo el empresario liberado de todas las responsabilidades derivadas del referido texto normativo. De esta forma, el incumplimiento por el responsable del tratamiento de las exigencias derivadas del RGPD beneficiaría a quien provoca tal incumplimiento¹⁵⁷. En otras palabras, si el proveedor no obtuviese el consentimiento conforme a la normativa de protección de datos, el contrato sería ineficaz y, por ende, se beneficiaría de la no aplicación de las responsabilidades previstas en el TRLGDCU, privando al consumidor de los remedios contractuales, lo que carecería de toda lógica y coherencia.

Por ello, en orden a superar este problema planteado, cabe separar el consentimiento contractual y el consentimiento conforme al RGPD, de manera que la ilicitud de este último consentimiento no debe afectar al consentimiento contractual y, en consecuencia, no afectar a la validez del contrato celebrado¹⁵⁸. De esta forma, un consentimiento para el tratamiento de datos personales no conforme con el RGPD no provoca, por sí solo, la invalidez del contrato de

157 Vid., en la misma línea, HACKER, P.: "Regulating the Economic Impact", cit., p. 59; y METZGER, A.: "A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services", en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 34.

158 Aprovechando esta distinción entre consentimiento para el tratamiento de datos personales y consentimiento contractual, compartimos la opinión de CÁMARA LAPUENTE, S.: "Nuevos perfiles del consentimiento", cit., pp. 383-385, quien propone trasvasar los rasgos y requisitos del consentimiento para el tratamiento de datos personales establecidos en el RGPD al consentimiento para celebrar el contrato electrónico y aceptar sus condiciones generales. En este sentido, se echa en falta una regla general que exija que el consentimiento al objeto del contrato sea libre, inequívoco, informado, específico y con una clara acción afirmativa, pues ello supondría un avance para la seguridad jurídica y para la protección de los usuarios digitales, con un estándar europeo que no dependiese de los regímenes nacionales de forma tan incierta. También defienden esta distinción entre consentimiento contractual y consentimiento al tratamiento de datos TRIPODI, E.M.: "Consumi digitali e dati personali", cit., pp. 283-284; e IRTI, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 74-79. Esta última autora matiza que, dado que se trata de dos consentimientos distintos, el consentimiento al tratamiento de los datos no debe ser un elemento del contrato, sino que debe ser ajeno al mismo, teniendo naturaleza autorizativa (no obligatoria, debiendo ser libre) y carácter unilateral. Por su parte, para conceptualizar esta cuestión METZGER, A.: "A Market Model", cit., p. 34, trae a colación el "principio de abstracción", que es uno de los principios básicos del Derecho civil alemán, en virtud del cual hay que separar el acuerdo sobre los derechos y obligaciones de las partes y las transacciones reales. Así, uno puede ser válido, mientras que el otro puede ser nulo. Es cierto que el autor matiza que el consentimiento para el tratamiento de datos personales no es una transacción *in rem stricto sensu*, pero que, no obstante, todavía tiene sentido distinguir entre la promesa contractual de proporcionar datos y dar el consentimiento y el cumplimiento de esta promesa.

suministro de contenidos o servicios digitales¹⁵⁹. Todo ello, sin perjuicio del derecho del consumidor a pedir la indemnización por daños y perjuicios reconocido en el art. 8.1, letra c) TRLGDCU.

3. Sobre las limitaciones previstas en los arts. 7.4 RGPD y 6.3 LOPDGD.

Cuando el tratamiento de datos personales cedidos como contraprestación a cambio del suministro de contenidos y servicios digitales se basa en el consentimiento ex art. 6.1, letra a) RGPD, las disposiciones previstas en el RGPD deben ponerse en relación con aquellas previstas en la LOPDGD, pues el RGPD reconoce “un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas” y, en consecuencia, “no excluye el Derecho de los Estados miembros que determina las circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, incluida la indicación pormenorizada de las condiciones en las que el tratamiento de datos personales es lícito”¹⁶⁰. De esta forma, además de los requisitos necesarios que debe reunir la manifestación de voluntad previstos en el art. 4.1 RGPD¹⁶¹, en el art. 7 RGPD se prevén las condiciones para que el consentimiento al tratamiento de datos sea válido, entre las que, en lo que aquí resulta de interés, destaca la prevista en el art. 7.4 RGPD, la cual hay que poner en relación con aquella prevista en el art. 6.3 LOPDGD.

Así, por un lado, el art. 7.4 RGPD establece que “Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá 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”. Mientras que, por otro lado, el art. 6.3 LOPDGD indica que “No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.

Como se puede apreciar, el art. 6.3 LOPDGD establece un límite mucho más restrictivo que el previsto por el art. 7.4 RGPD, pues mientras el art. 7.4 RGPD se limita simplemente a tener en cuenta “en la mayor medida posible” si la ejecución del contrato se supedita al consentimiento para el tratamiento de datos personales, el art. 6.3 LOPDGD establece un mandato directo al suministrador mediante el cual se le niega la posibilidad de que la ejecución del contrato se

159 Vid. en este sentido GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Interacción entre protección”, cit., pp. 191-192; y METZGER, A.: “Un modelo de mercado”, cit., p.128 quien afirma que un consentimiento inválido puede ser suficiente para aplicar la DCSD si se cumplen los otros requisitos. A este respecto, reviste cierta importancia distinguir entre las obligaciones contractuales válidas o no válidas entre el empresario y el consumidor, por una parte, y el consentimiento válido o inválido del interesado en el tratamiento de los datos por otra.

160 Cdo. 10 RGPD.

161 Vid., *supra* apartado 5.

supedite al consentimiento para el tratamiento de datos personales que no guarden una relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual. De esta forma, conforme al art. 7.4 RGPD cabe la posibilidad de que, a pesar de que la ejecución del contrato se supedite al consentimiento para el tratamiento de los datos personales, dicho consentimiento pueda ser válido según las circunstancias. En cambio, según el art. 6.3 LOPDDGPP, cuando ello ocurra, parece ser que el consentimiento –de forma automática- no se considerará válido.

Ahora bien, el contenido del art. 7.4 RGPD puesto en relación con el art. 6.3 LOPDDGPP, puede dar lugar a interpretaciones en un doble sentido:

Por un lado, la primera interpretación que cabe considerar es que el cumplimiento de los contratos no puede hacerse depender de que el consumidor o usuario consienta el tratamiento de sus datos personales para finalidades distintas de las establecidas en los arts. 7.4 RGPD y 6.3 LOPDDGPP, esto es, que no sean necesarios para la ejecución del contrato¹⁶² o para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual. En este sentido, se prohibiría hacer depender la ejecución del contrato de la prestación del consentimiento sobre el tratamiento de los datos personales cuando éstos se requirieran para otras finalidades más allá de cuestiones técnicas¹⁶³. De esta forma, solamente cabría supeditar la ejecución del contrato al consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando dicho tratamiento fuese estrictamente necesario para que el empresario pudiera suministrar el contenido o servicio digital, pero, como ya sabemos, la realidad es otra muy distinta: las empresas que suministran contenidos y servicios digitales no recaban los datos únicamente por cuestiones técnicas o legales, sino que los utilizan para otras finalidades, especialmente para fines comerciales. Por tanto, si partimos de este presupuesto, aquí se proponen tres posibles soluciones:

a) La primera solución es que el consumidor o usuario pueda negarse a prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales y, aun así, pueda acceder a los contenidos o servicios digitales, ya que el proveedor no puede condicionar el acceso a los mismos a que el consumidor dé su consentimiento¹⁶⁴, pues, si partimos de una interpretación estricta según la cual la ejecución del contrato no puede hacerse depender del consentimiento del usuario, el empresario no puede obligar al consumidor a consentir el tratamiento de sus datos personales a cambio del contenido o servicio digital. Si lo hiciera, este consentimiento no sería emitido libremente y, en consecuencia, sería ilícito. No obstante, partiendo del

162 Sobre la “necesariedad” de los datos personales para la ejecución del contrato, *vid.*, *supra* apartado 8.1.

163 En tal caso, cabe advertir que la base jurídica que legitimaría el tratamiento de datos personales no sería el consentimiento *ex art.* 6.1, letra a) RGPD, sino la base contractual establecida en el art. 6.1, letra b) RGPD.

164 *Vid.*, en esta misma línea, SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022, p. 7.

supuesto de que el consumidor se niega a prestar el consentimiento y, a pesar de ello, puede acceder a los contenidos o servicios digitales, lo que sí que existe es una renuncia a los derechos reconocidos en la propia DCSD y en el TRLGCDU, pues el ámbito de aplicación de ambos textos normativos recae sobre aquellos contratos en los que el consumidor “facilita o se comprometa a facilitar datos personales al empresario (...)”¹⁶⁵. De esta forma, el consumidor o usuario podría acceder a los contenidos y servicios digitales, pero, en caso de falta de conformidad o incumplimiento del empresario, aquel no podría recurrir a las medidas correctoras que se prevén en los referidos textos normativos. No obstante, se trata de una solución poco convincente, pues, si bien es cierto que el empresario no debería responder por los incumplimientos o faltas de conformidad, no es menos cierto que tampoco recibiría contraprestación alguna por la prestación del contenido o servicio digital¹⁶⁶. Por tanto, imponerle la obligación de suministrar un contenido o servicio digital a cambio de nada tampoco sería viable.

b) La segunda solución es considerar que la decisión sobre si la contraprestación por el contenido o servicio digital consiste en la cesión de uso de datos personales o en el pago de un precio en dinero recaiga en el consumidor o usuario¹⁶⁷. Es decir, se le debería dar al consumidor o usuario la posibilidad de que eligiese entre las dos modalidades de contraprestación: o bien dar su consentimiento para el tratamiento de datos personales, o bien pagar una cantidad en dinero equivalente al valor de los datos personales. De esta forma, se le ofrecerían al consumidor dos alternativas de pago, de manera que evitaríamos que el consumidor se viese obligado a consentir en el tratamiento de sus datos personales como única vía para disfrutar de los contenidos o servicios digitales. En consecuencia, podría decirse que el suministro de contenidos o servicios digitales no quedaría supeditado únicamente al consentimiento para el tratamiento de datos personales y, por ende, si el consumidor decidiera prestar su consentimiento al tratamiento de datos personales, éste podría considerarse como libremente prestado.

c) Por último, la tercera solución podría consistir en que el suministrador de contenidos y servicios digitales incluyese en las condiciones generales una cláusula conforme a la cual el usuario se comprometiera a aceptar todas las cookies

¹⁶⁵ Vid., en este sentido, los arts. 3.1 DCSD y 59.4 TRLGDCU.

¹⁶⁶ A este respecto, MARTÍNEZ CALVO, J. “Dualidad normativa en la regulación”, cit., p. 1175, señala que esto sería tanto como hacer recaer en el consumidor la decisión sobre la gratuidad u onerosidad del contrato, de manera que, si el consumidor se negara a prestar su consentimiento, el contrato que, en un principio, era oneroso, se convertiría en gratuito, dado que el consumidor no llevaría a cabo contraprestación ninguna, lo que, además, contravendría lo dispuesto por el art. 1.256 CC, el cual señala que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Opina de igual manera CONESA CABALLERO, Ó.: “El encaje contractual”, cit., pp. 156-157.

¹⁶⁷ De hecho, esta falta de posibilidades alternativas de que carece el consumidor o usuario es calificada por METZGER, A.: “Un modelo de mercado”, cit., p.137, como una “causa de insuficiencia de mercado”, pues, como señala el autor, en un mercado que funcione bien, los consumidores deben poder elegir entre diferentes servicios y ofertas. Por tanto, deberían tener la posibilidad de elegir entre servicios de pago y servicios basados en el tratamiento de datos personales.

propuestas por el suministrador en el contrato¹⁶⁸, de forma que cabría entender que el tratamiento de los datos personales tuviera por finalidad “el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”. Esta interpretación sería *hecha a medida* para las empresas suministradoras de contenidos y servicios digitales, dada la predisposición del contenido del contrato por parte de estas empresas¹⁶⁹. Sin embargo, no creemos que esta solución fuese correcta, dado que el compromiso a aceptar todas las *cookies* a través de una cláusula contravendría el art. 6.1, letra a) RGPD, en virtud del cual el consumidor debe prestar su consentimiento por separado para cada uno de los fines específicos a los que se van a destinar sus datos.

Por otro lado, la segunda de las interpretaciones que cabe extraer de acuerdo al art. 7.4 RGPD, puesto en relación con lo dispuesto por el art. 6.3 LOPDGDD, es una interpretación restrictiva que se fundamenta principalmente en la protección de la libertad –autodeterminación– del usuario, quien, además, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales ve coartada por completo su libertad contractual –autonormación– debido a la predisposición unilateral del contrato por el suministrador del contenido o servicio digital¹⁷⁰. Por tanto, lo que cabe extraer de una interpretación restrictiva de estos artículos es que los mismos encuentran su fundamento en garantizar que el interesado pueda prestar su consentimiento de forma totalmente libre y que, en consecuencia, se adopten todas las garantías necesarias para que el consentimiento sea válido¹⁷¹. En este sentido, si el consumidor es consciente de la finalidad para la que van a ser destinados sus datos, y éste acepta de forma totalmente libre el tratamiento de los mismos y con todas las garantías y requisitos para velar por la validez del consentimiento, no creemos que exista inconveniente en que el tratamiento de los datos personales pueda convertirse en prestación contractual y, por ende, que le afecten las limitaciones que se expresan en los arts. 7.4 RGPD y 6.3 LOPDGDD, pues, como muy acertadamente señala parte de la doctrina¹⁷² de lo que se trata es de que el individuo tome sus propias decisiones y asuma la responsabilidad

168 Sobre las obligaciones que debe cumplir el prestador del servicio respecto a las *cookies*, *vid.*, SANTOS MORÓN, M.J.: “Consumidor y nuevas tecnologías”, *cit.*, pp. 310-311.

169 DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I.: “El tratamiento de datos personales”, *cit.*, p. 110.

170 *Ibidem*, p. 112.

171 Aquí puede resultar interesante traer a colación la distinción entre el consentimiento al tratamiento de datos y el consentimiento contractual, pues como señala METZGER, A.: “Un modelo de mercado”, *cit.*, pp.128-129, esta distinción es también pertinente para salvar la prohibición de vincular el contrato y el consentimiento del art. 7.4 RGPD, ya que, *a priori*, puede parecer que exista una prohibición explícita de cualquier ligazón entre consentimiento y ejecución del contrato, pero la prestación de autorización al tratamiento en el mero marco de un contrato no debe considerarse como un indicio de coacción ni de toma de decisiones defectuosas. Además, señala el autor que, incluso si el consentimiento fuera inválido en un caso determinado en virtud del art. 7.4 RGPD, ello no daría lugar automáticamente a la inaplicabilidad de la DCSD.

172 NAVAS NAVARRO, S.: “El valor de los datos personales”, *cit.*, p. 120.

derivada de las mismas¹⁷³. La acción paternalista debería crear las condiciones necesarias, mediante la información transparente, para que el individuo pudiera tomar su decisión cabalmente y con conocimiento de causa¹⁷⁴. En definitiva, se trata de empoderar al individuo; no de sobreprotegerlo.

Sin embargo, el problema que se plantea es que las “políticas de datos” y “declaraciones de privacidad” son demasiado largas y complejas y, en consecuencia, los interesados o titulares de los datos no las llegan a leer completamente pues les resulta algo demasiado extenso y farragoso¹⁷⁵, más aún cuando se trata de legos en la materia¹⁷⁶, aunque, incluso en el caso de que las partes se encontraran en una posición de simetría contractual, las limitaciones cognitivas y racionales de los interesados no les permitiría evaluar de forma efectiva el contenido y los efectos del consentimiento prestado respecto a la política de privacidad¹⁷⁷ y, en consecuencia, no ser conscientes de que pueden estar poniendo en juego su “privacidad”¹⁷⁸.

No obstante, no creemos que la culpa de que las “políticas de datos” y “declaraciones de privacidad” sean largas y complejas de entender deba recaer solamente en los suministradores de contenidos y servicios digitales, sino que, en su mayor parte, se debe a las regulaciones europeas y nacionales en materia de protección de datos. Los suministradores de contenidos y servicios digitales simplemente lo que hacen es establecer en sus páginas web “políticas de datos” y “declaraciones de privacidad” adecuadas a la normativa vigente. De ahí que, desde nuestro punto de vista, una de las soluciones para acabar con este problema consistiría en elaborar unos modelos de información claros y sencillos que se adecuasen a las capacidades del consumidor medio, evitando los textos largos

173 En este sentido, GARCÍA HERNÁNDEZ, A.: “Cuando los usuarios se convierten en el producto: Google Maps se suma a la tendencia ‘Datos a cambio de uso gratuito’”, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2021, p. 6, afirma que, en el caso de las plataformas digitales, concretamente en el supuesto de *Google Maps*, si el proveedor limita los servicios prestados a los usuarios que no acepten las nuevas condiciones de uso estaría actuando de acuerdo con la legalidad vigente.

174 En un sentido similar apunta METZGER, A.: “Un modelo de mercado”, cit., p. 130

175 En esta línea, se pronuncia DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La pérdida de privacidad”, cit., p. 54, quien afirma que existe una tendencia por parte de los consumidores a aceptar fácilmente estos contratos estándar, independientemente de si realmente entienden las consecuencias, o simplemente, porque no tienen otra alternativa real si quieren acceder a estos servicios digitales.

176 *Vid.*, en el mismo sentido, BEN SHAHAR, O. y STRAHILEVITZ, L.J.: “Contracting over Privacy: Introduction”, *Journal of Legal Studies*, vol. 45, 2016, p. 1-13 (consultar en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2455&context=law_and_economics); ARTIGOT GOLOBARDES, M.: “La contratación digital”, cit., p. 473; y REIDENBERG, J., et.al.: “Ambiguity in Privacy Policies and the Impact of Regulation”, *Journal of Legal Studies*, vol. 45, 2016, pp. 1-29 (consultar en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715164).

177 ARTIGOT GOLOBARDES, M.: “La contratación digital”, cit., p. 471.

178 SANTOS MORÓN, M.J.: “Consumidor y nuevas tecnologías”, cit., p. 304.

y en letra pequeña¹⁷⁹. Una posibilidad serían los “iconos de privacidad”¹⁸⁰ como forma de mejorar la autodeterminación del consumidor en este tipo de contratos y ayudarlo a tomar decisiones con conocimiento de causa¹⁸¹. Sin embargo, como advierte una parte de la doctrina¹⁸², a pesar de que los consumidores estén bien informados, éstos pueden tomar decisiones que van en contra de sus preferencias a largo plazo, pues una cosa es reconocer la importancia de una gestión prudente de los propios datos personales y otra es vivir de acuerdo con este principio si el consumidor se siente tentado por ofertas de contenidos y servicios digitales que se basan en la recopilación de sus datos.

Ahora bien, para evitar que los consumidores puedan cambiar de opinión respecto al tratamiento de sus datos en un medio o largo plazo y, en consecuencia, hacer valer en cualquier momento los derechos que les reconoce la normativa de protección de datos, una solución que se ha propuesto es la creación de plataformas que permitan a los usuarios gestionar de forma sencilla y segura permisos para el tratamiento de sus datos personales en diferentes contextos y para diferentes finalidades¹⁸³. Es lo que se conoce como “servicios de datos personales” (en inglés “personal data services” o “PDS”), aunque para que ello funcionase adecuadamente sería necesario implantar fuertes medidas de seguridad, ya que una misma plataforma sería la encargada de almacenar una gran cantidad de datos personales.

179 Pues, como señalan COFONE, I. y ROBERTSON, A.: “Consumer Privacy in a Behavioral World”, *Hastings Law Journal*, vol. 69, núm. 6, 2018, pp. 1471-1507 (consultar en: https://repository.uchastings.edu/hastings_journal/vol69/iss6/11/), uno de los problemas es que la gran cantidad de información que se proporciona a los interesados hace que no puedan distinguir entre aquello que es relevante o no y entre lo que es deseable o aceptable de acuerdo con sus preferencias.

180 Los “iconos de privacidad” son representaciones gráficas utilizadas en línea para proporcionar información rápida y visual sobre cómo se manejan los datos personales y la privacidad en un sitio web o una aplicación. Sobre esta propuesta de los iconos de privacidad, *vid.*, en un sentido similar, EFRONI, Z., et. al.: “Privacy Icons: A Risk-Based Approach to Visualisation of Data Processing”, *European Data Protection Law Review (EDPL)*, núm. 3, 2019, pp. 352 y ss.

181 De hecho, ya existen iniciativas como *Consent Commons* (<https://consentcommons.com/>) que han creado un sistema de iconos que resume de un vistazo la información legal que recoge el consentimiento cuando se recaban datos de personas físicas en entornos online y apps, y que nace con el objetivo de facilitar la comprensión y la transparencia de los documentos legales para las personas. En este sentido, bajo un icono central o iconos centrales, que representan para qué van a usarse los datos (lo que el RGPD llama la “finalidad”), se construye el resto de los elementos que el RGPD exige: si se va a ceder a terceros y para qué, si se van a almacenar en la UE o fuera, si se recogen en el formulario, en un contrato, etc.

182 METZGER, A.: “Un modelo de mercado”, *cit.*, p. 138.

183 Sin embargo, como advierte GIL GONZÁLEZ, “Big Data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?”, *Diario La Ley*, núm. 9050, 2017, p. 12, este modelo únicamente puede tener sentido en un escenario en el que los derechos de portabilidad de los datos sean efectivos, de modo que los individuos puedan trasladar sus datos de un proveedor a otro. En tal sentido, este modelo sería relevante en aquellos medios que permitiesen asegurar la autenticación de la identidad de los sujetos que debieran gestionar su identidad digital y sus datos personales.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATORIA, A.: "Principios de protección de datos", en AA.VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (coord. por A. TURNES VILLANUEVA), Dilex, Madrid, 2020, pp. 25-47.

ALIÑO SEHWERT, J.J.: "La protección del consumidor digital: los datos personales en el comercio electrónico", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 3, 2018, pp. 97-115.

AMÉRIGO ALONSO, J.: "Objeto y ámbito de aplicación", en AA.VV.: *Tratado de protección de datos* (dir. por A. RALLO LOMBARTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 79-104.

AMMERMAN YEBRA, J.: "El alcance de las cláusulas contenidas en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales que prevén la interacción del usuario con el servicio mediante comandos de voz", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, pp. 1110-1023.

APARICIO VAQUERO, J.P.: "Principios del tratamiento y derechos de los interesados en la nueva normativa de protección de datos personales", *Rueda: Universidad Ética y Derechos*, núm. 3-4, 2019, pp. 19-40.

ARROYO VENDRELL, T. y SCHULZE, R.: "Contratos de contenidos digitales: Introducción", en AA.VV.: *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen* (coord. por J. KINDL, T. ARROYO VENDRELL y B. GSELL), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Alemania), 2018, pp. 11-20.

ARTIGOT GOLOBARDES, M.: "La contratación digital con consumidores en dos actos: las políticas de privacidad en la antesala de la contratación digital", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dir. por F. GÓMEZ POMAR e I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 451-493.

BEN SHAHAR, O. y STRAHILEVITZ, L.J.: "Contracting over Privacy: Introduction", *Journal of Legal Studies*, vol. 45, 2016, pp. 1-11.

CABALLERO TRENADO, L.: "Cookies y consentimiento", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 96, 2020, pp. 3227-3239.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales 'gratuitos')?", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*

(dir. por F. GÓMEZ POMAR E I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 331-405.

- “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Diario La Ley*, núm. 9887, 2021, pp. 1-38.
- “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 838-862.
- “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad”, en AA.VV.: *El mercado digital en la Unión Europea* (dir. por: P. CASTAÑOS CASTRO y J.A. CASTILLO PARRILLA), Reus, Madrid, 2019, pp. 157-249.
- “Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en AA.VV.: *Derecho digital: retos y cuestiones actuales* (dir. por F. CAPILLA RONCERO, et.al.), Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 19-55.

CARRASCO PERERA, Á.: “Resolución de contrato pagado con datos personales como precio”, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2022, pp. 1-2.

CASTILLO PARRILLA, J.A.: “Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD”, *La Ley Mercantil*, núm. 82, 2021, pp. 1-22.

- “Economía digital y datos entendidos como bienes”, en AA.VV.: *El mercado digital en la Unión Europea* (dir. por P. CASTAÑOS CASTRO y J.A. CASTILLO PARRILLA), Reus, S.A., Madrid, 2019, pp. 283-305.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: “Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados”, en AA.VV.: *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (ed. por A. VAQUER ALOY, et.al.), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 645-670.

CHOCRÓN GIRALDEZ, A. M.: “El marco jurídico de la Directiva 2020/1828 en relación con la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 275-293.

COFONE, I. y ROBERTSON, A.: “Consumer Privacy in a Behavioral World”, *Hastings Law Journal*, vol. 69, núm. 6, 2018, pp. 1471-1508.

COFONE, I.: "Beyond Data Ownership", *Cardozo Law Review*, vol. 43, núm. 2, 2021, pp. 501-572.

CONDE ORTÍZ, C.: *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, 2005.

CONESA CABALLERO, Ó.: "El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal: A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2024, pp. 136-171.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 61, 2019, pp. 29-65.

DE FRANCESCHI, A.: "Personal Data as Counter-Performance", en AA.VV.: *Privacy and Data Protection in Software Services* (coord. por R. SENIGAGLIA, C. IRTI y A. BERNES), Signapur, 2022, pp. 59-71.

DE PAZ, S. y DE ARCOS TEJERIZO, M.: "La reforma del sistema de acciones de representación a la luz de la Directiva (UE) 2020/1828", *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 7, 2022, pp. 18-46.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 145-179.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de derecho privado*, núm. 4, 2020, pp. 93-120.

EFRONI, Z., et. al.: "Privacy Icons: A Risk-Based Approach to Visualisation of Data Processing", *European Data Protection Law Review (EDPL)*, núm. 3, 2019, pp. 352-366.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: "Caracterización y régimen aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *El nuevo derecho digital: I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (dir. por F. GÓMEZ POMAR e I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 121-277.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "Contrato sobre contenidos o servicios digitales con consumidores a cambio de datos", en AA.VV.: *Contratación mercantil: digitalización*

y protección del cliente-consumidor (dir. por L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, J), Marcial Pons, Madrid, 2023, pp. 55-73.

FRAMIÑÁN SANTAS, J.: "Big data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310, 2018, pp. 1-6.

FRISANI, C. y VALLI, M.: "Consumatori di beni con elementi digitali e di contenuti e servizi digitali e pratiche commerciali sleali", en AA.VV.: *I diritti dei consumatori digitali* (dir. por R. TORINO), Pacini Giuridica, Pisa, 2023, pp. 179-202.

GARCÍA HERNÁNDEZ, A.: "Cuando los usuarios se convierten en el producto: Google Maps se suma a la tendencia 'Datos a cambio de uso gratuito'", *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2021, pp. 1-7.

- "Datos personales como contraprestación: consecuencias", *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2021, pp. 1-15.
- "Los datos como contraprestación o la pérdida encubierta de la privacidad del individuo a cambio de 'servicios gratuitos'", *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2022, pp. 1-15.

GARCÍA HERRERA, V.: "El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible 'contraprestación' en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2020, pp. 1-12.

GARCÍA PÉREZ, R. M.: "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 175-208.

- "Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 875-907.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Glosas sobre Federico de Castro* (dir. por L. DÍEZ PICAZO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 229-277.

GARCÍA VICENTE, J.R.: "Arts. 1.271-1.272 CC", en AA.VV.: (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios al Código Civil* (Tomo VII), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9136-9140.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Contratación en el entorno digital* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M.C. PLANA ARNALDOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 221-270.

- “El consentimiento al tratamiento de datos personales”, en AA.VV.: *Protección de Datos Personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-159.

GAROFALO, A.M.: “Cookies and the Pasive Role of the Data Subject”, en AA.VV.: *Privacy and Data Protection in Software Services* (coord. por R. SENIGAGLIA, C. IRTI y A. BERNES), Signapur, 2022, pp. 73-83.

GIL GONZÁLEZ, E.: “Big Data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?”, *Diario La Ley*, núm. 9050, 2017, pp. 1-15.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: “La protección del consumidor en la contratación digital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, pp. 1236-1253

GUERRERO PICÓ, M. C.: *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Thomson Reuters - Civitas, Madrid, 2006.

HACKER, P.: “Regulating the Economic Impact of Data as Counter – Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 47-76.

HERNÁNDEZ MARTÍN, M. Á.: “La privacidad: una mirada desde la economía”, en AA.VV.: *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información* (coord. por J.P. APARICIO VAQUERO y A. BATUECAS CALETRÍO), Comares, Granada, 2015, pp. 1-25.

HERRERÍAS CASTRO, L.: “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, pp. 1010-1037.

HOOFNAGLE, C.J. y WHITTINGTON, J.: “Free: Accounting for the Costs of the Internet’s Most Popular Price”, *UCLA Law Review*, vol. 61, rev. 606, 2014, pp. 606-670.

IRTI, C.: “Personal Data, Non-personal Data, Anonymised Data, Pseudonymised Data, De-identified Data”, en AA.VV.: *Privacy and Data Protection in Software Services* (coord. por R. SENIGAGLIA, C. IRTI y A. BERNES), Signapur, 2022, pp. 49-57.

- Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali, Giappichelli, Torino, 2021.

JANEČEK, V. y MALGIERI, G.: “Data Extra Commercium”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 95-126.

LANGHANKE, C. y SCHMIDT-KESSEL, M., “Consumer Data as Consideration”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, núm. 6, 2015, pp. 218-223.

LOHSSE, S., et.al.: “Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? An Introduction”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 9-22.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: “La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828”, *Diario la Ley*, núm. 9834, 2021, pp. 1-10.

MAK, V.: “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content - – In-depth análisis”, *Publications Office*, 2016, pp. 1-28.

MARTÍNEZ CALVO, J.: “Dualidad normativa en la regulación de los contratos gratuitos de suministro de contenidos y servicios digitales: la necesaria armonización entre la Directiva (UE) 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, pp. 1168-1185.

- “Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2021, pp. 88-135.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: “¿Consentimiento o contrato?” (Consultar en: <http://lopdyseguridad.es/consentimiento-o-contrato/>).

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. y SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.1, 2018, pp. 1-36.

MARTÍNEZ VILLASECA, M.: “El interés legítimo como base legitimadora del tratamiento de datos de carácter personal”, *Actualidad administrativa*, núm. 12, 2019, pp. 1-4.

MENÉNDEZ, L.: “¿Qué son las «cookies»?”, *Escritura pública*, núm. 82, 2013, pp. 16-18.

METZGER, A.: “A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSE, R. SCHULZE y D. STAUDEMANYER) Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 23-46.

- “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Pons, Madrid, 2020, pp. 121-139.

METZGER, A., et.al.: “Data-Related Aspects of the Digital Content Directive”, *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 9, núm. 1, 2018, pp. 90-109.

MILÀ RAFEL, R.: “Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dir. por F. GÓMEZ POMAR e I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 407-450.

MORALES BARCELÓ, J.: “El consentimiento del interesado en materia de protección de Datos del Reglamento UE 2016/679”, en AA.VV.: *El mercado Digital en la Unión Europea* (dir. por P. CASTAÑOS CASTRO y J.A. CASTILLO PARRILLA), Reus, Madrid, 2019, pp. 307-317.

MORENO GARCÍA, L.: “La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 327, 2023, pp. 1-15.

NAVAS NAVARRO, S.: “El valor de los datos personales en el mercado”, en AA.VV.: *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen* (coord. por J. KINDL, T. ARROYO VENDRELL y B. GSELL), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2018, pp. 101-122.

- “Datos personales y mercado”, en AA.VV.: *Inteligencia artificial: tecnología, derecho* (dir. por S. NAVAS NAVARRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 259-277.
- “Cookies y tecnología análoga: publicidad comportamental online y protección de los datos de carácter personal”, en AA.VV.: *Mercado digital:*

principios y reglas jurídicas (dir. por S. NAVAS NAVARRO y S. CAMACHO CLAVIJO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 341-364.

- “El internet de las cosas”, en AA.VV.: *Mercado digital: principios y reglas jurídicas* (dir. por S. NAVAS NAVARRO y S. CAMACHO CLAVIJO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 14-48.

ONTIVEROS BAEZA, E.: “El big data y su importancia en el mundo digital”, en AA.VV.: *Economía de los datos. Riqueza 4.0* (dir. por E. ONTIVEROS BAEZA), Fundación Telefónica – Ariel, S.A., 2017, pp. 33-48.

PACHECO JIMÉNEZ, M. N. y LEAL CORONADO, M.: “Nueva moneda de cambio: Nuestros datos personales como pago de contenidos digitales”, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2017, pp. 1-10.

PAREDES PÉREZ, J.I.: “Acciones de representación resarcitorias y protección de los consumidores como titulares de datos en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio en clave de foros de competencia judicial internacional”, en AA.VV.: *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales* (dir. por J.J. CASTELLÓ PASTOR), Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 469-501.

PLANA ARNALDOS, M.C.: “Los datos personales como contraprestación”, en AA.VV.: *Protección de Datos Personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618.

PLAZA PENADÉS, J.: “Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 119-142.

REIDENBERG, J., et.al, “Ambiguity in Privacy Policies and the Impact of Regulation”, *Journal of Legal Studies*, vol. 45, 2016, pp. 1-29.

RICCIUTO, V.: “Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali”, *Rivista di diritto civile*, vol. 66, núm. 3, 2020, pp. 642-662.

ROBERT, R. y SMIT, L.: “The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law”, *ERA Forum*, vol.19, núm. 2, 2018, pp. 159-177.

ROSELLÓ RUBERT, F. M.: "Las cargas del usuario de servicios de música en continuo (streaming) algunas consideraciones desde la perspectiva de la nueva normativa europea", en AA.VV.: *Plataformas digitales: aspectos jurídicos* (dir. por A. MARTÍNEZ NADAL), Aranzadi, 2021, pp. 247-265.

- "La propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales y la protección del consumidor de servicios digitales no retribuidos monetariamente", en AA.VV.: *El mercado Digital en la Unión Europea* (dir. por P. CASTAÑOS CASTRO y J.A. CASTILLO PARRILLA), Reus, Madrid, 2019, pp. 269-282.
- "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, 2017, pp. 163-190.

SALGADO SEGUÍN, V.: "Intimidad, privacidad y honor en internet", *Telos: cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 85, 2010, pp. 69-79.

SÁNCHEZ LERÍA, R.: "Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022, pp. 1-16.

SANTOS MORÓN, M.J.: "Consumidor y nuevas tecnologías: privacidad y protección de datos", en AA.VV.: *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial* (coord. por M.J. SANTOS MORÓN y M.N. MATO PACÍN), Madrid, 2022, pp. 303-321.

SÉNÉCHAL, J.: "Article 16(2) of the 'Digital Content and Digital Services' Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data", en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 147-162.

SOLOVE, D.J.: "Privacy Self-Management and the Consent Dilemma", *126 Harvard Law Review 1880*, núm. 141, 2013, pp. 1180-1903.

STAUDENMAYER, D.: "Comentario al art. 3 Directiva (UE) 2019/770", en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 57-91.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J.: "El derecho civil de los datos", *Anuario de derecho civil*, vol. 72, núm. 3, 2019, pp. 825-877.

TRIPODI, E.M.: "Consumi digitali e dati personali", en AA.VV.: *I diritti dei consumatori digitali* (dir. por R. TORINO) Pacini Giuridica, Pisa, 2023, pp. 267-290.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, Dykinson, Madrid, 2023.

VERSACI, G.: "Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection", *European Review of Contract Law*, vol. 14, núm. 4, 2018, pp. 374-392.

WENDEHORST, C.: "Personal Data in Data Value Chains – Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?", en AA.VV.: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUEMANYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 193-224.

ZOLL, F.: "Personal Data as Remuneration in the Proposal for a Directive on Supply of Digital Content", en AA.VV.: *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps* (dir. por R. SCHULZE, D. STAUEMANYER y S. LOHSSE), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2017, pp. 179-188.



I.A. E RESPONSABILITÀ CIVILE IN MEDICINA: VERSO
UN'INNOVAZIONE TECNOLOGICA SOSTENIBILE E
UMANOCENTRICA

*I.A. AND LIABILITY IN MEDICINE: TOWARDS A SUSTAINABLE AND
HUMAN-CENTERED TECHNOLOGICAL INNOVATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 1186-1213



Sara DE LUCIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de noviembre 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Il contributo esamina le principali problematiche giuridiche e le sfide connesse all'impiego dell'intelligenza artificiale nel settore medico-sanitario. L'analisi si sviluppa attraverso una ricognizione del quadro giuridico vigente a livello nazionale ed europeo, con specifico riferimento alla disciplina italiana in materia di responsabilità da *medical malpractice*, al recente Regolamento europeo che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*) e alle proposte di Direttiva sulla responsabilità da I.A. attualmente al vaglio delle istituzioni dell'Unione europea. Nella parte conclusiva, lo studio approfondisce le criticità connesse all'utilizzo dell'I.A. nei processi diagnostici e, in una prospettiva de iure condendo, prospetta alcune soluzioni giuridiche volte a mitigare il rischio di un progressivo allontanamento dall'approccio antropocentrico che costituisce un pilastro della regolamentazione europea in materia.

PALABRAS CLAVE: Intelligenza artificiale; responsabilità medica; *Artificial Intelligence Act*; Proposte di Direttiva sulla responsabilità da I.A.; diagnostica medica.

ABSTRACT: *The paper examines the main legal issues and challenges related to the use of artificial intelligence in the health sector. The analysis is developed through a review of the current legal framework at national and European level, with particular reference to the Italian regulations on medical malpractice liability, the recent European regulation establishing harmonised rules on artificial intelligence (the so-called AI Act), and the proposals for a directive on AI liability currently under consideration by the EU institutions. In the concluding part, the study examines the critical issues related to the use of AI in diagnostic processes and proposes, from a de iure condendo perspective, some legal solutions aimed at mitigating the risk of a gradual shift away from the anthropocentric approach that constitutes a pillar of European regulation in this field.*

KEY WORDS: *Artificial intelligence; medical liability; Artificial Intelligence; Proposed AI liability directive; medical diagnostics.*

SUMARIO.- I. L'IMPIEGO DELL'I.A. IN SANITÀ: SFIDE E OPPORTUNITÀ.- II. LA CLASSIFICAZIONE DEI DISPOSITIVI MEDICI COME "AD ALTO RISCHIO": QUALI IMPLICAZIONI NORMATIVE?.- III. L'IMPATTO DELL'I.A. SUL REGIME ITALIANO DI RESPONSABILITÀ DA MEDICAL MALPRACTICE.- IV. LA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI TRASPARENZA PREVISTI DALL'AI ACT.- V. GLI ATTUALI PROBLEMI IN DIAGNOSTICA.- VI. ... E LE PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO.

I. L'IMPIEGO DELL'I.A. IN SANITÀ: SFIDE E OPPORTUNITÀ.

I. L'impiego, sempre più diffuso, dell'Intelligenza Artificiale (di séguito I.A.) in diversi ámbiti dell'agire umano ha determinato quella che è stata definita una "nuova rivoluzione industriale"¹. Tra i settori interessati da tale fenomeno assume preminenza quello medico-sanitario, in relazione al quale già si contano molteplici applicazioni dell'I.A.² ed è fondato prevedere ulteriori e considerevoli sviluppi, soprattutto con riguardo al ricorso – nella pratica odierna ancóra limitato – alle tecnologie *self-learning*³.

Le ragioni alla base di tali ottimistiche previsioni sono molteplici e sono da rinvenirsi, sostanzialmente, nelle potenzialità di miglioramento della qualità e dell'efficienza delle cure⁴, tramite la riduzione dell'errore medico⁵ e il potenziamento

- 1 Considerando B della Risoluzione Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante "raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.
- 2 Per una ricognizione delle principali applicazioni di I.A. in medicina si rinvia a BIANCARDO, A.: "Problematiche etico giuridiche relative all'utilizzo di intelligenza artificiale in ambito sanitario", *Jus-online*, 2021, 3, p. 102 ss., PASQUALE, F.A.: "The Price of Autonomy: Liability Standards for Complementary and Substitutive Medical Robotics and Artificial Intelligence", *Ius et Praxis*, 2022, p. 6 ss. Con specifico riguardo ai sistemi diagnostici basati sull'I.A., v. 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* (a cura di M. FACCIOLI), Napoli, 2022, p. 53 ss.
- 3 PACIULLO, G.: "Prefazione", *Intelligenza artificiale e responsabilità* (a cura di U. RUFFOLO), Milano, 2018, p. I, secondo il quale "i tempi sono maturi per una fondazione organica del diritto della robotica, idonea a costituire manifesto della mediazione giuridica nel settore della intelligenza artificiale, con particolare riguardo a quella *self learning*, motore della rivoluzione industriale". SCOTTI, R.: "La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario", *Giust. civ.*, 2024, I, p. 161, discorre di "ecosistema sempre più interconnesso che si avvale di tecnologie come la *big data analytics*, il *cloud*, l'intelligenza artificiale e il *machine learning*, il cui scopo è quello di realizzare una sanità più efficiente, più evoluta, più sostenibile".
- 4 FERRETTI, F.: "Intelligenza artificiale e responsabilità civile nel settore sanitario", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18 febrero 2023, pp. 1859, pone rilievo sul "minor grado di invasività delle operazioni, [sulla] riduzione delle sofferenze fisiche e [sullo] snellimento dei tempi di riabilitazione". Sui vantaggi offerti dalla chirurgia robotica, SAVINI NICCI, M. e VETRUGNO, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario", *Intelligenza Artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. RUFFOLO), Milano, 2020, p. 604 s.
- 5 Sul punto, cfr. CABITZA, F., ALDERIGHI, C., RASOINI, R. e GENSINI, G.F.: "Potenziali conseguenze inattese dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale oracolari in medicina", *Recenti Prog. Med.*, 108 (10), ottobre 2017, p. 397, i quali osservano che con riferimento ai sistemi di I.A. *deep learning* "ancora mancano in letteratura studi sull'efficacia del loro impiego in rapporto a obiettivi clinici importanti, come la riduzione della mortalità o il miglioramento della qualità di vita dei pazienti".

• Sara de Lucia

Ricercatrice di Diritto Privato presso l'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti Pescara. E-mail: sara.delucia@unich.it

delle capacità diagnostiche e terapeutiche⁶, oltre che nell'abbattimento dei costi sostenuti dal Servizio Sanitario Nazionale per erogare le prestazioni sanitarie⁷ e, di riflesso, di quelli sostenuti dalla popolazione per beneficiarne⁸.

Alle descritte externalità positive fanno peraltro da contraltare – soprattutto quando il grado di automazione delle macchine impiegate sia tale da poter ostacolare la direzione ed il controllo umani – una serie di rischi⁹, che, in ragione della preminenza dei beni giuridici tutelati (vita e salute), vengono, nell'ambito medico, ad intensificarsi¹⁰.

L'abilità di apprendimento automatico (c.d. *machine learning*), nel consentire al sistema intelligente di raggiungere autonomamente gli obiettivi assegnati dall'uomo sulla scorta dei soli dati ai quali ha accesso (forniti da chi ha progettato l'algoritmo ovvero ricavati dal funzionamento stesso del dispositivo), determina infatti la tendenziale oscurità del processo decisionale (appunto, automatizzato)

- 6 White Paper On Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust del 19 febbraio 2020, https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_en?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. In dottrina, MACRAE, C.: "Governing the safety of artificial intelligence in healthcare", *BMJ Quality and Safety*, 2019, p. 1, ritiene che L'I.A. abbia un enorme potenziale per migliorare la sicurezza dell'assistenza sanitaria, andando ad aumentare la sicurezza diagnostica, ad ottimizzare la pianificazione del trattamento, a rendere gli esiti delle cure prevedibili. Cfr. PERLINGIERI, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecn. dir.*, 2020, I, p. 174 s., la quale annovera tra le conseguenze dell'ottimizzazione della prestazione dell'operatore sanitario l'attenuazione della medicina difensiva e della "fuga delle compagnie assicurative dal mercato collegato alla responsabilità civile medica".
- 7 Nella progettazione e realizzazione di un determinato processo di cura a dover essere adottato è infatti un approccio *value-based*, che mira a migliorare la creazione di valore inteso come rapporto tra costi sostenuti e *outcome* clinici prodotti. Sul punto, v. SAVINI NICCI, M. e VETRUGNO, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità", cit., p. 617 s. Cfr. anche il punto 34 della Risoluzione Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, la quale "osserva che i *robot* medici possono anche ridurre i costi sanitari, consentendo al personale medico di spostare la propria attenzione dal trattamento alla prevenzione e rendendo disponibili maggiori risorse finanziarie per un migliore adeguamento alla diversità delle esigenze dei pazienti, la formazione continua del personale sanitario e la ricerca".
- 8 In via generale, il par. I.I. della Relazione alla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021, n. 106, cit. e, similmente, il considerando n. 3 della medesima, rileva come l'utilizzo dell'I.A. garantisca il "miglioramento delle previsioni, l'ottimizzazione delle operazioni e dell'assegnazione delle risorse e la personalizzazione dell'erogazione di servizi, [otendo] contribuire al conseguimento di risultati vantaggiosi dal punto di vista sociale e ambientale nonché fornire vantaggi competitivi fondamentali alle imprese e all'economia europea". In dottrina, FACCIOU, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria", *Nuova giust. civ. comm.*, 2023, 3, p. 733 s., affronta il problema del sottoutilizzo dell'Intelligenza artificiale in ambito sanitario, che si sostanzierebbe in un "mancato dovere alla salute", sottolineandone le conseguenze negative in termini di costi opportunità pari al 2% del PIL italiano. In argomento, si v. altresì PAGALLO, U.: "Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario", Milano, 2022.
- 9 Il considerando n. 4 della proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021, n. 106, cit., rileva come il ricorso all'I.A. possa comportare dei "rischi e pregiudicare gli interessi pubblici e i diritti tutelati dalla legislazione dell'Unione".
- 10 MACRAE, C.: "Governing the safety", cit., p. 1.

della macchina (c.d. opacità o *black box*)¹¹ e, di riflesso, degli eventuali errori dalla stessa commessi¹².

Problema correlato è costituito poi dall'incertezza predittiva conseguente alla mancata corrispondenza tra i dati utilizzati ai fini dell'addestramento della macchina e l'ambiente nel quale il sistema intelligente si trova a operare (c.d. *distributional shift*)¹³. I processi non sono infatti soltanto opachi *ex post*, ma sono anche imprevedibili *ex ante*, perché progettati per rispondere, oltre a stimoli predefiniti, a stimoli nuovi, identificati autonomamente dall'algoritmo¹⁴. Nella specie, i sistemi non deterministici di I.A. "interagiscono" biunivocamente con l'ambiente sociale nel quale sono inseriti: le elaborazioni degli stessi sono fondate su dati provenienti (anche) da tale ambiente, ma al contempo contribuiscono a modificare lo stesso generando nuovi dati da esaminare¹⁵.

Per affrontare le criticità menzionate e, in particolare, per prevenire e mitigare i rischi "per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali" associati all'uso dell'I.A., il recente Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*), adotta un approccio preventivo orientato alla gestione del rischio, finalizzato a garantire l'affidabilità dei sistemi intelligenti immessi sul mercato, assicurandone la conformità a rigorosi requisiti, tra i quali elevata qualità dei dati, documentazione e tracciabilità, trasparenza, precisione e robustezza.

Inoltre, il legislatore europeo ha a più riprese ribadito e recepito nell'*AI Act* il principio consolidato dell'"autonomia supervisionata" delle macchine intelligenti (c.d. *human in the loop*)¹⁶, che impone che la progettazione e lo sviluppo dell'I.A.

11 Secondo il modello della c.d. "scatola nera", i risultati sono molto difficili o addirittura impossibili da comprendere dall'uomo. Per una classificazione delle tipologie di sistemi di I.A., v. MATTASSOGLIO, F.: "Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica", *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2018, p. 231 s.

12 Per approfondimenti sul punto, si rinvia a PELLECCCHIA, E.: "Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1210 ss. MACRAE, C.: "Governing the safety", cit., p. 7. FROMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: "When AIs Outperform Doctors: Confronting the Challenges of a Tort-Induced Over-Reliance on Machine Learning", *Arizona Law Review*, 2019, p. 60.

13 MACRAE, C.: "Governing the safety", cit., p. 3. FROMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: "When AIs Outperform Doctors", cit., p. 47, ritengono necessario assicurarsi che i dati utilizzati per l'addestramento siano raccolti nelle stesse condizioni in cui il sistema di *machine learning* verrà utilizzato nella pratica. Cfr. CABITZA, F., ALDERIGHI, C., RASOINI, R. e GENSINI, G.F.: "Potenziali conseguenze inattese", cit., p. 399, i quali individuano una criticità nella "discrepanza tra qualità dei dati usati per l'addestramento del sistema e qualità [molto inferiore] dei dati nelle cartelle cliniche informatizzate attraverso cui si ritiene che gli ML-DSS elaboreranno le proprie predizioni nel prossimo futuro".

14 SALANITRO, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1247.

15 D'ALFONSO, G.: "Danni algoritmici e sviluppi normativi europei tra "liability" e "permittance" rules", *EJPLT*, 2022, p. 20.

16 Come rilevato da GAMBINI, M.: "Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale", *Rass. dir. civ.*, 2023, p. 1301, si tratta di un principio già sancito dall'art. 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati per quanto riguarda i trattamenti automatizzati di dati personali. Conosciuto

siano condotti in modo da assicurare la possibilità di un pieno e costante controllo umano¹⁷. Questo, almeno in linea teorica, rende praticabile unicamente l'impiego di tecnologie (ad alto rischio) non sostitutive¹⁸, ma di supporto all'attività o alla decisione del professionista¹⁹.

In tale quadro, con specifico riguardo al settore sanitario, si inserisce da ultimo l'art. 7, comma 5, del recente d.d.l. presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro della giustizia n. 1146/2024 recante "Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale", il quale considera "[i] sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario [...] un supporto nei processi di prevenzione, diagnosi, cura e scelta terapeutica, lasciando impregiudicata la decisione, che è sempre rimessa agli esercenti la professione medica"²⁰.

II. LA CLASSIFICAZIONE DEI DISPOSITIVI MEDICI COME "AD ALTO RISCHIO": QUALI IMPLICAZIONI NORMATIVE?

Per massimizzare i benefici dell'I.A. in medicina la sfida del legislatore europeo è quella di bilanciare i contrapposti interessi in gioco. Da un lato, vi è l'esigenza di garantire che i soggetti danneggiati dall'utilizzo dell'I.A. possano esercitare agevolmente il proprio diritto al risarcimento, beneficiando di un'adeguata tutela, non inferiore a quella di cui godrebbero in caso di danno conseguente a un trattamento sanitario tradizionale (c.d. equivalenza funzionale)²¹; dall'altro, si pone la necessità di incentivare gli investimenti in tali tecnologie emergenti, favorendo il

anche come "principio di non esclusività", esso stabilisce che ogni decisione automatizzata con effetti giuridici rilevanti o significativamente impattanti su una persona debba essere sempre soggetta a un filtro di controllo umano.

17 Artt. 1 e 14, Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024 volto a stabilire regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*). V. altresì, i considerando nn. 1, 6, 8 e 27 *AI Act*. Sul punto, rileva inoltre quanto evidenziato dal Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, "Orientamenti etici per un'IA affidabile", <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>, 2019. In dottrina, ha affrontato il tema ALPINI, A.: "Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del "Progetto europeo di orientamenti etici per un'IA affidabile", *Comp. dir. civ.*, 2019, 2, p. 1 ss.

18 Sul punto, v. considerando n. 72 *AI Act*.

19 In dottrina, BATTELLI, E.: "Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona", *Dir. fam. Pers.*, 2022, pp. 1102 e 1106, non ritiene convincente "l'idea di un sistema di I.A. che, in quanto in grado di risolvere operazioni matematiche di estrema complessità con una rapidità e una precisione in modo nettamente più neutro e rapido degli esseri umani, sia per ciò solo equiparabile o tantomeno preferibile all'uomo" e, ancora, "l'approccio deve essere quello di porsi al servizio dell'intelligenza umana senza sostituirsi a questa", in una prospettiva di "umanesimo tecnologico". Di diverso avviso è VILLANUEVA, A.: "The Legal Battle with the Future of Autonomous Surgical Robotics", *Indiana Health Law Review*, 2020, 17 (2), p. 367 ss., spec. p. 370, il quale, con specifico riguardo alla robotica chirurgica, prevede che i sistemi avanzati, completamente autonomi, saranno in un prossimo futuro integrati nelle procedure mediche.

20 In tal senso, già il punto 33 della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante Raccomandazioni alla Commissione sulle norme di diritto civile concernenti la robotica, stabiliva che "la programmazione iniziale e la scelta finale sull'esecuzione delle cure spetteranno sempre a un medico umano".

21 FACCIOLO, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria", cit., p. 735.

progresso scientifico in un settore caratterizzato dalla preminenza degli interessi giuridici tutelati²².

A tal fine, anche nello specifico settore in questione risulta imprescindibile un sistema di efficace gestione dei rischi (e dei conseguenti costi d'impresa)²³ e di ripartizione appropriata e proporzionale della responsabilità tra coloro i quali si avvalgono di beni intelligenti (per lo più medici e strutture sanitarie) e i soggetti che concorrono alla progettazione, produzione e fornitura dei medesimi, alla luce del grado di trasparenza e di controllabilità di tali tecnologie da parte dell'utilizzatore²⁴.

Sotto il primo profilo, l'*AI Act*, come anticipato, predilige, in chiave preventiva, un "approccio normativo basato sul rischio" (*AI Risk Classification*)²⁵, il quale, come chiarito dal considerando n. 26, dovrebbe adattare la tipologia e il contenuto delle regole applicabili "all'intensità e alla portata dei rischi che possono essere generati dai sistemi di I.A.", prevedendo a carico del fornitore e, più in generale, di tutti i soggetti che si collocano lungo la "catena del valore" (progettista, programmatore, ideatore e addestratore dell'algoritmo, produttore, distributore, utilizzatore del sistema digitale...), una serie di obblighi dettagliati e proporzionati, nei casi in cui dall'impiego dell'I.A. derivino rischi alti per i diritti fondamentali e per la sicurezza.

Tralasciando un'analisi dettagliata e generale della disciplina in oggetto – per la quale si rimanda alla vasta letteratura dottrinale sul tema²⁶ – appare cruciale, ai fini della presente indagine e in virtù degli importanti riflessi in termini di regime normativo applicabile, verificare se le applicazioni di I.A. in ambito medico possano essere classificate come "ad alto rischio", in quanto idonee a produrre "un impatto nocivo significativo sulla salute, [sul]la sicurezza e [su]i diritti fondamentali delle persone nell'Unione" (considerando n. 46 *AI Act*)²⁷.

22 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, p. 812.

23 I recenti interventi normativi in materia mirano infatti ad "offrire alle imprese di settore la sicura conoscenza dei rischi (in termini) di responsabilità ai quali si espongono nell'esercizio della loro attività, affinché non siano scoraggiati ad investire nell'innovazione tecnologica", così GAMBINI, M.: "Nuovi paradigmi", cit., p. 1309.

24 SCOTTI, R.: "La responsabilità civile", cit., p. 165, ritiene che "il bilanciamento della responsabilità tra coloro che hanno realizzato i sistemi di I.A., i medici e le istituzioni è indispensabile per creare un rapporto di fiducia in una sanità basata sull'I.A.". Sul punto, tra gli altri, D'ALFONSO, G.: "Danni algoritmici", cit., p. 26 ss., opera una dettagliata ricognizione dei soggetti ai quali potrebbe essere addebitata responsabilità per danni connessi all'utilizzo di sistemi di I.A.

25 In particolare, i sistemi di I.A. sono classificati sulla base del grado di rischio connesso al loro utilizzo, distinguendosi tra applicazioni di I.A. a rischio "inaccettabile" (in quanto tali vietate), ad "alto rischio" e a "basso rischio".

26 Per un'approfondita analisi degli obblighi di diligenza previsti dall'*AI Act*, tra tutti, v. GAMBINI, M.: "Nuovi paradigmi", cit., pp. 1292-1296 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Alcuni specifici profili della disciplina dell'*AI Act* sono esaminati nel testo, spec. nel § 4.

27 Tale verifica assume particolare rilievo ai fini della presente indagine ove si consideri che tra gli obblighi di diligenza previsti dall'*AI Act* e il regime di responsabilità civile da I.A. tratteggiato dalle proposte normative in materia al vaglio delle istituzioni europee – che, con specifico riguardo al settore medico-sanitario, ci si riserva di approfondire nel prosieguo (spec. §4) – esiste una profonda interconnessione, finendo questi "col

Ai fini di detta classificazione è innanzitutto richiesto che il sistema intelligente sia una componente di sicurezza di un prodotto o sia esso stesso un prodotto sottoposto alla disciplina di armonizzazione di cui all'Al. I del Regolamento e, al contempo, che, sempre secondo tale normativa, si tratti di un prodotto soggetto, prima dell'immissione sul mercato, alla valutazione di conformità da parte di organismi terzi (art. 6, par. I, lett. a e b e considerando n. 50).

Ora, con riguardo ai *medical devices*, tali requisiti sembrerebbero essere soddisfatti. Il richiamato allegato, infatti, include nell'"elenco della normativa di armonizzazione dell'Unione" il Regolamento UE nn. 745 del 2017 sui dispositivi medici e, sulla base delle regole di classificazione contenute nell'Al. VIII allo stesso annesso, emerge come i dispositivi medici che utilizzino un *software*²⁸, in quanto "dispositivi attivi", rientrino in una classe di rischio per la quale sia prevista la valutazione di conformità da parte del competente organismo notificato.

Inoltre, il legislatore europeo sembra considerare come i macchinari o i dispositivi medici che incorporino un sistema di I.A. possano presentare rischi non affrontati dal legislatore nel dettare i requisiti essenziali di salute e sicurezza stabiliti nella pertinente normativa di armonizzazione dell'Unione (poiché questa non tratta i rischi specifici connessi all'utilizzo di tali strumenti), con conseguente necessità di un'applicazione simultanea e complementare dei vari atti legislativi nell'elaborazione, da parte del fornitore, di un adeguato sistema di gestione del rischio (considerando n. 64, *AI Act*).

III. L'IMPATTO DELL'I.A. SUL REGIME ITALIANO DI RESPONSABILITÀ DA MEDICAL MALPRACTICE.

Rivolgendo ora l'attenzione al profilo della tutela successiva – strettamente correlato a quello della prevenzione sopra richiamato – occorre innanzitutto premettere come la recente proposta di "direttiva sulla responsabilità da intelligenza

rappresentare due facce della stessa medaglia, applicandosi in momenti diversi e rafforzandosi a vicenda", come rilevato da GAMBINI, M.: "Nuovi paradigmi", cit., p. 1320.

- 28 Già sotto la vigenza dell'abrogata Direttiva 93/42/CEE sui dispositivi medici, la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva adottato un'ampia definizione di *medical device*, facendovi rientrare il *software* al quale il produttore avesse attribuito la finalità medico-sanitaria di ristorare, correggere o modificare in modo apprezzabile funzioni fisiologiche degli esseri umani (Corte Giust., C-329/2016, 7 dicembre 2017, *Syndicat National de l'industrie des technologies medicale*, in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62016CJ0329). Il considerando n. 19 del vigente Regolamento *Medical Devices* precisa che "il *software* specificamente destinato dal fabbricante a essere impiegato per una o più delle destinazioni d'uso mediche indicate nella definizione di dispositivo medico si considera un dispositivo medico, mentre il *software* destinato a finalità generali, anche se utilizzato in un contesto sanitario, o il *software* per fini associati allo stile di vita e al benessere non è un dispositivo medico". In via generale, l'art. 3 dell'*AI Act* ha da ultimo specificato l'originaria definizione di "sistema di I.A.", considerando questo nella sua componente materiale e immateriale quale "sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali". In dottrina, in tema di dispositivi medici e I.A. si v. PISANI TEDESCO, A.: "Il nuovo quadro normativo dei dispositivi medici", *Riv. comm. int.*, 2022, p. 675. ss.

artificiale” (*AI Liability Directive*)²⁹ si sia prefissata degli obiettivi di armonizzazione c.d. minima, intervenendo unicamente sul profilo dell’onere della prova al fine di rimuovere gli ostacoli di natura probatoria nascenti dalle caratteristiche specifiche dell’I.A., quali la complessità, l’autonomia e l’opacità, che si frappongono alla piena effettività dello strumento risarcitorio³⁰.

In assenza di un regime speciale di responsabilità da I.A., occorre quindi guardare *in primis* alla disciplina nazionale e, nella specie, al modello extracontrattuale adottato dalla legge di settore Gelli-Bianco n. 24/2017. Questo conduce ad escludere interpretazioni volte a ricondurre la responsabilità del medico per i danni causati dai sistemi intelligenti dei quali egli si avvalga a forme particolarmente gravose di responsabilità³¹. Ne risulterebbe difatti eluso lo spirito della normativa, improntata al precipuo fine di contrastare il fenomeno della medicina difensiva e di ripristinare l’alleanza terapeutica tra medico e paziente, la quale sarebbe inevitabilmente pregiudicata da regimi di responsabilità eccessivamente onerosi per il medico³².

Di conseguenza, sembrano anche in questo caso trovare applicazione le regole ordinarie di responsabilità³³, a prescindere dalla natura e dalle caratteristiche del dispositivo impiegato³⁴, purché ne sia possibile un costante monitoraggio umano, ad

29 Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio “relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale” (COM/2022/496 final), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496>, per un esaustivo commento della quale v., tra gli altri, LUCARELLI TONINI, L.M.: “L’I.A. tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità. La nuova proposta di “*AI Liability Directive*””, *Dir. inf.*, 2023, p. 327 ss.

30 Considerando n. 14 della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 settembre 2022, n. 496, il quale consente all’attore di invocare norme nazionali più favorevoli nei casi in cui il danno sia stato causato da sistemi di I.A.

31 Per una ricostruzione delle principali teorie dottrinali che, richiamando le disposizioni codicistiche relative alle forme speciali di responsabilità extracontrattuale di cui agli artt. 2047 ss. c.c., mirano a semplificare l’onere probatorio gravante sul danneggiato nell’ambito di un’azione risarcitoria promossa contro l’utilizzatore di un sistema di I.A., si rinvia a FACCIOLI, M.: “La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell’onere della prova”, *Resp. civ. prev.*, 2024, 3, p. 953 ss. Con specifico riferimento al settore sanitario operano un tale sforzo ricostruttivo, TUCCILLO, P.: “Intelligenza artificiale nell’attività sanitaria: quale paradigma di responsabilità civile?”, *EJPLT*, luglio 2023, p. 6 ss. SALITO, G.: “La responsabilità da algoritmo tra (teoria della) finzione e realtà sanitaria: una nuova declinazione della responsabilità medica?”, *Riv. It. Med. Leg.*, 2022, 4, p. 852 ss. In via generale, ritiene che il ricorso alle fattispecie civilistiche speciali di responsabilità possa non rappresentare una garanzia di tutela effettiva della persona, LUCARELLI TONINI, L.M.: “L’IA tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità”, cit., p. 332 s.

32 FACCIOLI, M.: “Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria”, cit., p. 736 ss., spec. p. 738, il quale rileva la natura imperativa dell’art. 7, comma 3, l. Gelli-Bianco, che riconduce la responsabilità del medico strutturato nel novero dell’art. 2043 c.c.

33 L’art. 7 della l. 24/2017 (c.d. Legge Gelli-Bianco) in materia di *medical malpractice* prevede un “doppio binario di responsabilità: extracontrattuale del medico non libero professionista – che risponde a titolo di colpa parametrata sul canone della diligenza professionale ex art. 1176, comma 2, c.c. e sul rispetto delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali di cui all’art. 5 – e contrattuale della struttura sanitaria, che risponde per fatto proprio (art. 1218 c.c.) e per il fatto doloso o colposo del personale ausiliario del quale si avvalga (1228 c.c.).

34 VOTANO, G.: “Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile”, *Danno resp.*, 2022, 6, p. 675, ritiene che “l’utilizzo di sistemi intelligenti dovrebbe rappresentare un fattore di per sé neutrale rispetto alla natura della prestazione sanitaria, che, in assenza di ulteriori elementi tali da ricondurla nell’ambito delle obbligazioni di risultato, dovrebbe di norma essere qualificata come

esempio, in termini di verifica della correttezza degli esiti diagnostici o terapeutici in relazione alle specifiche condizioni del paziente³⁵.

Pertanto, qualora dall'utilizzo dell'I.A. derivino danni per il paziente, il medico risponderà solo per negligenza o imprudenza derivanti dalla violazione di norme o *standard* professionali, ossia nei casi in cui, ad esempio, egli utilizzi il dispositivo senza possedere le competenze o qualifiche richieste; ovvero ove non rilevi con la dovuta diligenza professionale eventuali errori nelle indicazioni fornite dall'I.A.; oppure, ancora, qualora si affidi esclusivamente alla tecnologia per gestire un caso clinico che richiederebbe un approccio tradizionale.

In altri termini, la responsabilità del professionista sanitario è e resta tendenzialmente di natura colposa, essendo destinata ad oggettivizzarsi solo quando, sulla base di una prudente valutazione delle specificità del caso concreto, si possa ritenere che la prestazione medica sia – al netto dell'utilizzo dell'I.A. – in grado di garantire il risultato clinico perseguito³⁶. Fermo restando che, in via generale, qualora vi sia incertezza circa la misura dell'apporto concausale naturale (ad esempio, in caso di malattia pregressa) rispetto al fatto illecito del medico, la responsabilità di tutte le conseguenze individuate in base alla causalità giuridica debba essere interamente imputata a quest'ultimo³⁷.

Il fatto che la responsabilità del professionista che utilizza l'I.A. rimanga fondata principalmente sulla colpa sembra trovare conferma nello stesso *AI Act* e, in

obbligazione di mezzi". Nello stesso senso, FACCIOLO, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria", cit., p. 735 s.

- 35 Sul punto, cfr. FERRETTI, F.: "Intelligenza artificiale", cit., p. 1863, sostiene che l'azione incontrollabile di dispositivi intelligenti non interrompa il nesso di causalità rispetto al pregiudizio sofferto dal paziente, essendo medico e azienda ospedaliera tenuti a un monitoraggio costante e attento dei risultati prodotti dalla macchina. Solo in questo modo si potrebbe garantire una effettiva tutela del paziente, consentendogli di agire per il risarcimento del danno nei confronti sia dell'ente ospedaliero sia del medico curante, in quanto soggetti a lui prossimi.
- 36 FACCIOLO, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria", cit., pp. 1 e 4, il quale ritiene che l'obbligazione diventi di risultato, con conseguente oggettivazione della responsabilità del medico, nel caso di interventi di facile esecuzione (o di *routine*), ovvero, come affermato dalla giurisprudenza, nelle ipotesi in cui "il risultato positivo è una conseguenza "statisticamente fisiologica" della prestazione professionale diligente". Secondo l'A., la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato conserva ancora la sua validità, soprattutto nelle prestazioni sanitarie. Tale impostazione sarebbe confermata anche dalla giurisprudenza che, pur dichiarando in alcuni casi il superamento di questa distinzione (si v., *inter alios*, Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1428 ss.; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, *Foro it.*, 2008, 2, c. 455 ss.), non ne ha mai effettivamente abbandonato l'utilizzo; anzi, recentemente è tornata a valorizzarla e a rimodellarla, assumendo essa un ruolo cruciale nel giudizio sull'imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione, sia in generale sia, in particolare, nell'ambito sanitario.
- 37 In giurisprudenza, da ultimo Cass., 23 febbraio 2023, n. 5632, *Mass. giust. civ.*, 2023, ha rilevato come "nell'ipotesi di concorrenza nella produzione dell'evento lesivo tra la condotta del sanitario ed un autonomo fatto naturale, quale una pregressa situazione patologica del danneggiato, spett[] al creditore della prestazione professionale l'onere di provare il nesso causale tra intervento del sanitario e danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica e, una volta accertata la portata concausale dell'errore medico, spetta al sanitario dimostrare la natura assorbente e non meramente concorrente della causa esterna; qualora resti comunque incerta la misura dell'apporto concausale naturale, la responsabilità di tutte le conseguenze individuate in base alla causalità giuridica va interamente imputata all'autore della condotta umana".

particolare, nell'articolo 26, che disciplina gli obblighi di condotta del *deployer*, ossia dell'utilizzatore di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio³⁸, categoria nella quale – per le ragioni esposte³⁹ – rientrano i *medical devices* dotati di I.A.

Questi obblighi vanno difatti ad accentuare, in chiave preventiva, i profili di responsabilizzazione degli utenti dei sistemi di I.A. – come avviene per gli altri soggetti a vario titolo coinvolti nella complessa catena del valore⁴⁰ – e saranno ben presto affiancati, come rilevato da autorevole dottrina⁴¹, da quelli disposti da fonti di normazione non autoritativa⁴² e quindi rimessi all'adeguamento spontaneo degli attori dei processi algoritmici, quali linee guida⁴³ e protocolli di settore, *standard* di sicurezza e tecnici elaborati da organizzazioni private anche a livello europeo⁴⁴ e codici di condotta⁴⁵.

L'intensificazione dei profili di *accountability* dei *deployers* risulta particolarmente evidente alla luce della proposta di direttiva n. 496/2022 sulla responsabilità da I.A., nella misura in cui questa, ove approvata, comporterebbe in capo al medico-utente di un sistema intelligente ad alto rischio una responsabilità non più per colpa semplice, ma per colpa aggravata⁴⁶, venendo ad operare una presunzione

38 In particolare, il medico è tenuto ad utilizzare tali dispositivi conformemente alle istruzioni ricevute (par. 1), a garantire la pertinenza dei dati di input (par. 4), nonché a monitorare il sistema e sospenderne l'uso informando i fornitori in caso di rischi elevati o incidenti gravi (par. 5) e, ancora, a conservare i log generati automaticamente dal sistema che si trovano sotto il suo controllo (par. 6).

39 V., *retro*, § 2.

40 Sul punto v., *infra*, § 4.

41 Così, GAMBINI, M.: "Nuovi paradigmi", cit., p. 1295.

42 Si v., ad esempio, il "Decalogo per la realizzazione di servizi sanitari nazionali attraverso sistemi di Intelligenza Artificiale", elaborato dal Garante per la protezione dei dati personali e pubblicato nel settembre 2023.

43 Si pensi, esemplificativamente, alle "Ethics guidelines for trustworthy A.I.", pubblicate l'8 April 2019 dal Gruppo Indipendente di Esperti di Alto livello sull'Intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea; e, con specifico riguardo al settore sanitario, alle Linee guida dell'O.M.S. "Ethics and governance of artificial intelligence for health. Guidance on large multi-modal models", Geneva, *World Health Organization*, 2024.

44 V., ad esempio, lo standard ISO/IEC 42001:2023 – "AI Management System" – (AIMS) del dicembre 2023, che si propone di promuovere una gestione dell'intelligenza artificiale basata su principi etici e di responsabilità, delineando requisiti e linee guida operative per sviluppare, attuare, monitorare e ottimizzare i sistemi di gestione dell'I.A. Particolare attenzione è dedicata alle caratteristiche distintive dell'I.A., come il *machine learning* e le sfide legate alla trasparenza e all'integrità degli algoritmi. Nello specifico campo sanitario, per citarne alcuni, lo standard ISO 13485 garantisce che il sistema di gestione della qualità sia conforme ai requisiti delle norme sui dispositivi medici; ISO/TS 82304-2: "Health software - Part 2: Health and wellness apps - Quality and reliability", riguarda invece la qualità e affidabilità delle applicazioni sanitarie, incluse quelle che utilizzano I.A., con particolare attenzione alla sicurezza informatica; ISO 13131: "Telehealth services – Quality planning guidelines", fornisce indicazioni per la qualità nei servizi di telemedicina, particolarmente rilevanti per le applicazioni di I.A. in ambito sanitario; ISO/IEC 27001 e ISO/IEC 27701, recano norme per la gestione della sicurezza delle informazioni e della *privacy*, fondamentali per i dispositivi medici intelligenti che trattano dati sensibili dei pazienti.

45 Come quello approvato nell'ambito dell'A.I. *Process* di Hiroshima sull'Intelligenza Artificiale, istituito in occasione del Vertice del G7 del 19 maggio 2023 al fine di promuovere garanzie per i sistemi avanzati di intelligenza artificiale a livello globale. L'iniziativa si colloca all'interno di un ampio contesto di discussioni internazionali sui meccanismi di tutela e sviluppo dell'I.A., coinvolgendo anche l'OCSE, il Partenariato Globale per l'Intelligenza Artificiale (GPAI), il Consiglio per il Commercio e la Tecnologia UE-USA, oltre ai Partenariati Digitali dell'UE.

46 GAMBINI, M.: "Nuovi paradigmi", cit., p. 1319.

normativa di nesso causale tra l'*output*, o mancato *output*, dannoso e la condotta colposa, identificata proprio nella violazione di uno dei richiamati obblighi di diligenza sanciti dall'*AI Act*⁴⁷.

Quanto all'ente di cura, la responsabilità per i danni connessi all'utilizzo di dispositivi di I.A. può derivare – oltre che dal fatto degli ausiliari necessari impiegati nella prestazione medica (art. 1228, comma 1, c.c.) – dalla mancata o inadeguata manutenzione del proprio equipaggiamento tecnico, ivi compresi i beni dotati di I.A., il quale deve essere sottoposto a controlli periodici, costanti aggiornamenti e verifiche *ad hoc* prima di ogni utilizzo; oltretutto dall'impiego di personale non qualificato per l'utilizzo di tali tecnologie⁴⁸.

Con riferimento invece ai danni derivanti da difetti di progettazione, fabbricazione e funzionamento non rilevabili attraverso un'ispezione diligente, la questione è ancora controversa, essendo la dottrina divisa tra chi esclude la responsabilità dell'ente di cura⁴⁹ e chi invece, al fine di garantire una tutela effettiva al paziente danneggiato ne afferma, sulla scorta del principio *cuius commoda, eius et incommoda*, una proporzionale corresponsabilità, salva la possibilità di rivalsa⁵⁰.

47 Art. 4, par. 3, lett. a) e b) della proposta di direttiva 2022/496/UE. Questa disposizione è stata criticata da GRASSO, A.G.: "Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica", *Riv. dir. civ.*, 2023, 2, p. 359 s., il quale evidenzia come l'utente potrebbe non essere in grado di rispettare l'obbligo di utilizzare o monitorare il dispositivo secondo le istruzioni ricevute, ove queste risultino ambigue, incomplete o antinomiche rispetto al caso sottoposto alla sua attenzione. In tale caso, egli sarebbe spinto a seguire comunque tali istruzioni, anche se poco chiare, per evitare la presunzione di un nesso di causalità tra la sua condotta e l'*output* prodotto dal sistema. Ove invece se ne discostasse, sarebbe chiamato a rispondere degli eventuali danni secondo le norme nazionali.

48 FACCIOLO, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria", cit., p. 738 s. 56. SCHURR, F.A.: "Alcune riflessioni sulla "malpractice tecnologica" e sulla responsabilità sanitaria per l'uso di sistemi di intelligenza artificiale", <https://www.rivistaresponsabilitamedica.it/alcune-riflessioni-sulla-malpractice-tecnologica-e-sulla-responsabilita-sanitaria-per-luso-di-sistemi-di-intelligenza-artificiale/>, 2022, 2, p. 228, aggiunge che gli enti di cura potrebbero essere chiamati a rispondere anche per non aver acquistato e successivamente utilizzato gli strumenti tecnici innovativi nel momento in cui questi abbiano iniziato ad essere considerati sicuri trovando un'ampia diffusione nel S.S.N.

49 FACCIOLO, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria", cit., p. 738 s., il quale peraltro ritiene che la struttura, nell'ottica della responsabilità oggettiva per difetto organizzativo, ove non riesca a fornire la prova circa l'imputabilità ad altri soggetti (come il produttore o il programmatore) del danno sofferto dal paziente sarà tenuta a sopportare i relativi oneri risarcitori.

50 D'ALFONSO, G.: "Danni algoritmici", cit., p. 32, la quale sostiene che, al fine di evitare una riduzione delle tutele per il soggetto leso, che potrebbe incontrare difficoltà nell'acquisire le informazioni necessarie per agire in giudizio contro l'ideatore o il programmatore dell'algoritmo, la responsabilità dell'utilizzatore, proprietario o custode non debba mai essere esclusa, assumendosi questi tutti i rischi connessi a tale utilizzo nel momento in cui decide di acquistare o utilizzare il bene o il servizio in cui l'algoritmo è integrato. Dello stesso avviso è GRASSO, A.G.: "Diagnosi algoritmica errata", cit., p. 349, il quale, aderendo all'interpretazione di BRUTTI, N.: "Intelligenza artificiale e responsabilità in ambito medico: la prospettiva statunitense", *Resp. med.*, 2018, 4, p. 473 ss., spec. 474, rifiuta "soluzioni ancora più insidiose (perché all'apparenza risolutive nonché eque) che [...] escludano la responsabilità [di medici e strutture] sul presupposto della non prevedibilità del pericolo insito nel prodotto". Cfr. GUERRA, G.: "Profili di responsabilità del produttore di robot chirurgico", *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina* (a cura di M. FACCIOLO), Napoli, 2022, p. 69, secondo la quale le caratteristiche tecniche e funzionali dell'I.A. sembrerebbero "minare la corrispondenza tra possibilità di controllo, capacità di evitare il danno e relativa imputazione della responsabilità" (c.d. *responsability gap*), con conseguente rischio concreto che le azioni contro il chirurgo si traducano in azioni di rivalsa contro il produttore del macchinario.

IV. LA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI TRASPARENZA PREVISTI DALL'AI ACT.

Da quanto finora osservato può dedursi che il medico non potrà essere ritenuto responsabile per malfunzionamenti che, in virtù dell'autonomia operativa e dell'opacità intrinseca del sistema, esulino dalla sua sfera di controllo, delineandosi piuttosto una serie di responsabilità concorrenti dei diversi soggetti che si collocano lungo la complessa catena algoritmica.

Tale prospettiva emerge, in particolare, qualora sia dimostrato che il sistema intelligente autonomo sfugga alla supervisione umana in quanto programmato come privo del carattere dell'*explicability*⁵¹, intesa quale capacità di fornire spiegazioni controfattuali⁵² e garantire una maggiore trasparenza⁵³ e, quindi, verificabilità, dei risultati prodotti dall'algoritmo e, di conseguenza, degli eventuali errori dallo stesso commessi⁵⁴.

51 La Commissione Europea, nel 2018 ha individuato un gruppo di 52 esperti, al fine di elaborare una strategia europea sull'IA (*European AI Alliance*). Il risultato è stato che ai tradizionali principi della bioetica si aggiunge quello della esplicabilità (*explicability*), essendo necessario che l'IA operi in maniera trasparente e intellegibile, quanto al suo funzionamento, oltreché alla comprensibilità del suo risultato. Di recente, sul punto, v. l'art. 3, commi 2 e 3, del d.d.l. n. 1146/2024. Sulla spiegabilità dell'algoritmo, LUCARELLI TONINI, L.M.: "L'IA tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità", cit., p. 338 ss. Per una ricognizione della letteratura giuridica che si è posta il problema della sussistenza di un "diritto alla "spiegazione" o all'"interpretazione" o alla "comprensibilità" dell'algoritmo", QUINN, T. ET AL.: "The three ghosts of medical AI: can the black-box present deliver?", *Artificial Intelligence Medicine*, 124, 2022, spec. p. 7, che, al fine di contribuire a garantire l'affidabilità dell'IA medica, ritengono necessario che sia imposta la trasparenza in tutti gli aspetti della progettazione e della convalida dei modelli. Nella letteratura internazionale, v. RUDIN, C.: "Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead", *Nature Machine Intelligence*, 2019, p. 206 ss.; HATHERLEY, J., SPARROW, R. e HOWARD, M.: "The Virtues of Interpretable Medical Artificial Intelligence", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2022, p. 1 ss.; GHASSEMI, M., OAKDEN-RAYNER, L. e BEAM, A.L.: "The false hope of current approaches to explainable artificial intelligence in health care", www.thelancet.com/digital-health, november 2021, 3, p. e745 ss.; WANG, F., KAUSHAL, R. e KHULLAR, D.: "Should healthcare demand interpretable artificial intelligence or accept "black box" medicine?", *Annals of Internal Medicine*, 2020, 172(1), spec. p. 59 s. e anche LONDON, A.J.: *Artificial intelligence and black-box medical decisions: Accuracy versus explainability*, in *Hastings Center Report*, 2019, 49(1), pp. 15-21.

52 FROMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: "When AIs Outperform Doctors", cit., p. 48, precisano come la maggior parte degli algoritmi di *machine learning* presentino un'elevata tracciabilità, poiché possono essere eseguiti più volte per ottenere gli stessi risultati, ma una bassa spiegabilità, poiché non sono in grado di fornire una narrazione coerente sulla logica del loro ragionamento. Al contrario, gli esseri umani mostrano una scarsa tracciabilità, rendendo difficile identificare le ragioni neurali delle loro decisioni, ma possiedono un'alta interpretabilità, poiché possono facilmente articolare narrazioni che spiegano i propri comportamenti.

53 Nel Regno Unito, ad esempio, è attualmente in fase di sviluppo, ed è stato reso disponibile per consultazione pubblica, uno *standard* di trasparenza destinato alle istituzioni pubbliche riguardante l'utilizzo (e le relative modalità) degli algoritmi nei processi decisionali.

Cfr. art. 5, comma 1, lett d) del d.d.l. n. 1146/2024, cit.

54 STANZIONE, P.: "GDPR e tutela della vita democratica", Relazione al convegno "Gli Stati Generali del diritto di internet", <https://www.dirittodiinternet.it/wp-content/uploads/2021/12/GDPR-E-TUTELA-DELLA-VITA-DEMOCRATICA-LUISS.pdf>, 2021, p. 6, il quale considera il principio di trasparenza algoritmica "[u]n argine essenziale [alle] implicazioni distopiche dell'ia[...]. Esso consente, infatti, di rilevare e di correggere potenziali errori nel processo automatizzato, a tutela del singolo e della stessa correttezza procedurale della decisione, sia in via preventiva (con obblighi informativi sulla logica da seguire) sia in via successiva, con il diritto alla spiegazione della decisione assunta". Sulla trasparenza algoritmica e sulla necessità di un "diritto alla motivazione delle scelte robotiche", BATTELLI, E.: "Necessità di un umanesimo tecnologico", cit., spec. p. 1111 ss., il quale rileva come il principio di trasparenza condurrebbe ad escludere la configurabilità di

In particolare, specularmente agli obblighi di trasparenza previsti per gli utenti⁵⁵, i sistemi di I.A. ad alto rischio devono essere progettati e sviluppati in maniera tale da rendere possibile “a livello tecnico la registrazione automatica degli eventi (“log”) per la durata del ciclo di vita del sistema” (Art. 12 AI Act). Inoltre, il loro funzionamento deve essere “sufficientemente trasparente da consentire ai deployer di interpretar[n]e l’output [...] e utilizzarlo adeguatamente” (Art. 13, par. 1, AI Act), anche tramite l’ottenimento di dettagliate istruzioni per l’uso, in un formato appropriato, che comprendano informazioni concise, complete, corrette, chiare e che siano pertinenti, accessibili e comprensibili per gli utenti (par. 2).

La violazione degli obblighi di conformità ai suddetti parametri di sicurezza comporterà, secondo la proposta di revisione della Direttiva in materia di responsabilità da prodotto difettoso (*Product Liability Directive*)⁵⁶, la presunzione di difettosità del dispositivo intelligente⁵⁷. Essa, inoltre, secondo quanto previsto dalla più volte richiamata proposta di Direttiva sulla responsabilità civile per l’I.A., potrebbe dar luogo a una concorrente responsabilità aggravata a carico del “fornitore”⁵⁸. Segnatamente, tale disciplina, con specifico riguardo ai principi di trasparenza e sorveglianza umana, prevede che, per i sistemi ad alto rischio, la presunzione del nesso causale tra colpa del fornitore e *output* (ovvero mancato *output*) dannoso possa operare⁵⁹ anche in presenza – tra gli altri requisiti⁶⁰ – della prova che “il sistema di I.A. non è stato progettato e sviluppato in modo da soddisfare gli obblighi di trasparenza di cui [all’articolo 13 della legge sull’I.A.]”, ovvero “da consentire una supervisione efficace da parte di persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di I.A. è in uso a norma [dell’articolo 14 della legge sull’I.A.]” (art. 4, par. 2, lett. b e c)⁶¹.

A garanzia del rispetto degli obblighi preventivi di trasparenza e informazione sanciti dall’AI Act, le summenzionate proposte di direttiva attualmente al vaglio delle istituzioni europee, pongono poi, a carico rispettivamente dei produttori e dei fornitori di sistemi di I.A. ad alto rischio, specifici obblighi di divulgazione

una I.A. forte (*strong AI*), basata su sistemi adattivi di *machine learning* che auto apprendono dall’esperienza giungendo quindi ad assumere decisioni non sempre prevedibili.

55 V., retro, § 3.

56 Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (COM/2022/495 final), https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b9a6a6fe-3ff4-11ed-92ed-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_1efmat=PDF.

57 Considerando n. 33 e art. 9 della citata Proposta di direttiva 2022/495/UE.

58 Per il quale valgono le considerazioni già svolte nel § 3 per gli utenti dei sistemi di I.A.

59 Tale presunzione, ai sensi dell’art. 4, par. 4 AI *Liability Directive*, opera salvo che il “convenuto dimostri che l’attore possa ragionevolmente accedere a elementi di prova e competenze sufficienti per dimostrare l’esistenza del nesso di causalità”.

60 V., retro, nota 59.

61 Nella specie, in questo caso tale prova soddisfa una delle condizioni (art. 4, par. 1, lett. a) necessarie perché operi la presunzione del nesso causale in discorso, ossia la prova della colpa in termini di non conformità a un obbligo normativo di diligenza.

(disclosure). Questi, sulla scorta del principio di *accountability*, sono orientati a mitigare i rischi connessi all'opacità dei dispositivi intelligenti più sofisticati prevedendo che l'autorità giudiziaria possa ordinare ai soggetti coinvolti di fornire – entro i limiti di quanto necessario e proporzionato e, quindi, anche nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale – elementi idonei a sostenere le richieste risarcitorie della parte danneggiata, così da alleviarne i gravosi oneri probatori⁶².

Inoltre, qualora il convenuto non ottemperi a tale ordine, viene ad operare una presunzione di inosservanza di un obbligo di diligenza (art. 3, par. 5, della Proposta di *AI Liability Directive*). Al contempo, per incentivare la collaborazione dei produttori⁶³ con l'autorità giudiziaria in relazione alla divulgazione di informazioni classificabili come segreti commerciali o presunti tali, la proposta di Direttiva sulla responsabilità da prodotto (intelligente) difettoso prevede che gli Stati membri debbano garantire ai giudici nazionali il potere di adottare misure specifiche per proteggere la riservatezza di tali informazioni. Queste misure, adottabili d'ufficio o su richiesta motivata di una parte, devono assicurare che la riservatezza sia mantenuta ogniqualvolta le informazioni siano utilizzate o richiamate nel corso di un procedimento giudiziario (art. 8, par. 4).

Orbene, tale articolato impianto probatorio, che come osservato si inserisce in un complesso sistema di allocazione dei rischi e delle responsabilità, evita che l'approccio “*human in command*” degeneri nella deresponsabilizzazione degli altri attori coinvolti nella progettazione, programmazione, produzione e fornitura di dispositivi intelligenti⁶⁴.

Inoltre, scoraggiare la commercializzazione (prematura) di dispositivi non trasparenti e/o non interpretabili⁶⁵ – considerato lo stato attuale di avanzamento tecnologico – mediante un regime di responsabilità che aumenti la potenziale esposizione dei fornitori di I.A., qualora tali tecnologie siano progettate per sostituire i professionisti medici (o di fatto lo facciano per effetto della loro opacità

62 Art. 3 Proposta di *AI Liability Directive* e art. 8 Proposta di *Product Liability Directive*.

63 Si consideri che l'art. 4, n. 3 della proposta di *Product Liability Directive*, nell'annoverare l'algoritmo nella nozione di componente del prodotto finale, consente – a potenziamento delle tutele del danneggiato – di riconoscere anche in capo all'ideatore dello stesso una responsabilità extracontrattuale autonoma.

64 Sul punto si rinvia alle considerazioni di PASQUALE, F.A.: “The Price of Autonomy”, cit., p. 8, secondo il quale “i produttori di robotica orientati al profitto potrebbero voler mantenere gli esseri umani “nel giro”, sia per garantire un migliore utilizzo dei loro prodotti, sia per deviare le responsabilità. [...] le dottrine dell’“intervento umano competente”, dell’“intermediario esperto” o del “capitano della nave” hanno avuto la tendenza a trasferire la responsabilità alla persona che utilizza il dispositivo (o semplicemente in grado di prenderne il controllo), piuttosto che al produttore del dispositivo”.

65 Come rilevato da VIDALI, M.: “Intelligenza Artificiale in Medicina: implicazioni e applicazioni, sfide e opportunità”, *Biochimica clinica*, 2024, 48, 2, p. 138, spiegabilità e trasparenza sono aspetti differenti: il primo si riferisce al funzionamento di un modello e a come questo produca determinati output o prenda certe decisioni. La scarsa interpretabilità di un modello è particolarmente critica per gli algoritmi di *deep learning*, che vengono per questo denominati “black box”. La trasparenza di un modello è invece relativa al processo che ha portato alla sua progettazione, sviluppo, raccolta dati, verifica, distribuzione, utilizzo e controllo.

e/o eccessiva autonomia⁶⁶), contribuirà a garantire una “democratizzazione delle competenze, includendo la continua valutazione critica dell'I.A. medica e della robotica da parte di medici”⁶⁷.

In merito a quanto finora rilevato occorre peraltro fornire alcune precisazioni: quanto più i sistemi di I.A. sono sofisticati tanto più la complessità, da cui dipende l'accuratezza, che li caratterizza è tale da porsi a discapito della comprensibilità e interpretabilità degli stessi⁶⁸. Se peraltro promuovere tali connotati rischierebbe di condurre all'esito – ad avviso di alcuni inaccettabile – di una compromissione della precisione di tali strumenti a detrimento dei benefici per i pazienti⁶⁹, ad avviso di altra parte della dottrina, soprattutto in ambito medico l'I.A. interpretabile potrebbe in alcuni casi essere, nel complesso, più accurata di quella “opaca”⁷⁰.

Solo il medico “in carne ed ossa” sarebbe infatti in grado di valutare le molteplici variabili imprevedute o imprevedibili e preservare la centralità della persona nella relazione di cura⁷¹, seppur nel quadro di un rapporto affidato a un sempre più complesso e articolato modello organizzativo di gestione⁷².

Va inoltre considerato che, in alcuni contesti e per specifici utenti, l'accuratezza di un sistema di I.A. potrebbe non essere una priorità assoluta. Nella gerarchia delle esigenze del medico, infatti, l'interpretabilità del dispositivo intelligente potrebbe rivestire una importanza maggiore rispetto al livello di precisione che

66 Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte, con specifico riferimento ai *Medical Decision Support Systems*, nei § 5 e 6.

67 PASQUALE, F.A.: “The Price of Autonomy”, cit., p. 14. In merito al problema della dequalificazione dei medici che potrebbe conseguire a una sempre maggiore delega di funzioni cognitive all'I.A., si rinvia al § 6.

68 Si v., sul punto, lo studio condotto da GHASSEMI, M., OAKDEN-RAYNER, L. e BEAM, A.L.: “The false hope”, cit., p. e745 ss.

69 LONDON, A.J.: “Artificial intelligence”, cit., p. 18, secondo il quale “quando la richiesta di spiegazioni sul funzionamento degli interventi si eleva al di sopra di un'attenta validazione empirica, i pazienti soffrono, le risorse vengono sprecate e il progresso viene ritardato”.

70 HATHERLEY, J., SPARROW, R. e HOWARD, M.: “The Virtues”, cit., p. 1 ss. Secondo D'ELIA, C.: “Gli strumenti di intelligenza artificiale generativa nel contesto sanitario: problemi di ottimizzazione delle risorse e questioni di spiegabilità”, *Riv. it. med. leg.*, 2023, 2, p. 354, “[l]a scelta di privilegiare l'accuratezza rispetto all'interpretabilità [...] trascura gli effetti negativi che l'opacità potrebbe avere sul compito ermeneutico dei medici nell'interpretare e agire sui risultati dei sistemi di AI medica a “scatola nera” e sui conseguenti risultati finali per la salute dei pazienti”.

71 Secondo IRTI, C.: “Riflessioni sull'impatto delle applicazioni tecnologie nell'ambito sanitario, tra regole etiche e regole giuridiche”, *EJPLT*, 2024, p. 5, in ambito sanitario l'opacità dei sistemi di I.A. incide direttamente sulla capacità dell'individuo di comprendere i trattamenti ai quali viene sottoposto, minando la sua autonomia decisionale e il diritto a partecipare attivamente alla “relazione di cura”, potendo altresì interferire con il diritto del paziente a essere informato in modo chiaro e completo, sì da poter decidere consapevolmente se accettare o rifiutare determinati interventi terapeutici. Sul punto v. altresì QUINN, T. ET AL.: “The three ghosts of medical AI”, cit., p. 5, i quali rilevano come l'opacità del modello potrebbe rendere più difficile per un paziente e un medico impegnarsi in un processo decisionale congiunto che sia adeguatamente rispettoso dell'autonomia del paziente.

72 DI ROSA, G.: “I robot medici”, *Pers. merc.*, 2022, 1, p. 17 ss., spec. p. 19, secondo il quale solo “il medico in carne e ossa, sembra potere assicurare in termini di assoluta necessità (non solo concettuale ma concretamente operativa) quel bisogno di umanità la cui soddisfazione costituisce piena attuazione della relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente”.

esso garantisce, con la conseguenza che egli potrebbe in ultima analisi decidere di non utilizzarlo, risultandone così vanificate le potenzialità⁷³.

Eppure, non può trascurarsi l'eventualità che non si arrivi mai ad una I.A. totalmente interpretabile⁷⁴, se non a costo di limitarne le capacità e frenare il progresso tecnologico. Vi sono infatti studi che dimostrano come gli attuali modelli di spiegabilità possano essere estremamente utili se applicati ai processi globali di I.A. – come lo sviluppo di modelli, la scoperta delle conoscenze e l'audit – ma raramente siano informativi rispetto alle singole decisioni e tale problema si acuisce all'aumentare del grado di complessità del sistema⁷⁵.

Ciò non implica che in tali casi si debbano accettare passivamente i risultati generati dai sistemi di I.A., ma sottolinea l'importanza di esercitare un controllo (successivo all'immissione del dispositivo sul mercato) che non sia demandato esclusivamente all'utente finale ma che piuttosto sia inserito nell'ambito di procedure rigorose di sicurezza e validazione, condotte in modo sistematico e approfondito. Questo approccio, del resto, trova riscontro nell'esperienza consolidata di valutazione e convalida di farmaci e dispositivi medici, che spesso operano come “scatole nere”, rendendo necessarie analisi approfondite per garantirne affidabilità e sicurezza⁷⁶.

Sì che, per promuovere la responsabilizzazione e garantire che taluni sistemi di apprendimento automatico non siano strumenti occulti di interferenza arbitraria con l'attività medica, si potrebbe pensare di introdurre delle procedure che ne limitino l'utilizzo rispetto allo svolgimento di compiti specifici per i quali la loro accuratezza e affidabilità siano state convalidate empiricamente⁷⁷. Solo in questo modo gli attori coinvolti potranno utilizzare l'I.A. in maniera consapevole, affidandosi ad essa per attività nelle quali rappresenta l'opzione più efficace, anche quando le ragioni alla base di tale superiorità non siano pienamente comprensibili⁷⁸.

73 HATHERLEY, J., SPARROW, R. e HOWARD, M.: “The Virtues”, cit., p. 5, secondo i quali non sarebbe corretto, tra l'altro, stabilire una correlazione causale diretta tra l'aumento dell'accuratezza diagnostica e il miglioramento degli esiti clinici dei pazienti

74 Sul punto, RUFFOLO, U.: “L'intelligenza artificiale in sanità, cit., c. 502, il quale sostiene che: “[i]l suo “iter logico” non è, dunque, immediatamente verificabile; e non lo è mai totalmente, dovendo ogni verifica (anche ricorrendo ad altri algoritmi) fermarsi sulla soglia della segretezza industriale che copre il codice sorgente”. Nello stesso senso, D'ALFONSO, G.: “Danni algoritmici”, cit., p. 36 s., ammette come “il bisogno di ottenere la spiegazione del funzionamento degli algoritmi incontr[i] i limiti correlati sia alle privative industriali ed alla segretezza commerciale, sia alle conoscenze tecniche altamente qualificate, necessarie per capirne il significato ed il funzionamento”.

75 M. GHASSEMI, L. OAKDEN-RAYNER e A.L. BEAM, *The false hope*, cit., p. e745.

76 M. GHASSEMI, L. OAKDEN-RAYNER e A.L. BEAM, *The false hope*, cit., p. e748.

77 Per QUINN, T. ET AL., “The three ghosts of medical AI”, cit., p. 7, affinché l'I.A. in medicina sia affidabile, deve essere chiaro il modo in cui essa apporta benefici ai pazienti. Ciò richiede una validazione clinica (distinta dalla validazione dell'apprendimento automatico), che costa nella valutazione dell'accuratezza diagnostica in un contesto clinico reale, dell'efficacia clinica e dell'utilità clinica.

78 LONDON, A.J.: “Artificial intelligence”, cit., p. 20.

V. GLI ATTUALI PROBLEMI IN DIAGNOSTICA.

Le problematiche relative alla trasparenza e al controllo umano assumono particolare rilievo nell'impiego dei *Clinical Decision Support Systems* (CDSS), sistemi autonomi di decisione integrata uomo-macchina progettati per supportare le attività diagnostiche e cliniche.

Questi, in quanto ad alto rischio, devono consentire alle persone fisiche alle quali è affidata la sorveglianza umana di “comprender[n]e correttamente le capacità e i limiti [...] ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento, anche al fine di individuare e affrontare anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese” (Art. 14, par. 4, lett. a, *AI Act*).

Ciò è tanto più imprescindibile se si considera come l'approccio inferenziale di tali dispositivi si riveli talvolta insufficiente, potendo condurre ad esiti subottimali o pericolosi ove, ad esempio, applicato a diagnosi differenziali, o in caso di malattie rare o ancora sconosciute, ovvero di pazienti asintomatici o che mostrino sintomi atipici, con comorbidità o con un quadro clinico complesso⁷⁹.

La mancata comprensione – e dunque “controllo critico” – dei risultati generati da sistemi diagnostici tecnologicamente complessi potrebbe infatti contribuire a rendere (ancóra più) marginale la posizione del medico, il quale, già tendenzialmente “relegato al termine del processo di cura, con un ruolo di validazione e controllo dell'operato della macchina [...] a posteriori”⁸⁰, sarebbe indotto ad affidarsi all’“oscura” opzione diagnostica/terapeutica suggerita dal sistema intelligente, non disponendo degli strumenti per operare una diversa valutazione⁸¹.

A ragione, il considerando n. 47 dell'*AI Act* evidenzia la necessità, in un settore “in cui la posta in gioco per la vita e la salute è particolarmente elevata”, che i sistemi diagnostici e di supporto alle decisioni umane, sempre più sofisticati, garantiscano elevati *standard* di affidabilità e accuratezza.

Ad ogni modo, di là dall'approccio antropocentrico adottato a livello unionale, deve sempre tenersi in debita considerazione la “forza pratica” dei sistemi di I.A.⁸²: la tecnologia influisce sulla decisione umana non perché sia espressamente chiamata a sostituirla, ma poiché fornisce la base informativa (*output*) su cui si

79 GRASSO, A.G.: “Diagnosi algoritmica errata”, cit., p. 340 s.

80 FERRETTI, F.: “Intelligenza artificiale”, cit., p. 1859.

81 DE MENECH, C.: “Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria”, *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina* (a cura di M. FACCIOU), Napoli, 2022, p. 14 s. Cfr. D'ELIA, C.: “Gli strumenti”, cit., p. 354, secondo il quale “la mancanza di trasparenza potrebbe, anzitutto, indurre il personale sanitario a riporre poca fiducia (c.d. *distrust*) nella potenzialità di questi strumenti, con il logico risultato di non voler ricorrere a questi supporti nella attività lavorativa”.

82 SIMONCINI, A.: “Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti”, *www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2023_01_ConvegnoAic2022_10_Simoncini.pdf*, 2023, 2, p. 13 s. Id.: “Verso la

fonderà la scelta tra le diverse alternative possibili. È quindi plausibile supporre che, nella prassi, la decisione umana tenda progressivamente ad “appiattirsi” su quella della macchina⁸³, in virtù del notevole vantaggio pratico che ne conseguirebbe in termini di riduzione degli sforzi decisionali dell'uomo, indotto ad avallare la soluzione suggerita automaticamente dal sistema al fine di sottrarsi al considerevole impegno e rischio valutativo che una scelta divergente potrebbe comportare⁸⁴.

VI. ... E LE PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO.

I problemi evidenziati sono destinati a intensificarsi in un futuro caratterizzato dalla crescente diffusione di dispositivi intelligenti dotati di sofisticate capacità tecniche e precisione operativa. Ciò comporterà inevitabilmente pressioni di natura economica⁸⁵, giuridica ed etica volte a delegare alla macchina una porzione sempre più significativa del processo diagnostico, fino a dar vita a veri e propri “standard di cura”⁸⁶. Questo potrebbe, in altri termini, significare che, in un orizzonte temporale prossimo, le raccomandazioni dell'I.A., elaborate tramite sistemi di supporto alla decisione clinica, potrebbero essere verosimilmente assimilate alle linee guida, stabilite per assicurare che il trattamento medico rispetti un livello qualitativo accettabile e sicuro, con conseguente responsabilità del sanitario in caso di allontanamento da esse⁸⁷.

In specie, il timore è che le criticità evidenziate possano alimentare quella che è stata definita una “nuova frontiera della medicina difensiva”⁸⁸: l'operatore

regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo”, *BioLawJournal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 2, p. 416.

83 SCAFFARDI, L.: “La medicina alla prova dell'Intelligenza Artificiale”, <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1578/1560>, 2022, p. 353.

84 SIMONCINI, A.: “Il linguaggio dell'intelligenza artificiale”, cit., p. 14.

85 FROMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: “When Als Outperform Doctors”, cit., p. 39, rilevano come i potenziali risparmi riguardino i costi derivanti dalla riduzione del numero di medici che si affidano alla nuova tecnologia.

86 FROMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: “When Als Outperform Doctors”, cit., pp. 35 s., 41 e 50, i quali evidenziano come la diagnostica a mezzo di I.A. – adattandosi particolarmente bene a ciò che le I.A. odierne sanno fare meglio, ovvero il riconoscimento di pattern, oltre a essere un'area con reali margini di miglioramento – sia destinata a superare quella umana, con la conseguenza che, quando ciò avverrà, i sistemi giuridici inizieranno a trattare la diagnosi automatica, o almeno l'uso dell'I.A. come assistente dei medici, come “standard di cura”, con tutte le conseguenze in termini di responsabilità da diagnosi errata di medici e strutture sanitarie che scelgano di non avvalersi di tali tecnologie.

87 A favore di un'assimilazione tra I.A. e linee guida cfr. PERIN, A.: “Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale”, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 228 ss., spec. p. 231, il quale considera l'uso dei sistemi di I.A. in medicina come la “tappa più avanzata del suo processo di standardizzazione”, implicando, come nel caso di *guidelines*, una etero-integrazione del processo decisionale che dovrebbe competere al professionista. Secondo l'A. il medico dovrebbe valutare sia la pertinenza, sia l'affidabilità intrinseca del sistema sia degli *output* da esso prodotti. *Contra* BERTOLINI, A.: “Artificial Intelligence and Civil Liability”, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf), Bruxelles, 2020, p. 114 s.

88 BERTOLINI, A.: “Dall'imaging ai sistemi esperti”, cit., p. 56. CABITZA, F., ALDERIGHI, C., RASOINI, R. e GENSINI, G.F.: “Potenziali conseguenze inattese”, cit., p. 398.

sanitario, infatti, temendo che discostandosi dalle indicazioni fornite dalla macchina intelligente, ovvero che sospendendo o interrompendone l'utilizzo ne possa derivare un pregiudizio per il paziente e una responsabilità a suo carico, potrebbe essere indotto a conformarsi a tali suggerimenti o a perseverare nell'utilizzo del dispositivo anche quando ciò non sia opportuno⁸⁹.

Risulta chiaro, dunque, come l'utilizzo degli algoritmi di supporto alla decisione possa influire sulla definizione dei profili di responsabilità e delle conseguenze delle scelte effettuate, rendendosi così indispensabile una chiara distinzione tra il ruolo della macchina e quello del decisore umano. A tal fine, risulta imprescindibile che i dispositivi in questione rimangano sotto il controllo del medico e che le norme in materia di responsabilità civile siano interpretate in modo da fungere da incentivo a preservare l'effettiva centralità della professione sanitaria⁹⁰.

Quest'ultima può essere pienamente assicurata solo offrendo al professionista la possibilità di discostarsi liberamente, purché con una motivazione adeguata (e ciò presuppone un livello di trasparenza e spiegabilità che lo consenta), dai risultati prodotti dalla macchina⁹¹.

Tali considerazioni, ove si ipotizzi l'assimilazione dei risultati suggeriti dai MDSS a "linee guida", sembrano trovare avallo nell'attuale evoluzione giurisprudenziale. Come confermato da un recente orientamento di merito, "l'addebito a titolo di colpa non p[otrebbe] [infatti] escludersi per il solo fatto che il sanitario abbia osservato nel caso concreto le "linee guida" che, non essendo né tassative né vincolanti non assurgono al rango di fonti di regole cautelari codificate e non possono comunque prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la miglior soluzione per il paziente"⁹².

89 Come rilevato da GRASSO, A.G.: "Diagnosi algoritmica errata", cit., pp. 353 e 360, data l'elevata accuratezza delle tecnologie di intelligenza artificiale, rischia di incorrere in colpa grave il medico che, senza condurre i necessari approfondimenti, decida di disattendere l'indicazione della macchina della quale successivamente si sia dimostrata la correttezza. VILLANUEVA, A.: "The Legal Battle", cit., p. 386, prevedere invece un aumento del contenzioso per danni derivanti dal mancato utilizzo dei robot "man mano che [questi] diventeranno più bravi degli esseri umani in lavori di precisione o pericolosi".

90 Cfr. STANZIONE, P.: "GDPR e tutela della vita democratica", cit., p. 1, secondo il quale "compito principale del diritto è restituire all'uomo quella centralità che, sola, è garanzia di un rapporto armonico con la tecnologia e, ad un tempo, di consolidamento dell'indirizzo personalista su cui si fondano la nostra Costituzione e l'ordinamento dell'Unione europea".

91 PERIN, A.: "Standardizzazione", cit., p. 232, ritiene necessario tutelare il legittimo affidamento del professionista nell'output prodotto dalla macchina, salvo che l'esigenza di discostarsi dallo stesso risulti particolarmente qualificata, e quindi grave la sua inosservanza.

92 Trib. Rimini, 26 luglio 2023, n. 752, *dejure*. Secondo Cass., 9 maggio 2017, n. 11208, in *Giust. civ. Mass.*, il rispetto, da parte del sanitario, delle "linee guida", pur costituendo un utile parametro nell'accertamento di una sua eventuale colpa, non esime il giudice dal valutare, nella propria discrezionalità di giudizio, se le circostanze del caso concreto non esigessero una condotta diversa da quella da esse prescritta. Cfr. FROMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: "When AIs Outperform Doctors", cit., p. 61, i quali sostengono che un medico che ricorra a un sistema di *machine learning* non sia tenuto a rispettare uno *standard* di cura diverso rispetto a quello applicabile nel caso di affidamento a un professionista umano, essendo, dal punto di vista giuridico, la scelta di avvalersi del *machine learning*, considerata un giudizio medico umano, analogamente a qualsiasi altra decisione clinica.

Nella prospettiva dei recenti interventi di normazione compiuti a livello eurounitario, volti alla responsabilizzazione dei vari attori dei processi algoritmici, tale indirizzo potrebbe contribuire a ridurre il rischio di eccessivo affidamento, da parte dei professionisti del settore, sulle capacità e sugli *output* generati dai *medical devices* (*over-reliance*), contrastando così lo sviluppo di una dipendenza potenzialmente dequalificante (*deskilling*) da tali tecnologie (*overdependence*)⁹³.

Tale pericolo è stato riconosciuto dallo stesso legislatore europeo, il quale ha sottolineato l'importanza che l'addetto alla sorveglianza di un sistema di I.A. ad alto rischio resti "consapevole della possibile tendenza a fare [automaticamente o eccessivamente] affidamento sull'*output* [dallo stesso] prodotto [...]" ("distorsione dell'automazione"), in particolare in relazione ai sistemi [...] utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche" (Art. 14, par. 4, lett. b, *AI Act*). Ciò, anche perché dall'eccessiva marginalizzazione del ruolo dei medici deriverebbe l'ingiustificabile compromissione della capacità degli stessi di condurre valutazioni olistiche sui pazienti, con conseguente perdita di aspetti essenziali e insostituibili dell'esperienza umana, quali problematiche psicologiche, relazionali, sociali e organizzative che nessun algoritmo, nemmeno il più sofisticato, è allo stato in grado di valorizzare⁹⁴.

Dunque, incombe su medici (e sulle strutture) un obbligo di costante formazione e aggiornamento professionale circa l'utilizzo delle nuove tecnologie in medicina e, in particolare, sulle modalità di funzionamento dei sistemi intelligenti (soprattutto in relazione alla programmazione e addestramento degli stessi), onde essere in grado di comprendere se il ricorso ad essi risulti appropriato in relazione ad una determinata patologia o categoria di pazienti⁹⁵.

93 CABITZA, V.F., ALDERIGHI, C., RASOINI, R. e GENSINI, G.F.: "Potenziali conseguenze inattese", cit., p. 398 s. FERRETTI, F.: "Intelligenza artificiale", cit., p. 1859. COMANDÉ, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA ed il problema della responsabilità", *Annali giur. econ.*, 2019, p. 183. Cfr. altresì FROOMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: "When AIs Outperform Doctors", cit., p. 73, i quali pongono l'accento su uno dei rischi della dequalificazione: quando i sistemi di *machine learning* richiedano nuovi dati di *training*, l'assenza di medici esperti – progressivamente sostituiti dalle macchine – ostacolerebbe la raccolta di tali dati, intralciando l'evoluzione di tali tecnologie. Secondo QUINN, T. ET AL.: *The three ghosts of medical AI*, cit., p. 5, la dipendenza dai sistemi di I.A. *black-box*, che non esplicitano o non possono esplicitare il proprio processo decisionale, potrebbe ridurre progressivamente le competenze tecniche e le conoscenze mediche degli operatori sanitari e rischia di indebolire anche le capacità etiche e morali che i professionisti sviluppano attraverso l'assunzione autonoma di decisioni e il dovere di motivazione delle stesse.

94 CABITZA, F., ALDERIGHI, C., RASOINI, R. e GENSINI, G.F.: "Potenziali conseguenze inattese", cit., pp. 397 e 399, i quali discorrono di "desensibilizzazione nei confronti del contesto clinico", per via dell'incapacità di tali sistemi di "incorporare elementi poco o per niente "datificabili", quali per esempio aspetti culturali, sociali o psicologici di un paziente, oppure aspetti organizzativi di un contesto ospedaliero". Cfr. PASQUALE, F.A.: "The Price of Autonomy", cit., p. 9, il quale mette in evidenza come mai come nel campo medico sia fondamentale mantenere un "umano nel giro", soprattutto quando entrino in gioco giudizi di valore complessi, che richiedono un intervento qualificato ed esperto che sappia adottare dei compromessi tramite la valutazione di tutte le variabili uniche e irripetibili che caratterizzano il singolo caso di specie.

95 COLARUOTOLO, A.: "Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità", *Resp. medica*, 2022, 3, p. 305.

L'affidamento sugli strumenti tecnologici deve poi necessariamente tenere conto della ulteriore e fondamentale relazione fiduciaria tra medico e paziente. Sì che, per prevenire il rischio di una "disumanizzazione" del rapporto terapeutico, con la perdita di quei connotati di dedizione e attenzione da parte dell'operatore sanitario *in primis* verso la persona del paziente, il consenso informato da parte di quest'ultimo assume un ruolo imprescindibile⁹⁶, purché si basi su un dialogo chiaro e su un'informazione adeguata fornita dal professionista che intenda utilizzare i risultati prodotti dall'I.A.⁹⁷. Ciò presuppone necessariamente che il medico sia previamente coinvolto, oltre che in un percorso formativo adeguato sulle nuove tecnologie, anche nelle varie fasi di sviluppo e progettazione dell'I.A., al fine di rafforzare la fiducia in quest'ultima⁹⁸, e, di riflesso, quella del paziente nelle soluzioni proposte dal professionista⁹⁹.

Si consideri, infine, come la diffusione di sistemi di I.A. sempre più sofisticati e la riduzione del contributo dei medici che ne potrebbe derivare, anche in termini di apporto di nuovi dati di *training*, rischierebbe di complicare significativamente il controllo della qualità e l'aggiornamento dei *database* diagnostici. Il che, combinato con la creazione di un ciclo in cui i risultati aggiunti al *database* derivino esclusivamente o principalmente da decisioni di trattamento basate sul *machine learning*, genera scenari in cui non si può escludere il rischio di giungere a conclusioni subottimali¹⁰⁰.

Tale questione appare particolarmente rilevante a fronte dei limiti rappresentati dai cosiddetti *bias* algoritmici. Questi ultimi originano, in molti casi, dai dati utilizzati per l'addestramento dei sistemi di I.A., i quali possono introdurre distorsioni capaci di generare discriminazioni a danno di singoli individui o interi gruppi sociali¹⁰¹. Un simile rischio assume un peso significativo soprattutto nell'ambito sanitario, dove l'impiego di sistemi intelligenti potrebbe incidere negativamente sulla salute o, nei casi più gravi, sulla vita stessa dei pazienti.

Per le divise ragioni, l'introduzione delle tecnologie in discorso dovrebbe essere accompagnata da strategie mirate per preservare le competenze pratiche dei medici evitandone, nel lungo periodo, la dequalificazione con riguardo ai compiti svolti di routine dall'I.A.¹⁰². Ma al contempo la disciplina normativa delle

⁹⁶ Cfr. art. 7, comma 3, del d.d.l. n. 1146/2024, cit.

⁹⁷ SCAFFARDI, L.: "La medicina", cit., p. 354. In argomento si rinvia a ASTONE, A.: "Autodeterminazione nei dati e sistemi A.I.", *Contr. impr.*, 2022, 2 p. 429 s.

⁹⁸ FROMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: "When AIs Outperform Doctors", cit., p. 37, rilevano come senza una adeguata formazione i medici potrebbero temere di non riuscire a sfruttare i vantaggi della nuova tecnologia o addirittura di usarla in modo improprio e dannoso.

⁹⁹ PASQUALE, F.A.: "The Price of Autonomy", cit., p. 15.

¹⁰⁰ FROMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: "When AIs Outperform Doctors", cit., p. 37.

¹⁰¹ Di recente, l'art. 7, comma 6, del d.d.l. n. 1146/2024, cit. V. altresì, i considerando nn. 67 e 68 *Al Act*.

¹⁰² MACRAE, C.: "Governing the safety", cit., p. 9.

responsabilità del medico innanzi all'allontanamento o all'accoglimento della decisione algoritmica inciderà fortemente sulle determinazioni del professionista riguardo all'I.A., rivelandosi fondamentale regolamentare, anche tramite una interpretazione evolutiva delle norme vigenti, tale specifico profilo.

Peraltro, l'analisi e la *governance* della sicurezza dei sistemi intelligenti devono essere considerati alla stregua di un problema sociotecnico, in cui ad essere oggetto di valutazione, comprensione e, quindi, intervento è l'intera infrastruttura umana, sociale e organizzativa nella quale le tecnologie in argomento vengono ad essere integrate¹⁰³.

Infine, affinché le imprese possano assumere un ruolo di primo piano, attivo e consapevole, nelle attività di monitoraggio e controllo dei propri processi, appare indispensabile l'adozione di *best practices* che garantiscano una gestione responsabile e trasparente delle tecnologie utilizzate. Contestualmente, risulta imprescindibile che le autorità di vigilanza rafforzino le proprie capacità operative, sviluppando strumenti e competenze idonei a supervisionare sia gli aspetti tecnologici, sia i modelli di business degli operatori economici. In tal senso, particolare attenzione deve essere sicuramente riservata all'analisi dei dati impiegati nei processi aziendali e agli *output* generati dai sistemi, così da prevenire potenziali criticità e garantire la piena conformità ai principi di sicurezza, trasparenza e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁰⁴.

103 MACRAE, C.: "Governing the safety", cit., p. 10.

104 Per approfondimenti, anche di natura comparatistica, sul punto, v. MATTASSOGLIO, F.: "Algoritmi e regolazione", cit., p. 244.

BIBLIOGRAFIA

ALPINI, A.: "Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del "Progetto europeo di orientamenti etici per un'IA affidabile", *Comp. dir. civ.*, 2019, 2, p. 1 ss.

BATTELLI, E.: "Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona", *Dir. fam. Pers.*, 2022, pp. 1102 ss.

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* (a cura di M. FACCIOLO), Esi, Napoli, 2022, p. 53 ss.

BIANCARDO, A.: "Problematiche etico giuridiche relative all'utilizzo di intelligenza artificiale in ambito sanitario", *Jus-online*, 2021, p. 102 ss.

BRUTTI, N.: "Intelligenza artificiale e responsabilità in ambito medico: la prospettiva statunitense", *Resp. med.*, 2018, p. 473 ss.

CABITZA, F., ALDERIGHI, C., RASOINI, R. e GENSINI, G.F.: "Potenziali conseguenze inattese dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale oracolari in medicina", *Recenti Prog. Med.*, 108 (10), ottobre 2017, p. 397 ss.

COLARUOTOLO, A.: "Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità", *Resp. medica*, 2022, p. 305.

COMANDÈ, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA ed il problema della responsabilità", *Annali giur. econ.*, 2019, p. 183.

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, p. 812.

D'ALFONSO, G.: "Danni algoritmici e sviluppi normativi europei tra "liability" e "permittance" rules", *EJPLT*, 2022, p. 20 ss.

D'ELIA, C.: "Gli strumenti di intelligenza artificiale generativa nel contesto sanitario: problemi di ottimizzazione delle risorse e questioni di spiegabilità", *Riv. it. med. leg.*, 2023, p. 354.

DE MATTEIS, R.: "Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie", *Contr. impr.*, 2015, p. 560.

DE MENECH, C.: "Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria", *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina* (a cura di M. FACCIOLI), Esi, Napoli, 2022, p. 14 s.

DI ROSA, G.: "I robot medici", *Pers. merc.*, 2022, p. 17 ss.

FACCIOLI, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria", *Nuova giust. civ. comm.*, 2023, p. 733 ss.

FACCIOLI, M.: "La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell'onere della prova", *Resp. civ. prev.*, 2024, p. 953 ss.

FACCIOLI, M.: "La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie", Pacini, Pisa, 2018, p. 89 ss.

FERRETTI, F.: "Intelligenza artificiale e responsabilità civile nel settore sanitario", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18 febrero 2023, pp. 1859 ss.

FROOMKIN, A.M., KERR, I. e PINEAU, J.: "When AIs Outperform Doctors: Confronting the Challenges of a Tort-Induced Over-Reliance on Machine Learning", *Arizona Law Review*, 2019, p. 35 ss.

GAMBINI, M.: "Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale", *Rass. dir. civ.*, 2023, p. 1292 ss.

GHASSEMI, M., OAKDEN-RAYNER, L. e BEAM, A.L.: "The false hope of current approaches to explainable artificial intelligence in health care", *www.thelancet.com/digital-health*, november 2021, p. e745 ss.

GRASSO, A.G.: "Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica", *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 340 ss.

GUERRA, G.: "Profili di responsabilità del produttore di robot chirurgico", *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina* (a cura di M. FACCIOLI), Esi, Napoli, 2022, p. 69.

HATHERLEY, J., SPARROW, R. e HOWARD, M.: "The Virtues of Interpretable Medical Artificial Intelligence", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2022, p. 1 ss.

IRTI, C.: "Riflessioni sull'impatto delle applicazioni tecnologie nell'ambito sanitario, tra regole etiche e regole giuridiche", *EJPLT*, 2024, p. 5.

LONDON, A.J.: *Artificial intelligence and black-box medical decisions: Accuracy versus explainability*, in *Hastings Center Report*, 2019, 49(1), pp. 15-21.

LUCARELLI TONINI, L.M.: "L'I.A. tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità. La nuova proposta di "AI Liability Directive"", *Dir. inf.*, 2023, p. 327 ss.

MACRAE, C.: "Governing the safety of artificial intelligence in healthcare", *BMJ Quality and Safety*, 2019, p. 1 ss.

MATTASSOGLIO, F.: "Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica", *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2018, p. 231 ss.

PACIULLO, G.: "Prefazione", *Intelligenza artificiale e responsabilità* (a cura di U. RUFFOLO), Giuffrè, Milano, 2018, p. 1.

PAGALLO, U.: "Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario", Mimesis, Milano, 2022.

PASQUALE, F.A.: "The Price of Autonomy: Liability Standards for Complementary and Substitutive Medical Robotics and Artificial Intelligence", *Ius et Praxis*, 2022, p. 6 ss.

PELLECCHIA, E.: "Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1210 ss.

PERIN, A.: "Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale", *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 228 ss.

PERLINGIERI, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecn. dir.*, 2020, 1, p. 174 s.

PISANI TEDESCO, A.: "Il nuovo quadro normativo dei dispositivi medici", *Riv. comm. int.*, 2022, p. 675. ss.

QUINN, T. ET AL.: "The three ghosts of medical AI: can the black-box present deliver?", *Artificial Intelligence Medicine*, 124, 2022, p. 5 ss.

RUDIN, C.: "Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead", *Nature Machine Intelligence*, 2019, p. 206 ss.

RUFFOLO, U.: "L'intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e potenziamento", *Giur. it.*, 2021, c. 502 ss.

SALANITRO, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1247.

SALITO, G.: "La responsabilità da algoritmo tra (teoria della) finzione e realtà sanitaria: una nuova declinazione della responsabilità medica?", *Riv. It. Med. Leg.*, 2022, 4, p. 852 ss.

SAVINI NICCI, M. e VETRUGNO, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario", *Intelligenza Artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. RUFFOLO), Giuffrè Milano, 2020, p. 604 ss.

SCAFFARDI, L.: "La medicina alla prova dell'Intelligenza Artificiale", <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/11578/11560>, 2022, p. 353 ss.

SCHURR, F.A.: "Alcune riflessioni sulla "malpractice tecnologica" e sulla responsabilità sanitaria per l'uso di sistemi di intelligenza artificiale", <https://www.rivistaresponsabilitamedica.it/alcune-riflessioni-sulla-malpractice-tecnologica-e-sulla-responsabilita-sanitaria-per-luso-di-sistemi-di-intelligenza-artificiale/>, 2022, p. 228

SCOTTI, R.: "La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario", *Giust. civ.*, 2024, p. 161.

SIMONCINI, A.: "Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti", www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2023_01_ConvegnoAic2022_10_Simoncini.pdf, 2023, 2, p. 13 s.

SIMONCINI, A.: "Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo", *BioLawJournal – Rivista di BioDiritto*, 2021, p. 416.

STANZIONE, P.: "GDPR e tutela della vita democratica", Relazione al convegno "Gli Stati Generali del diritto di internet", <https://www.dirittodiinternet.it/wp-content/uploads/2021/12/GDPR-E-TUTELA-DELLA-VITA-DEMOCRATICA-LUISS.pdf>, 2021, p. 6.

TUCCILLO, P.: "Intelligenza artificiale nell'attività sanitaria: quale paradigma di responsabilità civile?", *EJPLT*, luglio 2023, p. 6 ss.

VIDALI, M.: "Intelligenza Artificiale in Medicina: implicazioni e applicazioni, sfide e opportunità", *Biochimica clinica*, 2024, 48, 2, p. 138.

VILLANUEVA, A.: "The Legal Battle with the Future of Autonomous Surgical Robotics", *Indiana Health Law Review*, 2020, 17 (2), p. 367 ss.

VOTANO, G.: "Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile", *Danno resp.*, 2022, 6, p. 675.

WANG, F., KAUSHAL, R. e KHULLAR, D.: "Should healthcare demand interpretable artificial intelligence or accept "black box" medicine?", *Annals of Internal Medicine*, 2020, 172(1), p. 59 s.

PROBLEMI “ATTUALI” DELL’INGIUSTIFICATO
ARRICCHIMENTO

CURRENT’ ISSUES OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 1214-1231

Manuela
GIOBBI

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de diciembre 2024
ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Lo scritto esamina le problematiche che riguardano l'ingiustificato arricchimento e i presupposti che delimitano l'ambito dell'operatività dell'azione. In particolare si analizza la possibilità di esperire i rimedi in prospettiva funzionale alla soddisfazione degli interessi delle parti.

PALABRAS CLAVE: Arricchimento senza causa; sussidiarietà.

ABSTRACT: *The paper examines the issues concerning unjust enrichment and the prerequisites that delimit the scope of the action's operability. In particular, the possibility of remedies from a functional perspective to satisfy the parties' interests is analysed.*

KEY WORDS: *Unjust enrichment; subsidiarity.*

SUMARIO.- I. L'AZIONE GENERALE DI ARRICCHIMENTO. PROFILI INTRODUTTIVI.- II. LA MANCANZA DELLA GIUSTA CAUSA NELL'INGIUSTIFICATO ARRICCHIMENTO.- III. SUSSIDIARIETÀ E GIUSTA CAUSA QUALI PRESUPPOSTI DELL'AZIONE.- IV. L'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA QUALE RIMEDIO RESIDUALE E PRESUPPOSTI DI OPERATIVITÀ DELL'AZIONE.- V. ULTERIORI OSSERVAZIONI SULLA SUSSIDIARIETÀ. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. L'AZIONE GENERALE DI ARRICCHIMENTO. PROFILI INTRODUTTIVI.

Lo spostamento patrimoniale che risulta privo di giustificazione consente, a chiunque lo abbia subito, di agire nei confronti di chi si è arricchito per farsi indennizzare del correlativo pregiudizio.

L'azione di arricchimento quale "norma di chiusura" di portata generale, prevista dall'art. 2041 c.c., è esperibile quando non si ravvisano ulteriori mezzi di tutela¹ ed è volta ad eliminare lo squilibrio patrimoniale che si realizza tra la sfera patrimoniale del danneggiato e quella dell'arricchito, nel caso in cui non risulta sorretto da una giusta causa². Tra i requisiti che caratterizzano l'azione vi sono infatti, oltre alla mancanza di giusta causa, la sussidiarietà, l'arricchimento, il danno, la correlazione tra pregiudizio e arricchimento, che vanno ad incidere sul suo esercizio³. In ogni caso, come disposto dall'art. 2042 c.c., essendo un rimedio residuale, l'ambito applicativo dell'azione può essere più esteso o più compresso,

1 È ricorrente la definizione dell'azione generale di arricchimento come una «clausola generale» o «clausola di chiusura dell'ordinamento».

2 Cfr. Cass., Sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, *Foro. it.*, 2024, I, I, p. 120 ss., ove si rileva che a differenza di quanto previsto nel diritto romano, la scelta del legislatore denota come si sia voluto introdurre un rimedio di carattere generale, avente però natura sussidiaria alla stregua di una norma di chiusura dell'ordinamento, attivabile in tutti quei casi in cui l'arricchimento di un soggetto in danno di altro soggetto non sia «corretto» da specifiche disposizioni di legge. Nel nostro ordinamento, comunemente a quello francese, si è avuta una originaria resistenza al riconoscimento espresso dell'*actio de in rem verso*, in quanto sia il codice napoleonico, sia quello italiano del 1865 non prevedevano espressamente l'azione di ingiustificato arricchimento, ma era stata ammessa dalla giurisprudenza in via interpretativa al fine di porre rimedio a tutti gli spostamenti di ricchezza privi di giustificazione causale. Nel codice civile del 1942, diversamente da quanto prevedeva il codice francese, si è riconosciuto il diritto all'ingiustificato arricchimento, accordando un rimedio di carattere generale comune a tutte le fonti di obbligazioni di origine legale allo scopo di «integrare eccezionalmente le deficienti disposizioni del sistema legislativo». Tuttavia l'introduzione di tale istituto è stata accompagnata da una forma di cautela legislativa che si è rappresentata nella regola della sussidiarietà dettata dall'art. 1942 c.c. e secondo cui tale rimedio non è azionabile quando l'impoverito «può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito».

3 SCHLESINGER, P.: "Arricchimento (azione di)", *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957, p. 1004; SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Utet, Torino, 1959; GALLO, P.: *Trattato di diritto civile*, VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, Utet, Torino, 2018; ID.: *Arricchimento senza causa, artt. 2041-2042*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2024, *passim*; ID.: "La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: dura lex, sed lex!", *Archivio di Diritto civile*, 2024, p. 248, ove evidenzia che il modello italo-francese dell'azione di arricchimento è diverso da quello del sistema tedesco in cui l'azione richiede che una parte si sia arricchita a spese di un'altra persona, vi sia un nesso di causalità diretta e una attribuzione patrimoniale non giustificata.

in considerazione della sussistenza di rimedi che possono essere esperiti in via principale.

II. LA MANCANZA DELLA GIUSTA CAUSA NELL'INGIUSTIFICATO ARRICCHIMENTO.

La qualificazione dell'ingiustificato arricchimento, nel settore del «diritto delle restituzioni»⁴, può essere argomentata mediante la selezione degli interessi sottesi⁵. L'azione di ingiustificato arricchimento, prevista dall'art. 2041 c.c., dal diritto romano *actio de in rem verso*⁶, si colloca intorno alla possibilità di esperire dei rimedi nel caso di squilibrio patrimoniale tra due "sfere giuridiche"⁷. Le ragioni giustificative di tale istituto, pur senza richiamare le elaborazioni e le comparazioni di carattere storico, possono essere rintracciabili nell'esigenza di intervenire in senso correttivo sulle regole della circolazione giuridica; in tale necessità risiede anche la ragione della presenza dell'ingiustificato arricchimento nei diversi ordinamenti.

La ricerca sul fondamento dell'ingiustificato arricchimento ha dato adito ad un continuo confronto sia in dottrina, sia in giurisprudenza, anche se, come è del tutto noto, è tradizionalmente sempre stato ricondotto all'equità. Tuttavia, la concezione di un ingiustificato arricchimento fondato solamente sull'equità è stata oramai superata nei diversi sistemi giuridici attraverso vie differenti⁸, o meglio, in relazione al fatto che l'azione sia stata o meno disciplinata.

- 4 Il diritto alle restituzioni costituisce un settore ampio che risente di una elaborazione risalente nel tempo, concretamente operativo in disparate fattispecie e frammentato in una pluralità di disposizioni normative, le quali in senso lato possono considerarsi riconducibili all'interno di uno stesso principio ispiratore. Restituire indica la necessità di ristabilire le condizioni di fatto e di diritto che caratterizzavano la situazione del soggetto prima che si verificasse il cambiamento; l'arricchimento previsto nell'art. 2041 c.c. non prevede il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale o da fatto illecito e l'individuazione del soggetto responsabile, quanto piuttosto di privare di effetti lo spostamento patrimoniale privo di causa; sul «diritto delle restituzioni» v. ALBANESE, A.: *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 2005, p. 2 ss. In generale, C. CICERO, *Arricchimento (azione di) nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Digesto*, Agg., V, Utet, Torino, 2010, p. 35 ss. Secondo la giurisprudenza più recente, Cass., Sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, cit., l'azione di ingiustificato arricchimento è un rimedio restitutorio mirante a neutralizzare lo squilibrio determinatosi in conseguenza di diversi atti o fatti giuridici, tra le sfere patrimoniali di due soggetti nei limiti dell'arricchimento che non sia sorretto da una giusta causa.
- 5 DI PAOLA, S. e PARDOLES, R.: "Arricchimento. I) azione di arricchimento, dir. civ.", *Enc. giur.* Treccani, II, Roma, 1988, p. 3 ss.; v., inoltre, GIORGINI, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 216 ss., ove identifica nel principio di ragionevolezza il criterio di selezione degli interessi sottesi alla qualificazione dell'ingiustificato arricchimento senza causa.
- 6 L'azione di ingiustificato arricchimento, nel diritto romano costituisce la fase finale di un percorso che è passato per l'elaborazione di azioni tipiche per poi giungere alla enucleazione di un principio generale che ha consentito la positivizzazione di una regola altrettanto generale. Sulle indicazioni storiche in proposito, v. ASTUTI, G.: "Arricchimento. Premessa storica", in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 56 ss.
- 7 GIORGINI, E.: "Ingiustificato arricchimento e controllo degli atti di autonomia negoziale. Da un'intuizione di Lelio Barbiera", in M. PENNASILICO (a cura di), *Scritti in Onore di Lelio Barbiera*, Esi, Napoli, 2012, p. 621.
- 8 Sull'argomento, BRECCIA, U.: "L'arricchimento senza causa", in *Tratt. Rescigno*, IX, *Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, 1984, p. 814 ss. ove si richiama anche RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1996, (1949), p. 260 ss.; cfr. SCHLESINGER, P.: *Arricchimento (Azione di)*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, p. 1005 ss. ove rileva l'improprietà di ricercare un fondamento unitario tra le numerose disposizioni che disciplinano particolari ipotesi di arricchimento e il principio generale indicato nell'art. 2041 c.c. sulla base di un medesimo principio equitativo, in quanto la maggior «parte delle norme dell'ordinamento è diretta

Negli ordinamenti in cui l'ingiustificato arricchimento non è stato codificato occorre considerare se possa essere esercitato limitatamente ai casi espressamente previsti dalla legge o consiste in un principio generale⁹. Laddove l'ingiustificato arricchimento è stato disciplinato mediante la previsione di un principio di carattere generale, l'attenzione necessariamente converge verso le condizioni che sono necessarie per l'esercizio dell'azione.

Nonostante il divieto di ingiustificato arricchimento sia stato introdotto nell'ordinamento interno solamente con la codificazione del '42, la disposizione dell'art. 2041 c.c. non sembra essere posta come limite alla disciplina delle singole fattispecie generalmente riconducibili nell'alveo dell'arricchimento senza causa. Piuttosto, tale previsione è stata qualificata dalla dottrina come clausola generale¹⁰, proprio in quanto dovrebbe consentire all'interprete di individuare la regola maggiormente idonea a disciplinare il caso concreto¹¹. Si andrebbe in tal senso a superare l'idea dell'arricchimento senza causa basato solamente sull'equità. Sembra, tuttavia, al di là di tale ricostruzione, che non è la stessa disposizione sull'ingiustificato arricchimento a costituire una clausola generale, quanto piuttosto la mancanza di giusta causa¹², ossia l'assenza di un idoneo titolo legale o convenzionale che possa giustificare l'arricchimento e la correlativa diminuzione patrimoniale e che, sostanzialmente ne costituisce il fondamento, oltre che uno dei requisiti che caratterizzano la fattispecie¹³.

ad impedire che si attui una situazione di squilibrio nella distribuzione dei beni e può quindi considerarsi ispirata al medesimo principio di giustizia commutativa» sicché l'affermazione diverrebbe troppo generica. Sul punto inoltre, ALBANESE, A.: *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 2005, p. 22 ss.

- 9 Sull'argomento, ARU, L.: "Delle obbligazioni, artt. 2028-2042. Gestione di affari", in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1981, p. 73 ss.; inoltre, GIORGINI, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., 2010, p. 218 ss.
- 10 La previsione normativa contenuta nell'art. 2041 c.c. è stata qualificata come clausola generale; v. in proposito BRECCIA, U.: "L'arricchimento senza causa", in *Tratt. Rescigno*, IX, *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 820 ss., ALBANESE, A.: *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 35 ss.; TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 6; *contra* P. SCHLESINGER, *Arricchimento (Azione di)*, cit., p. 1007 ss., ove evidenzia che l'art. 2041 c.c. pur rappresentando una specie di norma di chiusura non consentirebbe di far venir meno l'approccio basato su di un insieme di fattispecie tipiche.
- 11 Osserva in proposito TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 5 ss., che la previsione di una disposizione generale sull'arricchimento senza causa «rende più sicura la possibilità di riunire introno ad un principio comune le norme specifiche che ricadono entro il suo ambito, consentendo l'interpretazione delle norme specifiche, le quali a loro volta contribuiscono alla migliore interpretazione della norma generale, troppo generica nella sua formulazione e perciò astrattamente suscettibile delle applicazioni più vaste».
- 12 V. ALBANESE, A.: *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., 36 ss.; rileva l'a. che la qualificazione dell'art. 2041 c.c. come clausola generale coincide con la «presa d'atto ad opera degli studiosi, del fallimento dei tentativi precedenti, tutti volti al reperimento di una formula unitaria in materia di giusta causa che fosse in grado di offrire una sistemazione concettualmente rigorosa alla materia degli arricchimenti giustificati». In tal senso, pare che l'a. colleghi alla mancanza di giusta causa le caratteristiche proprie della clausola generale. Sul punto, per una ricostruzione dettagliata, v. GIORGINI, E.: *Ingiustificato arricchimento*, cit., nota 11, p. 623.
- 13 Evidenzia BARBIERA, L.: *L'ingiustificato arricchimento*, cit., p. 10, che la disposizione normativa sembra conferire preminenza alla "giusta causa" rispetto agli altri presupposti richiesti per l'esperimento dell'azione di ingiustificato arricchimento; sul punto, v. GIORGINI, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., p. 221 s.

L'individuazione di una clausola generale relativa all'ingiustificato arricchimento in ogni caso non ha consentito di risolvere le problematiche applicative connaturate all'azione¹⁴. Secondo la giurisprudenza sussiste una giusta causa quando l'arricchimento deriva da un atto negoziale e dal conseguente inadempimento delle obbligazioni che ne derivano, dalla presenza di una disposizione normativa o dal semplice consenso dell'impoverito¹⁵. Di fatto, nell'ambito dell'operatività di tale azione, si rileva una insufficiente configurazione della giusta causa in riferimento al caso concreto¹⁶. Neppure nella recente decisione della Suprema Corte¹⁷ si è ritenuto di soffermarsi sulla nozione di giusta causa, ritenendo invece più utile chiarire come interpretare il requisito della sussidiarietà dell'azione di arricchimento. Ma individuare il significato della sussidiarietà prevista dall'art. 2042 c.c., ai fini della delimitazione dell'esercizio dell'azione, implica necessariamente la preliminare analisi della mancanza di giusta causa quale elemento fondamentale a cui fa riferimento l'istituto dell'ingiustificato arricchimento¹⁸. È del resto evidente, infatti, che il limite primario che preclude l'esercizio dell'azione è costituito proprio dalla mancanza di giusta causa, qualora nella concreta valutazione del caso non dovesse emergere una giustificazione dell'attribuzione patrimoniale¹⁹.

Anche la dottrina non sembra essere giunta ad enucleare univocamente la nozione di giusta causa²⁰, sebbene in via generale è orientata verso l'idea che l'arricchimento deve ritenersi ingiustificato quando il vantaggio economico che è stato conseguito non è giustificato da un interesse meritevole di tutela²¹. Sulla base di tali considerazioni, l'azione di arricchimento appare esercitabile nell'ambito di uno spazio abbastanza delimitato.

III. SUSSIDIARIETÀ E GIUSTA CAUSA QUALI PRESUPPOSTI DELL'AZIONE.

La delimitazione dello spazio di operatività diventa ancora più evidente se si tiene conto che l'azione è anche sussidiaria. Come disposto dall'art. 2042 c.c.,

14 V. ALBANESE, A.: "L'impoverimento dell'arricchimento senza causa", *Foro it.*, 2024, I, c. 163 ss.

15 Cass., 22 giugno 2000, n. 8481, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1372; Cass., 29 gennaio 2003, n. 1288, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 1239.

16 GORLA, G.: *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 1955, l'a. evidenzia che «il termine "arricchimento" vuol semplicemente alludere ad un *transfert* o promessa *validi*, che determinerebbero un arricchimento ingiusto, se un'azione (*condicio*) non venisse a neutralizzare gli effetti».

17 Cass., Sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, cit.

18 In tal senso, ALBANESE, A.: "L'impoverimento dell'arricchimento senza causa", *Foro it.*, 2024, I, c. 163 ss.

19 Così, MACARIO, F.: "L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità", *Foro it.*, 2024, I, c. 172 ss.

20 Sulla ricostruzione del concetto di causa della dottrina e della giurisprudenza v. ASTONE, F.: *L'Arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 125 ss.; ROTONDI, M.: "L'azione di arricchimento, I, I requisiti e l'oggetto dell'azione nella giurisprudenza italiana e francese", *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 393 ss.

21 Così, BIANCA, C.M.: *Diritto civile, V, La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 818 ss.; sul controllo di meritevolezza, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Esi, Napoli, 2020, p. 99 ss.

l'arricchimento senza causa è un'azione generale che non è proponibile quando può essere esercitata dal danneggiato una diversa azione²².

Se l'esercizio dell'azione è caratterizzato dalla sussidiarietà, la mancanza di giusta causa non può ritenersi esclusa in ragione di un negozio o dalla legge. Nel caso del mancato rispetto di questi ultimi, infatti, l'ordinamento prevede già delle azioni che i privati possono esercitare a tutela dei propri interessi. Se la giusta causa dovesse limitare la propria identificazione alla presenza di un negozio o della legge, sarebbe anche più difficoltoso comprendere l'utilità di un'azione che è caratterizzata dalla sussidiarietà²³. Comunque, la sussidiarietà e la giusta causa, pur essendo presupposti di una stessa azione, mantengono un significato diverso. L'arricchimento ingiustificato peraltro presuppone che vi sia un atto lecito a giustificazione dello spostamento patrimoniale, in quanto diversamente si configurerebbe una ipotesi di responsabilità e di risarcimento del danno²⁴.

L'ingerenza che deriva dal comportamento lesivo di un diritto altrui può determinare un arricchimento che provoca un impoverimento in pregiudizio di chi lo subisce; questo va distinto dal danno ingiusto, ai fini dell'art. 2043 c.c. per la cui produzione rileva anche l'elemento soggettivo²⁵. In ogni caso, la correlazione diretta

- 22 L'azione di generale di arricchimento ha trovato iniziale riferimento nell'applicazione del principio di specialità dell'ordinamento francese che ne precludeva ogni possibile interferenza con gli altri istituti; v. AUBRY, C. e RAU, C.: *Cours, de droit civil français*, IV^a ed., Paris, 1871, IV, p. 441 ss.; DRAKIDIS, P.: "La "subsidiarité, caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause", *Rev. trim. dr. civ.*, 1961, p. 577 ss. L'azione generale di arricchimento non è invece considerata sussidiaria nell'ordinamento tedesco, nei paesi di *common law*, così come non è comparabile con il diritto olandese ed ai progetti relativi al codice europeo, v. *Study Group on a European Civil Code, Principles of European Unjustified Enrichment Law*, in www.sgecc.net, ove l'attenzione è rivolta verso la mancanza di una giustificazione dell'arricchimento. Per una ricostruzione storica dell'istituto, tra gli altri, GALLO, P.: *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, VII, Giappichelli, Torino, 2018, p. 21 ss.; *Id.*, *L'azione di arricchimento può ancora considerarsi sussidiaria?*, *Accademia*, p. 947 ss. Per una ricognizione dell'istituto più risalente, v. SCHLESINGER, P.: "Arricchimento (azione di)", *Noviss. Dig. it.*, I, 1957, p. 1004 ss.; TRABUCCHI, A.: "Arricchimento senza causa", *Enc. dir.*, III, Milano, 1959, p. 66; per TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 4, «la portata della norma sta appunto nella conferma di quell'indirizzo giurisprudenziale e dottrinale che ammetteva l'esistenza di un principio che vieta l'arricchimento senza causa a danno di altri»; in tal senso MORI CHECCUCCI, U.: *L'arricchimento senza causa*, Cya, Firenze, 1943, p. 5 ss., ove sottolinea che il riconoscimento normativo di un generale divieto di arricchimento senza causa non è giunto inaspettato, poiché dottrina e giurisprudenza da diversi decenni hanno aperto la via a tale principio.
- 23 Rileva GIORGINI, E.: "Ingiustificato arricchimento", cit., p. 626, che la sussidiarietà dimostrerebbe che la giusta causa è qualcosa di molto diverso dalla mera rilevazione che tra l'arricchito e l'impoverito vi sia come ragione giustificativa, un rapporto regolato dalla volontà delle parti o dalla legge perché se così non fosse, la sussidiarietà e la mancanza di giusta causa finirebbero per avere una portata se non identica almeno simile.
- 24 In proposito v. SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1959, (rist.) Esi, Napoli, 1980, p. 129 ss.
- 25 V., SIRENA, P.: "La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno", cit., p. 77 ss. Sul danno ingiusto, tra gli altri QUARTA, F.: *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Esi, Napoli, 2013, p. 63 ss.; PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, cit., p. 321; FLAMINI, A.: "Responsabilità civile e Costituzione", *Annali della Facoltà Giuridica*, II, 2013, p. 17 ss.; RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 107 ss.; SCOGNAMIGLIO, R.: voce "Illecito (diritto vigente)", *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 164 ss.; COMPORTI, M.: *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1965, p. 39 ss.; ALPA, G.: *Il problema della atipicità dell'illecito*, Esi, Napoli, 1979, p. 256 ss.

e attuale tra il danno e l'arricchimento, che si esplica in un'effettiva attribuzione patrimoniale, può anche trovare espressione in un risparmio economico²⁶.

Se lo squilibrio economico che si crea tra l'interesse dell'arricchito e quello dell'impoverito risulta così elevato da risultare ingiustificato, nonostante vi sia un atto lecito alla base, potrebbe consentire l'esperimento di un rimedio restitutorio. In tal senso, il fondamento del "diritto delle restituzioni" sembra che possa essere rinvenuto più che nell'atto lecito, nella mancanza di un bilanciamento tra gli interessi che le parti intendono soddisfare.

L'ingiustificato arricchimento va così ad inserirsi tra gli strumenti posti a rimedio di quelle situazioni in cui l'operazione tra le parti è oggettivamente incapace di essere in equilibrio²⁷ e quindi proporzionata. Va a tal proposito tenuto conto che l'azione trova la sua *ratio* nella correzione dello squilibrio patrimoniale instauratosi tra le parti affinché possa essere ristabilito l'equilibrio e la proporzionalità dell'operazione. La giusta causa dovrebbe allora essere concretizzata per mezzo di principi come ad esempio la proporzionalità e la ragionevolezza²⁸. Gli ulteriori requisiti, tra cui la sussidiarietà, consentirebbero di non disperdere la funzione propria dell'azione quale strumento di riequilibrio degli spostamenti patrimoniali tra le parti che non sono assistiti da una valida causa²⁹. L'esigenza di tutela comprende ogni ipotesi in cui i soggetti subiscono un'alterazione di una situazione di fatto o di diritto senza una giusta causa, che necessita di essere rimossa per ristabilire la situazione originaria³⁰.

26 L'effettività dell'arricchimento può manifestarsi attraverso modalità diverse come ad esempio l'acquisizione di una cosa determinata, di denaro, di diritti di credito, dal ricevimento di una prestazione di fare, ecc. Secondo DI PAOLA S. e PARDOLESI, R.: "Arricchimento", *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 3 ss., ciò da cui non si può prescindere è che l'attribuzione sia effettiva e non meramente eventuale e futura. Inoltre, Cass., 26 novembre 1986, n. 6981, *Foro pad.* 1989, I, p. 291, rileva che «ai fini dell'azione di arricchimento senza causa, proposta ai sensi dell'art. 2041 c.c. nei confronti del soggetto che si sia avvantaggiato dell'opera o della prestazione eseguite a suo favore da un terzo, non rileva l'utilità che l'autore dell'opera o della prestazione mirava a far conseguire o che il destinatario di esse sperava di realizzare, bensì quella che quest'ultimo ha in effetti conseguito». Così anche ALBANESE, A.: *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, Verona, 2005, p. 296. SIRENA, P.: "La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno", *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65 ss., evidenzia che i rimedi restitutori obbligano il soggetto responsabile a restituire ciò che ha ricavato dalla sfera giuridica-patrimoniale del soggetto impoverito, indipendentemente dalla realizzazione di un pregiudizio, il cui oggetto è costituito non dal danno, ma dall'arricchimento di chi ne subisce l'esercizio. Tuttavia, che la tutela restitutoria abbia propriamente ad oggetto un arricchimento del soggetto responsabile non costituisce un orientamento uniforme; cfr. in generale, MESSINETTI, D.: "Ritornare a Parmenide? È consigliabile, piuttosto, ripartire dalle *Institutiones*", *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 435 ss., ove evidenzia che gli effetti restitutori presuppongono l'identità tra quanto ricevuto e l'oggetto che va restituito.

27 Per una ricostruzione argomentativa in tal senso v. BARBIERA, L.: *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, *passim*.

28 In tal senso, GIORGINI, E.: "Ingiustificato arricchimento", cit., p. 633.

29 DI PAOLA, S., PARDOLESI, R.: "Sulle pene semperitene dell'ingiustificato arricchimento: sussidiarietà in cerca d'autore", *Foro it.*, 2024, I, I, c. 149 ss.; MOSCATI, E.: "L'azione di arricchimento nelle codificazioni moderne", in AA.VV.: *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, p. 4752 ss.

30 L'alterazione della situazione di fatto o di diritto che non trova giustificazione nelle norme dell'ordinamento deve essere rimossa affinché possa essere ristabilita la situazione originaria. In tal senso «va tutelato non solo il proprietario illegittimamente spogliato o colui che ha subito il pregiudizio alla propria persona, ma

IV. L'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA QUALE RIMEDIO RESIDUALE E PRESUPPOSTI DI OPERATIVITÀ DELL'AZIONE.

Il requisito della sussidiarietà, che peraltro non caratterizza anche l'indebito e la gestione altrui, ha comportato una applicazione abbastanza restrittiva dell'azione di arricchimento³¹. La *ratio* della natura sussidiaria dell'azione di arricchimento viene generalmente ricondotta all'esigenza di evitare che attraverso il cumulo delle azioni possano essere realizzate duplicazioni di tutela. La finalità è di impedire che il danneggiato riesca a soddisfare i propri interessi sottraendosi agli effetti negativi conseguenti al rigetto delle istanze previamente proposte³². Il fondamento della clausola della sussidiarietà invece andrebbe ravvisato nella salvaguardia del principio della certezza del diritto, in considerazione che l'esperibilità dell'azione di arricchimento potrebbe generare sbilanciamenti del sistema³³, nonché nella natura equitativa del rimedio di cui all'art. 2041 c.c.³⁴.

La Suprema Corte³⁵ ha recentemente affermato che, ai fini della verifica del rispetto della regola della sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., l'azione di arricchimento è proponibile laddove la diversa azione, che sia fondata sul contratto, sulla legge o su clausole generali si riveli *ab origine* carente del titolo giustificativo.

anche il soggetto che abbia effettuato un pagamento non dovuto o comunque abbia ottenuto attribuzioni o utilità senza giustificazione», così DI MAIO, A.: *La tutela civile dei diritti*, Giuffè, Milano, 1987, p. 234.

- 31 GALLO P.: "La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: *dura lex sed lex!*", *Archivio dir. civ.*, 2024, p. 253 ss.
- 32 La dottrina più risalente prospettava che la restituzione dell'arricchimento non giustificato potesse costituire un'azione finalizzata ad aggirare le istanze di tutela già disciplinate da altri istituti già vigenti nell'ordinamento interno. Si sosteneva anche, come già era avvenuto nell'esperienza francese, che l'azione per la restituzione dell'arricchimento senza causa aveva la finalità di evidenziare che la sussidiarietà trovava espressione in molte altre norme delle codificazioni tradizionali, e per altro verso, di rivendicare la compatibilità e l'indispensabile coordinamento dell'azione con altri istituti vigenti, che non ne dovevano essere travolti. L'art. 2042 c.c., secondo altri orientamenti della dottrina, serviva a far sì che nell'arricchimento mediato da un terzo, come nel noto caso *Arrêt Boudier*, il proprietario del bene valorizzato potesse essere chiamato a rispondere solo sussidiariamente, in seguito alla infruttuosa escussione del patrimonio del concessionario in godimento. Altri orientamenti ritenevano che il principio di sussidiarietà avesse la funzione di scongiurare la vanificazione o di depotenziare i termini di prescrizione o decadenza e così di impedire che una volta prescritta l'azione contrattuale o extracontrattuale, il danneggiato potesse agire con l'azione di arricchimento. Ancora altra parte della dottrina riteneva anche che escludere che l'azione di arricchimento potesse scompaginare il diritto dei contratti e minare il *pacta sunt servanda*, così CARUSI, D.: "Osservazioni sull'ordinanza interlocutoria Cass., 5222/2023 e sulla sussidiarietà dell'azione di arricchimento", *Accademia*, 2023, p. 935 e con riferimento alla dottrina tradizionale, ANDREOLI, G.: *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940 p. 7; RICCOBONO, S.: "La gestione di affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno", *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 412; BRECCIA, U.: *L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 811 ss.
- 33 Cfr. MACARIO, F.: "L'azione di arricchimento", cit., c. 172 ss.
- 34 Cass., 5 dicembre 2023, n. 33954, cit.
- 35 Cfr. Cass, 22 marzo 2012, n. 4620, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 386, ove rileva che la ragione della regola della sussidiarietà risiede nell'esigenza di evitare che l'azione di arricchimento senza causa divenga strumento per eludere o aggirare i limiti esistenti nei confronti dell'azione tipica. Cfr. SCHLESINGER, P.: "Arricchimento", cit., p. 1007, ove rileva che in materia di arricchimento ingiustificato è impossibile raggiungere una formula unitaria che riguarda tutti i casi di arricchimento senza giusta causa e che sarebbe «preferibile l'illustrazione di una ricca casistica, piuttosto che l'enunciazione di criteri direttivi». Sul punto cfr. MAGGIOLO, M.: "Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento", *Riv. dir. banc.*, 2024, p. 1 ss.

Il ricorso all'ingiustificato arricchimento resta invece precluso quando il rigetto della possibile domanda alternativa deriva dalla prescrizione o dalla decadenza del diritto che è stato azionato, quando discende da carenza di prova sulla esistenza del pregiudizio subito, o in caso di nullità del titolo contrattuale che deriva dall'illiceità del contratto per contrasto a norme imperative e ordine pubblico³⁶.

Se, infatti, la finalità della sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c. risiede nella necessità di impedire che possa essere diversamente ottenuto quanto è stato negato in seguito all'esercizio dell'azione principale³⁷, non vi sarebbe stata ragione per escludere che ciò si potesse verificare anche nel caso di rigetto di una domanda fondata su una clausola generale come ad esempio nel caso della responsabilità precontrattuale³⁸. Su tale presupposto, la sussidiarietà costituisce una condizione preclusiva indipendentemente dal fatto che la tutela derivi da disposizioni c.d. tipiche o contrattuali, o da clausole generali³⁹.

La verifica della sussistenza di un rimedio alternativo, che va a precludere l'azione di arricchimento, tuttavia presuppone la verifica dell'astratta disponibilità dell'impoverito di un titolo da far valere in via principale o in alternativa. Laddove, invece, l'azione principale è fondata su una clausola generale, secondo la Suprema Corte, al fine di stabilire se sussiste un titolo che legittima l'azione principale e che di conseguenza impedisce l'azione di arricchimento, occorre una valutazione nel merito della disponibilità della domanda principale⁴⁰.

V. ULTERIORI OSSERVAZIONI SULLA SUSSIDIARIETÀ. RILIEVI CONCLUSIVI.

L'individuazione dell'ambito di operatività della sussidiarietà assume particolare rilevanza proprio in quanto costituisce un requisito dell'azione di arricchimento, ne va a circoscrivere la proponibilità⁴¹ e va a riflettersi sull'applicazione in astratto o in

36 Cass., Sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, cit.

37 Cass., 17 gennaio 2020, n. 843, in *Giur.it.*, 2020, 8-9, p. 1891 ss., ove rileva che il divieto di esperire azione di arricchimento, in presenza di azione tipica, serve a evitare duplicazioni risarcitorie, ossia ad impedire che chi ha già ottenuto il risarcimento o ha avuto ragione con l'azione principale possa con l'azione di arricchimento lucrare di nuovo e ingiustamente una seconda volta. La *ratio* risiede nella necessità di impedire che il soggetto impoverito, che ha già ottenuto ristoro mediante altro rimedio, ne possa ottenere un altro con l'azione di arricchimento.

38 Cass., Sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, cit., ove evidenzia che nell'ordinanza interlocutoria, Cass., 20 febbraio 2023, n. 5222, in *Foro it.*, I, I, p. 120 ss., si ritiene improprio il riferimento alla titolarità di un'azione tipica, quale fattore preclusivo di quella di arricchimento, sia in quanto le azioni (quali poteri processuali) non sono tipiche, sia perché non si deve correre il rischio di confondere l'asserita tipicità dell'azione con la tipicità della fattispecie.

39 PERLINGIERI, P. e ROMANO, G.: *Ingiustificato arricchimento*, in P. PERLINGIERI: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2022, p. 305 ss.

40 Cass., 22 marzo 2012, n. 4620, *Vita notar.*, 2012, p. 793 ss.

41 SCOGNAMIGLIO, C.: "La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: attendendo le Sezioni unite", *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 742 ss.; MOSCATI, E.: *L'azione di arricchimento nelle codificazioni moderne*, cit., p. 476 l ss.; *Id.*, "Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 494 ss.

concreto della regola della sussidiarietà. L'operatività della sussidiarietà in termini astratti andrebbe a precludere l'azione di arricchimento ogni qual volta l'impoverito ha a disposizione rimedi diversi, senza alcuna valutazione delle circostanze che caratterizzano il caso specifico.

La giurisprudenza più recente non si sofferma sulla giusta causa quale presupposto preclusivo che caratterizza l'azione di arricchimento, per cui l'indagine viene spostata inevitabilmente verso la "portata" della sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c.⁴². Una valutazione della sussidiarietà non soltanto in termini generali e astratti risponderebbe all'esigenza di evitare duplicazioni di tutela, di aggirare eventuali preclusioni maturate in relazione a rimedi alternativi o di far valere le proprie pretese, in modo diverso.

Considerati i limiti dell'azione arricchimento, che peraltro sono stati ribaditi dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, va comunque rilevata la tendenza verso il costante temperamento nell'applicabilità in astratto della regola della sussidiarietà⁴³. Diversamente l'impoverito non potrà accedere all'azione di arricchimento ingiustificato in ogni caso in cui sussista una previsione che dispone, anche solo potenzialmente, un rimedio diverso. Si cerca in tal senso di giungere ad un raccordo tra la residualità dell'azione con l'esigenza di giustizia e di equità che la disposizione normativa esprime, sempre in termini generali, ai fini della tutela dell'impoverito contro l'ingiustificato arricchimento.

Nell'esaminare lo spazio in cui collocare l'azione e prediligendo il presupposto della sussidiarietà, va comunque rilevato che sembra che venga attribuito un minor rilievo a quello della giusta causa dell'arricchimento. Individuare preliminarmente la nozione di giusta causa potrebbe consentire di porre la problematica sull'operatività dell'azione in una dimensione più sistematica e tesa ad attribuire al disposto dell'art. 2041 c.c. una contestualizzazione all'interno delle diverse tutele previste dall'ordinamento.

In tal senso potrebbe pertanto essere considerato il contesto contrattuale, precontrattuale, il fatto illecito extracontrattuale, così come quello c.d. "quasi contrattuale"⁴⁴, in relazione a quelle situazioni in cui lo squilibrio economico, che è determinato da una eterogeneità dei fatti, non trova giustificazione causale e neppure sussistono i presupposti per la tutela risarcitoria per illecito extracontrattuale⁴⁵.

42 Cass. Sez. Un., 5 dicembre, 2023, n. 33954, cit.

43 Cass., Sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772, *Resp. civ. prev.*, 2009, 2, p. 421; Cass., 22 ottobre 2021, n. 29672, *Foro it.*, 2021, V., CICCIO, C.: *Sulla sussidiarietà "in astratto dell'azione di arricchimento senza causa"*, *Giur. it.*, 2023, p. 1533 ss.

44 GALLO, P.: "Quasi contratti", *Dig. it.*, Sez. civ. XVI, Torino 1997, p. 154; Id., *Arricchimento senza causa e quasi contratti, I rimedi restitutori*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), 2a ed., Torino, 2008.

45 In tal senso MACARIO, F.: "L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità", cit., c. 172 ss.

Se si considera l'azione di ingiustificato arricchimento nell'ambito sistematico delle tutele, appare evidente sia la residualità rispetto ai rimedi tipizzati dal legislatore, sia l'esigenza di carattere generale di far fronte allo squilibrio patrimoniale che risulta privo di giustificazione sul piano causale. La "cautela" che la giurisprudenza mostra nei confronti dell'azione di arricchimento non sembra però trovare ragione se si considera che le tutele definite a livello normativo, con carattere di specialità, sono comunque destinate a prevalere sull'azione generale prevista dall'art. 2041 c.c.⁴⁶. Se infatti l'arricchimento è giustificato dalla legge o dal contratto, e non manca la causa, non è possibile di per sé accedere all'esperibilità del rimedio. Parte della dottrina rileva in tal senso che la sussidiarietà si pone anche come un criterio superabile, sebbene non manchino orientamenti che si esprimono in senso contrario⁴⁷.

L'azione di arricchimento dovrebbe prescindere dalla sussidiarietà, in considerazione peraltro, del limite precipuo che assume per l'azione la mancanza della giusta causa⁴⁸.

Nel delineare i presupposti per l'esercizio del rimedio recuperatorio di cui all'art. 2041 c.c. è abbastanza risale la difficoltà di interpretare la nozione di giusta causa e se la sussidiarietà debba essere intesa in senso letterale o attraverso un'analisi caso per caso finalizzata a non privare l'impovertito della possibilità, laddove non disponga di altri rimedi e sia stato diligente, di essere indennizzato per la propria situazione patrimoniale ingiustificatamente modificata in favore di altri soggetti⁴⁹. Più in generale si prospetta un'interpretazione della sussidiarietà in concreto. La valutazione in concreto delle circostanze che riguardano gli aspetti fattuali, potrebbe introdurre la possibilità di esercitare la tutela che risulta maggiormente idonea a correggere il dato oggettivo dell'ingiustificato arricchimento.

Del resto, se le ragioni unanimesi della giurisprudenza sulla residualità dell'azione di ingiustificato arricchimento trovano allocazione nella necessità di evitare che

46 Rileva GALLO, P.: "La sussidiarietà dell'azione", cit., p. 257 s. che il principio di sussidiarietà dovrebbe essere interpretato in connessione con l'art. 1344 c.c. Sulla base del combinato disposto degli artt. 2042 e 1344 c.c. deve essere esclusa ogni applicazione dell'azione di arricchimento la cui funzione sia quella di aggirare, escludere, o in qualche modo eludere l'applicazione di norme imperative o anche di riallocare vantaggi o costi contrattuali che contrastano con quanto è stato convenuto dalle parti e che tale risultato può essere raggiunto anche in applicazione del requisito dell'ingiustizia. Cfr. C. St., 22 marzo 1977, n. 209, Cons. Stato, 1979, p. 288. V., MACARIO, F.: "L'azione di arricchimento", cit., c. 176 s., rileva che residualità e sussidiarietà compaiono «quali concetti usati talvolta in modo promiscuo», altre volte distinguendo, invero non chiaro, tra funzione sussidiaria e natura residuale dell'azione.

47 PAGLIANTINI, S.: "La sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento: e se fosse (anche) un problema di lacuna?", *Foro it.*, 2024, fasc. I, I, c. 1763 ss.; l'a. prospetta argomentazioni in favore della sussidiarietà in astratto, che ritiene riaffermata dalla recente giurisprudenza. Ritiene che il disposto dell'art. 2041 c.c. appresta un ristoro di stretta pertinenza delle situazioni che sono già «*ab origine*» prive di un rimedio riconosciuto dalla legge e di conseguenza non può essere considerata una lettura in concreto della sussidiarietà.

48 GALLO P.: "La sussidiarietà dell'azione", cit., p. 256 ss., ove rileva la possibilità di una interpretazione abrogante sia del requisito del danno, sia di quello della sussidiarietà.

49 In proposito, DI PAOLA S., PARDOLESI R., "Sulle pene semperiternae dell'ingiustificato arricchimento", cit., p. 149.

l'impoverito possa conseguire duplicazioni economiche mediante l'esercizio di azioni concorrenti, è evidente la necessità di valutazioni in concreto degli aspetti che caratterizzano le singole fattispecie. In tale logica la valutazione in concreto della giusta causa dello squilibrio patrimoniale, delle specifiche circostanze, così come della sussidiarietà dell'azione diviene funzionale ad evitare indebite locupletazioni o distorsioni del sistema delle tutele che operano spesso in modo concorrente e in ambiti giuridici diversi. L'indagine dovrebbe essere condotta non in virtù di automatismi inflessibili, ma attraverso un bilanciamento tra gli interessi che caratterizzano la posizione dell'impoverito e quella dell'arricchito⁵⁰.

Appare necessario evitare che per la preclusione dell'azione sussidiaria di arricchimento, l'arricchito possa conservare le utilità conseguite e si determini, in relazione alla situazione concreta, un effetto pregiudizievole per l'impoverito. Non si può escludere che in qualche caso, anche se il contratto è illecito, si possa attribuire all'impoverito una indennità, a norma dell'art. 2041 c.c. in relazione alle posizioni delle parti e che ciò possa costituire una misura equa⁵¹. Non sempre i rimedi astrattamente previsti risultano adeguati a tutelare gli interessi delle parti. Appare allora necessario verificare se in relazione al singolo caso, il rimedio astrattamente previsto risulti congruo ad assicurare la soddisfazione dell'interesse dell'impoverito. Talvolta il ricorso ad un rimedio individuato sulla base della valutazione di meritevolezza dell'interesse tutelato potrebbe risultare più efficace. Pertanto, l'analisi nel merito dovrebbe essere estesa ad ogni strumento di tutela offerto dall'ordinamento, senza categorizzazioni predeterminate, affinché possa essere individuato il criterio interno adeguato a contemperare gli interessi contrapposti delle parti. D'altronde l'impoverito deve essere tutelato non in relazione all'astratta previsione di un'azione, ma sulla base degli interessi risultati meritevoli di protezione. I rimedi devono essere adeguati alla patologia del rapporto, ma anche agli interessi sottostanti⁵².

50 Cfr. MAGGIOLO, M.: "Le Sezioni Unite", cit., p. 14, Secondo E. GIORGINI, "Ingiustificato arricchimento", cit., p. 634, sembra che il requisito della sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento non sia in grado di precluderne l'operatività nel caso sia di negozio invalido, sia di negozio valido. Nell'ambito, infatti, di quest'ultimo potrebbe ben accadere che vi sia una patologia della causa dell'attribuzione che la renda ingiusta ai sensi e per gli effetti dell'art. 2041 c.c. e che, proprio perché il negozio è valido e non presenta vizi che darebbero luogo alla caducazione degli effetti, non si avrebbero altre azioni che consentano di controllare la proporzionalità dell'attribuzione. La soluzione indicata sarebbe da preferire soprattutto nell'ottica della conservazione degli effetti del negozio, o del controllo dell'atto in funzione conservativa. «Militerebbe, altresì, a favore della ricostruzione prospettata l'ormai vieppiù riconosciuta necessità che i rimedi siano i più adeguati, non soltanto alla patologia dell'atto, ma anche agli interessi sottostanti».

51 Così, MAGGIOLO, M.: "Le Sezioni Unite", cit., p. 14, ove evidenzia che non può neppure essere escluso che in qualche caso, pur essendo un contratto illecito, si possa accordare all'impoverito una misura indennitaria limitata a quanto consentito dall'art. 2041 c.c., in quanto rispetto alla vicenda concreta per le parti possa costituire un esito più soddisfacente, equo e maggiormente coerente della logica tradizionalmente adottata in riferimento alla valutazione della sussidiarietà.

52 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, Esi, Napoli, 2020, p. 118 ss.

La portata operativa dell'ingiustificato arricchimento, più che sulla base della sussidiarietà, va individuata mediante un'analisi condotta di volta in volta in relazione al caso concreto⁵³. L'ingiustificato arricchimento può consistere anche nell'assenza di proporzionalità fra l'interesse del creditore e del debitore. La mancanza di giusta causa va valutata nell'ottica dell'interesse che deve essere tutelato. Il rimedio dovrebbe essere inteso come uno strumento da modulare in funzione degli interessi da tutelare e non applicabile sulla base di rigide ed astratte interpretazioni⁵⁴.

L'intero sistema rimediale dovrebbe essere valutato in prospettiva funzionale alla soddisfazione degli interessi delle parti e sulla base dei principi dell'effettività, dell'adequatezza e della proporzionalità, al fine di indentificare quello più congruo agli interessi coinvolti⁵⁵.

53 SCOGNAMIGLIO, C.: "La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: attendo le sezioni unite", *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 742 ss.; CARUSI, D.: "Una fonte (inesauribile?) di equivoci", *Giur. it.*, 2014, p. 1098 ss.; Cass. 2 agosto 2013, n. 18502, *Giur. it.*, 2014, p. 1098 ss.

54 PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2010, p. 74 ss.

55 PERLINGIERI, P.: "Il giusto rimedio nel diritto civile", in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 3 ss.; PERLINGIERI, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo europeo*, Esi, Napoli, 2013, p. 86 ss.

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE, A.: "L'impovertimento dell'arricchimento senza causa", *Foro it.*, 2024, I, c. 163;

ALBANESE, A.: *Ingustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 2005, p. 22;

ALBANESE, A.: "L'impovertimento dell'arricchimento senza causa", *Foro it.*, 2024, I, c. 163;

ALBANESE, A.: *Ingustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, Verona, 2005, p. 296;

ALPA, G.: *Il problema della atipicità dell'illecito*, Esi, Napoli, 1979, p. 256;

ARU, L.: "Delle obbligazioni, artt. 2028-2042. Gestione di affari", in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1981, p. 73;

ASTONE, F.: *L'Arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 125;

ASTUTI, G.: "Arricchimento. Premessa storica", in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 56;

AUBRY, C. e RAU, C.: *Cours, de droit civil francais*, IV^a ed., Paris, 1871, IV, p. 441;

BARBIERA, L.: *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, *passim*.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile, V, La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 818;

BRECCIA, U.: "L'arricchimento senza causa", in *Tratt. Rescigno*, IX, *Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, 1984, p. 814;

C. CICERO, *Arricchimento (azione di) nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Digesto, Agg.*, V, Utet, Torino, 2010, p. 35;

CARUSI, D.: "Osservazioni sull'ordinanza interlocutoria Cass., 5222/2023 e sulla sussidiarietà dell'azione di arricchimento", *Accademia*, 2023, p. 935;

CARUSI, D.: "Una fonte (inesauribile?) di equivoci", *Giur. it.*, 2014, p. 1098 ss.; Cass. 2 agosto 2013, n. 18502, *Giur. it.*, 2014, p. 1098;

CICERO, C.: *Sulla sussidiarietà "in astratto dell'azione di arricchimento senza causa*, *Giur. it.*, 2023, p. 1533;

COMPORTI, M.: *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1965, p. 39;

DI MAIO, A.: *La tutela civile dei diritti*, Giuffè, Milano, 1987, p. 234;

DI PAOLA, S. e PARDOLESI, R.: "Arricchimento. I) azione di arricchimento, dir. civ.", *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 3;

DI PAOLA, S., PARDOLESI, R.: "Sulle pene semperiternae dell'ingiustificato arricchimento: sussidiarietà in cerca d'autore", *Foro it.*, 2024, I, I, c. 149;

DRAKIDIS, P.: "La "subsidiarité, caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause", *Rev. trim. dr. civ.*, 1961, p. 577;

FLAMINI, A.: "Responsabilità civile e Costituzione", *Annali della Facoltà Giuridica*, II, 2013, p. 17;

G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940 p. 7;

GALLO P.: "La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: *dura lex sed lex!*", *Archivio dir. civ.*, 2024, pp. 248-253;

GALLO, P.: "Quasi contratti", *Dig. it.*, Sez. civ, XVI, Torino 1997, p. 154;

GALLO, P.: *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, VII, Giappichelli, Torino, 2018, p. 21 ss.;

GALLO, P.: *L'azione di arricchimento può ancora considerarsi sussidiaria?*, *Accademia*, p. 947 ss.

GIORGINI, E.: "Ingiustificato arricchimento e controllo degli atti di autonomia negoziale. Da un'intuizione di Lelio Barbiera", in M. PENNASILICO (a cura di), *Scritti in Onore di Lelio Barbiera*, Esi, Napoli, 2012, p. 621;

GIORGINI, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 216;

GORLA, G.: *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 1955,

MACARIO, F.: "L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità", *Foro it.*, 2024, I, c. 172 ss.

MAGGIOLO, M.: "Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento", *Riv. dir. banc.*, 2024;

MESSINETTI, D.: "Ritornare a Parmenide? È consigliabile, piuttosto, ripartire dalle *Institutiones*", *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 435;

MORI CHECCUCCI, U.: *L'arricchimento senza causa*, Cya, Firenze, 1943, p. 5;

MOSCATI, E.: "L'azione di arricchimento nelle codificazioni moderne", in AA.Vv., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, p. 4752;

MOSCATI, E.: "Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 494;

MOSCATI, E.: *L'azione di arricchimento nelle codificazione moderne*, cit., p. 4761;

PERLINGIERI P. e ROMANO G.: *Ingiustificato arricchimento*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2022, p. 305;

PAGLIANTINI, S.: "La sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento: e se fosse (anche) un problema di lacuna?", *Foro it.*, 2024, fasc. I, I, c. 1763;

PERLINGIERI, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo europeo*, Esi, Napoli, 2013, p. 86.

PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2010, p. 74;

PERLINGIERI, P.: "Il giusto rimedio nel diritto civile", in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 3;

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Esi, Napoli, 2020, p. 99 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, Esi, Napoli, 2020, p. 118;

QUARTA, F.: *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Esi, Napoli, 2013, p. 63;

RICCOBONO, S.: "La gestione di affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno", *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 412;

RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1996, (1949), p. 260 ss.; cfr. SCHLESINGER, P.: *Arricchimento (Azione di)*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, p. 1005;

RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 1967, p. 107;

ROTONDI, M.: "L'azione di arricchimento, I, I requisiti e l'oggetto dell'azione nella giurisprudenza italiana e francese", *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 393 ss.

SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1959, (rist.) Esi, Napoli, 1980, p. 129;

SCHLESINGER, P.: "Arricchimento (azione di)", *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957, p. 1004;

SCOGNAMIGLIO, C.: "La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: attendendo le Sezioni unite", *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 742;

SCOGNAMIGLIO, R.: voce "Illecito (diritto vigente)", *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 164 ss.;

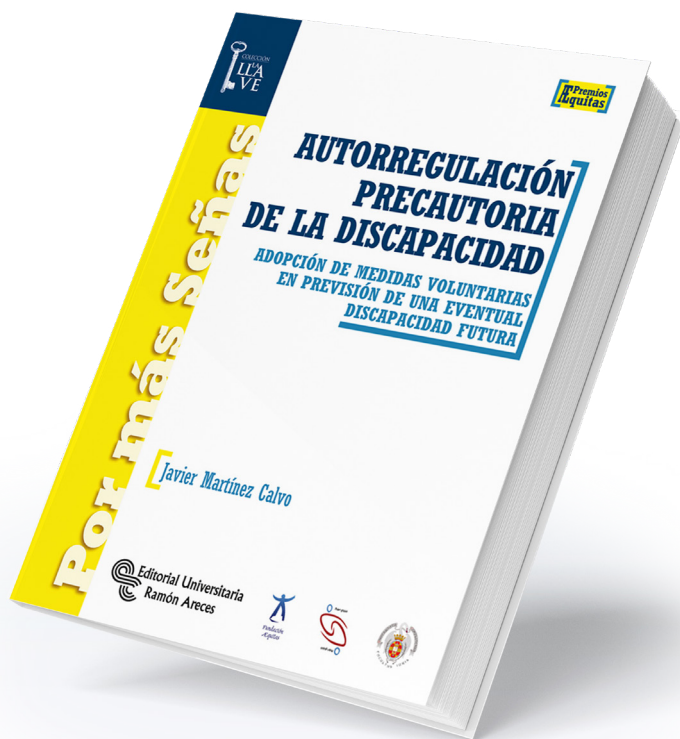
SIRENA, P.: "La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno", *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65 ss.;

TRABUCCHI, A.: "Arricchimento senza causa", *Enc. dir.*, III, Milano, 1959, p. 66;

TRIMARCHI, P.: *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 6.

RECENSIONES

MARTÍNEZ CALVO, J.: *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2022, 160 pp.



Mientras me encontraba inmersa en el delicado tema de discapacidad en el ordenamiento jurídico español en busca de materiales que me permitieran avanzar en mis estudios comparativos, me encontré con una obra sobre discapacidad que creo que refleja perfectamente la evolución que ha experimentado este tema en los últimos años. Y ello tras la promulgación de la Ley 8/2021, que introdujo reformas de la legislación civil y procesal con el fin de adaptar la normativa nacional española a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto me animó a llevar a cabo la recensión que ahora estoy escribiendo, ya que permitirá acercar este estudio a muchos investigadores interesados en este tema, a los que sin duda les será muy útil. El libro que aquí se recensiona es fruto de la investigación llevada a cabo por Javier Martínez Calvo, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, que resultó ganador del Premio Aequitas de “Investigación jurídica sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros

colectivos vulnerables” convocado por la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado de España.

En concreto, el autor aborda un tema de enorme trascendencia jurídica como es el estudio de las medidas voluntarias que, en previsión de una posible discapacidad futura, cada persona puede adoptar respecto a la protección patrimonial o personal que necesitará en caso de producirse un deterioro de sus facultades. A este respecto, resulta útil la comparación con la Ley italiana n.º 219 de 2017, titulada “Normas sobre el consentimiento informado y las disposiciones sobre el tratamiento previo”. En efecto, las Disposiciones Anticipadas de Tratamiento (DAT) también conocidas como testamentos vitales, reafirman la libertad de elección del individuo respetando la dignidad de la persona y la calidad de vida, permiten a toda persona, mayor de edad y con capacidad de comprender y querer, expresar su consentimiento o negativa sobre pruebas diagnósticas, opciones terapéuticas y tratamientos de salud, en previsión de una posible futura incapacidad de comunicar sus deseos. Para ser válidas, deben redactarse únicamente después de haber adquirido información médica adecuada sobre las consecuencias de las elecciones realizadas con estas disposiciones. Quien redacta las DAT también puede nombrar un mandatario, es decir, una persona de confianza, mayor de edad y capaz de comprender y querer, para representar y hacer cumplir sus deseos en las relaciones con el médico y los centros sanitarios en caso de imposibilidad de comunicarse con ellos. En este contexto, es esencial un conocimiento adecuado de la normativa italiana codificada y de las leyes especiales de referencia: piénsese en los artículos 405º, párrafo 4º del Código Civil italiano, y 4º párrafo, 2º apartado, de la ley n.º 219 de 2017, de los que se deduce que el administrador de apoyo puede, con la autorización del juez tutelar, expresar el consentimiento informado al tratamiento médico en interés del administrado, teniendo en cuenta la voluntad del beneficiario, en relación con su grado de capacidad de entender y querer. La cuestión es mucho más complicada cuando el sujeto ya no es capaz de manifestar su voluntad debido a su estado de incapacidad total y no ha indicado específicamente, en el momento en que estaba en plena posesión de sus facultades mentales, mediante declaraciones de voluntad anticipadas, qué terapias habría deseado recibir y cuáles habría querido rechazar si hubiera estado inconsciente. La voluntad del administrado debe deducirse del estilo de vida personal del incapacitado y, para ello, el representante legal debe ser asistido en la reconstrucción de la personalidad del paciente, con especial atención a sus valores filosóficos, teológicos y éticos, a fin de deducir el tipo de tratamiento médico que el paciente habría preferido.

Después de esta breve digresión comparativa, volvamos al trabajo que reseñamos. La estructura de la obra *“Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura”*

de Javier Martínez Calvo comienza analizando la temática de la regulación de la discapacidad de forma general para luego examinar de forma particular cada una de las medidas voluntarias de previsión de la discapacidad futura. Pero antes, para que el lector pueda situarse, se ilustra el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad establecido a raíz de las reformas legislativas que se han producido en los últimos tiempos y el papel preeminente que ha adquirido la autonomía de la voluntad en el ámbito de la discapacidad, que se manifiesta en varios aspectos: el reconocimiento de una mayor autonomía de acción para las personas con discapacidad, la admisión de la persona interesada para promover el proceso de prestación de apoyo, el fortalecimiento del derecho de la persona con discapacidad a participar en el procedimiento de prestación de apoyo o la posibilidad de establecer medidas de apoyo voluntarias (el aspecto más relevante para esta investigación).

A continuación, se centra en las tres medidas principales que una persona puede tomar en previsión de una futura discapacidad: autocuratela, poderes y mandatos preventivos, y voluntades anticipadas. El texto comienza con una ilustración de la base común de estas medidas y luego pasa a cada una de ellas, analizando diferentes aspectos, como sus antecedentes inmediatos, su marco legal actual, su configuración, los requisitos previos necesarios para su establecimiento y su posible contenido.

En los últimos años se ha consolidado una tendencia caracterizada por la ampliación de la autonomía de voluntad de las personas con discapacidad, acompañada del fortalecimiento de la posibilidad de establecer medidas anticipadas en previsión de una futura situación de discapacidad. Con la promulgación de la Ley 8/2021, cuyo objetivo era adaptar el ordenamiento jurídico español a las disposiciones incluidas en el ámbito del derecho privado por el Convenio de Nueva York de 2006, se introdujo una regulación específica de la autocuratela y de los poderes y mandatos preventivos. El trabajo de Javier Martínez Calvo muestra que ha habido un fuerte enfoque en la autorregulación de la discapacidad, permitiendo a cualquier persona interesada establecer el sistema de apoyo necesario, así como determinar su contenido y alcance. En general, el autor hace una valoración positiva de la reforma introducida por la Ley 8/2021. Sin embargo, resalta que hay algunos aspectos en los que es insuficiente. Por ejemplo, se han excluido de ella los llamados testamentos vitales, actualmente regulados por la normativa sanitaria española. Con ello, según el profesor Javier Martínez Calvo, se han perdido dos oportunidades importantes. Por un lado, ha perdido una buena oportunidad para promulgar una legislación uniforme sobre las tres principales medidas que una persona puede tomar en previsión de una futura situación de discapacidad, a saber, la autocuratela, los poderes y mandatos preventivos y los testamentos vitales o voluntades anticipadas. No es casualidad que se trate

de medidas que tienen una base común y respondan a un mismo objetivo. De hecho, el vínculo entre ellas es tan estrecho que a veces se superponen, como en el caso del representante preventivo y el representante designado por medio de un documento de voluntades anticipadas. Todo ello hace que sean muchos los aspectos que se prestan fácilmente a la regulación conjunta, como los requisitos para su adopción, los mecanismos de control y protección, el régimen publicitario o las causas de modificación y extinción; estableciendo obviamente las especificidades adecuadas para cada una de las medidas.

Por otro lado, según el autor, el Estado podría haber hecho uso de su competencia exclusiva para establecer la legislación básica en materia sanitaria y definir un procedimiento único y requisitos comunes en cuanto a forma y capacidad para emitir el documento de voluntades anticipadas, armonizando a nivel nacional cuestiones de gran trascendencia actualmente reguladas de manera diferente por las distintas normativas autonómicas, causando inseguridad jurídica tanto para los firmantes como para los propios profesionales de la salud.

En cuanto a los requisitos de capacidad, debe admitirse que los testamentos vitales no solo sean otorgados por adultos, sino también por menores emancipados, ya que ello daría mayor coherencia al sistema, dado que la propia ley permite al menor emancipado dar su consentimiento informado en cuestiones relacionadas con su salud. Además, de esta manera se equipararían a los requisitos de capacidad previstos en general para la autotutela y para los poderes y mandatos preventivos.

En cuanto a los requisitos formales, sería conveniente establecer la obligatoriedad de que los testamentos vitales se redacten en forma de escritura pública, tal y como se prevé en la propuesta de autotutela y en los poderes y mandatos preventivos. De este modo, según el profesor Javier Martínez Calvo, se garantizaría el control público sobre el cumplimiento de los requisitos de capacidad y que el firmante disponga de información suficiente sobre la pertinencia de las mismas, así como sobre la autenticidad de la declaración y la correspondencia de su contenido con la voluntad expresada, facilitando también su conocimiento por parte de los profesionales sanitarios. También podría establecerse la obligación del notario de comunicar de oficio su otorgamiento al Registro de Voluntades Anticipadas correspondiente, tal y como ya prevén algunas normativas autonómicas.

La regulación de los poderes y mandatos preventivos es, además, claramente insuficiente, lo que exige recurrir al régimen de tutela para colmar las lagunas existentes. A esto el autor añade que la referencia de la ley al régimen de tutela, en los casos en que la potestad incluye todos los asuntos del otorgante, no está definida con precisión, ya que no especifica si se refiere a la tutela asistencial, a la representativa o a ambas. Cabe destacar que algunos de los mecanismos de

control previstos por la ley se aplican únicamente a la curatela representativa, como la obligación de elaborar un inventario o la necesidad de contar con autorización judicial para realizar determinados actos; Por lo tanto, no está claro si pueden o no extenderse a los poderes y mandatos preventivos que tienen un alcance general.

Y esta no es la única inexactitud en la que incurre la legislación. Si atendemos a los requisitos de capacidad para proponer un régimen de autocuratela o para otorgar poderes y mandatos preventivos, observamos una supuesta contradicción entre los artículos 255.I y 271.I del Código Civil y el artículo 254 del Código Civil, ya que mientras los primeros exigen que el firmante sea mayor de edad o emancipado, el segundo parece permitir a todos los mayores de dieciséis años tomar medidas voluntarias en previsión de una situación de discapacidad aunque no hayan alcanzado el estado civil de emancipación. La interpretación más razonable es que el artículo 254 del Código Civil solo contempla el caso de los mayores de dieciséis años que necesiten asistencia en el momento que cumplen la mayoría de edad y, por tanto, se extingue el régimen de patria potestad o tutela al que estuvieran sujetos, por lo que fuera de estos casos concretos no estaría permitido que el menor mayor de dieciséis años no emancipado propusiera el establecimiento de medidas de apoyo voluntarias. Sin embargo, para el autor, sería preferible que el legislador fuera más preciso en la redacción del artículo 254 del Código Civil, ya que es probable que su contenido actual pueda dar lugar a diferentes interpretaciones. Además, se debe considerar la posibilidad de permitir que los hijos no emancipados propongan también medidas de apoyo preventivo, ya que no tiene mucho sentido establecer requisitos de capacidad más estrictos que los requeridos para designar un tutor para los hijos, lo que puede hacerse a partir de los catorce años.

Además, habría que aclarar si las tres medidas de autoprotección que se han estudiado en el trabajo del profesor Javier Martínez Calvo pueden ser tomadas por personas que carecen de la capacidad natural de entender y querer. Si no cuentan con medidas de apoyo, parece que la respuesta debe ser negativa, pero si no, es probable que la ampliación de la autonomía de la voluntad que guía el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad cubra esa posibilidad, aunque el tema no sea del todo pacífico. Lo que parece evidente es que no se permite la representación o sustitución por parte de la persona que presta el apoyo a la persona con discapacidad, ya que ello vulneraría el carácter personalísimo que debe tener la adopción de este tipo de medidas.

Del mismo modo, para el autor, sería conveniente que la propia ley definiera qué se entiende por necesidad de apoyo o que enumerara las causas que pueden llevar a tal situación, ya que ello daría certeza sobre el momento preciso en que las medidas preventivas adoptadas por el interesado entran en vigor (o,

en el caso de la continuidad del poder, el momento en que nace el mandato propiamente dicho). En la autocuratela, este supuesto puede ser valorado por el juez (con la asistencia de peritos), pero en el caso de los poderes y mandatos preventivos no se contempla la intervención judicial, por lo tanto, si el interesado no ha especificado los criterios para determinar el momento en que el poder se hace efectivo, pueden surgir situaciones de inseguridad jurídica e incertidumbre, ya que puede haber ocasiones en las que no esté claro si el poder está vigente o no. Por lo tanto, mientras la ley no aclare qué se entiende por necesidad de apoyo, podría considerarse la posibilidad de exigir como condición de validez de los poderes preventivos que estos establezcan con precisión las condiciones para su efectividad.

En cuanto a la posibilidad de delegar el nombramiento del curador en terceros, sería oportuno eliminar la referencia específica al cónyuge, pues ya está incluido en la mención genérica que la ley hace a cualquier persona. Por el contrario, sería interesante precisar si se incluyen o no las personas jurídicas cuando se habla en general de personas.

Según el autor, la ley también debería aclarar si la persona que propone un régimen de autocuratela puede excluir voluntariamente la necesidad de autorización judicial para que el representante pueda realizar en su nombre los actos previstos en el artículo 287 del Código Civil, o si por el contrario se trata de una norma imperativa.

Además, se deben definir los criterios a seguir en el caso de que existan varias medidas preventivas a aplicar simultáneamente o si concurren con otras medidas de apoyo de carácter judicial. Del mismo modo, el Profesor Martínez Calvo considera oportuno prever la posibilidad de que, excepcionalmente, tanto los poderes y mandatos preventivos como la designación de un representante a través del documento de voluntades anticipadas puedan ser compatibles con el establecimiento de un régimen de curatela representativa. En estos casos, no deben establecerse reglas generales, sino que debe dejarse al tribunal la decisión según las circunstancias presentes en cada caso, ya que puede haber casos de curatela representativa en los que sería aconsejable que alguna función concreta fuera asumida por un tercero distinto del curador.

La inscripción de las medidas anticipadas en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad está sujeta a una publicidad restringida, lo que, según el autor, puede no ser la mejor opción. Si bien tiene sentido que la publicidad sobre la discapacidad u otros aspectos relacionados con la salud se limite para garantizar el derecho a la privacidad del interesado, no parece apropiado extenderla a las medidas de apoyo. El libro destaca que esto dificulta que los terceros que interactúan con la persona con discapacidad cuenten con información acerca de la existencia de tales medidas,

comprometiendo seriamente la seguridad de las transacciones legales. Además, la ley no menciona la posibilidad de que las medidas preventivas se inscriban en el Registro de la Propiedad, lo que tiene sentido en el caso de la propuesta de curatela, ya que hasta que no se establezca judicialmente no tiene efectos sobre terceros. Pero no ocurre lo mismo para el resto de medidas voluntarias, y en particular para los poderes y mandatos preventivos, ya que en aquellos casos en los que afecten a la administración y disposición de bienes pueden tener efectos importantes frente a terceros, por lo que deberían ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por todo lo anterior, el autor señala que el análisis en profundidad de la regulación de las medidas preventivas pone de manifiesto la presencia de aspectos muy positivos, fruto de los esfuerzos realizados por diversos organismos para impulsar la promulgación de la Ley 8/2021, lo que sin duda es digno de elogio. Sin embargo, también existen algunas omisiones, imprecisiones y contradicciones que ponen de manifiesto la necesidad de impulsar nuevas reformas que corrijan las disfunciones de la legislación vigente y que, teniendo en cuenta las distintas propuestas presentadas, permitan dotar de un marco jurídico homogéneo, completo y coherente a las medidas voluntarias en previsión de una futura discapacidad.

A modo de conclusión, cabe destacar la relevancia de este estudio, dado que hace pocos años que ha entrado en vigor la nueva normativa para la protección de las personas con discapacidad, lo que hace indudable su novedad. Además, esta monografía tiene una verdadera utilidad práctica, proporcionando información extremadamente útil y una reflexión crítica en profundidad a todos aquellos interesados en tomar medidas voluntarias en previsión de una posible discapacidad futura.

ANGELA MENDOLA

Investigadora en derecho privado comparado de la Universidad de Salerno
Acreditada como profesora universitaria asociada de derecho privado y de
derecho comparado

Miembro de la "Comisión de Jóvenes Abogados de la Academia Euroamericana
de Derecho de Familia" y de la "Red Iberoamericana de Investigación e Innovación
Jurídica"

ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dir.): *Los Smart contracts en el Derecho internacional privado español*, 3ª edición, Cizur Menor (Pamplona), Thomson-Reuters Aranzadi, 2024, pp. 102.



Esta obra es la actualización de la anterior edición titulada: *Smart contracts and private international law*. Con esta vuelta a la lengua española, esta contribución se sigue configurando como la primera obra en la rama de Derecho internacional privado que se encarga de abordar de forma genérica y global un tema de relevante complejidad e indiscutible actualidad, como son los Smart contracts.

Los contratos inteligentes, han revolucionado los aspectos más esenciales de la contratación -internacional o no- al introducir un enfoque automatizado y descentralizado para la ejecución de acuerdos. Estos contratos, basados en tecnologías blockchain, eliminan la necesidad de intermediarios dado que se ejecutan automáticamente cuando se cumplen las condiciones preestablecidas, brindando transparencia y eficiencia. Además, al estar respaldados por la seguridad criptográfica de la cadena de bloques, ofrecen un nivel adicional de confianza en comparación con los métodos tradicionales. Esta innovación ha transformado

la forma en que se abordan los contratos, acelerando los procesos, reduciendo costos y brindando una mayor seguridad y confiabilidad en las transacciones comerciales y legales.

Por lo que se refiere a la disposición de la obra, el Prof. Ortega Giménez ha dibujado con arte una estructura lógica que permite, tanto a los iniciados como a los no iniciados en la materia, adquirir una visión transversal de la relación existente entre los *Smart contracts* y el Derecho, pero más particularmente sobre las raíces que este nuevo tipo de contratación hunde en el Derecho internacional privado.

En el primer capítulo de la obra, dedicado a una breve introducción, se hace una aproximación a los *Smart contracts* en la que se detalla no solo su importancia, sino también el crecimiento exponencial de los mismos en el comercio internacional, del que se beneficia igualmente el comercio minorista. Además, el autor pone de relieve dos aspectos fundamentales para comprender la obra: 1) el papel esencial que la tecnología juega en este escenario; y 2) el exponencial crecimiento de esta tecnología a la hora de contratar y la tendencia imparable de utilización de *Smart contracts* en el futuro. En última instancia, la introducción finaliza con la configuración del contenido y distribución de la obra que se verán a continuación.

El segundo capítulo comprende la evolución, el origen, el concepto y las características esenciales de los *Smart contracts*. Sobre la evolución, el Prof. Ortega, recuerda que cuando se piensa en un contrato, aún se tiene la concepción de ese papel o documento en el que se recogen una serie de acuerdos en forma de cláusulas y las partes implicadas firman al final del mismo. Hoy, aunque este tipo de contratación sigue usándose, son cada vez más los contratos que se ejecutan automáticamente. Sobre el origen de los *Smart contracts* el autor nos traslada a mediados de los años 90 para hablarnos de Nick Szabo quien acuñó el término de *Smart Contracts* y de David Chaum quien ya sugirió la utilización de protocolos criptográficos para dotar de seguridad a estos contratos. Igualmente, en este itinerario bien diseñado, se da a conocer la historia de Bitcoin, Ethereum, Solidity o el nacimiento del Blockchain. Por lo que respecta al concepto y su caracterización, solo un dominio solvente e íntegro de la materia podría dar varias definiciones correctas y siguiendo un mismo hilo conductor. De este modo, el autor nos sirve en bandeja de plata la comprensión de qué son los *Smart contracts*, cuáles son sus ventajas e inconvenientes y cómo funcionan y se aplican en el mercado global. Ciertamente, la visión y propuesta del Prof. Ortega sobre la aplicación de los *Smart contracts* va más allá del ámbito puramente jurídico y se despliega sobre servicios financieros (préstamos, seguros, liquidaciones cupones, etc.), sistemas de salud (acceso a datos médicos, baremaciones, registros médicos, automatización de tareas, etc.), propiedad intelectual, servicios de energía, procesos públicos

(elecciones, adquisiciones de propiedad, etc.). Dicha amplitud de miras, que traspasa lo jurídico, resulta, cuando menos, envidiable.

El tercer capítulo abarca la naturaleza legal de los contratos y la estructura legal de los mismos. Este parte de la obra se enfoca desde una perspectiva más civilista centrando el análisis en los elementos típicos del contrato solo que poniendo el énfasis en la novedad, esto es: los contratos electrónicos. Así, con un lenguaje cuidado y cercano, el Prof. Ortega ofrece un paseo didáctico para conocer la validez y eficacia de los contratos electrónicos y los elementos esenciales de los mismos, prestando especial atención al consentimiento y al objeto. Igualmente, se dedican íntegramente varios apartados de este capítulo al perfeccionamiento del contrato, al derecho de desistimiento y a las obligaciones que se proyectan tras el acuerdo. El autor pone el broche final al capítulo con una recopilación de los instrumentos jurídicos básicos que contienen completa o parcialmente regulación de los *Smart contracts*.

La novedad y actualización de esta obra se encuentra en el capítulo cuarto que introduce la naturaleza jurídica de los *Smart contracts*. Se destaca desde un primer momento la dificultad existente para entrelazar el mundo tecnológico con el jurídico, teniendo en cuenta las diferencias latentes entre la contratación tradicional y la electrónica. Tras reflexionar sobre ello, el Prof. Ortega nos alecciona sobre la naturaleza jurídica de los contratos inteligentes -aunque, como verá el lector que se adentre en la obra, para el autor, ni son contratos ni son inteligentes-, sobre la contratación electrónica comparativamente con la contratación tradicional y ello lo realiza aportando valiosas definiciones sobre aspectos aun poco claros para el jurista no iniciado en estos campos. Asimismo, este nuevo capítulo trata la validez y eficacia de los *Smart contracts* y, de forma ineludible, los elementos que componen a estos contratos. La perfección del contrato y el derecho de desistimiento de dichos contratos son aspectos que también se abordan en esta obra

El quinto capítulo de la obra, quizá el más interesante para los autores *iusinternacionalprivatistas*, examina dos de los tres sectores clásicos de Derecho internacional privado, a saber, la competencia judicial internacional y la ley aplicable. Aunque el dominio demostrado en el tercer capítulo sobre los aspectos puramente civiles de los *Smart contracts* pudiera hacer dudar al lector sobre en qué materia es especialista el autor, la parte final de la obra evidencia que el Prof. Ortega es un experto en una de las materias más complejas del Derecho: el Derecho internacional privado. En cuanto a la competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas I bis es el instrumento jurídico aplicable, lo que supone el respeto de la estructura jerárquica de foros. Así, en primer lugar, se analiza tanto la sumisión expresa como la sumisión tácita. En segundo lugar, son objeto de examen igualmente el foro del domicilio del demandado y el foro

de competencias especiales recogidos en los artículos 4 y 7 respectivamente del Reglamento Bruselas I bis. Asimismo, la cuestión de los consumidores es estudiada en el Reglamento Bruselas I bis (artículos 17 a 19) y en el Convenio de Lugano (artículos 15 a 17).

Por lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable, el instrumento aplicable es el Reglamento Roma I. En este instrumento jurídico existe la posibilidad de que la ley aplicable se determine, bien porque las partes hayan escogido válidamente una ley aplicable al contrato según lo dispuesto en el artículo 3, bien porque las partes no hayan hecho elección y deban ser utilizados los puntos de conexión del artículo 4 del Reglamento. Salvo que se trate de consumidores, en tal caso se utilizará el artículo 6 dedicado en exclusiva a esta materia.

Breve pero intensa, solvente y sencilla, y acertada y rigurosa son adjetivos que si se conjugan entre sí definen a la perfección esta nueva obra que aterriza en el panorama científico. Todo aquel que desee tener un primer acercamiento, no solo a la relación existente entre el Derecho internacional privado y los contratos electrónicos, sino a los *Smart contracts* en general, queda fuera de toda duda que esta obra es la mejor opción con la que cuenta. Este tipo de producción científica siempre constituye un motivo de agradecimiento. En este caso al Prof. Ortega por acercar una materia compleja a un lenguaje sencillo e inteligible.

PABLO M. MELGAREJO CORDÓN
Universidad de Granada

BUENO BIOT, Á.: *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio a raíz de la Directiva 2019/770 y su transposición al TRLGDCU*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 806 pp.



En la actualidad, la transformación digital ha cambiado radicalmente la manera en que interactuamos con el entorno económico y social. Este cambio se refleja también en las relaciones contractuales, donde los contenidos y servicios digitales ocupan un lugar nuclear. La monografía del profesor BUENO BIOT, *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio a raíz de la Directiva 2019/770 y su transposición al TRLGDCU*, aborda con rigor académico y claridad expositiva los retos legales que surgen en este ámbito. A través de una estructura bien definida y un análisis exhaustivo, el autor, bajo la tutela académica del prof. DE VERDA, se adentra en los aspectos normativos y prácticos del tema, ofreciendo una guía valiosa tanto para académicos como para profesionales del Derecho.

El primero de los capítulos de esta monografía, titulado “Aspectos generales, normativa y ámbito de aplicación de la regulación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”, ofrece una visión detallada de los fundamentos

normativos de la Directiva 2019/770 y su transposición al Derecho español. El autor examina los antecedentes legislativos de la normativa europea, situándola en el contexto más amplio del Derecho de consumo y el Mercado Único Digital. Este análisis incluye un repaso histórico de las iniciativas legales previas que allanaron el camino para la adopción de la Directiva, subrayando su carácter innovador. Además, uno de los puntos clave de este capítulo es el análisis del carácter de armonización máxima de la Directiva. El autor explica cómo esta característica limita la autonomía contractual en favor de una mayor protección al consumidor y cómo este enfoque normativo busca garantizar que los consumidores disfruten en toda la Unión Europea de un nivel uniforme de derechos, independientemente del Estado miembro en el que se encuentren.

El profesor BUENO BIOT también aborda el impacto de esta armonización en el Derecho español, destacando cómo se han adaptado conceptos clave del derecho contractual para alinearse con los requisitos de la Directiva. En particular, se analizan las implicaciones que la normativa europea ha tenido para el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el cual incorpora disposiciones específicas para regular este tipo de contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Otro aspecto que cabe destacar de este primer capítulo es el análisis del ámbito de aplicación de la normativa. El autor distingue entre contenidos digitales, servicios digitales y bienes con elementos digitales, explicando las complejidades que surgen al delimitar estos conceptos. En cuanto al ámbito subjetivo, el autor profundiza en la figura del consumidor, incluyendo conceptos modernos como el “prosumidor”, el cual describe a usuarios que no sólo consumen, sino que también producen contenidos digitales, lo cual refleja la creciente interactividad en el mercado digital. Este análisis es especialmente relevante en un entorno donde los usuarios participan activamente en la creación de contenido, planteando nuevas preguntas sobre su rol en las relaciones contractuales. Finalmente, en este primer capítulo también se aborda la creciente importancia de las contraprestaciones no dinerarias, como el uso de datos personales. El profesor BUENO BIOT analiza cómo esta práctica, común en el mercado digital, plantea desafíos únicos para el derecho contractual, especialmente en términos de transparencia y consentimiento.

El segundo capítulo, titulado “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”, se centra en los criterios de conformidad que deben cumplir los contenidos y servicios digitales. Este tema es de gran relevancia e interés, sobre todo, en un entorno donde la naturaleza intangible de los bienes digitales complica la aplicación de los principios tradicionales del derecho contractual. En este sentido, el autor distingue entre los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad. Los primeros hacen referencia a las características específicas acordadas entre las partes, mientras que los segundos

se basan en las expectativas que razonablemente puede esperar el consumidor. Este enfoque permite un análisis detallado de cómo se evalúa la conformidad en el contexto digital. Además, un aspecto innovador que se trata en este segundo capítulo es el análisis de las actualizaciones que son necesarias para mantener la conformidad de los contenidos y servicios digitales. Es precisamente, en el ámbito digital, donde los productos evolucionan constantemente y, por ello, las actualizaciones se convierten en esenciales, no sólo para mejorar la funcionalidad de los contenidos y servicios digitales, sino también para garantizar su seguridad. El profesor BUENO BIOT explica detalladamente cómo la falta de una actualización puede llegar a constituir una falta de conformidad y, por ende, qué derechos tiene el consumidor en estos casos a su disposición. En este capítulo, el autor también examina las modificaciones que se pueden realizar sobre los servicios digitales de forma unilateral por parte del empresario. Aquí, el autor subraya la importancia del consentimiento informado y analiza cuáles son las implicaciones legales que pueden aparecer cuando las modificaciones afecten negativamente al consumidor.

Finalmente, el tercer capítulo, titulado “La responsabilidad del empresario por incumplimiento o falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales”, analiza el régimen jurídico de la responsabilidad del empresario, no sólo cuando los contenidos o servicios digitales no son suministrados, sino también cuando éstos presentan defectos o problemas de acceso. En este análisis se incluye un estudio detallado de las medidas correctoras disponibles para los consumidores, como la puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato. El autor explica cómo estas medidas están diseñadas para restaurar el equilibrio contractual y proteger los intereses del consumidor. En consonancia con ello, se observan las implicaciones prácticas que se producen con la jerarquización de estos remedios, destacando cómo se aplican en diferentes contextos contractuales, según las circunstancias del caso concreto. Por último, otro aspecto que cabe destacar de este tercer capítulo es el análisis de la responsabilidad directa del productor y las acciones de repetición que el empresario puede ejercer contra otros actores de la cadena de suministro. Este enfoque permite entender cómo se distribuyen las responsabilidades en aquellos casos donde varias partes están involucradas en el suministro de un contenido o servicio digital.

Como puede inferirse de todo lo anteriormente expuesto, la obra del profesor BUENO BIOT (que constituye el trabajo por el que obtuvo el Grado de Doctor por las Universidades de Valencia y de Bolonia), se caracteriza por su rigor académico y su relevancia práctica. Uno de los mayores logros ha sido la capacidad de abordar temas complejos de una manera clara y accesible, haciendo que esta monografía sea útil, tanto para académicos, como para profesionales del Derecho. La claridad estructural y la profundidad con la que se analizan cada uno de los aspectos hacen de esta obra una referencia fundamental para entender las complejidades de los

contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, tanto en el marco normativo europeo, como en el ordenamiento jurídico español. Así pues, con esta monografía, el autor no sólo avanza el conocimiento académico, sino que también proporciona herramientas prácticas que pueden ser de gran utilidad para abordar los desafíos legales de un mundo digitalizado.

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Profesor Titular de Derecho Civil
Universitat de València

BADENAS BOLDÓ, J.: *La distribución dual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 582 pp.



La monografía que es objeto aquí de análisis lleva por título “La distribución dual”. El tema es sumamente interesante y original y responde a la necesidad de abordar, desde una perspectiva dogmática, la aparición de nuevas figuras contractuales surgidas de la evolución tecnológica en la que nos encontramos sumidos. No se trata de un fenómeno nuevo ni reciente pero lo que está claro es que ha tenido una gran incidencia global con la generalización del comercio electrónico.

El presente trabajo trata de abordar el sistema de distribución dual en profundidad, lo cual es meritorio, ya que no existe, hasta la fecha, ningún estudio que haya entrado hasta el fondo de esta figura con anterioridad. Ese es su objeto principal, y la clave de su interés y novedad.

El libro aborda la cuestión yendo de lo más genérico a lo más concreto, comenzando por el análisis del concepto de contrato de distribución desde un planteamiento general y discurriendo por una senda metodológica congruente

hacia la noción más precisa de la distribución dual. El autor, para recorrer este camino, divide el trabajo en tres capítulos. El primer capítulo aborda el estudio de la naturaleza del contrato de distribución comercial en el Derecho español. En particular, sus figuras afines, obligaciones de las partes, su normativa aplicable y los diferentes intentos por parte del legislador de cuerpos normativos relativos a dicha figura como el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 29 de junio de 2011 (PLCD) y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 (PCM). Dicho capítulo finaliza con el análisis de la doctrina y la jurisprudencia con respecto a las posibles indemnizaciones en caso de terminación anticipada por una de las partes contratantes.

El segundo capítulo se centra en el estudio de la distribución *online*, una vez dejada atrás la distribución “tradicional”, habida cuenta de su gran repercusión que tiene en nuestros días, como se ha puesto de manifiesto anteriormente. Se analiza, por una parte, los modelos de distribución de los productos y servicios en la red, ya sea realizada a través de los propios fabricantes/proveedores o a través de distribuidores independientes integrados o no integrados, y mediante los agregadores de información. Por otra parte, se lleva a cabo un exhaustivo estudio de las plataformas digitales o *marketplaces*, analizando sus características, sus clases y los sujetos que intervienen en ellas. Además, se examina la posibilidad de calificar como contrato de distribución el contrato entre las plataformas digitales y el vendedor o suministrador del servicio, analizando su contenido contractual y su encaje en el Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre fomento de la equidad y de la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Y, por último, al hilo del estudio de las ventas en línea (en las que son cada vez más habituales las medidas conocidas como las de geobloqueo y filtrado geográfico), se analiza en profundidad el Reglamento (UE) 2018/302 de 28 de febrero (Reglamento *Geoblocking*), norma que prohíbe el geobloqueo basado en la nacionalidad del comprador *online*. En este contexto, se analizan también dos de las resoluciones más relevantes en los últimos años sobre la materia, como son los casos *Pierre Fabre* y *Coty*, determinantes para el devenir de las regulaciones presentes y futuras en materia de distribución *online*.

Es en el tercer y último capítulo en el que el autor se centra en el análisis de la figura de la distribución dual, tema principal del libro que aquí se presenta. En primer lugar, se analiza el concepto de distribución dual, consolidado desde hace décadas en los Estados Unidos, al mismo tiempo que se plantean, por un lado, sus ventajas competitivas y, por otro, sus posibles riesgos y/o desventajas. En segundo lugar, dada su relevancia en los sistemas anglosajones, se lleva a cabo su comparación con el sistema europeo. En tercer lugar, habida cuenta de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento

de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (RECAV 2022), se realiza un minucioso análisis de dicha normativa europea, dada su notable relevancia en el contexto de la distribución dual, concepto que aparece por vez primera en dicha norma.

Por último, en ese capítulo, el autor centra su estudio en lo que quizás sea la cuestión más destacable y problemática: los intercambios de información que se realizan dentro de un sistema de distribución dual. Los intercambios de información en acuerdos verticales no plantean problemas apreciables de competencia, dado que deberían ser objeto de aplicación del RECAV 2022 de una exención por categorías y, desde luego, a mi parecer, no deberían evaluarse con arreglo a las Directrices horizontales. Por lo que se refiere al intercambio de información en situaciones de distribución dual, el autor concluye que, a menos que el intercambio de información pueda acogerse en general a una exención por categorías, las partes tendrían que iniciar su evaluación individual para una posible exención bajo la presunción legal de que su intercambio de información dé lugar a una práctica concertada. Esto, a juicio del Dr. Badenas Boldó, impondría a las partes una carga de la prueba significativa, si no insuperable, para poder acogerse a una exención individual en virtud del artículo 101, apartado 3, del TFUE.

Como sólo se trata de una presunción, en teoría es refutable, pero en la práctica tal refutación es muy difícil. Si bien estas consecuencias parecen adecuadas para el intercambio horizontal de información en las condiciones especificadas por la jurisprudencia y explicadas con más detalle en las Directrices horizontales, la conclusión no está justificada, en opinión del autor, si el intercambio de información se refiere a la compra, venta y reventa de bienes o servicios y, por tanto, entraría en el ámbito de aplicación del art. 101.3 TFUE. Sin embargo, sin la protección del RECAV, cualquier intercambio de información entre minoristas competidores estaría sujeto a la misma presunción de ilegalidad que un acuerdo puramente horizontal. Concluye de este modo el profesor Badenas Boldó que esto llevaría a resultados erróneos para el intercambio de información en un escenario de distribución dual, que siempre ha de considerarse arraigado y, por tanto, parte de una configuración de distribución vertical.

Por lo que respecta a este trabajo, podemos indicar que la tarea que lleva a cabo el autor, y que acabamos someramente de describir, no está exenta de dificultad, al no existir texto normativo alguno, ni precedente doctrinal que aborde el estudio de la figura de la distribución dual; y, además, el autor lo hace desde una perspectiva sistemática y general de la realidad mercantil de la distribución comercial. El profesor Badenas Boldó proporciona, de este modo, además de un análisis desde el punto de vista del Derecho de contratos, otro desde la óptica del Derecho de la competencia aplicado a situaciones de distribución dual.

Al hilo de este último aspecto, se desgrana y ofrece una crítica fundamentada del nuevo RECAV, constituyendo una guía clara sobre aspectos tan relevantes como los intercambios de información ajustados y que se incluirían en el ámbito de aplicación de la exención por categorías y aquellos que deberían ser objeto de una valoración individual para ser, en su caso, objeto de exención. El autor, además, proporciona ejemplos de informaciones exentas en situaciones de distribución dual, por lo que proporciona una guía práctica muy útil para el que se enfrenta con este fenómeno. Por todas esas razones, he de concluir que nos encontramos ante una obra que aborda de forma muy completa la figura de la distribución dual, ofreciendo claves precisas y necesarias para su comprensión, y rellenando de forma excelente y eficaz un hueco existente en nuestra literatura jurídica.

ÁLVARO BUENO BIOT
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Valencia

