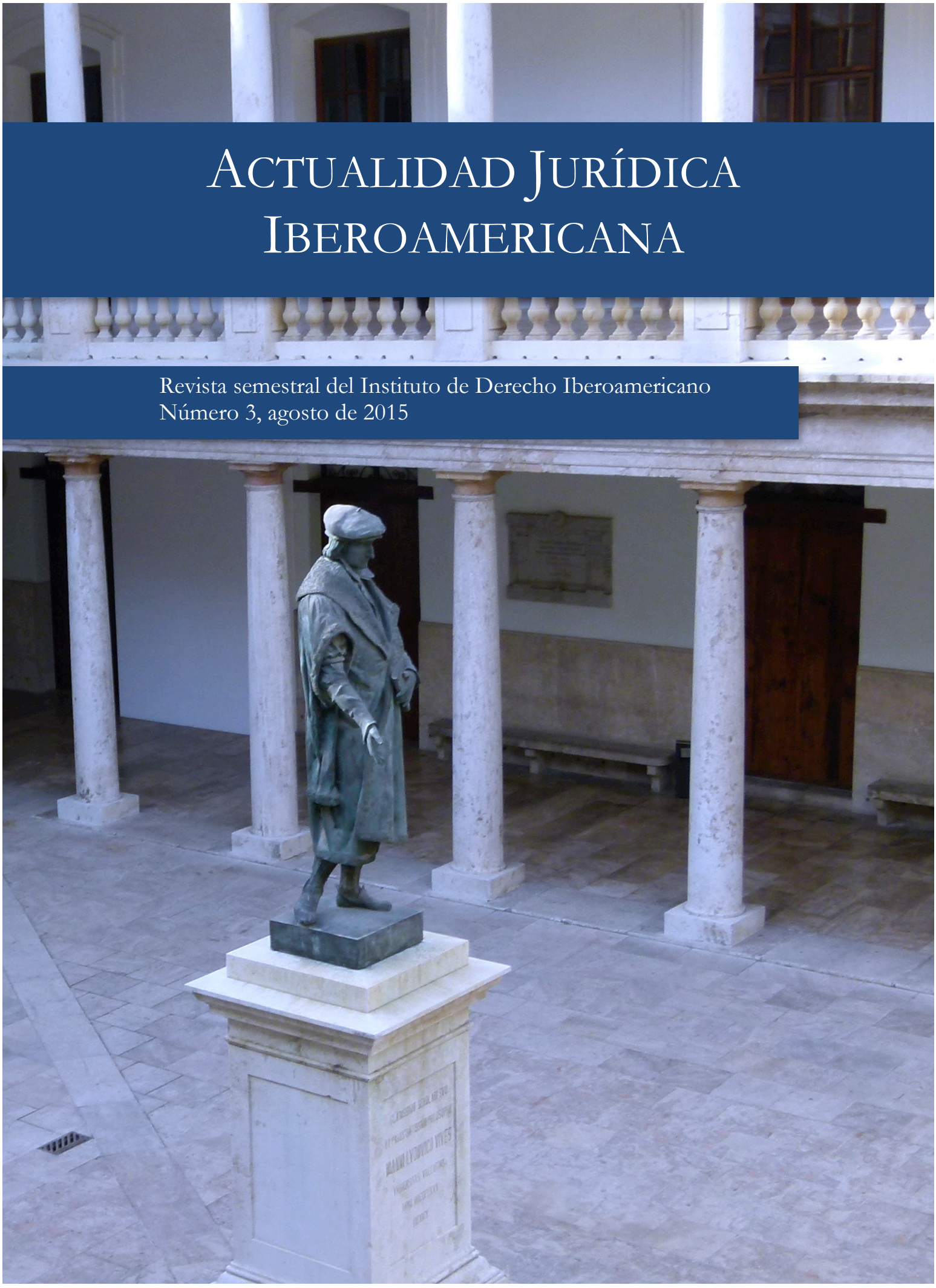
Actualidad Jurídica Iberoamericana

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 3, agosto de 2015



Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico:
info@idibe.com
Dirección web:
www.idibe.com
Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

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

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN F.P.U. DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL,
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SECRETARÍA TÉCNICA

D. PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS
ABOGADO, ADJUNTO 1º A LA PRESIDENCIA DEL IDIBE

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO, VICEPRESIDENTE DEL IDIBE

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

DOÑA BELÉN ANDRÉS SEGOVIA
ABOGADA

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

DR. RAFAEL BELLIDO PENADÉS
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
PROFESOR INVESTIGADOR, UNIVERSIDAD DE CAMERINO, ITALIA

DRA. MARIA ELENA COBAS COBIELLA
PROFESORA CONTRATADA DOCTOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA,
ESPAÑA

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GORKA GALICIA AIZPURUA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

DR. EMANUELE INDRACCOLO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DRA. AURORA LÓPEZ AZCONA
PROFESORA TITULAR ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, ESPAÑA

DRA. ANNA MALOMO
PROFESORA INVESTIGADORA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DRA. FABIOLA MECO TÉBAR
PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. PILAR MONTÉS RODRÍGUEZ
PROFESORA TITULAR (ESCUELA UNIVERSITARIA) DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
PROFESOR COLABORADOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, UNIVERSIDAD DE ELCHE, ESPAÑA

DRA. SONIA RODRÍGUEZ LLAMAS
PROFESORA CONTRATADA DOCTOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

D. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
BECARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

D. FRANCESC CHOLVI ROIG
ABOGADO

D. PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS
ABOGADO, ADJUNTO 1º A LA PRESIDENCIA DEL IDIBE

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD LUMSA, PALERMO, ITALIA

DRA. GIOVANNA CHIAPPETTA
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE CALABRIA, ITALIA

DR. ANDREA FEDERICO
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DR. GIAMPAOLO FREZZA
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD LUMSA, PALERMO, ITALIA

DR. PABLO GIRGADO PERANDONES
PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL, UNIVERSIDAD DE TARRAGONA, ESPAÑA

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

D. CRISTIAN LEPIN MUÑOZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE CHILE

D. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA,
CATEDRÁTICO DE CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DRA. GRACIELA MEDINA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

DR. LORENZO MEZZASOMA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA

MARIEL F. MOLINA DE JUAN
ABOGADA. PROFESORA DE DOCTORADO EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

DR. ORLANDO PARADA VACA
CATEDRÁTICO DE DERECHO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA GABRIEL RENÉ MORENO, BOLIVIA

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DR. DAVID VARGAS ARAVENA
PROFESOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN, CHILE

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

DERECHO DE LA PERSONA

DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO DE ARGENTINA…… 15
GRACIELA MEDINA

RESPONSABILIDADE CIVIL NA ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE NOS SISTEMAS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO..... 47
WLADEMIR PAES DE LIRA

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DA ILLECITO ENDOFAMILIARE E SULLA SUA ESTENSIBILITÀ ALL'INTERNO DELLA FAMIGLIA DI FATTO……..... 105
CARLO PETTA

FAMIGLIA E RESPONSABILITÀ…….. 145
ANNA BIZZARRO

LA CUANTIFICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN EL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA……..... 173
FABIOLA MECO TÉBAR

EL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS. REFLEXIONES AL HILO DE LA STS NÚM. 723/2013, DE 14 DE NOVIEMBRE…….. 195
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA FUNZIONE DEL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI NELL'ORDINAMENTO ATTUALE……. 213
ERIKA GIORGINI

LA COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS EN LOS ESTADOS UNIDOS: REFERENCIA A LAS REGLAS DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN……..... 231
JOAN MARTÍNEZ EVORA

DERECHO MERCANTIL

IL *TRUST* AUTODICHIARATO E IL *TRUST* ONLUS. REGIME DI PUBBLICITÀ E SOGGETTIVITÀ GIURIDICA……... 261
ANDREA LEPORE

DERECHO Y BIOÉTICA

MATERNITÀ SURROGATA E TUTELA DELL'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE: UNA LETTURA CRITICA ALLA LUCE DI UN RECENTE INTERVENTO DELLA CORTE EDU…….. 287
GIOVANNI BERTI DE MARINIS

II. CUESTIONES DE ACTUALIDAD JURÍDICA

DERECHO DE LA PERSONA

EL RESPETO A LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS EN DERECHO CIVIL ARAGONÉS…… 313
AURORA LÓPEZ AZCONA

LA PECULIARIDAD DEL RÉGIMEN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN EXAMINADA POR EL TEDH…….. 331
MARÍA JOSÉ REDONDO ANDRÉS

RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO DE LA CÁMARA OCULTA EN EL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN. COMENTARIO A LA STS NÚM. 225/2014, DE 29 DE ABRIL……..... 345
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

DERECHO DE FAMILIA

EL DERECHO DE COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES DEL CC Y EN LA LREMV: ANÁLISIS COMPARATIVO……... 359
Mª PILAR MONTES RODRÍGUEZ

COMENTARIOS "A VUELA PLUMA" EN MATERIA DE CAPACIDAD Y FORMA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, TRAS LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (BOE DEL 3)……... 375
ALMUDENA CARRIÓN VIDAL

DIVORCIO Y SEPARACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL TRAS LA REFORMA POR LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA…. 395
ALMUDENA CARRIÓN VIDAL

LÍMITES A LA AUTONOMÍA PERSONAL DE LOS CÓNYUGES Y CONVIVIENTES EN EL RÉGIMEN MATRIMONIAL ARGENTINO……. 413
MARIEL F. MOLINA DE JUAN

DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LÍMITES LEGALES A LA LIBERTAD DE PACTAR EL TIPO DE INTERÉS…… 429
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

VIAS DE RECLAMACIÓN TRAS LA OPV DE BANKIA…… 449
JOSÉ IBÁÑEZ ROSELLÓ

DERECHOS REALES E INMOBILIARIO REGISTRAL

EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL…….. 461
ADELA SERRA RODRÍGUEZ

RESPONSABILIDAD CIVIL

ALGUNAS CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD EN LA LEY 14/2014, DE 24 DE JULIO, DE NAVEGACION MARITIMA……... 471
ESTHER ALGARRA PRATS

OBRIGAÇÕES DE MEIOS E OBRIGAÇÕES DE RESULTADO NA RESPONSABILIDADE MÉDICA. ESTUDO DE CASO E ATUALIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA..... 479
ANA ELISABETE FERREIRA

RESPONSABILIDAD DEL INVESTIGADOR EN LOS ENSAYOS CLÍNICOS DE BAJO NIVEL DE INTERVENCIÓN BAJO EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO 536/2014……... 495
MIGUEL VIEITO VILLAR y MARIA VIEITO VILLAR

BREVE PANORAMA DE LA NEGLIGENCIA Y LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN ESTADOS UNIDOS…….. 509
VICENTE GOMAR GINER

DERECHO DE SUCESIONES

EL REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES Y EL CARÁCTER PLURILEGISLATIVO DEL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL……... 523
GORKA GALICIA AIZPURUA

LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LAS PAREJAS ESTABLES EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL……... 543
ELSA SABATER BAYLE

LA DESHEREDACIÓN POR MALTRATO PSICOLÓGICO Y SU DIFICULTAD DE APLICACIÓN PRÁCTICA…….. 555
JOSE Mª CARRAU CARBONELL

LOS DERECHOS LEGITIMARIOS Y LEGÍTIMOS DEL CÓNYUGE VIUDO SEPARADO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES……... 565
PEDRO GRIMALT SERVERA

LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN EL QUE SE DISPONE DE UN PISO COMO LEGADO A FAVOR DE UNA DETERMINADA PERSONA. COMENTARIO A LA STS NÚM.682/2014, DE 25 DE NOVIEMBRE…….. 577
ALMUDENA CARRIÓN VIDAL

DERECHO MERCANTIL

LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS DE BUEN GOBIERNO EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL…….. 595
PABLO GIRGADO PERANDONES

NUEVAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL…….. 611
RAFAEL NEBOT SEGUÍ

DERECHO DE CONSUMO

LA VALORACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS A LA LUZ DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015…….. 627
MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ

DERECHO DEL TRABAJO

EL ARTÍCULO 18 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES ITALIANO A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LABORALES…….. 641
GIUSEPPINA PENSABENE LIONTI

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS INMUEBLES FRONTERIZOS…….. 655
ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

DERECHO ADMINISTRATIVO

LA LEY VALENCIANA DE MECENAZGO: PRIMERA APROXIMACIÓN……. 661
JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH

LA NUEVA LEY DE DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICACIONES GEOGRÁFICAS PROTEGIDAS……..... 669
ANDREA MOYA LATORRE

LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD. LA FALTA DE PREVISIÓN ESTATAL FRENTE A LA AUTONÓMICA……... 679
BELÉN ANDRÉS SEGOVIA

LA AUTORIZACIÓN DE ESTUDIO Y TRABAJO A EXTRANJEROS EN ESPAÑA TRAS LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 2/2009 DE EXTRANJERÍA……... 693
NAYIBER FEBLES POZO

DERECHO TRIBUTARIO

EL INSTRUMENTO ESENCIAL EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL: LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL MODELO DE CONVENIO PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL DE LA OCDE, ONU Y COMUNIDAD ANDINA…….. 701
JOSÉ CARLOS PEDROSA LÓPEZ

PROGRESIVIDAD FISCAL Y CONFISCATORIEDAD EN LOS TRIBUTOS LOCALES…… 717
FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO

DERECHO PENAL

EL FENÓMENO DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS…… 729
LUIS DE LAS HERAS VIVES

DERECHO Y BIOÉTICA

L'INCOSTITUZIONALITÀ DELLA DIAGNOSI GENETICA PREIMPIANTO... 741
CINZIA DI MIELE

DANNO DA NASCITA INDESIDERATA: ONERI PROBATORI E LEGITTIMAZIONE DEL NATO ALLA RICHIESTA RISARCITORIA (NOTA DI COMMENTO A CASS. CIV., SEZ. III, ORDINANZA INTERLOCUTORIA DEL 23 FEBBRAIO 2015, N. 3569)…… 751
FRANCESCO ALIPERTI

DERECHO PROCESAL

ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. TRASCENDENCIA DE UNA LEY…….. 765
ANA ISABEL BLANCO GARCÍA

PREVARICATO Y NULIDAD DE LAUDOS: UN COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY DE BOLIVIA……. 775
HORACIO ANDALUZ VEGACENTENO

REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL ANTEPROYECTO DE LEY DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS DE CONSUMO……..... 781
MARÍA JOSÉ CATALÁN CHAMORRO

LA AUDIENCIA AL MENOR EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL. COMENTARIO A LA STS NÚM. 413/2013, DE 20 DE OCTUBRE……..... 793
JUAN I. ZAERA NAVARRETE

A PROPÓSITO DEL REGLAMENTO (UE) Nº 606/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE JUNIO DE 2013, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL……. 811
JUAN CARLOS VEGAS AGUILAR

III. PONENCIAS A CONGRESOS

LA *KAFALA* DE DERECHO ISLÁMICO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, CARACTERES Y EFECTOS JURÍDICOS EN ESPAÑA……... 819
ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

IV. RECENSIONES

RECENSIONE A P. VIRGADAMO, *DANNO NON PATRIMONIALE E "INGIUSTIZIA CONFORMATA"*, GIAPPICHELLI, TORINO, 2014, I-VIII, 1-392…… 827
GIAMPAOLO FREZZA

DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO DE ARGENTINA

DAMAGE TO FAMILY LAW IN THE ARGENTINIAN CIVIL AND COMMERCIAL UNIFIED CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 15-46.

Fecha entrega: 25/05/2015
Fecha aceptación: 15/06/2015

Dra. GRACIELA MEDINA
Catedrática de Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad de Buenos Aires
Juez de la Cámara Civil y Comercial Federal de Argentina
graciela@gracielamedina.com

RESUMEN: En la Republica Argentina se ha sancionado un Nuevo Código Civil y Comercial Unificado que reemplazara al Códigos Civil, que rige desde el año 1869, y al Código de Comercio, que rige desde el año 1862. En este Nuevo Código Civil y Comercial Unificado varían tanto las reglas de la responsabilidad civil como las normas de las relaciones de Familia, entre ellas, se suprime el divorcio causado y la fidelidad deja de ser un deber jurídico para transformarse en un mero deber moral. Ante este nuevo contexto argentino, el propósito de nuestro trabajo es determinar si se aplican las normas de la responsabilidad civil a las relaciones familiares en general y especialmente a las derivadas del incumplimiento de los nuevos deberes matrimoniales.

PALABRAS CLAVE: daño, derecho de familia, matrimonio, violencia, reconocimiento de hijos, comunicación con los hijos, fidelidad, responsabilidad civil.

ABSTRACT: In Argentina it was sanctioned New Unified Civil and Commercial Code to replace the Civil Code, in force since 1869, and the Commercial Code, in force since 1862. In this New Unified Civil and Commercial Code vary both the rules of civil liability standards family relationships, including divorce caused and fidelity longer a legal duty to become merely a moral duty. In this new Argentine context, the purpose of our work is to determine whether the rules of civil liability to family relationships in general and especially for breach of the new marital duties apply.

KEY WORDS: injury, family law, marriage, violence; recognition of children; communication with children; tort.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS.- II. LOS ASPECTOS INTERNOS Y EXTERNOS DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO Y EL DERECHO DE FAMILIA.- III. DAÑOS PRODUCIDOS EN EL MATRIMONIO.- IV. DAÑOS PRODUCIDOS POR LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO.- V. DAÑOS PRODUCIDOS POR LA RUPTURA DE ESPONSALES O DE LAS UNIONES DE HECHO.- VI DAÑOS PRODUCIDOS POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE HIJOS.- VII. DAÑOS CAUSADOS POR LA OBSTACULIZACIÓN DEL DERECHO A TENER UNA ADECUADA COMUNICACIÓN CON UN HIJO.- VIII. RESPONSABILIDAD POR MUERTE DEL CONVIVIENTE.- IX. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR SUS HIJOS MENORES.- X. REFLEXIONES FINALES.- XI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS.

El objeto del presente trabajo consiste en determinar si se aplican las normas de la responsabilidad civil a las relaciones familiares en general y especialmente a las derivadas del incumplimiento de los deberes matrimoniales.

Las profundas modificaciones producidas en el ámbito del Derecho de Familia por el Código Civil y Comercial llevan a dudar sobre qué doctrina y jurisprudencia construida durante la vigencia del Código Civil son aplicables en el nuevo sistema jurídico familiar. Entre las dudas que se presentan al jurista está la de saber si las reglas de la reparación de los daños injustamente producidos en el seno de la familia se solucionan con las normas de la responsabilidad civil del derecho privado o si por el contrario las reglas del derecho de familia son autosuficientes para reparar los perjuicios causados en el ámbito familiar.

Sabido es que tras más de 25 años desde que se dictara el primer fallo que hizo lugar a una demanda por daños y perjuicios en materia de derecho de familia, producido por la falta de reconocimiento de un hijo, la jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad por daños ocasionadas en el ámbito familiar por sus propios integrantes en todos los ámbitos; sobre todo en el divorcio, la falta de reconocimiento de hijos, la violencia doméstica y el impedimento de contacto con los hijos menores por parte del progenitor que tiene la custodia; mientras que la doctrina ha elaborado los requisitos que hacen

procedentes las reparaciones por daños producidos en el seno de la familia por sus propios integrantes[1].

La cuestión radica en determinar si esos antecedentes son válidos en la actualidad o si por el contrario tenemos que afirmar que en la familia no se aplica el sistema de la responsabilidad civil sino las respuestas del derecho de familia, y en consecuencia que se puede dañar sin reparar, o se puede lastimar faltando a los deberes morales impuestos por el matrimonio sin que sea necesario indemnizar a quien ha sufrido el daño causado con dolo o culpa, en aras de privilegiar la libertad personal sobre la responsabilidad por daños señalando simplemente que son deberes morales[2].

Para dar respuesta a estos interrogantes hay que partir de valorar que el legislador ha optado por mantener el Derecho de Familia dentro del Código Civil y Comercial Argentino, siguiendo una tradición patria y apartándose de la manera de legislar de algunos países latinoamericanos como el Salvador que legislan sobre el Derecho de Familia en un Código aparte.

En este aspecto es esclarecedor lo dicho por la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI quien fue uno de los miembros de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial que afirma: "la reforma, a diferencia de otros sistemas de la legislación latinoamericana, conservó el Derecho de Familia dentro del Código Civil; o sea, no sancionó un Código de Familia separado. Esta opción responde a la convicción de que el Derecho de Familia es Derecho privado, pues recae sobre relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas"[3].

El hecho que el Derecho de Familia se mantenga dentro del Código Civil y Comercial es trascendente para dar respuesta al interrogante que motiva

[1] MEDINA, G.: *Daños en el Derecho de Familia*. 2012: ed. Rubinzal y Culzoni, 2ª. ed. actualizada; BARBERO, O. U.: *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Buenos Aires (1977): Editorial Astrea; BELLUSCIO, A. C., ZANNONI, E. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia*. Buenos Aires (1983): Editorial Hammurabi; CECCHINI, F. C. y SAUX, E. I.: *Divorcio. Prejudicialidad y responsabilidad civil por daños entre cónyuges*. Rosario (1991): Editorial Zeus; DUTTO, R.: *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. Buenos Aires (2007): Editorial Hammurabi; FERRER, F.: *Daños resarcibles en el divorcio*. Buenos Aires (1997): Editorial Abeledo Perrot.

[2] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: "La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños", en AAVV: *Responsabilidad Civil y Familia* (coordinado por VARGAS ARAVENA, D. y LEPIN MOLINA, C.). Santiago de Chile (2014): Thomson Reuters Chile, p. 221.

[3] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. en *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014*. Santa Fe (2014): ed. Rubinzal – Culzoni, t. 1, p.12.

nuestro estudio, relativo a si se aplican las normas de la responsabilidad civil en las relaciones de familia.

Evidentemente que si el Derecho de familia es parte del Derecho civil y se regula en el Código Civil y Comercial, se nutre de sus principios generales y es a estos principios generales a los que hay que acudir cuando se deben interpretar las normas.

Como uno de los principios básicos del Derecho civil es el responder por el daño injustamente sufrido la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil.

Sobre el tema de la interpretación de las normas el Código Civil y Comercial establece en su art. 2° que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

De allí que para determinar si corresponde indemnizar los daños causados en el ámbito de la familia por sus integrantes hay que estar a los principios generales del derecho y también a los principios que rigen las relaciones de familia y a los principios de la responsabilidad civil.

Dentro de los principios generales del derecho tenemos el principio de no dañar que obliga a no dañar a otro.

Por su parte los principios del derecho de familia son el principio de igualdad, de libertad, de solidaridad, de responsabilidad y de interés superior del menor[4].

Mientras que los principios del derecho de la responsabilidad civil son el principio de la prevención y el principio de la reparación[5], por el primero toda persona tiene el deber de evitar causar un daño no justificado y por el segundo toda persona tiene el deber de reparar el daño causado.

[4] Sobre ellos cabe destacar que el principio de libertad puede ser ejercido mientras no se dañe a otro y que la libertad admite reglamentaciones de allí que la libertad matrimonial se traduce en la libertad de casarse o no casarse, pero una vez casados se deben respetar las obligaciones libremente asumidas.

[5] Ver en el Titulo V del Libro tercero Otras fuentes de las Obligaciones, la sección 2° "Función preventiva y función excesiva" y la sección 3° "Función resarcitoria".

Interpretando coherentemente el principio de no dañar, los principios de responsabilidad civil y los principios del Derecho de familia, debemos concluir que el actuar dañoso dentro de las especiales relaciones familiares obliga a la reparación del daño causado.

Es que las relaciones familiares tienen un especial contenido solidario y es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en ese ámbito íntimo donde más se puede dañar al otro, es por eso que no puede quedar sin indemnizar los daños causados por quien tenía la obligación de ayudar a desarrollar al otro y en su lugar produce un daño cuya gravedad debe ser apreciada justamente por haber sido provocada en el entorno familiar.

Valga aclarar que todo daño producido en el entorno de la familia es en principio más grave por el hecho de ser provocado en el ámbito familiar. Así una violación, que es siempre un hecho gravísimo, si es producida por quien en principio tenía la responsabilidad del menor o del incapaz, como si se produce entre esposos genera una lesión más profunda porque es producida por quien tenía una especial obligación de cuidado y no una mera obligación de no dañar[6].

A fin de hacer especificaciones concretas sobre este tema tan basto determinaremos a qué aspectos de las relaciones de familia nos vamos a dedicar en este estudio inicial.

II. Los aspectos internos y externos de la responsabilidad por daño y el Derecho de Familia.

El tema de la responsabilidad y el Derecho de Familia tiene un "aspecto interno", que hace referencia a los hechos antijurídicos cometidos entre sus miembros, y un "aspecto externo", que tiene relación con los terceros y la posición de una víctima o de un autor de un hecho ilícito en una relación de familia.

En el aspecto interno los temas que vamos a abordar con relación al Código Civil y Comercial Unificado son los[7]:

1º) Daños producidos por el divorcio.

[6] MEDINA, G.: "La responsabilidad por daños producidas por la violencia sexual y familiar", en AAVV: *Responsabilidad Civil y Familia* (coordinado por VARGAS ARAVENA, D. y LEPIN MOLINA, C.). Santiago de Chile (2014): Thomson Reuters Chile, p. 166.
[7] MEDINA, G.: *Daños en el Derecho de Familia*, cit., Capítulo 1.

2º) Daños por la nulidad de matrimonio.

3º) Daños producidos por la violencia doméstica.

4º) Daños producidos por la ruptura de esponsales o de las uniones de hecho.

5º) Daños producidos por la falta de reconocimiento de hijos.

6º) Daños causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo.

Dentro del "aspecto externo" de la responsabilidad y el Derecho de Familia cobra importancia la posición de un integrante de una familia a los fines de la reparación de los daños; así, no es igual causar la muerte en un accidente de tránsito a un hombre soltero que a uno legalmente casado, ni a un conviviente, ni a un miembro de una pareja homosexual, ni a un guardador de hecho.

También dentro de la faz "externa" de la responsabilidad por daños y el Derecho de Familia corresponde el tratamiento del tema de la legitimación para accionar contra una persona diferente al autor del hecho ilícito cuando ésta forma parte de un grupo familiar en circunstancias determinadas. Lo normal en la esfera de la responsabilidad civil es que el autor del hecho ilícito sea quien responda, pero en determinados casos debe responder una persona diferente del dañador, como en el supuesto de la responsabilidad del empleador, del dueño de la cosa dañosa, del que se sirve de la actividad riesgosa, del estado o del asegurador. En el tema de nuestro estudio, la circunstancia de tener una posición determinada en un grupo familiar traslada la obligación de responder del autor del ilícito a otros miembros del grupo familiar, con diferente extensión.

En este aspecto abordaremos la responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos menores.

III. DAÑOS PRODUCIDOS EN EL MATRIMONIO.

En la actualidad se encuentra aceptado doctrinaria y jurisprudencialmente[8] la responsabilidad civil por los daños ocasionados por el divorcio[9]. Así lo

[8] El Proyecto siguió al fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 10-12-94 que aprobó como doctrina legal (LA LEY 1994 E, 538) obligatoria para los Tribunales Nacionales: "en

sostiene la doctrina especializada en el tema tanto en España[10], como en Uruguay[11] y Chile[12].

Esta posición jurisprudencial y doctrinaria se receptó en el Proyecto de Código Civil de 1998 que establecía en su art. 525 "Daños. Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y extrapatrimoniales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños sólo es procedente en el mismo proceso de separación. Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables. En todos los casos se aplica el artículo 1686".

El Código Civil y Comercial Unificado en todo lo referido al Derecho de Familia se alejó del Proyecto de código de 1998, así establece un sistema de divorcio incausado y suprime el deber de fidelidad como deber jurídico limitándolo a un deber moral[13].

Cabe preguntarse si corresponde seguir hablando de responsabilidad por daños derivados del divorcio en un sistema en el cual no se juzgan las culpas, el divorcio es incausado y los deberes personales de los cónyuges se encuentran limitados.

---

nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño extrapatrimonial ocasionado por el cónyuge culpable".

[9] Sobre el tema en Uruguay ver RAMOS CABANELLAS, B.: "Daños originados en las relaciones de Familia: Situación de Uruguay", en AAVV: *Responsabilidad Civil y Familia* (coordinado por VARGAS ARAVENA, D. y LEPIN MOLINA, C.). Santiago de Chile (2014): Thomson Reuters Chile, p. 253.

[10] Sobre el estado de la cuestión en España, ver DE VERDA BEAMONTE, J. R., y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales", *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Núm. 28, Coordinador: J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor (2012): Aranzadi; y DE VERDA BEAMONTE, J. R., "Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge", *La Responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares*, Coordinador: J.A. MORENO MARTÍNEZ, Madrid (2012): Dykinson, pp. 161-194.

[11] VAZ FERREIRA, E.: "Daños y perjuicios derivados del divorcio culpable", *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, T. XVII, Fundación de Cultura Universitaria, p. 225; RIVERO DE ARHANCET, M.: "Temas de interés vinculados al divorcio", *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, T. XVII, p. 258.

[12] LEPIN MOLINA, C.: "Responsabilidad civil en las relaciones de familia", en AAVV: *Responsabilidad Civil y Familia* (coordinado por VARGAS ARAVENA, D. y LEPIN MOLINA, C.). Santiago de Chile (2014): Thomson Reuters Chile, p. 397.

[13] Libro Segundo, Relaciones de Familia, Título primero Matrimonio, Capítulo 7, derechos y deberes de los cónyuges, art. 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la convivencia, la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca.

Por nuestra parte pensamos que siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil va a existir obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, ya que la infidelidad, la falta de asistencia y la violencia, si ocasionan daños deben dar lugar a una indemnización.

Por supuesto que también serán indemnizables todos los daños personales o patrimoniales producidos entre esposos aunque no deriven de faltas al deber de fidelidad[14].

No impide lo antedicho que el deber de fidelidad no sea un deber jurídico porque el daño indemnizable no se limita al daño a un derecho subjetivo sino que se amplía a cualquier interés legítimo. En este sentido, el art. 1737 del Código Civil y Comercial establece que "hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

De lo expuesto surge claramente que el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad, o al de asistencia, lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que constituye un daño resarcible que debe ser plenamente reparado.

Con respecto a la violencia de cualquier tipo que se suscite durante el matrimonio y que produzca un daño, indiscutiblemente debe ser reparada

Sobre el tema la jurisprudencia argentina venía sosteniendo que las injurias producidas durante el matrimonio debían tener una naturaleza muy punzante para que se admitiera que estos hechos provocaban daños.

En este aspecto, prácticamente se exigía una culpa grave para dar lugar a la reparación.

En el Código Civil y Comercial se establecen reglas específicas de valoración de la conducta en el art. 1725 que dice: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza

[14] SOLARI, N.: "Los daños en las relaciones de familia", *Rev. Derecho de Daños* (2012), Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2012-3, p. 540.

especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente".

La norma anteriormente transcripta es la que deberá tenerse en consideración para determinar, si las conductas producidas durante el matrimonio, son susceptibles de reparación o no.

Lo importante es tener en cuenta que, aunque para solicitar el divorcio en el régimen del Código Civil y Comercial, no hace falta probar las causas que producen el rompimiento de la vida en común, de todas maneras estas causas existen, ya que ninguna persona en su sano juicio se divorcia "porque sí". Siempre hay un motivo que desencadena el rompimiento del matrimonio, la cuestión está en determinar si esta razón es antijurídica, causa un daño resarcible, es producto de dolo o culpa y guarda una relación de causalidad adecuada.

En la determinación de los presupuestos de la responsabilidad civil hay que tener en cuenta que según el art. 1717, "cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada". Y ni la violencia verbal, ni la física, ni la psicológica, ni la infidelidad tienen justificativo alguno ya que lo justificado es el ejercicio regular de un derecho y no el abuso del derecho o la conducta dañosa. Es por ello que consideramos que, aun en un sistema de divorcio incausado, es posible reclamar la reparación de los daños producidos por conductas antijurídicas que pongan fin al matrimonio. Advertimos que la situación será más dificultosa ante el divorcio sin causa, porque en el proceso de daños y perjuicios habrá que probar la culpa, el dolo y el daño que en la actualidad surgen del proceso de divorcio.

Por otra parte, en el sistema vigente, el proceso de divorcio y el proceso de daños, normalmente se acumulan en un mismo expediente, mientras que en el sistema proyectado serán completamente independientes, por un lado porque el divorcio se desvincula de la culpa y por otra parte, porque el divorcio tiene un trámite específico en el que no tendría lugar una acción de reparación.

La culpabilidad o inocencia son indiferentes para obtener el divorcio vincular y adquirir una nueva aptitud nupcial, pero el ordenamiento jurídico no puede ni debe mantenerse indiferente a la hora de resarcir o reparar los daños producidos dolosamente o culposamente en el seno del matrimonio.

Cuando entre a regir el Código Civil y Comercial, la única vía que les quedará a los cónyuges inocentes que han sufrido daños en el matrimonio, es accionar por responsabilidad civil, porque ésta será el único procedimiento en el que se indemnizarán las consecuencias no patrimoniales de los daños sufridos.

En otro orden de ideas, si es la mujer quien sufre daños siempre le quedará la posibilidad de fundar su acción en la ley de protección integral de la mujer 26.485, que prevé la responsabilidad por daños y perjuicios de los actos derivados de la violencia de género.

En definitiva las razones porque procede la indemnización de los daños derivados del incumplimiento derivado de los deberes matrimoniales radica en que:

a) El matrimonio no puede ser un lugar donde se injurie y se lesione gratuitamente, muy por el contrario es un ámbito donde las personas se deben mayor respeto y es el lugar donde los cónyuges van a desarrollar su proyecto de vida en común. Su función es solidaria y no puede estar expuesta al embate de la violencia física o psicológica ni al desentendimiento de deberes morales[15].

b) El daño indemnizable se produce por la violación a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico y el interés por el cumplimiento del deber de fidelidad o el deber de asistencia no son intereses reprobados por el ordenamiento jurídico (art. 1737 de CCC).

c) Las normas de derecho de familia tienen consecuencias indirectas para el incumplimiento de los deberes familiares, como por ejemplo la exclusión hereditaria conyugal para el cónyuge que viola el deber de convivencia, o la indignidad o revocación de donaciones por las conductas repudiables y ofensivas de un cónyuge al otro. Estos efectos indirectos no reparan el daño injustamente causado, por lo cual no son suficientes para la víctima.

d) Cuando el ordenamiento jurídico no quiere aplicar los principios generales de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares o cuasi familiares, lo dispone específicamente como en la responsabilidad por ruptura intempestiva de los esponsales. Cuando la letra de la ley nada dice corresponde aplicar las normas de la responsabilidad a todas las ramas del

[15] Señala la distinguida jurista uruguaya BEATRIZ RAMOS que "Con relación a los deberes, corresponde recordar su importancia en las relaciones de familia, ya que el cumplimiento de los mismos permite el funcionamiento y la existencia de la familia. Para comprender esto basta con imaginar una familia en la que sus integrantes no cumplan con sus deberes, por ejemplo que los padres no cuiden a sus hijos o éstos no atiendan a sus ascendientes ancianos y necesitados.
Sin embargo, es posible observar que los deberes no han obtenido el mismo fortalecimiento que se les ha reconocido a los derechos en este último tiempo. Así, vemos que algunos deberes se van debilitando frente a un concomitante fortalecimiento de todos los derechos". RAMOS CABANELLAS, B.: "Daños originados en las relaciones de Familia: Situación de Uruguay", cit., p. 253.

Derecho Privado, de la cual el Derecho de Familia es una parte, que sólo se exime de su aplicación por disposiciones especiales como las contenidas en el art. 401 del Cód. Civ. y Com.

e) Que en la responsabilidad por falta de reconocimiento de hijos exista una norma de remisión expresa a la responsabilidad civil no excluye la aplicación de sus reglas a todos los supuestos de daños producidos entre los miembros de la familia en sus mutuas relaciones.

f) La violación al deber de asistencia entre los cónyuges contemplada en el art. 431 del Cód. Civ y Com., constituye un acto de violencia que puede ser: Física si produce dolor, daño o riesgo de producirlo; psicológica si causa daño emocional o disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o degrada, humilla, cause perjuicio a la salud psicológica del cónyuge: económica y patrimonial, si se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales del cónyuge a través de la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna. El daño producido por la violencia generada por la falta al deber de asistencia debe ser reparado siendo insuficiente el sistema jurídico familiar para indemnizarlo. Así, ni el régimen de la pensión compensatoria, ni el sistema de alimentos post divorcio, ni los efectos indirectos del incumplimiento de los deberes familiares son suficientes para paliarlos.

g) La pensión compensatoria no basta para indemnizar el daño causado por la violencia producida por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, ya que el objeto de la compensación es paliar el desequilibrio económico que el divorcio causa a uno de los cónyuges y no la reparación del daño causado. No se puede admitir que la pensión compensatoria repare el daño porque si no hay desequilibrio económico pero sí daño la compensación económica no prospera y el daño quedaría sin reparar, ello por cuanto la compensación económica no repara daños sino desequilibrios que son independientes de los daños[16].

[16] La compensación económica tiene muchas semejanzas con la reparación de daños En realidad, se trata de una compensación y para el Diccionario de la Real Academia compensar es "dar una cosa en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado". La diferencia entre indemnizar y compensar reside únicamente en la extensión de la reparación. Mientras que la indemnización en nuestro derecho es plena y busca dejar "indemne" al sujeto pasivo e "indemne" es "libre o exento de todo daño", la compensación tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo. MEDINA, G.: "Compensación económica en el Proyecto de Código", publicado en: *La Ley* (2012), 20 diciembre 2012, p. 1; *La Ley* (2013-A), p. 472; *DFyP* (2013), enero-febrero, p. 3.

h) Los alimentos posteriores al divorcio tampoco son suficientes para indemnizar perjuicios ya que sólo se dan en dos circunstancias: a favor del cónyuge que sufre una enfermedad preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse y a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad de procurárselos. En el primer caso se otorga para lograr el pago del tratamiento y recuperación con más la subsistencia del enfermo y en el segundo comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica conforme a la condición del que lo recibe en la medida de sus necesidades (art. 541 del Cód. Civ y Com.). En ninguno de los dos supuestos buscan, ni logran compensar el daño causado por lo que resultan insuficientes como remedio indemnizatorio además de tener una vigencia temporal limitada a la duración de años del matrimonio.

i) Por otra parte no convence el argumento que el interés de la paz familiar induce a evitar los litigios en los que se ventilen las culpas y errores que produzcan mayores males que bienes para un buen entendimiento entre quienes conforman la comunidad familiar. Es que el mantenimiento de la paz social se encuentra en la posibilidad de reparar los daños que un sujeto sufra, aunque tenga un vínculo matrimonial respecto de otro ya que el respeto al estado de derecho implica el respeto a los derechos de los ciudadanos, y nadie pierde esta calidad por ser miembro de una familia.

Los fundamentos del Código Civil y Comercial no bastan para justificar la exclusión de la responsabilidad civil a los daños producidos por el incumplimiento de los deberes jurídicos del matrimonio. Así, si bien en los fundamentos del proyecto se lee "unos son los daños a las personas en cuanto tales (regidos por el derecho de la responsabilidad civil), otros los que se pretenden derivación del incumplimiento de los deberes conyugales, de alto contenido moral, y dejados, en consecuencia, fuera de la autoridad de los magistrados". Estos fundamentos no son ley y no fueron positivizados, además cuando ellos fueron escritos, los deberes derivados del matrimonio eran menos que los que el Código Civil y Comercial incluyó, porque no estaban ni el deber de fidelidad, ni el deber de cohabitación.

La Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI señala adecuadamente que corresponde indemnizar todo daño causado entre los integrantes de la familia porque el estado conyugal no sirve de soporte para convalidar la impune perpetración de delitos o cuasidelitos. Para esta autora se trata, entonces, de determinar si corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de deberes típicamente conyugales, cuales son, el deber de fidelidad, convivencia y

asistencia. O sea, incumplimiento de deberes que no se tienen frente a cualquier persona sino sólo respecto del cónyuge[17].

La referida autora considera que el incumplimiento de los deberes matrimoniales no pueden ser indemnizados ahora como hace quince años, siendo así, resulta clara la imposibilidad de seguir la posición asumida hace quince años, cuando las pautas sociales eran otras, se mantenía la separación personal y el divorcio por causales contencioso-subjetivas con declaración de culpabilidad y, quizá, no se había delimitado correctamente el tema.

Por nuestra parte consideramos que el deber de asistencia, de alimentos y de cohabitación son deberes jurídicos que generan derechos recíprocos entre los cónyuges y que su violación, de causar daño, debe ser indemnizada conforme a las normas de la responsabilidad civil.

En cuanto a la fidelidad entendemos que si bien es un deber moral, de todas maneras, su incumplimiento, si genera daños, da lugar a reparación. Porque como ya hemos dicho, el daño no sólo se produce cuando se viola un derecho subjetivo sino cuando se daña todo interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el fuerte contenido ético de este tipo de deberes no los priva de su carácter jurídico. Así lo ha entendido un sector de la doctrina española, que señala que "es cierto que este tipo de deberes tienen una naturaleza especial; su carácter moral se explica si se atiende al contenido del Derecho de Familia, pues en este caso, al igual que en otros, el Derecho se apropia de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Por supuesto que son de naturaleza personalísima y entran dentro de la esfera de libertad de cada cónyuge y de cada progenitor, por ello hay una imposibilidad práctica de su imposición coactiva directa por parte del Estado. Pero el hecho que no sea posible su coerción directa no les priva de su juricidad; son obligaciones jurídicas y el familiar obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto, al menos como posibilidad inicial, al resarcimiento de los daños que cause. Son obligaciones legales sin carácter patrimonial pero desde luego su infracción puede producir un daño moral resarcible y, a veces, consecuencias económicas[18]".

[17] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: "La eliminación del divorcio contencioso en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños", cit., p. 201.

[18] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. Mª: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Navarra (2009): Editorial Thomson Reuters Civitas, pp. 83-84.

Estamos frente a verdaderos deberes jurídicos, dotados de un fuerte contenido ético o moral, que carecen de coercibilidad jurídica; pero que no obstante, su carácter ético o moral no le priva de su juridicidad y, viceversa, su carácter jurídico no le priva de ser considerado también como un deber moral o ético. En este sentido, reconocen que se tratan de deberes jurídicos incoercibles directamente, pero agregan que ello no les priva de su juridicidad, sino que al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica. Que, en fin, el carácter jurídico de los deberes conyugales debería hoy estar fuera de discusión, si pretendemos mantener el matrimonio con su naturaleza de institución jurídica[19].

Cabe acá traer como ejemplo un caso que con ribetes similares se ha dado en el ordenamiento jurídico argentino, chileno[20] y español. Se trata del supuesto en el cual una mujer casada tiene relaciones extraconyugales y da a luz a tres hijos cuya paternidad atribuye al marido cuando en realidad eran hijos del amante. Tras la separación el marido se entera y presenta una demanda de daños y perjuicios contra su esposa reclamando la indemnización del daño moral sufrido.

En los tres países la jurisprudencia ha hecho lugar al reclamo de daño moral, es que las consecuencias de la infidelidad son tan graves que aun en países que no tienen la tradición que posee Argentina de reparar los daños derivados del divorcio, han aceptado la indemnización por el perjuicio que el adulterio de la mujer le ocasionó al marido atribuyéndole hijos que no eran suyos[21].

Por último, cabe decir que la "especialidad" otorgada al Derecho de Familia para nada obsta la aplicación de los principios generales de la responsabilidad sino al contrario, los intereses axiológicamente superiores que el mismo protege se resguardan en tanto respondan civilmente quienes los lesionan, no obstante, el mensaje del respeto a la piedad familiar es un valladar que protege a la familia en cuanto a no alterar la situación de hecho[22].

---

[19] Sentencia Corte de Apelaciones de Talca, 30 de agosto de 2012, Rol Nº 133-2012. (David Vargas Aravena, Ponencia presentada a las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011).

[20] LEPIN MOLINA, C.: "Responsabilidad civil en las relaciones de familia", en AAVV: *Responsabilidad Civil y Familia* (coordinado por VARGAS ARAVENA, D. y LEPIN MOLINA, C.). Santiago de Chile (2014): Thomson Reuters Chile, p. 419. Corte de Apelaciones de la Serena 03/04/2014, Roll., N° 507-2013.

[21] Fallo de la Audiencia Provincial de Valencia 02/11/2004 (Sección séptima, Número 597, Rollo 594/2004.

[22] DUTTO, R.: *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, cit., p. 37.

IV. DAÑOS PRODUCIDOS POR LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO.

Advertimos que día a día el número de casos de denuncia de violencia doméstica aumenta, mientras que el número de expedientes donde se solicita la reparación del daño es inexistente o irrelevante comparado con el de las denuncias de daños.

Creemos que algunos de los motivos por los cuales no se solicita la indemnización son: (i) los exiguos plazos de prescripción; (ii) el desconocimiento de que existen diversidad de legitimados contra quienes reclamar o, dicho de otra forma, que existen múltiples obligados a reparar; (iii) la relación de parentesco entre la víctima y el dañador; (iv) el convencimiento que el consentimiento quita ilicitud al acto; (v) la ignorancia que el daño actual es consecuencia de la violencia sufrida en otra época, y (vi) la limitación de los legitimados indirectos para reclamar daño moral.

En orden a la violencia doméstica, tres son los puntos importantes en el Código Civil y Comercial: el primero, relativo a la prevención; el segundo, referente a la prescripción, y el tercero, el referido a la ampliación de los legitimados para reclamar.

Con respecto a la prevención, el art. 1710 establece que "Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".

En este sentido, frente a la violencia doméstica o de género cabe la acción preventiva cuando una acción u omisión antijurídica haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento y no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Si bien estas acciones preventivas se encuentran establecidas en todas las legislaciones provinciales de violencia, el hecho de haberla incorporado al Código Civil y Comercial, le da una mayor organicidad y uniformidad a su tratamiento, lo que indiscutiblemente contribuye a la eficacia.

La Ley de Protección Contra la Violencia Familiar, Nº 24.417, establece la obligación de denunciar los hechos de violencia sobre menores, incapaces, ancianos o discapacitados, a los servicios asistenciales, sociales o educativos públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público

en razón de su labor (art. 2º). Por otra parte, la Ley Nº 26.061, establece la obligación de denunciar a todos los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, quienes deberán comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión (art. 31).

Por su lado, la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, Nº 26.485, establece la obligación de denunciar los actos de violencia en el art. 18, que dice que las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.

Cabe preguntarse si los profesionales podrían negarse a denunciar amparándose en el secreto médico establecido en el art. 156 del Código Penal argentino, que sanciona la divulgación sin justa causa por parte del médico tratante de los secretos confiados por su paciente –relativos a su salud– o de cualquier dato médico obtenido por el profesional en el marco de la consulta y tratamiento con una sanción de tipo penal (art. 156 Código Penal argentino).

Por otra parte, el art. 177 del referido cuerpo legal establece que: "[…] tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional".

Cabe señalar que el deber del médico de guardar el secreto profesional representa para el paciente la garantía de poder confiar detalles relativos a su vida íntima en relación a su salud con la seguridad de saber que lo que exprese en el marco de la relación médico-paciente no podrá ser divulgado, por este mandato tácito que referíamos al comenzar el estudio.

¿Por qué el profesional del arte de curar que debe guardar el secreto médico al mismo tiempo debe denunciar la violencia sexual o de cualquier otro tipo sufrido por las mujeres, los niños, los discapacitados y los ancianos?

Estamos convencidos de que la ley le impone a los médicos la obligación de denunciar este tipo de violencia porque la denuncia es el camino más idóneo para permitir visibilizar el problema que suele caracterizarse por dos fenómenos simultáneos: 1) la esfera de intimidad en la que se desarrollan los hechos de violencia y 2) la repetitividad de los hechos (por acción u omisión) que lleva a cabo el violento hacia uno o varios de los integrantes del grupo familiar; y el modo como se relacionan entre sí, concluyen en muchos casos con la víctima de violencia muerta o –en el mejor de los casos– con lesiones severas, ya sea físicas o síquicas, con el agregado que implica reconocer que el autor de los hechos violentos resulta ser un miembro del grupo familiar con el que hay –o hubo en algún momento– un lazo basado en el afecto y el cariño[23].

El otro aspecto en el cual el Código Civil y Comercial innova, es el referente al plazo de prescripción, cuando se trate de abusos sexuales infligidas a personas incapaces. Sabido es que en éste momento, el plazo de prescripción corre contra los incapaces porque tienen representantes legales, lo que los coloca en un estado de indefensión cuando son sus representantes legales los que abusan de ellos.

En el Código Civil y Comercial, se establecen plazos especiales de prescripción en este tipo de situación.

En el sistema del Código Civil, la prescripción corre contra todos los incapaces, incluidos los dementes. Es decir, que si un niño es agredido sexualmente por el conviviente de la madre, el plazo de prescripción corre contra el niño si tiene representante.

Contra los incapaces que tienen representación, la prescripción corre porque nada impide accionar al representante, que entre sus obligaciones tiene el deber de realizar actos conservatorios de los créditos del representado. Precisamente porque, por más incapaces que sean, sus representantes no lo son, es que la prescripción no se suspende contra este tipo de personas.

En el sistema del Código Civil el pobre incapaz, si es que su representante dejó prescribir su crédito, no queda totalmente desprotegido: puede accionar por daños y perjuicios contra el tutor o curador negligente.

La prescripción también corre contra el otro grupo de incapaces, los que no tienen representantes. Esto es lo que claramente dice el art. 3966 del Código

[23] GONZÁLEZ MAGAÑA, I.: "Los límites del secreto profesional frente a la obligación de denunciar que la Ley Nº 24.417 impone a los profesionales de la salud", *RFDyP* (2013), mayo 2013, cita: IJ-LXVII-831, 8.05.2013.

Civil. A pesar de que comienza diciendo: "La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales…", luego dice que "Si carecieren de representación se aplicará lo dispuesto por el art. 3890". Es decir que, pese a que una primera lectura pareciera indicar que la prescripción sólo corre contra los que tuvieren representantes, lo cierto es que corre contra ambos tipos de incapaces.

El Código Civil y Comercial establece en su art. 2561 que el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años y determina un plazo especial de prescripción para el reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces de diez años, estableciendo que el cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad.

Si bien la ley sólo se refiere a los tutores y curadores, se ha entendido pacíficamente que la prescripción también se suspende hasta que legalmente concluye el vínculo de potestad. Esto implica que hasta los 18 años no corre el curso de la acción de prescripción por los daños producidos.

V. DAÑOS PRODUCIDOS POR LA RUPTURA DE ESPONSALES O DE LAS UNIONES DE HECHO.

Con respecto a la ruptura de esponsales, el Código Civil y Comercial niega completamente la posibilidad de reclamar daños y perjuicios porque el art. 401 establece: "Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera".

Por nuestra parte consideramos que debió haberse mantenido la responsabilidad al daño al interés negativo, como está previsto para las tratativas precontractuales en el art. 991 del Código Civil y Comercial.

No se justifica que en cualquier contrato, el rompimiento intempestivo e injustificado debe resarcirse y en los esponsales, el mismo daño no debe repararse.

Así, creemos que debió mantenerse la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios patrimoniales producidos por la ruptura dolosa del contrato de esponsales. Por ejemplo, el novio que alienta a la novia a organizar una ceremonia de casamiento, comprar el traje de bodas, repartir las participaciones y el día antes de la fecha prevista o en el mismo día le

comunica que no puede casarse porque ya es casado o que no quiere hacerlo para dañarla, debe responder al menos por las erogaciones realizadas en vista de la celebración del matrimonio que se frustró por su conducta dolosa, ya que estos daños no se cubren con el enriquecimiento sin causa, porque si bien producen un empobrecimiento de la novia abandonada, no producen un correlativo enriquecimiento del novio abandonante que dé lugar a la figura del enriquecimiento sin causa.

VI. DAÑOS PRODUCIDOS POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE HIJOS.

La cuestión central en este tema es determinar si los perjuicios originados por el no reconocimiento de un hijo extramatrimonial deben ser reparados[24].

En este tema hay que tener en cuenta en primer lugar el derecho-deber constitucional de todo padre al cuidado y educación de los hijos, para posteriormente destacar el "reconocimiento" como un deber de los progenitores y no un mero acto de poder familiar. Para hacer lugar a la reparación debe existir una conducta ilícita constituida por el no reconocimiento que produzca un daño ya sea patrimonial o extrapatrimonial, cuyo factor de atribución es la culpa. A su vez, es necesaria la existencia de nexo causal entre el hecho y el daño.

[24] BISCARO, B. R.: "La falta de reconocimiento del hijo. ¿Es susceptible de generar daños materiales?", Suplemento del 6-10-2004, JA 2004-IV, pp. 632 a 639: CASSANI, D. H.: "¿Dos garantías en peligro? (nota a fallo)", LA LEY 2002-E, p. 278: CHECHILE, A. M.: "¿Es posible accionar por daño moral cuando el padre extramatrimonial ha reconocido espontáneamente a su hijo?", JA 2001-III-612; COSTA, P. M., ANDINO DORATO, J.: "Vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo", RDF 2002-22-146; DI LELLA, P.: "Del daño moral por el no reconocimiento inculpable del hijo (nota a fallo)", JA 1999-III, 499; FAMÁ, Mª. V., HERRERA, M.: "Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación. ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?," JA 2004-III-392-SJA 15/9/2004; MEDINA, G.: "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo. Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente", JA 1998-III, 1166; MEDINA, G.: "Prueba del daño por la falta de reconocimiento del hijo (visión jurisprudencial)", número especial: La prueba del daño – I, *Revista de Derecho de Daños*, Volumen: 4, 1999, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 111 a 129; MEDINA, G.: "Cuantificación del daño en materia de familia", *Revista de Derecho de Daños*, Volumen: 2001-1, 2001, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 227 a 244; MEDINA, G.: "La paternidad matrimonial, extramatrimonial y el reconocimiento", JA 1993-II-996; MEDINA, G.: "Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas (El problema dentro del marco del derecho constitucional civil y del derecho comparado)", JA 1995-IV-340; MEDINA, G., GUEVARA, C. Y., SENRA, Mª. L.: "La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no siempre origina la obligación de reparar el daño moral: relación entre un leading case argentino y el derecho comparado (nota a falla)", *La Ley Buenos Aires* (2005), Suplemento 7, agosto 2005, Buenos Aires, pp. 766 a 781.

Con relación al daño, cabe señalar que está provocado por la falta del derecho a la identidad, y sólo se debe desde que se tiene certeza de la paternidad.

El daño por el no reconocimiento voluntario de hijos fue el primer fallo dictado en el país de responsabilidad por daños derivados del derecho de familia[25]. Desde su dictado hasta el momento en la Argentina siempre se han acogido favorablemente las pretensiones de reparar este tipo de perjuicio, aún cuando no mediara texto expreso en el Código Civil.

Como algún sector de la doctrina dudaba de la procedencia de este tipo de acciones indemnizatorias, sosteniendo que el hijo puede iniciar las acciones llegado la mayoría de edad, que un inicio anterior impide que el padre lo reconozca espontáneamente, obstaculiza que se generen lazos de amor entre ellos y vulnera el verdadero interés del menor que está en "lograr en que el padre trate al hijo como tal", que realmente "repare su daño y su historia", y que estas acciones en lugar de favorecerlo, agudizan el conflicto, el Código Civil y Comercial ha resuelto expresamente que la falta de reconocimiento de hijos genera el deber de reparar, así en el art. 587 se establece: "El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código".

Tras la lectura de la norma ninguna duda queda que la falta de reconocimientos da lugar a la acción de responsabilidad por daños, por lo cual será aplicable toda la doctrina y jurisprudencia existente hasta el momento.

Quizás en el único aspecto en el cual habrá variación es en la responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones judiciales tendientes a la determinación de la maternidad, ya que una de las obligaciones de la responsabilidad civil es la preventiva y, como ya señalamos anteriormente, toda persona tiene el deber, en cuanto a ella dependa, de evitar causar un daño no justificado.

[25] El fallo es anterior a la reforma constitucional y se basa en los derechos implícitos contenidos en el art 33 de la Constitución Nacional. 1ra Instancia Civil y Comercial de San Isidro E.D 128-333 comentado por BIDART CAMPOS, G.: "Paternidad matrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo. Aspecto constitucional". En la actualidad ninguna duda queda del rango constitucional del derecho del niño a conocer su identidad biológica tras la reforma constitucional a las Convenciones de Derechos Humanos entre ellas la Convención de Derechos del Niño.

En el sistema que entrará a regir en el mes de agosto del año 2015, resulta claro que la madre tiene el deber de evitarle al hijo el daño por la falta de reconocimiento paterno.

Como señala el profesor de Chile Carlos PIZARRO WILSON "Una de las cuestiones más controvertidas en cuanto a los daños que puede reclamar el hijo cuyo reconocimiento no ha sido voluntario es la procedencia y cálculo del perjuicio material. Una primera aclaración en relación a este problema consiste en recordar el principio de reparación integral del daño vigente en la responsabilidad extracontractual. Como se sabe, el victimario o agente del daño debe reparar todo daño y nada más que el daño. Este principio permite aseverar que no existe un argumento ex ante para descartar la indemnización del daño material por rechazo al reconocimiento del hijo por el padre. ¿Pero qué daños materiales puede reclamar el hijo no reconocido? Una segunda aclaración para responder esta pregunta consiste en delimitar el ámbito de los alimentos de aquel de la indemnización de perjuicios. El cumplimiento de la obligación de alimentos es un hecho grave, cuyas sanciones están establecidas en la legislación"[26].

Según nuestra consideración el daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Éstas pueden o no producirse; se producirán por ejemplo si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderoso que de haberlo reconocido le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales.

Dentro del daño material también se ubica la perdida de *chance* cuando el menor por el esfuerzo materno cubra sus necesidades mínimas, pero la falta de reconocimiento le priva del aporte paterno que le hubiese dado la *chance* cierta de lograr una mejor asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos[27].

El hecho de que el otro progenitor, que lo reconoció voluntariamente y asumió sus deberes derivados de la patria potestad, haya satisfecho las

[26] PIZARRO WILSON, C.: "Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial", en AAVV: *Responsabilidad Civil y Familia* (coordinado por VARGAS ARAVENA, D. y LEPIN MOLINA, C.). Santiago de Chile (2014): Thomson Reuters Chile, p. 299.

[27] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I (SC Mendoza) (Sala I) 28/05/2004, F., A. por su hijo menor C. C., S., *LL Gran Cuyo* (2004), octubre, p. 884.

necesidades básicas o con capacidad restringida del niño y que éste no haya sufrido privaciones no le quita al renuente sus obligaciones[28].

Muchas veces se niegan los daños materiales sufridos por el menor alegando que como el progenitor reconociente le suministró alimentos el niño no tuvo perjuicio. Esta negativa resulta injusta e injustificada porque nada tienen que ver los alimentos suministrados por uno de los padres con el daño sufrido por no haberlos recibido del otro, ya que por una lado la actitud antijurídica le priva de una *chance* cierta y por el otro paradójicamente el "cumplimento del responsable libera al irresponsable"[29].

VII. DAÑOS CAUSADOS POR LA OBSTACULIZACIÓN DEL DERECHO A TENER UNA ADECUADA COMUNICACIÓN CON UN HIJO.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece en su art. 555 que "Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias". Esta norma se complementa con el art. 557, que prevé: "El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia". El Código Civil y Comercial facilita, alienta y protege las relaciones de los ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad, con los menores y las personas con capacidad

[28] SOLARI, N. E.: "Filiación extramatrimonial deducida contra los sucesores del causante. Cuestiones surgidas en relación a los daños y perjuicios", *LL Gran Cuyo* (2006), agosto, p. 927, comentando el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, CCivComyMineriaSanJuan (SalaII) ~ 2005/10/25 ~ N. H. E. c. P. R. M., P. M. S. y S. LL. Vda. de P.; en igual sentido en la doctrina y jurisprudencia italiana se admite la reparación del daño patrimonial por el menor nivel de vida que se tiene por la falta de alimentos. PACIA, R.: "Procreación y responsabilidad", *LL Gran Cuyo* (2006), abril, p. 294, quien afirma "No surge ningún problema con relación al daño patrimonial, ya que el incumplimiento de la obligación de alimentos, que tiene contenido económico y que empieza desde el nacimiento, es causa de responsabilidad contractual y por consiguiente legitima al hijo —si es menor, representado por el otro progenitor y en defecto por un curador especial— a pedir la condena, no sólo a los alimentos para el futuro, sino también al resarcimiento de los daños; por la menor comodidad a la cual haya gozado en el pasado".

[29] SOLARI, N. E.: "Daño moral del padre no reconociente, ¿y el daño material?", *LLNOA* (2006), agosto, p. 757.

restringida y en especial las relaciones de los nietos con los abuelos y sanciona desalienta y pena a quienes las impiden o a quienes las ejercen de manera abusiva.

Para favorecer y posibilitar las relaciones entre los ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad y fundamentalmente entre los niños y sus abuelos, el art. 555 del Código Civil y Comercial dispone que quienes tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad.

La norma busca favorecer las relaciones entre los parientes al tiempo que trata de impedir que los niños se transformen en "trofeos" en la disputa entre los adultos, ya que muchas veces ocurre que el progenitor que tiene la custodia del niño quiera cortar los vínculos del menor con la familia de su otro progenitor y a veces con la propia e impida las relaciones entre los abuelos y los descendientes.

El régimen establecido por el Código Civil y Comercial entiende que para el bienestar del menor es conveniente el contacto con sus mayores y con la familia extendida y es por ello que obliga al padre que tiene la custodia a no impedir el contacto entre ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad y los menores y personas con discapacidad (art. 557).

Por otra parte, si los padres o personas que tienen la custodia impiden el acercamiento de ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad, el juez debe imponer medidas para disuadir esta conducta negativa y lograr el cumplimiento eficaz de la ley, porque no se quiere un código lindo sino un código eficaz que sea útil al ciudadano y que no sea una mera expresión de deseos sino que propugne realidades que sirvan a los adultos mayores y a los menores de edad.

Si no obstante las medidas para asegurar el cumplimiento, se obstaculiza el derecho de comunicación, esto puede dar lugar a una acción de daños y perjuicios si se dan los presupuestos de la responsabilidad civil.

VIII. RESPONSABILIDAD POR MUERTE DEL CONVIVIENTE.

En primer lugar, cabe señalar que el Código Civil y Comercial sustituye las denominaciones `concubino´ y `concubinato´ por `conviviente´ y `unión convivencial´.

En segundo lugar, debemos recordar que el art. 1078 del Código Civil deniega legitimación al conviviente para reclamar daño moral por la muerte de su pareja.

En tercer lugar, corresponde tener en cuenta que son múltiples los fallos que han declarado la inconstitucionalidad de la norma.

El Código Civil y Comercial otorga una mayor legitimación para reclamar las consecuencias no patrimoniales por la muerte o gran discapacidad del conviviente. En este aspecto, el art. 1741 del Código Proyectado establece: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.
La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Esta ampliación de la legitimación para reclamar el daño moral otorgada al concubino deviene del principio de igualdad, que es uno de los principios más importantes del Derecho de familia. En mérito a tal principio no pueden existir diferencias de derechos entre los distintos tipos de familia. Con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial, subsistían grandes diferencias entre la familia matrimonial y la familia extramatrimonial, por ejemplo, ante la muerte del conviviente el supérstite no podía reclamar daños y perjuicios por no ser heredero forzoso (art. 1078 del Código Civil); por otra parte, los miembros de un concubinato (hoy denominado unión convivencial) no podían proteger su vivienda familiar mediante el régimen del bien de familia, ya que éste estaba destinado a la familia matrimonial y sólo los cónyuges la podían constituir. Esta diferencia también ha sido eliminada por el capítulo 3 de la Sección tercera del libro Primero que se refiere a Vivienda.

IX. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR SUS HIJOS MENORES.

El Código Civil y Comercial establece un sistema absolutamente objetivo de responsabilidad paterna y suprime la posibilidad de los padres de liberarse de la responsabilidad contenida en el art. 1116 del Código Civil actual.

El art. 1754 establece que "Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos".

En el código sustituido se discutía sobre el fundamento. Así, en un principio, los intérpretes, fieles al principio de la culpa, sostuvieron que los padres eran responsables por un factor subjetivo. Esta culpa podía ser *in vigilando*, por no cuidar a los menores, o bien *in educando*, porque si los menores habían causado un daño, era porque no habían sido bien educados. En ambos casos se trataba de faltas personales de los padres.

Señala Edgardo LÓPEZ HERRERA que "El Código exige para que el padre responda que los hijos se encuentren bajo su responsabilidad parental". Si el menor no se halla bajo la responsabilidad parental, el padre no tiene forma de controlar o supervisar el comportamiento y educación de su hijo.
"El principio es que el padre no responde cuando no tiene la responsabilidad parental de su hijo, como podrían ser los casos de privación de la responsabilidad parental (art. 700) y de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 702)"[30].

Sin embargo, esto tiene una limitación en el propio art. 1754 cuando dice que esa falta de convivencia no puede ser "atribuible". PIZARRO explica esto con claridad cuando dice si no fuere así "quien ha incurrido en las más groseras violaciones a los deberes que impone la patria potestad, a punto de haber sido privado de ella, quedaría en mejor situación que aquel que ha cumplido acabadamente con aquellos"[31].

Así, la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos cesa en los casos de ausencia con presunción de fallecimiento judicialmente declarada, porque es una causal de suspensión de la responsabilidad parental, según el art. 702, a). Por otro lado si hay ausencia con presunción de fallecimiento tampoco existe el requisito de convivencia.

Lo mismo es predicable para la incapacidad de uno de los progenitores, que en el Código es también causal de suspensión de la patria potestad [art. 702, b)]. Concretamente el motivo es la "declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental", lo que comprende tanto la incapacidad como la capacidad restringida (art. 31 y ss.).

[30] LÓPEZ HERRERA, E.: "Comentario al art. 1754", en AAVV: *Código Civil Comentado* (dirigido por MEDINA- RIVERA). Buenos Aires (2013): ed. La Ley.
[31] PIZARRO WILSON, C.: "Responsabilidad civil", cit.

En esos casos puede haber convivencia, pero no hay ejercicio de la responsabilidad parental.

Si el mayor de edad recibe alimentos hasta los 21 años (art. 658 y 662), o hasta los 25 (art. 662) porque estudia o se capacita y esto le impide mantenerse, los padres no son responsables, porque la responsabilidad parental ha cesado y el padre alimentante no tiene ninguna prerrogativa para controlar la conducta de su hijo.

Otro ejemplo de la independencia de la responsabilidad por daños y la obligación alimentaria, es que esta última no se suspende durante la privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 704). En cambio la responsabilidad por daños cesa si el menor no está bajo la responsabilidad parental en los casos en que no sea atribuible[32].

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, puede leerse: "La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la patria potestad que habiten con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos. Se receptan disposiciones previstas en los arts. 1658 y cc del Proyecto de 1998. En el artículo 1587 del proyecto del 92, se incluía como eximente la prueba de la imposibilidad de evitar el daño, que se eliminó en el Proyecto de 1998. Si la responsabilidad paterna es objetiva, sería contradictorio que puedan probar los progenitores que aun habiendo colocado la máxima diligencia el hecho haya ocurrido, ya que precisamente la vigilancia es lo que debe primar. Es decir, los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito".

Desde la doctrina, se advierte que la responsabilidad objetiva de los padres busca proteger a la víctima, no sólo brindándole una merecida reparación, sino que obliga a la toma de más medidas de prevención del daño que en la responsabilidad subjetiva. La responsabilidad objetiva del Proyecto significa que los padres vigilarán y educarán con sumo cuidado a sus hijos de manera de no tener que responder por ellos, sabiendo que prácticamente no hay escapatoria[33].

La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la responsabilidad parental que habiten con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos, cuando se dé el caso. De esta manera, se

[32] LÓPEZ HERRERA, E.: "Comentario al art. 1754", cit., p. 1110.
[33] LÓPEZ HERRERA, E.: "Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", *RCyS* (2012-IX), p. 5.

resuelven ciertos aspectos que habían traído un debate doctrinario, fijándose con claridad la regla general, el factor de atribución, y las eximentes[34].

En el Código Civil y Comercial Comentado se mantiene la responsabilidad de los hijos en forma concurrente con la de los padres. Ello implica que la víctima del hecho ilícito cometido por un menor tiene acción directa contra el niño, situación que resulta relevante cuando el hijo tiene más bienes que el padre.

La diferencia es que si la acción se instaura contra el hijo y el padre la responsabilidad de los padres es solidaria y la de los hijos es meramente concurrente. La concurrencia tiene gran importancia en los efectos prácticos, por ejemplo si el plazo de prescripción fuera interrumpido contra alguno de los progenitores no se suspende contra el menor por virtud de la concurrencia de acuerdo a lo dispuesto en el (art. 851 inc. d).

LÓPEZ HERRERA, en posición que compartimos, explica que a diferencia del Código actual que fija la responsabilidad personal y directa del menor a partir de los diez años, el proyecto nada dice. Sin embargo, debe entenderse que el menor responde directamente a partir de los diez años y el padre tiene acción de regreso. Esto es así porque la capacidad para comprender hechos ilícitos se fija también en diez años (art. 261 inc. b). El régimen es igual, pero la verdad es que hubiera sido mejor que la ley lo dijera expresamente[35].

El Código Civil y Comercial Unificado no expresa claramente que los padres tienen una acción de regreso contra sus hijos como tampoco lo hacía el código de Vélez, sin embargo esta posibilidad puede deducirse de lo dispuesto por el art. 851 inc H, que regula las obligaciones concurrentes y dice que "la acción de contribución del deudor que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originan la concurrencia"[36].

Cabe preguntarse si los progenitores pueden eximirse de responder en el nuevo sistema de la responsabilidad civil.

A los padres se les permite eximirse de responsabilidad en los casos que prueben el caso fortuito. En efecto la norma dice que los padres se liberan

[34] LLOVERAS, N., MONJO, S.: "Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código", *La Ley* (2013-E), p. 1078.
[35] LÓPEZ HERRERA, E.: "Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", cit., p. 5.
[36] LÓPEZ HERRERA, E.: "Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", cit., p. 5.

"si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño", lo imposible es sin duda el "caso fortuito", esto es por otro lado lo que se explica en los fundamento al decir "... los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito".

X. REFLEXIONES FINALES.

En el sistema del Código Unificado, los arts. 1751 y 1756 establecen "Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes. El incumplimiento de las obligaciones de sujeto múltiple se rige por lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo 3, Título I de este Libro, y por las normas particulares a ellas"; y "Los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo.

Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control".

Corresponde tener en cuenta que el tutor es responsable por los actos del menor desde el momento del discernimiento hasta la mayoría de edad. Ocupa el lugar del padre o la madre del menor y por eso la ley los equipara. La tutela comprende a los menores; la curatela, a los incapaces. Si hay más de un tutor (art. 105 Proyecto), ambos son responsable solidarios. La norma del art. 1756 sólo menciona a los tutores, pero se entiende que se refiere sólo al tutor que tiene la responsabilidad parental del menor (art. 104). Están excluidos de responsabilidad los tutores dativos (art. 107) o los tutores especiales (art. 109), pues no tienen responsabilidad parental sobre los menores sino que son designados por los conflictos de intereses que puede haber con sus progenitores.

La actual norma del art. 433 del Código de Vélez que dice que los tutores son responsables de los daños causados por menores de diez años, desaparece porque no tiene ningún sentido y sólo genera controversias. El tutor responde de todos los daños de su pupilo menor, tenga más o menos de diez años, con el sólo límite de la mayoría de edad a los dieciocho años.

Respecto a los incapaces, si bien el Proyecto no lo dice, como tampoco lo hace el actual Código civil, debe entenderse que se refiere sólo a los curadores de insanos o dementes, que son quienes no pueden comprender la ilicitud de sus actos. Los demás incapaces o personas con capacidad restringida, como los pródigos (art. 48 Proyecto), responden por sus actos en forma personal, pues la curatela del pródigo es al solo efecto de la protección del patrimonio. Lo mismo vale para los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Si bien el Proyecto no menciona a ningún tipo de sordomudos, ninguna duda cabe que el que no sabe escribir es una persona con capacidad restringida que necesitará un curador. Puede entenderse que están incluidos en el art. 32 segundo y tercer párrafo del Proyecto (53). Lo mismo vale para el curador de los penados (art. 12 C.Pen.) que sólo tiene por finalidad velar por la administración y disposición de los bienes de quien cumple una pena.

XI. CONCLUSIONES.

El Código Civil y Comercial contempla las tres funciones de la responsabilidad civil —prevenir, reparar, resarcir—, asignándoles la misma jerarquía normativa. Sin embargo, la función resarcitoria reviste mayor importancia cuantitativa porque será de más frecuente aplicación en atención a su naturaleza (reparar, mediante una prestación, el daño sufrido).

Las tres funciones de la responsabilidad civil están presentes en las relaciones de familia y quienes la integran tienen la obligación de prevenir, reparar y resarcir los daños, sobre todos los que provienen del incumplimiento de los deberes familiares, ya que éstos son la base de la familia.

En la actualidad, la familia se basa en los principios del Derecho de Familia, del desarrollo de la personalidad y de la autonomía del sujeto familiar, en la igualdad de los cónyuges, en la existencia de nuevos modelos de familia, lo que lleva al planteamiento de un modelo legislativo de familia como formación social que ante todo tutela los derechos de cada uno de sus miembros, desde la perspectiva de la persona como eje central de la disciplina jurídica de las relaciones familiares[37].

[37] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. Mª.: "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *Revista de Derecho Patrimonial* (2003-1), núm. 10, p. 69, quien añade: "es fácil advertir que hoy no se identifica tanto la familia como una entidad unitaria, estructura familiar jerarquizada caracterizada por el dominio del *pater familias*, cuanto que se pone el acento sobre la autónoma individualidad de cada familiar en el interior del grupo. En particular la idea de la individualidad de cada cónyuge ha sustituido la antigua idea, típica sobre todo de los ordenamientos anglosajones, de la unidad de los cónyuges".

Frente a la antigua visión de la familia que en muchos casos sacrificaba la personalidad de alguno de sus miembros, hoy existe una nueva concepción de la familia en la que el familiar, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales ni siquiera frente a los otros miembros de su familia. El *status* familiar no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable[38].

Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a Ud. deber familiar. No pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar.

[38] PATTI, S.: F*amiglia e responsabilitá civile*. Milano (1984): pp. 32 y ss. Respecto de la incidencia de los principios constitucionales en la consideración positiva del resarcimiento de daños en la esfera del Derecho de familia puede verse más ampliamente FRACCON, A.: "I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno", *Il diritto di famiglia e delle persone* (2001), volumen XXX, enero-marzo 2001, pp. 367 y ss. Concretamente señala que en la familia como primera sociedad natural, están protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual. En la doctrina española defiende esta posición ROCA I TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*. Madrid (1999): Civitas, p. 75.

RESPONSABILIDADE CIVIL NA ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE NOS SISTEMAS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

CIVIL RESPONSABILITY ON PARENTAL ALIENATION: AN ANALISYS IN PROTUGUESE AND BRASILIAN LEGAL SYSTEMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 47-104.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

WLADEMIR PAES DE LIRA
Professor de Direito Civil
Universidade Federal de Alagoas
Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas
wplira@uol.com.br

RESUMO: Este trabalho busca proceder uma investigação acerca das responsabilidades parentais, máxime no seu incumprimento em razão de alienação parental, assim como, a possibilidade de responsabilização civil do progenitor alienante, tanto em relação ao filho quanto em relação ao progenitor alienado, analisando-se a questão, principalmente, nos sistemas jurídicos português e brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: direito civil, responsabilidade civil, direito de família, responsabilidades parentais, alienação parental.

ABSTRACT: This paper seeks to undertake an investigation into parental responsibilities, celing in its failure due to parental alienation, as well as the possibility of civil liability of the parent alienating both for the child and in relation to the alienated parent, analyzing the question mainly in the legal systems Brazilian and Portuguese.

KEY WORDS: civil Law, civil liability, family law, parental responsibilities, parental alienation.

SUMÁRIO: I. Introdução.- II. Transformações no direito de família e autoridades parentais.- 1. As novas perspectivas do Direito de Família.- 2.2. Responsabilidades Parentais.- A) Em Portugal.- B) No Brasil.- III. Alienação parental e síndrome da alienação parental.- 1. Conceito e diferenças terminológicas.- 2. Critérios para identificação da SAP.- A) Em relação aos filhos.- B) Em relação ao progenitor alienador.- C) Em relação ao progenitor alienado.- 3. Graus de alienação.- 4. Alienação parental na jurisprudência.- A) Em Portugal.- B) No Brasil.- IV. Responsabilidade civil nas relações familiares e em especial na alienação parental.- 1. Responsabilidade civil nas relações familiares.- A) Em Portugal.- B) No Brasil.- C) Algumas breves notas sobre o sistema espanhol.- 2. Responsabilidade civil na alienação parental.- A) Em Portugal.- B) No Brasil.- C) A natureza do dano e o valor da indenização.- V. Considerações finais.

I. INTRODUÇÃO.

A evolução das relações familiares tem se mostrado de grande relevância em todo o mundo ocidental, gerando profundas alterações legislativas no âmbito do Direito de Família, assim como, vem despertando um grande interesse da doutrina.

Dentre essas mudanças encontramos as relações paterno-filiais, principalmente no que concerne às responsabilidades parentais.

A criança e o adolescente já há algum tempo, deixaram de ser objetos para se enquadrarem na categoria de sujeitos de direitos, o que reclamou toda uma revisão na positivação e na concretização dos seus direitos, que além de reconhecidos, inclusive, na ordem internacional e nas constituições, passaram a integrar uma categoria de direito prioritário em relação à atuação do Estado e em relação aos direitos dos adultos.

Dentre tais direitos podemos assinalar como um dos mais importantes, e por via de consequência, mais debatido, o direito fundamental á convivência familiar, entendida esta com a maior abrangência possível, principalmente no que concerne ao convívio com ambos os progenitores e com suas respectivas famílias.

Dentro desse contexto ganhou grande importância o exercício das responsabilidades parentais, que passaram a ser exigidas de ambos os

progenitores, e exercidas de modo a atender os superiores interesses dos filhos.

Não raro, porém, ainda, nos deparamos com incumprimento de tais responsabilidades, quer por desídia de um dos progenitores, quer por dificuldades impostas pelo progenitor detentor da guarda do menor.

Na perspectiva de tais incumprimentos, vislumbramos muitos casos em que um dos progenitores – em regra o que ficou com a guarda unilateral após a dissolução da sociedade afetiva – promove atos de alienação em relação à criança, de modo a tentar afastá-la do convívio com o outro progenitor, o que é denominado na doutrina especializada de alienação parental.

A criança, por sua vez, em decorrência da atitude do progenitor alienante, passa a desenvolver sintomas de aversão ao outro progenitor, criando ela própria, por indução de uma série de procedimentos, dificuldades na relação com o progenitor não guardião, o que é denominado de síndrome de alienação parental (SAP).

Tais condutas acabam por causar danos de todas as espécies, quer em relação à criança, quer em relação ao progenitor alienado.

Em quase todas as legislações ocidentais, se procurou criar mecanismos para tentar evitar a ocorrência da alienação parental, assim como, para promover sanções em relação ao progenitor alienante.

Além das sanções típicas do Direito de Família, as denominadas sanções jus-familiares, tanto a legislação portuguesa quanto a brasileira, preveêm a possibilidade de responsabilização civil do progenitor alienante.

Se a responsabilidade civil nas relações familiares ainda é matéria controvertida, embora nos pareça ser uma tendência inafastável, tal responsabilização nas relações paterno-filiais, além de ser da mesma forma preocupante -embora por vezes necessária- encontra ainda mais resistência.

É dentro desse contexto ainda nebuloso porém extremamente atual, que dedicaremos as poucas páginas deste estudo.

II. TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA E AUTORIDADES PARENTAIS.

1. As novas perspectivas do Direito de Família.

Dentro do contexto de grande transformação por que passa o direito da família e das crianças em todo mundo, inclusive em Portugal, novos problemas, de contornos ainda pouco definidos, que se manifestam entre uma tendência para a "privatização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares, por um lado, e uma tendência para a (re)publicização, por outro"[1], principalmente em matérias de novas conjugalidades e de defesa dos direitos das crianças, apontam para uma dificuldade do Direito de Família e das estruturas judiciárias em trabalhar com essa nova realidade.

A família transcende de experiência total e permanente em experiência parcial e transitória da vida individual. Estamos perante um novo modelo de família: a família liquida. E, ao ser "desconfinada", transforma-se em "famílias", para indicar toda a variedade e multiplicidade de modos de comunhão de vida e de experiências familiares, produto de escolhas voluntárias dos sujeitos envolvidos, o que gera grande diversificação nos arranjos familiares, como lembra ZANATTA[2].

O que se vê hoje são novos cenários familiares, onde se verifica o aumento das uniões de fato; o aumento do número de crianças nascidas fora do casamento; o aumento das famílias monoparentais; o aumento das famílias recompostas; o aumento das famílias transnacionais; e o aumento das famílias denominadas unipessoais. Estes cenários são ocasionados, entre outros fatores: pela diminuição da taxa de nupcialidade; o aumento da instabilidade conjugal (que resulta em separação e divorcio); a redução da natalidade; os processos migratórios e a globalização[3].

---

[1] PEDROSO, J. & BRANCO, P.: "Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 82, Coimbra (2008), Setembro, pp: 53-83.

[2] Cf. ZANATTA, A. L.: *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita***.** Bologna (2008): Il Mulino, p. 10: "Un singolo individuo può avere una vita familiare che comprende diverse forme familiari: per esempio, si può iniziare la vostra vita in una famiglia tradizionale, poi, in seguito al divorzio dei genitori, può essere parte di una famiglia di un solo genitore (di solito la madre) e poi una famiglia ricomposta se la madre ri-sposarsi, acquisendo eventualmente nuovi fratelli e una specie di padre 'sociale', anche se non riconosciuto, si aggiunge, senza sostituire il genitore biologico e giuridico. Raggiungere l'età adulta, può vivere da solo temporaneamente, incarnando una ditta di famiglia, possono poi formare una famiglia di fatto (unioni di fatto) e, successivamente, di sposarsi, non fare necessariamente".

[3] PEDROSO, J. & BRANCO, P.: "Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal", cit., pp. 53-83.

Conforme ensinam POCAR e RONFANI[4], estamos perante o enfraquecimento da união matrimonial e da família enquanto instituição. Mas, mais do que falar em crise da família, deve falar-se em crise de um certo modelo de família, isto é, a família estável e harmoniosa, afetiva e fecunda, governada por regras rígidas de divisão do trabalho e assente numa hierarquia entre homem e mulher, pais e filhos.

VOLPI chega a informar que "a família esta praticamente a dissolver-se"[5].

Segundo a professora ZANATTA[6], na Europa coexistem vários modelos familiares: o modelo nórdico (países escandinavos), caracterizado pela saída precoce dos filhos da família de origem, por um número elevado de uniões de fato e de crianças nascidas fora do casamento e, também, uma alta taxa de divórcios; o modelo mediterrâneo (países da Europa meridional), de cariz tradicional, em que os filhos se mantém por mais tempo no núcleo familiar de origem, onde diminuem as taxas de natalidade e aumenta o numero de uniões de fato; a idade núbil aumenta, e aumenta também a taxa de divórcios. Existe, ainda, o modelo continental, que é um modelo intermédio (Áustria, Bélgica, Franca, Alemanha e Luxemburgo).

Em França, como em outros países europeus, o conceito tradicional de família, como grupo de pessoas unidas por laços de sangue, conjugalidade ou vida em comum, já não atende à complexidade das relações encontradas no cotidiano ocidental, assim como, as paradigmáticas funções familiares, como a função sexual, demográfica, política, econômica e social, já não atende às novas exigências de garantias de direitos fundamentais, passando a ser difícil definir a instituição familiar contemporânea, diante da evolução jurídica por que passam tais relações, principalmente na prevalência do aspecto individual sobre o coletivo, como lembra FENOUILLET[7].

---

[4] POCAR, V. & RONFANI, P.: *La famiglia e il diritto*. Roma, Bari (2008): Editori Laterza, p. 126.

[5] VOLPI, R.: *La fine della famiglia. La rivoluzione di cui non ci siamo accorti*. Milano (2007): Mondadori, p. 132.

[6] ZANATTA, A. L.: *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*, cit., p. 12.

[7] Cf. FENOUILLET, D.: *Droit de La Famille*, 2ª Ed., Paris 2008): Dalloz, pp. 1-7: "apprehender le phenomena familial est d'autant plus difficile que la notion est floue. Très approximativement, il est possible de la définir comme un groupe de personnes, qui peuvent être liées par le sang et l'alliance ou vie commune. La difficulté vient de ce qu'il n'existe pas 'une' mais 'des' familles, variant selon les temps, les lieux, les individus concernés, les questions considérées (…). Définir l'institution familiale contemporaine est difficile. C'est que la famille contemporaine est 'incertaine': parce que la société hésite sur les fonctions qu'il convient d'attribuer à la famille, Le système juridique peine à définir ce qu'est une famille. (…) Toute l'évolution juridique a consisté à insister sur l'aspect individuel au détriment de l'aspect collectif."

No mesmo sentido, na Itália FEDERICO[8] assinala as mudanças que vem sofrendo a família, nas diversas sociedades, quer no sentido econômico, social e cultural.

Como exemplo da doutrina alemã, SCHLÜTER [9] ressalta que devido ao fato da família ter perdido sua função de comunidade econômico-produtiva, também mudaram as relações dos membros da família entre si. Uma causa essencial para o desmantelamento da imagem patriarcal da família e sua substituição pela função caracterizada pelo companheirismo e igualdade entre os cônjuges, deve ser procurada no fato de que o homem e progressivamente também a mulher, buscam uma atividade profissional fora do lar. Intimamente ligado à ampla perda da função objetiva, está o recuo da "pequena família"[10] ao círculo privado e a interiorização das relações individuais. Se a família baseia-se decisivamente nas relações individuais e pessoais dos cônjuges entre si e dos pais com os filhos, então ela pode mais facilmente ser ameaçada no seu conteúdo, através de perturbações e conflitos neste âmbito individual-pessoal, que é acentuado pelo sentimento e pela mentalidade.

Em Portugal, COELHO e OLIVEIRA[11], ensinam que a família é um grupo de pessoas "entre as quais se estabelece uma teia muito extensa de relações", lembrando que essas relações possuem, além da relevância social, a mais diversa relação jurídica, e que ao longo dos tempos tem perdido ou relativizado algumas de suas funções tradicionais – como a política, a econômica e as funções educativa de assistência e de segurança –, tendo esta desfuncionalização reforçado a sua intimidade, permitindo que se revelassem as funções essenciais e irredutíveis do grupo familiar, como as relações afetivas entre os cônjuges e a socialização dos filhos.

A mencionada Professora italiana ZANATTA, informa que a situação da família em Portugal, embora tenha começado o seu percurso de transformação mais tardiamente, ou seja, a partir da mudança política iniciada em 25 de Abril de 1974, apresenta-se, com efeito, no início do século XXI,

[8] Cf. FEDERICO, B.: *Conpendio di Diritto di Famiglia*, VIII edizione, Napoli (2010): Edizione Simone, p. 5: "La famiglia è un istituto storicamente e socialmente condizionato: Le sue funzioni e la sua struttura cambiano nelle diverse società, evolvendo di pari passo com Le transformazioni econimiche, sociali e culturali".

[99] SCHLÜTER, W.: *Código Civil Alemão – Direito de Família – BGB – Familienrecht*, Tradução de Elisete Antoniuk, 9ª Ed., Porto Alegre (2002): Sérgio Antõnio Fabris Editor, pp. 56 e 57.

[10] O autor diferencia "grande família" como sendo a comunidade de todos os parentes consanguíneos, e a "pequena família" como pais e filhos, ou, como se denominava remotamente, uma comunidade de produção.

[11] COELHO, F. P. & OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito de Família*, V. I, Introdução – Direito Matrimonial, 4ª Ed., Coimbra (2012): Coimbra Editora, pp. 34, 100 e 101.

como "uma vida familiar em mudança, […] atravessada pelos movimentos de modernização da sociedade portuguesa que ocorreram"[12].

A ideologia e as práticas herdadas do século XIX impuseram por toda a Europa o modelo social e jurídico da família nuclear (pai, mãe e filhos), assente numa cultura da família e do casamento. Este modelo estava submetido a um conjunto de normas rígidas acerca das funções da família e dos papéis desempenhados por cada cônjuge. Havia, assim, um estatuto desigual para os homens e as mulheres, pois o homem tinha o direito, e também o dever, de procurar realizar o seu percurso individual fora de casa, enquanto o papel reservado a mulher era o de lhe proporcionar o conforto domestico e afetivo de que precisava. "Mas, no final do século XX (sobretudo a partir da década de setenta), os ideais de democratização da família lograram libertar a mulher do estatuto desigual em que o modelo anterior a confinava, para lhe dar um estatuto de igualdade perante a sociedade e a lei"[13].

Passa-se a ter dois parceiros conjugais sujeitos ao mesmo processo de renascimento da subjetividade, procurando cada membro do casal a maior realização pessoal e satisfação que puder, dentro da comunhão de vida. "Ou seja, dentro da igualdade, cada um busca a sua diferença, uma vez que cada um formula as suas próprias pretensões"[14].

No Brasil, as modificações sofridas no Direito de Família são as mesmas, lembrando PAULINO[15] que incorporando uma metodologia constitucionalizada do direito civil, o direito de família abandona o viés patrimonializante próprio do direito civil clássico liberal e passa a valorar as relações familiares segundo seu prioritário aspecto existencial, pondo em segundo plano o caráter econômico nelas eventualmente envolvido.

Neste mesmo sentido são as lições do Ilustre professor LÔBO[16].

---

12 ZANATTA, A. L.: *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*, cit., p. 12.

13 PEDROSO, J. & BRANCO, P. "Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal"**,** cit., pp. 53-83.

14 OLIVEIRA, G.: "Transformações do Direito da Família", *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I. Coimbra (2004): Coimbra Editora, pp. 763 e 764.

15 ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P.: *Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar,* disponível em www.jusnavegandi.com.br, acessado em 10/05/2013, às 12:45 h.

16 Cf. LÔBO, P. L. N.: "A repersonalização das relações de família". *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre (2004): Síntese/Ibdfam, v. 6, n. 24, jun./jul., pp. 152-155: "A restauração da primazia da pessoa nas relações de família, na garantia de realização da sua afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação à realidade. (...) A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família da nossa época. Suas antigas funções econômica,

Também no Brasil, portanto, ao longo dos anos, profundas foram as transformações verificadas no âmbito das relações familiares. Inicialmente concebida como célula fundamental de qualquer agrupamento social, a família, que poderia ser descrita como um núcleo de proteção de interesses econômicos e de reprodução[17], fundada essencialmente no matrimônio e em rígidas hierarquizações para garantia da segurança jurídica e preservação do patrimônio familiar, revelou-se, nas palavras de DE MORAES, "o espaço privilegiado de realização pessoal dos que a compõem" [18], onde podemos destacar, entre outros aspectos, a afetividade, como seu fundamento e finalidade[19], permitindo a desconsideração do móvel econômico para prestigiar a estabilidade e ostensibilidade de relacionamentos que se apresentem publicamente de modo comprometido com um projeto de vida em comum, baseado na igualdade entre cônjuges e na igualdade entre filhos no domínio familiar.

Essa mudança de paradigmas é uma das características mais marcantes do Direito Privado de nosso tempo, afinal, como sustenta FACHIN[20].

Parece consenso entre os doutrinadores, que o modelo de proteção às entidades familiares haurido do texto da Constituição Federal impõe a necessidade de análise da realidade familiar sob óptica interdisciplinar, pois somente dessa forma o operador do direito terá condições de apreciar o complexo de relações existenciais que a caracteriza. Neste sentido, aduz FACHIN que "a família, como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico"[21], consubstanciando-se em mais que fotos nas paredes ou possibilidades de convivência, na medida em que "vê-la tão-

política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário".

17 SILVA FILHO, J. C. M. & PEZZELLA, M. C. C.: *Mitos e rupturas no Direito Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro (2008): Lumen Juris, p. 47.

18 MORAES, M. C. B.: "O Princípio da Solidariedade", *A Construção dos novos direitos*, Organizadora Ana Carla Harmatiuk Matos, Porto Alegre (2008): Nuria Fabris, pp. 248-249.

19 LÔBO, P. L. N.: "Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus"*. *Jus Navigandi*, Teresina (2002), ano 6, n. 53, jan. Disponível em: http:// jus2.uol.com.br/doutrina/ texto.asp?id=2552. Acesso em: 01 abr. 2010.

20 Cf. FACHIN, L. E.: "Contemporaneidade, novos direitos e o Direito Civil-Constitucional no Brasil". In MATOS, A. C. H. (org.): A Construção dos novos direitos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 200 *A Construção dos novos direitos*, Organizadora Ana Carla Harmatiuk Matos, Porto Alegre (2008): Nuria Fabris, p. 225: "Inequivocamente estamos em *tempo* novo, nada obstante, na mesma *espacialidade* de um perdurar histórico, social e econômico. Daí que não se trata mais de sustentar a reconstrução do Direito Privado brasileiro em torno da ideia de *codificação*, sem embargo da relevância dos códigos como signos linguísticos culturais e sociológicos. Demarca, por isso, novas fronteiras, do que é exemplo a interpenetração dos espaços públicos e privados reconhecida na doutrina, na legislação e na jurisprudência".

21 FACHIN, L. E.: *Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro (1999): Renovar, p. 72.

só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um iceberg. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno"[22].

Por conseguinte, considerando que a família deixou de ser uma mera unidade de produção, vale destacar o entendimento de VARELA, segundo o qual ela se converteu, "ao fim de cada semana, num lugar de refúgio da intimidade das pessoas contra a massificação da sociedade de consumo. Ela constitui hoje um centro de restauração semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua"[23].

2.2. Responsabilidades parentais.

A) Em Portugal.

O exercício das responsabilidades parentais é definido como um conjunto de faculdades cometidas aos pais no interesse dos filhos em ordem a assegurar convenientemente o seu sustento, saúde, segurança, educação, a representação e a administração dos seus bens (artigo 1878.º do Código Civil).

Os pais ficam automaticamente investidos na titularidade das responsabilidades parentais, independentemente da sua vontade e por mero efeito da filiação, não podendo renunciar a estas nem a qualquer dos direitos que as mesmas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que legalmente se dispõe a propósito da adoção (artigo 1882.º do mesmo Código).

Trata-se de um meio de suprimento da incapacidade de exercício de direitos por parte do menor (artigo 124.º do citado Código) e é preenchido por um complexo conjunto de poderes e deveres funcionais atribuídos legalmente aos progenitores para a prossecução dos interesses pessoais e patrimoniais de que o filho menor não emancipado é titular[24].

A professora da Universidade de Coimbra, MARTINS, em dois textos distintos, trata das responsabilidades parentais antes e durante a reforma de 2008.

---

[22] FACHIN, L. E.: *Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*, cit., p. 72.
[23] VARELA, A.: *Direito da Família*, 3 ed. Lisboa (1993): Petrony, p. 47.
[24] FIALHO, A. C. & CALEIRA, J. P.: "O Regime das Responsabilidades Parentais", *Faculdade de Direito da Universidade de Nova Lisboa*, disponível em http\\www.bibliocateca.unit.pt/web, acessado em 06/05/2013, ás 12:30 h.

Quando ainda se tratava por poder paternal, era tratado como o conjunto de poderes-deveres que a lei atribui ou impõe a ambos os pais para conduzirem a vida dos filhos menores, lembrando já naquele momento que "o cuidado parental, dado o seu carácter altruísta, não pode ser exercido de forma autoritária e egoística, mas antes de modo a promover a autonomia progressiva dos filhos"[25].

Posteriormente, a referida professora informa que "o estatuto da cidadania social atribuído à criança no século XX e assente no seu reconhecimento como pessoa, sujeito de direitos, dotado de uma autonomia progressiva, coloca, agora no século XXI, o desafio da adequação das responsabilidades parentais a este novo estatuto da criança"[26].

O artigo 1906º do Código Civil, alterado pela lei º 61/2008, de 31 de outubro, estabelece os critérios de orientação do tribunal em matéria de fixação do regime de regulação das responsabilidades parentais e de determinação da residência da criança. Estabelecendo como ponto essencial que se garantam as relações de proximidade da criança com ambos os progenitores. Partindo do princípio que o critério de decisão é o do interesse da criança, assume-se como tal o de manter relação de grande proximidade com os dois progenitores. Por outro lado, na assunção da decisão sobre qual a residência a fixar para a criança, o Tribunal deve, segundo o nº 5, do mesmo artigo 1906º, atender à disponibilidade que cada um manifeste para promover as relações habituais do filho com o outro progenitor[27].

O desempenho das responsabilidades parentais deve ser permanentemente acompanhado pelo tribunal, pois, a relação dos progenitores é estabelecida diariamente e de forma que se perpetua no tempo[28].

As responsabilidades parentais devem ser adotadas no sentido de comunhão, ou seja, exercício conjunto dos poderes-deveres, plasmados nos artigos 1788º, 1885º a 1888º do CC, e que integram tradicionalmente o poder paternal em si mesmo: "as responsabilidades pessoais – respeito, guarda,

[25] MARTINS, R. C.: "Poder Paternal VS Autonomia da Criança e do Adolescente", *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito de Família*, ano 1, n.º 1, Coimbra (2004): Coimbra Editora, p. 67.

[26] MARTINS, R.: "Responsabilidades Parentais no Século XXI: a Tensão Entre o Direito de Participação da Criança e a Função Educativa dos Pais", *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito de Família*, Ano 5 – n.º 10 – Julho/Dezembro, Coimbra (2008): Coimbra Editora, p. 25.

[27] SÁ, E. & SILVA, F.: *Alienação Parental*, Coimbra (2011): Almedina, P. 25.

[28] SÁ, E. & SILVA, F.: *Alienação Parental,* cit. p. 26.

segurança, educação, correção e saúde -, as responsabilidades patrimoniais – alimentos e administração de bem –e, a responsabilidade de representação"[29].

Os artigos 174º a 185º da OTM, regulam um regime pós dissolução da família.

Deste modo, resolvida a questão prévia da atribuição da guarda do menor em questão, o tribunal deverá fixar ou procurar fixar um regime equilibrado e adequado, tendo em conta, num primeiro plano, o interesse do menor, mas sem nunca olvidar as funções e sentimentos dos próprios progenitores que devem continuar a "poder privar e participar activamente da vida do filho, apesar da separação do casal (1905º, do CC, e 177º e 180º, da OTM)"[30].

A Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, estabelece: o princípio da não discriminação (2º); do respeito pelas opiniões da criança (12º), e do princípio que a criança tem direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (6º)[31].

O interesse do menor, embora se consubstancie numa dificuldade prática, resultante da indeterminação do critério, absorve ou deve absorver as orientações vertidas no Código Civil quanto ao conteúdo do poder paternal, nomeadamente os artigos 1878º (segurança, saúde, sustento e autonomia do menor), 1885º n.º 1 (desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos), 1878º, n.º 2 (opinião dos filhos). Outrossim, a natureza do processo de regulação das responsabilidades parentais como processos de jurisdição voluntária atribuem ao juiz um papel fundamental na adequação, "in casu", das orientações legais sobre conteúdo do exercício das responsabilidades parentais e o critério do interesse do menor[32].

O exercício das responsabilidades parentais deve ser desempenhado do ponto de vista das crianças e dos seus interesses, e, portanto, a partir das responsabilidades dos adultos é que se definem as consequências do divórcio. Também assim se evidencia a separação entre a relação conjugal e relação paternal, assumindo-se que o fim da primeira não pode ser pretexto para a ruptura da segunda. "O divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos e estes devem ser poupados a litígios que ferem os seus interesses, nomeadamente se

[29] CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, Coimbra (2011): Coimbra Editora, p. 30.
[30] CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações,* cit., p. 31.
[31] CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, cit., p. 32.
[32] CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, cit., p. 34 e 35.

forem impedidos de manter relações afetivas e as lealdades tanto com as suas mães como com seus pais"[33].

A importância da perspectiva de distribuição equitativa das responsabilidades parentais, é majoritária na doutrina, como salienta DIAS[34], embora há quem a critique, como regra geral e de aplicação primária, como é o caso de SOTTOMAYOR[35].

De logo abrimos um parêntese, nesta questão em particular, para ousarmos discordar de alguns argumentos trazidos pela ilustre professora SOTTOMAYOR, apesar de reconhecermos sua sapiência jurídica e sua importância na doutrina do direito de família português, e o fazemos com base na própria doutrina portuguesa.

As discordâncias se referem a sete argumentos, inicialmente.

Sustenta a mencionada autora:

a) No domínio das responsabilidades parentais, a Lei n.º 61/2008 manifestou vontade de generalizar o exercício em comum das responsabilidades, em relação a todas as famílias – famílias em que se verifica um divórcio ou uma separação e famílias em que nunca houve casamento nem união de fato – sem ter em conta as exigências e as dificuldades de funcionamento deste

[33] DIAS, C. M. A.: *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra (2008): Almedina, p. 37.

[34] Cf. DIAS, C. M. A.: *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, cit., p. 10: "O exercício das responsabilidades parentais deve ser estipulado de forma que a criança possa manter relações afetivas profundas com o pai e com a mãe, bem como ser o alvo de cuidados e protecção por parte de ambos em ordem à salvaguarda do seu superior interesse (...) Os direitos das crianças serão o referente aquando da regulação do exercício das responsabilidades parentais. Exposição de motivos da Lei 61/2008, de 31 de outubro".

[35] Cf. SOTTOMAYOR, M. C.: "Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio", *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra (2010): Coimbra Editora, p. 43 e 47: "Tenho vindo a defender que o exercício conjunto das responsabilidades deve ser restringido aos casos em que ambos os pais estão de acordo, conforme estipulava a Lei n.º 84/95, de 31 de Agosto, (...) A imposição do exercício conjunto assenta numa presunção irrealista e ingênua do legislador em relativamente à capacidade de cooperação dos pais aquando uma separação ou divórcio. Pais preparados para tal função constituem, casos excepcionais, e fazem-no, independentemente do que diga a lei, pois a família rege-se por critérios de auto-regulamentação. (...) O artigo 1906.º, n.º 2, do Código Civil, que exige ao tribunal uma decisão fundamentada para determinar que as responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores, aplica-se, apenas, nos casos de conflito dos pais, em que um requer o exercício unilateral das responsabilidades parentais contra a vontade do outro, que pretende o exercício conjunto".

princípio, em caso de desunião da família e de falta de diálogo dos pais. Este modelo de exercício comum, que implica a tomada das decisões de particular importância por ambos os pais, independente da relação que intercede entre si, foi estendido, pela lei, aos casos de conflito parental, esquecendo-se a importância do acordo na execução do modelo[36].

Acerca dessa crítica podemos afirmar que o que se busca com a alteração legislativa é a manutenção da relação materno-paterno-filial, independentemente da situação de conjugalidade dos pais. Levar em conta apenas a situação familiar dos pais e o acordo entre eles celebrado para o exercício das responsabilidades parentais, pode não atender aos interesses dos filhos. Como ensina MARTINS, se o século XX foi o "século da criança", o século XXI afirmarar-se-á seguramente como o século das responsabilidades parentais[37].

b) A igualdade é concebida, não como a promoção dos direitos das mulheres, aquelas que historicamente viveram e vivem num sistema de subordinação social e econômica, mas como a promoção dos direitos dos pais-homens, que se sentem excluídos da educação e da companhia dos filhos, após o divórcio, devido ao que se designa como "efeitos perversos da guarda única[38]".

Concordamos com a preocupação da autora acerca da necessidade de uma visão feminista do Direito, até porque, há de se reconhecer que este ainda é masculino, e porque não dizer, voltado para os adultos. Porém, não se trata da igualdade material entre os cônjuges, e sim, de igualdade material entre os pais, de modo que as questões formais previstas na alteração legislativa são um primeiro passo importante para a efetivação de tal igualdade, induzindo, além de outros pontos positivos, uma maior preocupação do Estado com as responsabilidades parentais.

c) A solução seguida pela nova lei, que prevê, no art. 1912.º, o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativamente às crianças nascidas fora do casamento, mesmo que os pais que não vivam em condições análogas às dos cônjuges, levantará problemas graves, susceptíveis de pôr em perigo o projeto de vida das crianças e o seu direito à família, nos casos em

[36] SOTTOMAYOR, M. C.: "Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio" cit., p. 115.
[37] MARTINS, R.: "Responsabilidades Parentais no Século XXI: a Tensão Entre o Direito de Participação da Criança e a Função Educativa dos Pais", cit., p. 25.
[38] SOTTOMAYOR, M. C.: "Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio", cit., pp. 116 e 117.

que os pais biológicos nunca viveram em união de fato e a paternidade foi estabelecida num processo de averiguação oficiosa (art. 1864.º e SS.)[39].

Mais uma vez a autora traz a preocupação da vida em conjugalidade como pressuposto para uma adequada distribuição das autoridades parentais, o que nos parece ir de encontro a tudo que modernamente tem se escrito sobre o tema. Na investigação de paternidade não se procura apenas uma identificação de um vínculo biológico entre o pai e o filho, de modo que aquele deva colaborar com o sustento deste. O que se busca, como próprio nome diz, é uma paternidade e através dela promover a completude de formação de que a criança precisa para seu desenvolvimento, o que será conseguido, também, com a distribuição e efetivação do exercício das responsabilidades parentais.

d) O exercício conjunto das responsabilidades parentais devia ser reservado, apenas, para os pais que vivem em união de fato, conforme já previa o art. 1911.º, n.º 3, do Código Civil, na redação que lhe deu a reforma de 1977, e que exigia a declaração dos pais junto do funcionário do registro civil diferentemente da solução atual que se limita a remeter para as normas que regulam o exercício das respo9nsabilidade3s parentais na constância do casamento (arts. 1901.º a 1904.º)[40].

Tal afirmação contraria, como já foi dito, o exercício adequado das responsabilidades parentais. Como ensina BURT[41], a convivência com ambos os pais é fundamental para a percepção dos filhos de que seus progenitores continuam sendo responsáveis por eles, independentemente da condição conjugal dos pais, o que demonstra importância na completude de sua formação e na efetivação da mais ampla convivência familiar, o que atende mais adequadamente, em regra, os interesses dos filhos.

---

[39] SOTTOMAYOR, M. C.: "Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio", cit., p. 120.

[40] SOTTOMAYOR, M. C.: "Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio", cit., p. 121.

[41] Cf. BURT, R.: "Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores", *Derecho, infancia y familia*, Compiladora Mary Beloff, Barcelona (2005): Gedisa Editorial, p. 74: "en los pronunciamientos judiciales se han señalado las ventajas que implica para los hijos este régimen; a) ambos padres se mantienen guardadores; b) equiparación de los padres en cuanto a la organización de su tiempo y vida personal y profesional; c) convivencia con cada uno de los padres; d) menos problemas de lealtades, y e) no hay padres periféricos.
Asimismo, debe comprenderse que es en interés de los hijos que los padres acuerdan el sistema de guarda y régimen de comunicación que garantice la coparentalidad. El hijo se beneficia con la percepción de que sus progenitores continúan siendo responsables frente a él, de que existe un diálogo entre ellos —pues esto conduce a su estabilidad psicológica— y de que "no es beneficioso que sus padres litiguen toda la vida y ganen juicios en su nombre sino que respeten sus derechos fundamentales...".

e) O exercício conjunto das responsabilidades parentais, nos casos de divórcio, levanta também problemas psicológicos, sociais e jurídicos que prejudicam o interesse da criança. (...) O exercício conjunto representa um retorno ao patriarcado, pois, as crianças continuam a residir com a mãe, que se sacrifica por elas no dia-a-dia, e os pais-homens têm o direito de veto sobre as decisões daquela[42].

Ao que nos parece, os problemas psicológicos são muito mais evidenciados, quando há o distanciamento dos filhos com um dos pais. Claro que há casos em que o exercício comum das responsabilidades parentais pode causar alguns problemas para os filhos, todavia esta não é a regra que se apresenta, devendo o juiz analisar tal conveniência no caso concreto, sempre primando pela amplitude da convivência com ambos os pais. Como mencionam PEREIRA e FRANCO, o cuidado, o entendimento, o afeto e a responsabilidade compuseram a base desses núcleos familiares, desvinculados do casamento e da filiação biológica. "O compartilhamento jurídico, em nome da regularização da guarda compartilhada, resultou no acolhimento e na proteção de pessoas em fase peculiar de desenvolvimento"[43].

f) A lei, no art. 1906.º, n.º 2, tem uma válvula de escape, que permite ao(à) juiz(a) decretar o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, sempre que o conjunto seja contrário ao interesse da criança. Parece-me, contudo, que seria mais ajustada uma técnica legislativa que recorresse a conceitos determinados, como conflito parental, abandono ou desinteresse de um dos pais e violência de gênero[44].

Não nos parece possível se buscar nessa seara conceitos determinados, como pretende a autora. As responsabilidades parentais estão envolvidas, por si só, em conceitos indeterminados, cabendo ao juiz buscar, com os instrumentos que lhes são disponíveis, atender sempre ao superior interesse da criança, que por si só, também é um conceito indeterminado. Cada pessoa é uma pessoa, e cada relação entre pais e filhos se diferencia por diversos fatores, o que implica a necessidade da análise em cada caso concreto.

g) Guarda conjunta ou guarda alternada, conceitos que não pressupõem a fixação de uma residência habitual da criança, vivendo esta, respectivamente,

[42] SOTTOMAYOR, M. C.: "Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio", cit., p. 124.
[43] PEREIRA, T. S. & FRANCO, N. S.: "O Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Guarda Compartilhada", *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito de Família*, ano 6, n.º 11, Janeiro/Junho, Coimbra (2009): Coimbra Editora, p. 25.
[44] SOTTOMAYOR, M. C.: "Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio", cit., p. 135.

períodos duradouros com cada um dos pais ou alternadamente, de acordo com um determinado ritmo semanal, quinzenal ou mensal[45].

Necessitamos fazer aqui uma breve observação. No Brasil temos a guarda unilateral (fica definida para apenas um dos progenitores); a guarda alternada (quando a criança fica determinado período com um dos pais, e outro período com o outro); nidação ou aninhamento (quando os pais é que se reservam em períodos determinados na moradia onde permanentemente ficam os filhos) – essas duas últimas entendidas, também, como espécies de guarda unilateral – , e a guarda compartilhada (onde ambos os pais participam, em forma de co-obrigação, da criação, educação e manutenção dos filhos), sendo esta última equivalente ao que em Portugal denomina-se de guarda conjunta.

A importância do exercício da guarda, prioritariamente de forma compartilhada, não só veio mudar o panorama das relações paterno-filiais em todo o ocidente, como tem sido elogiado por quase toda a totalidade da doutrina.

Para BROCHADO, o mérito da guarda compartilhada tem sido muito mais social do que jurídico, pois vem ao encontro do novo conceito de paternidade, "quando efetivada, porém, seus efeitos abrangem a experiência do pleno exercício da autoridade parental"[46].

É importante destacar, por uma questão de justiça, que SOTTOMAYOR não está isolada nessas críticas[47], porém está longe de defender corrente majoritária neste particular, ao contrário, alguns pensamentos vão de encontro a tudo que tem sido denominado de novo nessa questão.

B) No Brasil.

Desde o advento das utopias que caracterizaram as décadas de 60 e 70 do século passado até o momento atual, estabeleceu-se no Brasil uma preocupação constante com "o estabelecimento de relações equilibradas

[45] SOTTOMAYOR, M. C.: "Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio", cit., p. 137.
[46] TEIXEIRA, A. C.: B. *Família, Guarda e Autoridade Parental*, Rio de Janeiro (2005): Renovar, pp. 110 e 111.
[47] Ver XAVIER, R. L.: "Responsabilidades Parentais no Sec. XXI", *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito de Família*, Ano 5 – n.º 10 – Julho/Dezembro, Coimbra (2008): Coimbra Editora, p. 20; e XAVIER, R. L.: *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra (2009): Almedina, p. 69.

entre homens e mulheres, tanto nas relações entre eles, quanto nas que eles mantêm com as crianças"[48].

Esta mudança de foco permitiu uma nova interpretação jurídica de modo a converter tal "poder" em uma função social, enfatizando os interesses da infância e da juventude, e estabelecendo não apenas direitos para os que exercem a autoridade parental funcionalizada, mas também deveres[49].

Assim, o exercício da autoridade parental é caracterizado "pela atribuição aos pais do poder de interferência na esfera jurídica dos filhos menores, no interesse destes últimos e não dos titulares do chamado poder jurídico". A função da autoridade parental, portanto, caracteriza-se pelo fato deste "poder" dever ser exercido em prol do interesse na realização dos filhos como pessoas em desenvolvimento. A autoridade parental funcionalizada, portanto, "é um regime de cuidado e proteção dos filhos"[50].

O momento atual é de reconhecer a condição de dependência do indivíduo nas redes relacionais de reconhecimento. Esta interdependência social esclarece a posição de vulnerabilidade do indivíduo perante os outros, pois nestas relações a pessoa se expõe a lesões (sem contar com nenhuma proteção) em relações das quais normalmente necessita para o desenvolvimento de sua identidade e para a proteção de sua integridade, o que se pode verificar – especialmente - nas relações entre pais e filhos. De modo que: "A autonomia é, antes, uma conquista precária de existências finitas, que só conseguem "se fortalecer" quando conscientes de sua vulnerabilidade física e de sua dependência social"[51].

É na concretização da dignidade humana da criança e do adolescente que reside a função da autoridade parental. Isto porque o princípio da dignidade humana se projeta sobre o poder-dever de promover a educação dos filhos, pelo que resta ao intérprete "buscar em tais situações jurídicas a técnica de superação do confronto egoístico de posições de vantagens individuais" Ou

48 ARNAUD, A. J.: "A importância da utopia comunitária dos anos 70 para o estudo do direito de família contemporâneo". *O direito traído pela filosofia*, tradução de Wanda Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre (1991): Safe, p. 131.

49 DUARTE, A. P.: *Derecho de familia***.** México, D.F. (1994): Fondo de Cultura Económica, p. 358.

50 TEPEDINO, G.: "A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil constitucional", *Temas de direito civil* – tomo II, Rio de Janeiro (2006): Renovar, p. 181.

51 HABERMAS, J.: *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo (2004): Martins Fontes, pp. 47 e 48.

seja, é o "melhor interesse da criança e do adolescente" que deve balizar o exercício da autoridade parental[52].

Pode-se dizer que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente insere-se em um contexto de ascensão da doutrina da proteção integral da criança, seja no âmbito nacional ou internacional. A teoria da proteção integral assevera que os infantes são dotados dos mesmos direitos dos adultos, mas – em razão de sua condição especial e vulnerabilidade – são merecedores de uma "proteção especial e prioritária"[53].

Tal doutrina terminou por repercutir em uma série de dispositivos normativos incorporados ao ordenamento jurídico nacional, tais como o art. 227 da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), e – no plano internacional – a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959) e Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

A positivação do princípio do melhor interesse resulta em um dever do sistema jurídico brasileiro no sentido de realizar suas políticas, ações e tomadas de decisões sempre tendo em vista, prioritariamente, o bem-estar efetivo da criança e do adolescente a quem se dirigem. Já em relação aos pais, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente impõe o dever de buscar sempre o maior benefício possível para os seus filhos, que pode ser caracterizado como um dever geral de cuidado imposto no interesse da comunidade às pessoas que exercem a autoridade parental. Posto isto, caracteriza-se a autoridade parental como uma função social, informada que é pela ordem pública e pelos interesses sociais[54].

Vale salientar uma diferença terminológica entre os sistemas jurídicos português e brasileiro, já que naquele se denomina superior interesse da criança, e neste, melhor interesse da criança, e isso acontece porque no Brasil, o superior interesse da criança e do adolescente é dividido em dois princípios: o melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da prioridade absoluta na concretização dos direitos a eles dirigidos, o que implica que, a união dos dois princípios equivale ao que se denomina em Portugal de superior interesse da criança.

---

[52] TEPEDINO, G.: "A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil constitucional", cit., p. 176.
[53] SILVA, S. V. M.: "Princípios orientadores da infância e juventude", *Revista Ideia Nova*, a. 8, n. 4, Recife (2010): Universidade Federal de Pernambuco, p. 311.
[54] DUARTE, A. P.: *Derecho de família***,** México, D.F. (1994): Fondo de Cultura Económica, p. 358.

O Código Civil de 2002, contudo, apesar de não mais mencionar o "pátrio poder", faz uso da expressão "poder familiar" a fim de identificá-lo com a "autoridade parental". Tal denominação positivada parece indicar apenas um deslocamento de poder da figura do pai (o pátrio poder) para um poder compartilhado por ambos os pais (o poder familiar). Contudo, a alteração que se operou na seara jurídica foi muito mais profunda, "na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento"[55].

Ademais, é de se criticar a adoção de tal terminologia pelo legislador brasileiro. Pois, a ideia de poder está vinculada a uma noção de poder físico sobre outrem. Assim, aparenta ser mais precisa a expressão autoridade parental, porquanto o sentido da autoridade nas relações privadas resida em um "exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples autoridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada". E, também, é parental tal autoridade por estar conectada à relação de parentesco constituída entre os pais e seus filhos, ressaltando-se a titularidade e o exercício desta também pela mãe[56].

A questão da função da autoridade parental suscita, sem sombra de dúvida, os limites intrínsecos aos direitos subjetivos dos pais e demais guardiões no que toca à direção da educação das crianças e adolescentes. Assim, afastando-se da noção de ausência de limites para o exercício dos direitos subjetivos, até então entendidos como absolutos, passou-se a adotar a teoria do abuso do direito de modo a definir o direito como uma "medida". Pelo que os excessos no exercício dos direitos subjetivos configurariam uma violação à norma jurídica, pois se traduziriam em um ato de ultrapassagem (ou de desrespeito à "medida").

A categoria jurídica do abuso de direito também é aplicável ao direito de família, verificando-se o abuso "quando o direito é exercido com o propósito de causar dano aos interesses da outra pessoa; ou quando tem fins distintos do que o direito lhe atribui; ou quando há desproporção entre o modo do exercício e o dano causado por esse exercício"[57].

A função da autoridade parental apresenta-se justamente como uma "limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito"; de modo que o interesse individual é revestido de licitude à medida que

[55] LÔBO, P. L. N.: *Direito Civil: Famílias*. 3 ed. São Paulo (2010): Saraiva, p. 292.
[56] LÔBO, P. L. N.: *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 293.
[57] LÔBO, P. L. N.: *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 170.

realiza, também, os interesses sociais[58]. Assim, o exercício da autoridade parental apresenta-se como uma função social porquanto deva ocorrer em vista do interesse social na assistência e cuidados especiais que demandam as crianças e os adolescentes para alcançar um desenvolvimento e crescimento normais em um ambiente de bem estar social e familiar[59].

III. ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.

1. Conceitos e diferenças terminológicas.

Quem primeiro estudou a alienação parental e sua consequente síndrome foi GARDNER[60], tendo elaborado o primeiro escrito a respeito em 1985, para quem alienação parental é "a ação ou o conjunto de ações que visam manipular a criança com o intuito de eliminar ou diminuir de forma substancial a participação do outro progenitor da vida dela" enquanto que síndrome da alienação parental, conhecida como SAP é "um transtorno caracterizado pelo conjunto de sintomas que resultam do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos com o outro progenitor"[61].

Verifica-se, de logo, que diferentemente do que é sustentado por alguns autores[62], que interpretam de forma um tanto quanto equivocada os

[58] LÔBO, P. L. N.: *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 106.
[59] DUARTE, A. P.: *Derecho de família*, cit., p. 346.
[60] GARDNER, R. A.: *Parental Alenation Syndrme (PAS) Sixteen Years Later*, disponível em http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard01b.htm, acessado em 13 de maio de 2013, às 16:00 h: "In 1985, the Academy Forum published my article, 'Recent Trends in Divorce and Custody Litigation'. This was the first article in which I described the parental alienation syndrome (PAS), a disorder that I began seeing in the early 1980s. The Forum article is generally considered to be the seminal publication on the PAS, parent to at least 100 peer-reviewed articles. Although this is certainly a source of gratification for me, the sixteen years that have ensued cannot be viewed as a straight path to glory, especially because of controversies that have swirled around the diagnosis. I address here the reasons for the controversies and provide suggested solutions".
[61] GARDNER, R. A.: *Parental Alenation Syndrme (PAS) Sixteen Years Later,* cit.: "The parental alienation syndrome (PAS) is a disorder that arises primarily in the context of child-custody disputes. Its primary manifestation is the child's campaign of denigration against the parent, a campaign that has no justification. The disorder results from the combination of indoctrinations by the alienating parent and the child's own contributions to the vilification of the alienated parent".
[62] Cf. CARVALHO, F. D. R.: *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, cit., p. 54 e 55: "A diferença entre SAP e situações de eventual alienação parental é que, enquanto a SAP se consubstancia num conjunto de comportamentos e ações desenvolvidas por um dos progenitores sobre os menores de forma a controlar a relação entre estes e o progenitor alienado e, paulatinamente, a afastá-

conceitos de GARDNER, alienação parental não é a mesma coisa que síndrome da alienação parental. A primeira refere-se aos atos praticados por um dos progenitores ou por outra pessoa que tenha influência na criança, para afastá-la do convívio do outro progenitor, enquanto que a segunda, a SAP, são os "sintomas" ou comportamentos apresentados pela criança que caracterizam estar ela sofrendo atos de alienação parental.

As disputas acerca da guarda dos filhos após a dissolução das sociedades afetivas ou quando tais sociedades sequer existiram, passa a criar uma verdadeira "batalha", que ultrapassa os limites dos foros judiciais, "firmando-se como uma questão pessoal", onde um procura atingir o outro afetando a relação deste com as crianças, sendo muitos os motivos que levam uma parte parental a buscar o afastamento do filho da vida do outro, que vão desde a vingança pela separação, até a necessidade de ser o único a participar efetivamente da vida do filho[63].

A síndrome de alienação parental (SAP) é, portanto, um distúrbio caracterizado pelo conjunto de sintomas resultantes do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, mediante diferentes estratégias, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os seus vínculos com o outro progenitor, até a tornar contraditória em relação ao que devia esperar-se da sua condição.

Segundo AGUILAR, outros autores, como CARTWRIGHT[64], tentaram alargar o termo inaugurado por Gardner, afirmando que a SAP pode ser desencadeada por desacordo entre os progenitores que não digam respeito à custódia, como possam ser a divisão dos bens do casal, o que não se apresenta adequado à identificação das causas da alienação parental.

AGUILAR traz também, dentro da concepção da alienação parental, o que ele denomina de "síndrome da mãe maliciosa" que consiste na tentativa da progenitora em castigar o seu ex-marido, sem justificação, interferindo no regime de visitas e acesso do pai às crianças, "com um padrão estável de actos maldosos contra este, sem que este comportamento se justifique com outro distúrbio mental, embora possa ocorrer em simultâneo"[65].

---

los, criando nos menores uma atitude de repulsa a este progenitor, a alienação parental constitui por si só, um termo mais genérico que abrange não só os casos de abuso emocional, presente nos casos de SAP, mas também situações de abuso psicológico."

63 SÁ, E. & SILVA, F.: *Alienação Parental*, cit., p. 7.

64 CARTWRIGHT, G. F.: *Expanding The parameters of Parantal Alienation Syndrome*, New York (1993): American Journal of Family Therapy, 21(3), pp. 205-215.

65 AGUILAR, J. M.: *Síndrome de Alienação Parental – Filhos Manipulados por um Cônjuge para Odiar o Outro*, Tradução Eduardo dos Santos, Casal de Cambra (2008): Caleidoscópio, p. 35.

2. Critérios para identificação da SAP.

Seguindo as linhas gerais traçadas por GARDNER[66], acerca dos sintomas que caracterizam a SAP, vários autores apresentam as características apresentadas pelos envolvidos no processo de alienação parental.

A) Em relação aos filhos.

a) Perda de contato com um dos progenitores causando um sentimento de ausência na sua infância;

b) ansiedade, crise de angústia e medo da separação;

c) alterações a nível fisiológico nos padrões de alimentação e sono, condutas regressivas e de controlo de esfíncteres;

d) diminuição do rendimento escolar e da atenção, empobrecimento das capacidades sociais e da capacidade empática, aumento de condutas revoltosas e diminuição do controlo dos impulsos;

e) na área psicológica é afetado o desenvolvimento do auto-conceito e da auto-estima e fraca capacidade de suportar a frustração, o que poderia relacionar-se com problemas de comportamento com graves consequências legais;

f) campanha de difamação na qual a criança fica obcecada pelo ódio que sente do progenitor alienado;

g) racionalizações fracas ou absurdas para a depreciação do progenitor utilizadas pela criança para justificar sua rejeição;

h) ausência de ambivalência onde a criança não tem dúvidas que o genitor mau é o alienado e o bom é o alienante;

---

[66] GARDNER, R. A.: *Parental Alenation Syndrme (PAS) Sixteen Years Later,* cit., "in the original article I described the primary symptoms of the PAS: 1) The Campaign of Denigration; 2) Weak, Frivolous, or Absurd Rationalizations for the Depreciation;3) Lack of Ambivalence; 4) The 'Independent-Thinker' Phenomenon; 5) Reflexive Support of the Alienating Parent in the Parental Conflict; 6) Absence of Guilt Over Cruelty to and/or Exploitation of the Alienated Parent; 7) Presence of Borrowed Scenarios; e 8) Spread of the Animosity to the Extended Family and Friends of the Alienated Parent."

i) fenômeno do pensador independente, que se caracteriza pelo fato da criança afirmar que a decisão de rejeitar um dos progenitores é unicamente sua;

j) apoio incondicional ao progenitor alienante no conflito conjugal;

k) ausência de culpa por parte da criança face ao sofrimento do progenitor alienado e utilização de instrumentos de exploração contra ele;

l) presença de cenários emprestados, ou seja, as expressões usadas pela criança são idênticas às utilizadas pelo progenitor alienante; e

m) prorrogação da animosidade para os amigos e/ou família do progenitor alienado com quem a criança pode ter tido relações próximas.

A vivência de uma experiência de alienação parental produzirá o afastamento de um dos progenitores ao longo da vida da criança e uma perturbação psiquiátrica permanente, podendo também apresentar: quebra nos seus relacionamentos, dificuldades no estabelecimento de relações de proximidade, pouca tolerância à raiva e hostilidade em outros relacionamentos, sintomas psicossomáticos e perturbações alimentares ou do sono, vulnerabilidade psicológica e dependência e conflitos com figuras de autoridade[67].

Os efeitos podem ser irreparáveis.

Para além das diferenças entre dois adultos, as condutas que temos apontado são as responsáveis pela ruptura dos laços afetivos dos menores com parte da sua família, o que provoca um empobrecimento desnecessário, assim como uma exposição a cenários em que cresce a probabilidade de desenvolver diversos problemas. Em segundo lugar, devemos lembrar-nos de que estamos a falar da introdução no indivíduo de ideias, crenças e valores altamente perniciosos para o seu desenvolvimento pessoal e a sua visão de mundo, ideias que organizarão a sua conduta futura e o modo como enfrentará com a sua vida. Em terceiro lugar, temos que ter em conta que lutamos contra a educação no ódio e no rancor; na segregação baseada no sexo e nas crenças de cada um. Em quarto lugar, não nos devemos esquecer que a SAP está na base de muitas patologias infantis e adultas.

[67] CARVALHINHO, F. R. D.: N. *Síndrome de Alienação Parental: dos Fundamentos à Realidade Numa Amostra de Profissionais*, Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica e Saúde, Coimbra (2012): Universidade de Coimbra, UC/FPCE, pp. 6 e 7.

A longo prazo, os filhos que sofreram alienação parental, elaboram um esquema de vulnerabilidade em que predomina uma fraca auto-estima. Os problemas psicológicos de tipo ansioso e depressivo, a dificuldade na elaboração de seus vínculos afetivos de casal e o medo de repetir o modelo com os seus próprios filhos. Em muitos casos, o pai alienador já foi um filho alienado[68].

B) Em relação ao progenitor alienador.

a) Paranóia: suspeita e desconfiança; auto-referências (egocentrismo); rigidez; hostilidade; juízos errôneos e personalistas;

b) "folie à deux" (termo surgido no séc. XIX em França que se refere aos casos nos quais o delírio é partilhado por duas ou mais pessoas): As pessoas afetadas têm uma relação íntima que permite que o transtorno delirante do primeiro seja partilhado pelo outro sujeito;

c) limite: Os indivíduos com esse transtorno de personalidade realizam sérios esforços para evitar um abandono real ou imaginário;

d) transtorno anti-social de personalidade (Psicopatia, sociopatia ou transtorno dissocial da personalidade): padrão geral de desprezo e violação dos direitos dos demais;

e) síndrome de "Munchausem": é aquela em que o progenitor, apresentando seu filho como doente, satisfaz suas necessidades emocionais e de vinculação, fazendo com que se apliquem testes e tratamentos desnecessários ao filho, por vezes muito dolorosos. O progenitor pode provocar doenças ou avaliações desnecessárias com a intenção de aumentar a dependência do filho em relação a si;

f) isolamento: se isolar com os filhos criando uma dependência anormal;

g) medo: demonstração de medo de perder o filho para o outro;

h) purga emocional: tentativa de eliminação de qualquer elemento que possa fazer referência ao objetivo da alienação;

i) distanciamento físico e rapto;

---

[68] AGUILAR, J. M.: *Síndrome de Alienação Parental – Filhos Manipulados por um Cônjuge para Odiar o Outro,* cit., pp. 121 a 129.

j) aprendizagem vicariante: formação das ideias da criança de acordo com seus objetivos alienadores.

FEITOR lembra também que entre as estratégias utilizadas pelo progenitor alienador, se verifica as demonstrações junto aos filhos, de culpa (não sei porque o pai nos deixou, tudo parecia bem); intimidação (vai para o teu pai se quiseres, mas não é para abraçar a namorada dele, entendeste?); medo (tu vais estar no teu pai, se precisares de mim, não adianta chamar); vitimizar-se (ao teu pai vai me levar para o tribunal novamente para te tirar de mim); simpatia (eu não posso dar o luxo que o pai vos dar, porque não tenho tanto dinheiro quanto ele); levar a criança a dizer a "verdade sobre acontecimentos do passado (eu escondi muita coisa de ti antes do teu pai nos ter deixado, porque não queria te magoar); excesso e permissividade (claro que está tudo certo para irmos à caça, o teu pai é que não quer que nos divirtamos juntos); e ameaças (já que estás no teu pai tanto tempo, talvez queira viver lá, só que não voltarás a me ver)[69].

C) Em relação ao progenitor alienado.

Entre outros sintomas, o progenitor alienado pode apresentar:
a) Sentimento de impotência perante as atitudes do alienador;

b) medo de perder definitivamente o contato com os filhos;

c) sentimento de culpa perante os filhos;

d) tendência a compensar o filho de forma exagerada, em função das posições críticas que por este são assumidas contra o pai alienado;

e) vergonha junto aos familiares e amigos;

f) constrangimento de buscar a tutela judicial para fazer valer seus direitos paternais;

g) depressão pela impossibilidade de demonstrar seu amor pelos filhos;

h) raiva e atitudes extremas perante o genitor alienante.

[69] FEITOR, S. I. F.: *A Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à Luz do Direito de Menores*, Coimbra (2012): Coimbra Editora, pp. 53 e 54.

3. Graus de alienação.

Segundo AGUILAR, a alienação parental pode se apresentar em três tipos: "tipo Ligeiro: As visitas ocorrem sem que hajam grandes conflitos e quando há, são leves e passageiros, tipo moderado: A campanha de difamação intensifica os seus ataques, porém de carácter ainda subtil e de baixa intensidade tipo grave: a campanha de difamação é estrema, contínua no tempo e no espaço"[70].

PODEVNY[71] apresenta a seguinte quadro para classificar os estágios da alienação parental.

É importante frisar que após a dissolução da sociedade afetiva, ou quando esta sequer existiu, é comum se deparar com a possibilidade de um dos pais tentar mitigar o contato com o outro, máxime as mulheres, pelo grau de envolvimento que em regra tem com os filhos, o que por muitas vezes se apresenta como uma ideia de propriedade sobre eles.

O que vai caracterizar a alienação parental propriamente dita, ou seu grau mais elevado, é que deve ser objeto de preocupação e de intervenção por parte do Estado.

[70] AGUILAR, J. M.: *Síndrome de Alienação Parental – Filhos Manipulados por um Cônjuge para Odiar o Outro,* cit., pp. 57 a 61.

[71] PODEVNY, F.: *Síndrome de Alienação Parental*, tradução para português pela Associação Pais para Sempre, disponível em http://www.paisparasemprebrasil.org, acessado em 19 de maio de 2013, às 14:20 h.

Estágio I Leve	Neste estágio normalmente as visitas se apresentam calmas, com um pouco de dificuldades na hora da troca de genitor. Enquanto o filho está com o genitor alienado, as manifestações da campanha de desmoralização desaparecem ou são discretas e raras. A motivação principal do filho é conservar um laço sólido com o genitor alienador.
Estágio II Médio	O genitor alienador utiliza uma grande variedade de táticas para excluir o outro genitor. No momento de troca de genitor, os filhos, que sabem o que genitor alienador quer escutar, intensificam sua campanha de desmoralização. Os argumentos utilizados são os mais numerosos, os mais frívolos e os mais absurdos. O genitor alienado é completamente mau e o outro completamente bom. Apesar disto, aceitam ir com o genitor alienado, e uma vez afastados do outro genitor tornam a ser mais cooperativos.
Estágio III Grave	Os filhos em geral estão perturbados e freqüentemente fanáticos. Compartilham os mesmos fantasmas paranóicos que o genitor alienador tem em relação ao outro genitor. Podem ficar em pânico apenas com a idéia de ter que visitar o outro genitor. Seus gritos, seu estado de pânico e suas explosões de violência podem ser tais que ir visitar o outro genitor é impossível. Se, apesar disto vão com o genitor alienado, podem fugir, paralisar-se por um medo mórbido, ou manter-se continuamente tão provocadores e destruidores, que devem necessariamente retornar ao outro genitor. Mesmo afastados do ambiente do genitor alienador durante um período significativo, é impossível reduzir seus medos e suas cóleras. Todos estes sintomas ainda reforçam o laço patológico que têm com o genitor alienador.

4. Alienação parental na jurisprudência.

A) Em Portugal.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO 1625/05-3 TMSNT-C.L1-7, RELATORA ANA RESENDE, DE 26-01-2010.

A genitora levou a cabo uma tentativa de afastar a criança do seu pai (...) verbalização por parte da progenitora da intenção de o filho deixar de ver o pai.

Protagonizou um processo dirigido a gerar, e obter, um real e efectivo afastamento do menor em relação ao progenitor que não guarda a criança.

Os relatórios psicológicos e sociais da criança identificaram sintomas como ser uma criança triste, sem emoções positivas e sem curiosidade (...) e 1u3 o menor revela uma forte instabilidade e dificuldade de concentração nas várias tarefas que executa, deixando a maior parte delas incompletas; manifesta dificuldades no relacionamento interpessoal (evita o contato visual, tem dificuldade em iniciar e manter um diálogo, bem como a responder a questões) e ao nível emocional revela tristeza, não expressa emoções positivas e falta de curiosidade e de interesse.

O Tribunal reagiu à atitude da genitora alienante, retirando-lhe o exercício do poder paternal, entregando-o ao outro progenitor e garantindo um rigoroso regime de visitas, em alteração profunda em relação ao regime estabelecido originariamente.

Constatando os problemas gerados pela genitora para a convivência do filho com o pai, manteve a sentença que alterou o acordo originário de regulação do poder paternal, transferindo para o pai a guarda da criança, estabelecendo critérios rigorosos de convivência com a mãe, mantendo a condenação da genitora ao pagamento de uma multa de 249,90€, fundamentando o tribunal a possibilidade econômica da recorrente e que a condenação em multa em causa, assentou no disposto no artº 181, nº 1, da OTM, que consigna se, relativamente à situação do menor, um dos progenitores não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido, pode o outro requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercitivo e a condenação do omisso em multa até 249,90€ e em indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos.

ACÓRDÃO Nº 180/05.9TMMTS-B.P1 DE TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, 07 DE ABRIL DE 2011.

I - O superior interesse da criança deve estar sempre presente em cada caso concreto e, com ele, pretende-se assegurar um desenvolvimento harmonioso da criança ou jovem, tendo em conta as suas necessidades, bem como a capacidade dos pais para as satisfazer e ainda os valores dominantes no meio envolvente.

II - Daí que as últimas alterações legislativas dos correspondentes normativos tenham reforçado a necessidade de os progenitores manterem contacto profícuo entre si na prossecução dos interesses dos filhos e o direito à informação do progenitor que não exerça as responsabilidades parentais sobre o modo do seu exercício, designadamente quanto à educação e condições de vida, o que deve ser promovido e acautelado pelo tribunal.

III - Por isso e porque o estabelecimento da residência permanente ou habitual da criança é uma questão de "particular importância para a sua vida", é de considerar que a mudança daquela para o estrangeiro na companhia do progenitor com quem vive habitualmente, sem cumprimento prévio do dever de informação do outro progenitor, sem a sua participação nessa decisão e sem intervenção judicial, é um acto ilícito e representa uma frustração dos objectivos delineados no reformulado art.º 1906.º do Código Civil.

IV - O novo regime aplica-se ao incidente de incumprimento suscitado em processos pendentes à data da sua entrada em vigor, não obstante não se tratar de uma nova acção, à semelhança da alteração da regulação, por estarem em causa normas de interesse e ordem pública que dispõem directamente sobre os efeitos da filiação.

V - O incidente de incumprimento não é o meio adequado para fazer desencadear um procedimento internacional destinado a efectivar o cumprimento das visitas, por serem autónomos e independentes.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA PROCESSO: 2134/09.7TBCTB. C1. Nº CONVENCIONAL: JTRC. DATA DO ACORDÃO: 16-11-2010. RELATOR: TELES PEREIRA. TRIBUNAL RECURSO: CASTELO BRANCO – 2º JUÍZO. VOTAÇÃO: UNANIMIDADE.

I – Assenta o artigo 182º da OTM, respeitante à alteração do regime das responsabilidades parentais anteriormente estabelecido, em dois pressupostos: o incumprimento; a alteração das circunstâncias.

II – Configura uma alteração das circunstâncias a superveniente detecção de uma situação de perigo para o menor, quando tal elemento se apresente como induzido por algum aspecto da regulação das responsabilidades parentais em vigor, designadamente pelo direito de visita.

III – Face a tal circunstancialismo, entendendo-se não ser caso de inibição das responsabilidades parentais, funcionará (no processamento previsto no artigo 182º da OTM) a previsão do artigo 1918º do CC, podendo a "alteração de regime" funcionar como "providência adequada" a afastar a situação de perigo detectada.

IV – Uma situação de perigo é aquela que tem a potencialidade de gerar um dano, aferindo-se a sua existência pela circunstância de se criar para o bem ou valor protegido um estado de insegurança existencial, em função do qual já não se pode confiar, totalmente, na ausência de dano.

V – A indiciação de uma situação de abuso sexual de uma menor, temporal e situacionalmente associada ao regime de visitas ao progenitor não guardião, consubstancia um elevado perigo para a menor, justificando amplamente a restrição desse direito de visitas até ao ponto de estar totalmente garantido o afastamento desse perigo.

B) No Brasil.

EDCL NO CC 108689 / PE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2009/0214953-5, RELATOR(A) MINISTRO RAUL ARAÚJO (1143), ÓRGÃO JULGADOR S2 - SEGUNDA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO10/11/2010, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 18/11/2010.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AÇÃO PROPOSTA ONDE O DETENTOR DA GUARDA NÃO MAIS TEM DOMICÍLIO. ENVIO DOS AUTOS PARA O JUÍZO COMPETENTE. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO.

1. Consoante se verifica das informações prestadas pelos Juízos suscitados, não há discrepância de entendimento acerca da competência para julgamento da ação de modificação de guarda, não restando configurada qualquer das hipóteses do art. 115 do Código de Processo Civil.

2. No caso, tendo a detentora da guarda se mudado para outra comarca, a propositura da ação de modificação de guarda, ajuizada pelo pai nesse mesmo período, lá deveria ter se dado, consoante entenderam os Juízos suscitados. Não se trata de mudança de endereço depois de proposta a ação e efetivada a citação. Incidência do art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Os conflitos de competência apontados pelo embargante como representativos da jurisprudência desta egrégia Corte, tratam, na realidade, de hipóteses excepcionais, em que fica clara a existência de alienação parental em razão de sucessivas mudanças de endereço da mãe com o intuito exclusivo de deslocar artificialmente o feito, o que não ocorre nos autos.

4. Desta forma, ausente qualquer equívoco manifesto no julgado, tampouco se subsumindo a irresignação em análise a alguma das hipóteses do art. 535 do CPC, não merece ressonância a insurgência em questão.

5. Embargos de declaração rejeitados.

CC 94723 / RJ CONFLITO DE COMPETENCIA 2008/0060262-5, RELATOR(A) MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110) ÓRGÃO JULGADOR S2 - SEGUNDA SEÇÃO DATA DO JULGAMENTO24/09/2008 DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 29/10/2008.

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. MENOR. AÇÕES CONEXAS DE GUARDA, DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA, DE EXECUÇÃO E OUTRAS. GUARDA EXERCIDA PELA MÃE. MUDANÇA DE DOMICÍLIO NO CURSO DA LIDE. IRRELEVÂNCIA. CPC, ART. 87. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

I. Prevalece o art. 87 do CPC sobre a norma do art. 147, I, do ECA, que tem natureza absoluta quando, em curso a ação originária, proposta regularmente no foro de residência do menor, o detentor da guarda altera seu domicílio.

II. Precedentes do STJ.

III. Inexistência de circunstância excepcional a indicar solução diversa.

IV. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara de Família, Sucessões e Cível de Goiânia, GO, o suscitado.

NÚMERO: 70052960051 INTEIRO TEOR: TRIBUNAL: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS SEÇÃO: CIVEL TIPO DE PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO ÓRGÃO JULGADOR: OITAVA CÂMARA CÍVEL DECISÃO: ACÓRDÃO RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS COMARCA DE ORIGEM: COMARCA DE PORTO ALEGRE.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. GUARDA. ALTERAÇÃO. INDEFERIMENTO. O agravante não trouxe aos autos provas de que o filho esteja em situação de risco ou vulnerabilidade na companhia da mãe, que é quem detém sua guarda desde a separação do casal. O fato de ter permanecido fora da escola por longo período no ano de 2012 (aproximadamente 5 meses), não caracteriza qualquer perigo ao infante, tendo em vista que, na época, ele frequentava a pré-escola (Jardim da Infância B). Mesmo a alegação de alienação parental é questão que deve ser deduzida e investigada na origem, onde será analisada por profissionais habilitados.

NÚMERO: 70053490074 INTEIRO TEOR: TRIBUNAL: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS SEÇÃO: CIVEL TIPO DE PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO ÓRGÃO JULGADOR: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DECISÃO: ACÓRDÃO RELATOR: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES COMARCA DE ORIGEM: COMARCA DE PORTO ALEGRE.

Ementa: DIREITO DE VISITAS. PAI. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO. SUSPEITA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. INTENSA BELIGERÂNCIA. PEDIDO DE REVERSÃO DA GUARDA. 1. Como decorrência do poder familiar, o pai não-guardião tem o direito de conviver com o filho, acompanhando-lhe a educação, de forma a estabelecer com ele um vínculo afetivo saudável. 2. A criança está vitimizada, no centro de um conflito quase insano, onde a mãe acusa o pai de abuso sexual, e este acusa a mãe de promover alienação parental. 3. As visitas estão estabelecidas e ficam mantidas pelo prazo de noventa dias, mas sem a supervisão da mãe e com acompanhamento interprofissional.

IV. Responsabilidade civil nas relações familiares e em especial na alienação parental.

1. Responsabilidade civil nas relações familiars.

A) Em Portugal.

Como já tivemos oportunidade de mencionar em *paper* anterior, a mitigação da culpa nas dissoluções da sociedade conjugal vinha diminuindo a possibilidade de responsabilidade civil decorrente dessas relações, o que era, inclusive, o objetivo de muitos doutrinadores da matéria.

Autores como VARELA sustentavam que a infração aos direitos familiares pessoais não origina dever de indenizar, não se lhes aplicam os princípios da responsabilidade civil[72].

CERDEIRA sustenta, inclusive, que os manuais de direito das obrigações portugueses trazem apenas algumas linhas acerca das interferências do direito das obrigações, particularmente do regime de responsabilidade civil, no direito de família. "Por norma, os autores limitam-se a distinguir os direitos de família dos direitos de crédito, sublinhando a fragilidade da garantia dos deveres familiares pessoais como consequência prática da natureza diversa desses deveres"[73].

As noções de culpa e correspondente sanção que durante tanto tempo aprisionaram o instituto do divórcio, são cada vez mais incompreensíveis e injustificadas, quando comparadas com o conceito de conjugalidade atual – que o casamento não poderá ser considerado um vínculo jurídico indissolúvel e que apenas deve perdurar se mantiver o *affectio conjugalis*. É a tradução do divórcio como simples constatação da ruptura do casamento, como ensina CARVALHO[74].

Tradicionalmente, os autores distinguem os direitos de família dos direitos de crédito, salientando a fragilidade de garantia dos direitos familiares pessoais em consequência da sua particular natureza, pelo que, no tratamento dos pressupostos da responsabilidade civil se considera que a violação destes direitos não dará origem a qualquer obrigação de indenizar.

---

[72] VARELA, A.: *Das Obrigações em Geral*, V. I,10ª Ed., Coimbra (2005): Almedina, pp. 206 a 208.

[73] CERDEIRA, A. C. S.: *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, Coimbra (2000): Coimbra Editora, p. 9.

[74] CARVALHO, F. P.: "O Conceito de Culpa no Divórcio – Crime e Castigo", *AAVV, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito de Família e das Sucessões, Vol. I*, Coimbra (2004): Coimbra Editora, pp. 585 – 604.

Levantam-se, pois, sérias dúvidas acerca de saber se os princípios da responsabilidade civil se aplicam ao conjunto de direitos e deveres de conteúdo pessoal e patrimonial próprios da relação matrimonial ou se, pelo contrário, o divórcio, concebido como sanção específica do direito da família, afastará o recurso à normas de responsabilidade civil.

Para autores como COSTA[75], Os direitos familiares pessoais, apesar da sua particular natureza, são concebidos como direitos privados, o que significa que, à semelhança destes, lhes subjaz o binômio liberdade-responsabilidade, que não é de afastar pelo fato de os sujeitos desta particular relação jurídica se encontram casados entre si, pelo contrário, o casamento não deve diminuir, antes aumentar a responsabilidade de quem o contraiu., ressaltando, porém, que o artigo 1792.º afasta, pois, quase por completo a até aqui existente obrigação de indenizar e afirma que os "pedidos de reparação de danos", serão, "em qualquer caso, julgados nos termos gerais da responsabilidade civil".

Para autora, isso significa que os cônjuges causadores de danos com culpa, mesmo nos casos de culpa grave, ficam, no que ao regime matrimonial diz respeito, impunes, pelo que os "inocentes" têm as reparação dos seus danos relegadas para os meios comuns, exceção feita ao cônjuge que requer o divórcio com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, que continua obrigado a indenizá-lo pelos danos causados pela dissolução do casamento[76].

Segundo HÖSTER[77], a nova concepção do divórcio que, dentro da sua lógica, não permite que se alicerce no pressuposto limitativo da culpa parece, à primeira vista, desresponsabilizar os cônjuges em relação às causas com que contribuíram para o fracasso do seu casamento, ao contrário do que tem vigorado até agora no caso do divórcio ter sido litigioso. Na verdade, em qualquer divórcio litigioso – seja ele decretado devido à violação culposa dos deveres conjugais (art. 1779.º) ou seja ele decidido com base na verificação de uma causa objetiva (art. 1781.º) – a lei anterior sempre esteve empenhada em

[75] COSTA, E. D.: "A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais", *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra (2010): Coimbra Editora, pp. 61 e 62.

[76] COSTA, E. D.: "A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais", cit., pp. 76 e 77.

[77] HÖRSTER, H. E.: "A Responsabilidade Civil Entre os Cônjuges", *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra (2010): Coimbra Editora, pp. 95 e 96.

ver apuradas as culpas, e as responsabilidades dos cônjuges. No entanto, a nova concepção do divórcio 'não exclui que as responsabilidades sejam pedidas e que as indemnizações correspondentes venham a ser fixadas, apesar das respectivas soluções da lei poderão não ser as mais felizes".

Na verdade, a visão da família como entidade fechada manifestava o seu vigor também na fase patológica da relação conjugal. É que, o recurso da vítima ao foro exterior comportava o fim da sociedade conjugal e, nesse contexto, a intervenção do juiz representava, não uma intromissão na vida da família mas o próprio fim dessa vida[78].

De acordo com o HÖSTER[79], o legislador de 2008, ao introduzir uma nova concepção de divórcio, enveredou para outros caminhos: agora, a sentença que o decreta nunca se pronunciará a respeito da culpa que possa ter havido. "A culpa ficou mesmo banida do novo regime estabelecido para o divórcio – i. é, do processo e da sua decisão".

Em relação à reparação dos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, o n.º 2 do artigo 1792.º mantém, quando o divórcio tiver sido decretado com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, a solução anterior. "O cônjuge que pediu o divórcio é obrigado a indemnizar o outro, sendo o pedido de indemnização deduzido na própria acção de divórcio. Quanto às restantes causas de divórcio, nenhuma indemnização por danos morais pela dissolução do casamento está especificamente prevista".

Por fim, é o n.º 1 do artigo 1792.º que, em matéria de responsabilidade dos cônjuges, segue caminhos novos, nunca antes percorridos. Diz ele: "o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns". Quer dizer, a lei não só remete a questão da responsabilidade para o regime geral (arts. 483.º e SS. E 562.º e SS.) como ainda rejeita a competência dos tribunais especializados na matéria para atribuir aos tribunais comuns.

A solução encontrada, segundo o autor, contraria o princípio da economia processual, pois obriga a instaurar dois processos, consecutivos, um fato que poderá revelar como inibitório para o cônjuge lesado. Além disso, ao não confiar a matéria aos tribunais de família com a sua experiência particular

[78] CERDEIRA, A. C.: S. *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, cit., p. 10.
[79] HÖRSTER, H. E.: "A Responsabilidade Civil Entre os Cônjuges", cit., p. 106.

mas aos tribunais comuns, a lei pode ter contribuído para o surgimento de soluções díspares[80].

Há de ressaltar-se a importância às consequências determinadas pela diferente posição do indivíduo, enquanto familiar, em matéria de responsabilidade civil. Essas consequências podem ser sintetizadas na afirmação de que o sujeito goza, hoje, de todas as prerrogativas garantidas pelo ordenamento jurídico, mesmo no interior da família e, nesse sentido, as normas que tutelam a pessoa devem ser aplicadas, no círculo familiar, sem quaisquer obstáculos.

Porém, mesmo se a paz familiar saísse desprotegida, haveria que sopesar aqui o princípio fundamental da nossa ordem jurídica, segundo o qual aquele que violar ilicitamente o direito de outrem fica obrigado a reparar os prejuízos resultantes da violação (art. 483º). Esta é, sem dúvida, uma regra de elevado valor moral e social: o sujeito deve orientar os seus atos de modo a respeitar os seus semelhantes[81].

Deve, porém, o lesado provar a culpa do lesante e havendo também culpa do lesado, deverão ser aplicadas as ponderações do art. 570.º.

Do mesmo modo, a doutrina consagrada no revogado artigo 1780.º alínea b), relativa à exclusão do direito de requerer o divórcio, tendo havido perdão ou um comportamento equivalente, vai ter continuidade, agora sob a figura do abuso de direito, precisamente na sua forma do *venire contra factum proprium*.

Basta a culpa leve para o pedido de indemnização (art. 483.º, n.º 1).

Por outro lado, se os danos sofridos forem danos não patrimoniais (ou causados pela dissolução do casamento ou por outro fato), a fixação da indemnização obedece aos critérios severos que vêm estabelecidos no artigo 486.º, n.º 1: apenas deve atender-se a estes danos quando, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

---

[80] HÖRSTER, H. E.: "A Responsabilidade Civil Entre os Cônjuges", cit., p. 107: "Visto que o n.º 1 do artigo 1792.º encaminha o cônjuge lesado, que pretende a reparação dos seus danos sofridos, para o regime geral da responsabilidade civil, podíamos pensar que, desta maneira, a aplicação dos artigos 483.º e ss. E 562.º e SS. Elimina e supera as questões que foram objecto dos artigos 1779.º, 1780.º, 1786.º e 1787.º (os últimos três revogados). Não será assim: a modificação ou revogação das normas referidas não elimina as questões, apenas as desloca do âmbito do direito de família para o campo da responsabilidade civil. Na verdade, a nova concepção do divórcio não desresponsabiliza de todo os cônjuges, como já dissemos, e permite apurar as responsabilidades e fixar indemnizações, não sendo de excluir, todavia, que no novo regime venham surgir problemas novos".

[81] CERDEIRA, A. C. S. *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, cit., p. 59.

De qualquer modo, ao aplicarem-se as normas dos artigos 483.º e 496.º, n.º 1, com todo seu alcance, acaba por cair – isto é um efeito verdadeiramente positivo – o velho princípio da fragilidade da garantia. "(Na) obrigação de indemnizar (...) (está) (...) a *sanção* para o não cumprimento dos deveres matrimoniais (...) (e) o cônjuge inocente pode pedir ao culpado uma indemnização quer pelos danos patrimoniais, quer pelos danos morais (...) e quer pelos danos resultantes directamente dos factos que servem de fundamento ao divórcio, quer pelos danos resultantes do próprio divórcio (...) esta obrigação de indemnizar se rege pelos princípios gerais da responsabilidade civil"[82].

A conclusão de que o princípio da fragilidade da garantia caiu vale desde logo para a violação culposa dos deveres familiares pessoais mas deve valer, de modo igual, para violação culposa dos direitos familiares patrimoniais. Neste contexto e no nosso entender, as disposições do artigo 1.681.º mantêm-se como regras especiais preservadas pela nova lei e restringidos ao exercício da administração dos bens do casal.

DOMINGUES, que defendeu sua tese de mestrado na Universidade de Coimbra, assinala que "trazer os princípios da responsabilidade civil para a seara da família, importa pacificar conflitos que antes não existiam, importa aproximar o Direito da justiça e contribuir para o desenvolvimento da família, cujas bases estão sendo remodeladas ao longo do tempo, entretanto, o Direito de Família não está acompanhando tais transformações"[83].

B) No Brasil.

De acordo com PAULINO[84], não se pode discutir a existência de uma responsabilidade civil familiar sem antes examinar um problema que lhe é intrínseco. Trata-se da questão da compatibilidade entre uma teoria do ressarcimento do dano nas relações familiares e a repersonalização que constitui a mais marcante característica do direito de família contemporâneo.

Incorporando uma metodologia constitucionalizada do direito civil, o direito de família abandona o viés patrimonializante próprio do direito civil clássico

[82] COELHO, F. M. P.: *Curso de Direito da Família, I, Direito Matrimonial*, Coimbra (1965): Almedina, p. 443.
[83] DOMINGUES, L. M. B. M.: *O Abandono Afetivo na Relação Paterno-Filial e a Possibilidade de Responsabilização civil por Dano Moral*, Tese de Mestrado defendida na Faculdade de Direito de Coimbra em 2009, p. 171.
[84] ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P.: Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar, disponível em www.jusnavegandi.com.br, acessado em 10/05/2013, às 12:45 h.

liberal e passa a valorar as relações familiares segundo seu prioritário aspecto existencial, pondo em segundo plano o caráter econômico nelas eventualmente envolvido[85].

EHRHARDT[86] lembra que se considerarmos o ordenamento jurídico em sua unidade e interconexões, não temos como afastar a incidência das regras atinentes à responsabilidade civil do ramo do Direito de Família, por ser integrante do mesmo sistema. Além disso, o argumento comumente empregado de que não se devem monetarizar relações afetivas, *a priori*, parece desconsiderar que originariamente o Direito de Família tinha como função precípua a defesa da integridade do patrimônio familiar, sem falar da constatação de que dispositivos que tratam de questões patrimoniais representam parte considerável de sua regulamentação.

É importante distinguir uma relação de direto de família de uma simples relação negocial no contexto de direito de família. Em relação a esta, não há qualquer controvérsia quanto à responsabilização civil dos ofensores. O que importa saber é se a mesma conduta pode ser empregada para as relações existenciais de direito de família. Em suma, não se trata de valorar economicamente situações existenciais, fixando-lhes um *quantum*, mas sim de garantir a tutela, vale dizer, proteção máxima a direitos de caráter personalíssimo.

Não percamos de vista que o grupo familiar ajuda na formação e crescimento da identidade individual, comunicação e objetivos comuns dos seus integrantes, garantindo o substrato para a consolidação do afeto e da solidariedade familiar, através do reconhecimento, tutela e da cooperação, antes mesmo que como cônjuge ou filho, como pessoa. Para P. PERLINGIERI, "o controle sobre as vicissitudes pessoais e familiares se justifica se e na medida em que for feito em função da garantia dos direitos fundamentais"[87].

---

[85] Cf. LÔBO, P. L. N.: "A repersonalização das relações de família", Revista Brasileira de Direito de Família, v. 6, n. 24, jun./jul., Porto Alegre (2004): Síntese/Ibdfam, pp. 152-155: "A restauração da primazia da pessoa nas relações de família, na garantia de realização da sua afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação à realidade. (...) A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família da nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário".

[86] EHRHARDT JÚNIOR, M. A. A.: Responsabilidade Civil no Direito das Famílias: Vicissitudes do Direito Contemporâneo e o Paradoxo entre o Dinheiro e o Afeto, disponível em www.jusnavegandi.com.br, acessado em 10/05/2013, às 10:45 h.

[87] PERLINGIERI, P.: *Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro (2008): Renovar, p. 980, que acrescenta: "Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo,

Trata-se de uma mudança radical de perspectiva, segundo o qual se atribui à pessoa uma posição central no ordenamento, independentemente da titularidade de interesses patrimoniais[88]; "uma clara inversão valorativa e deste modo uma nítida opção de se privilegiar o ser em detrimento do ter (...) a repersonalização ofuscando a hierarquia patrimonial"[89].

De acordo com LÔBO, no direito civil contemporâneo os interesses existenciais passam a constituir o "pressuposto nuclear de todos os direitos privados"[90], devendo portanto receber prioridade de tutela perante o ordenamento jurídico.

Se mesmo em matéria de propriedade os interesses existenciais devem prevalecer quando em conflito com os patrimoniais[91], em direito de família essa diretriz assume importância ainda maior, uma vez que o conteúdo de patrimonialidade ínsito a um direito real ou de crédito encontra-se ausente. No direito das coisas ou das obrigações, trata-se de estabelecer um diálogo entre o econômico e o existencial, com a ressalva de que o último deve prevalecer quando confrontado; no direito de família, o desafio é evitar que o interesse econômico se infiltre em situações existenciais, como outrora.

Por tal razão, é extremamente natural e salutar que o movimento de reconhecimento da reparabilidade do dano familiar chame a atenção da doutrina e desperte preocupação quanto à possibilidade de um retrocesso na hierarquia dos valores tutelados no direito civil[92].

---

expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular (...) A presença simultânea da responsabilidade na liberdade individual requer exigência da colaboração, da solidariedade e da reciprocidade, sem que elas cheguem a constituir um separado interesse familiar que possa ser oposto àquele individual. O interesse individual de cada familiar não pode ser pensado se não em relação àquele dos outros familiares: diante da comunhão material e espiritual, o interesse de cada um se torna, em diferentes medidas, o interesse dos outros".

88 MUSSO, B. S.: *Lezioni di diritto civile*. Napoli (2005): Scriptaweb, p.8.

89 ALBUQUERQUE, F. S.: "Adoção à brasileira e a verdade do registro civil". *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família,* Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte (2006): IOB-Thompson, p. 349.

90 LÔBO, P. L. N.: "A repersonalização das relações de família", cit., p. 145.

91 Cf. CORTIANO JÚNIOR, E.: *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro (2002): Renovar, p. 171.

92 Alguns autores têm manifestado expressamente este receito. *v. g.*, ANGELUCI, C. A. "Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana", *Revista CEJ*, n. 33, abr./jun., Brasília (2006): CEJ, p. 51, e PEREIRA, S. G. "Dano moral e direito de família: o perigo de monetarizar as relações familiares", *ADV/COAD*, jan. Rio de Janeiro (2002): COAD, p. 45.

Há de se indagar, portanto, se seria a responsabilidade civil no Direito de Família extracontratual? Considerando que os cônjuges estão vinculados por um contrato, seria necessário estabelecer diferenças de tratamento entre a responsabilidade civil nas hipóteses de união estável (situação fática, logo, regida pela lei – responsabilidade aquiliana) e de casamento (negócio jurídico – responsabilidade contratual)?

A doutrina tem bipartido as hipóteses de responsabilidade civil, tradicionalmente, em duas espécies distintas, contratual e extracontratual, conforme o direito violado danosamente tenha origem em relação contratual pré-existente entre as partes ou tenha natureza de direito absoluto[93].

Também neste sentido é o entendimento de RIVIELLO[94].

Existem ainda na doutrina defensores da delimitação de uma terceira espécie de responsabilidade, especialmente para disciplinar as relações familiares, como é o caso de PAULINO[95] e BAPTISTA[96]. Nada obstante, uma análise mais pormenorizada demonstrará que na maioria dos casos colocados à apreciação do Poder Judiciário é possível resolver o litígio com o atual estágio de desenvolvimento dos tradicionais institutos jurídicos que disciplinam a matéria.

Certamente é possível delimitar-se um espaço próprio para a responsabilidade civil no Direito de Família, como, por exemplo, a intricada questão da indenização por abandono afetivo. Contudo, na maioria das situações temos situações de violação a direitos personalíssimos que não estão relacionados à função que o indivíduo ocupa em sua unidade familiar. O fato de o ofensor ser filho, marido, sogra, cunhado ou outro parente

93 ESPÍNOLA, E.: *Sistema de direito civil brasileiro*, 4ª ed., vol. II, Rio de Janeiro (1961): Conquista, p. 314.

94 RIVIELLO, L.: "Danni patrimonialli", *Tractatus dei danni: La responsabilità civile ed il danno,* Coordenador Luigi Viola, Camerino (2007): Halley, p. 300: "mentre nella responsabilità contrattuale Il danno risarcible è valutato esclusivamente in relazione all´aspettativa della prestazione rimasta insoddisfatta, nella responsabilità
extracontrattuale Il danno non si riferisce ad aspettative insoddisfatte verso un soggetto determinato (creditore), ma solo alla generica aspettativa di non subire danni nella propria sfera giuridica ad opera di terzi (...)".

95 Cf. ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P.: *Ensaio Introdutório Sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar*, cit., "parece, contudo, que o mais adequado é entender que a responsabilidade civil familiar não se enquadra exatamente em nenhuma das duas hipóteses. Nesta perspectiva, deve-se considerá-la como um terceiro gênero de responsabilidade, uma vez que existem deveres pré-existentes entre as partes que são violados pelo fato danoso, mas estes deveres não têm origem negocial".

96 BAPTISTA, S. N.: *Teoria geral do dano*, São Paulo (2003): Atlas, p. 117.

apenas agrava o contexto do dano infligido injustamente à vítima, não desnatura sua origem.

Será que todos os danos são indenizáveis? Basta o inadimplemento dos deveres decorrentes do contrato de casamento para ensejar a responsabilização civil? Seria tal ruptura um simples aborrecimento, cuja verificação, segundo jurisprudência pacífica, não configura prejuízo indenizável diante da ausência de abalo efetivo e considerável?

Um exemplo ajudará a apresentar a complexidade da questão: Se eu atraso um dia a data de entrega do contrato, cujo objeto é um bem puramente patrimonial, eu posso pleitear indenização. Trata-se de hipótese pacífica e consolidada, doutrinária e jurisprudencialmente. Mas, na relação familiar seria diferente? Seria possível isolar a responsabilidade de uma das partes ou sempre estaríamos diante da alegação de culpa concorrente, implicando, ao menos, a mitigação da responsabilidade dos envolvidos? Afinal, como bem assevera FACHIN, ao apreciar a questão da apuração da culpa nos processos de dissolução de entidades familiares, a conduta dos cônjuges "pode ser apenas sintoma do fim"[97].

Vai nesta linha o entendimento do ex-Ministro do STF, PELUSO[98].

O estágio atual de nossa codificação só admite afastar a prova da culpa, como pressuposto, vale dizer, um dos elementos de configuração do dever de indenizar, na forma do disposto no parágrafo único do art. 927 do CC/02, a saber: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Considerando que não existe lei específica tratando da matéria, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a responsabilidade objetiva dos

[97] FACHIN, L. E.: *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p. 179.

[98] PELUSO, A. C.: "A culpa na separação e no divórcio", p. 49. *Apud* SARTORI, F. C. A.: "A culpa como causa da separação e seus efeitos"*, Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo,* Coordenador, Giovanni Ettore, São Paulo (2008): Atlas, p. 604: "As crises matrimoniais, e a Psicanálise também o comprova, raro são devidas a uma culpa episódica, pontual; quase sempre constituem manifestações tardias de um processo de transição e ruptura, do qual as pessoas, em geral, não têm consciência plena. Os inconscientes dos cônjuges rompem a comunhão de vidas muitos anos antes das crises exteriores. Os casamentos não terminam por episódios, mas pela sua história. Parafraseando o velho Machado de Assis, o qual assegurava que a ocasião não faz o ladrão, faz o furto, pode-se dizer que a ocasião faz a crise, não a ruptura. Produz-se muito antes a ruptura, cuja verdadeira responsabilidade, quando exista, é dificilmente apurável pelo juiz".

fornecedores pelos fatos e vícios do produto ou do serviço, conforme disciplinada pelo CDC, deveria o magistrado, v. g., considerar o casamento como atividade, por sua natureza, de risco para os direitos de outrem (esposa e filhos)?

Será que bastaria o insucesso do projeto de felicidade a-dois do casal para ensejar o dever de reparar objetivamente os danos? Apesar de ser bem clara a tendência de objetivação da responsabilidade em todos os campos, há de se destacar que permanece o elemento culpa como norma residual do sistema de responsabilidade no Código Civil (art. 186).

Se é difícil encontrar unanimidade na possibilidade de indenização por danos morais no Direito de Família, mesmo quando o julgador decide pelo caminho da reparação, ou melhor, pela compensação da violação injusta infligida à vítima, o assunto não resta menos tormentoso. Surge então o problema do receio de gerar enriquecimento sem causa, se é justo o receio, por consubstanciar perigo de situação que ofende a noção de justiça, igualmente ofensiva a circunstância de "não se satisfazer o interesse da vítima por conta de mero receio infundado e difuso" [99].

Há de se distinguir a pretensão a indenização em sentido estrito (*restitutio in integrum*), cuja tentativa de alcançá-la ocorre mediante pedido de reparação, do pleito de compensação pelos prejuízos verificados, situação na qual não se guarda perfeita equivalência com os danos, sobretudo por não guardar qualquer correspondência com eventuais valores patrimoniais igualmente violados. Distante da quantificação matemática, resta-nos o arbitramento do magistrado, exigindo-se uma demonstração clara e objetiva das razões do seu convencimento.

No meio de tantas indagações e incertezas, típicas de uma fase de transição, às vezes perdemos o foco da necessária proteção à vítima para sobrevalorizar o desejo de vingança contra o ofensor. Será que o melhor caminho não deve ser o da precaução, evitando-se a contaminação integral do direito das famílias num processo de precificação e estímulo ao lucro fácil?

Apesar desta preocupação legítima, a responsabilidade civil vem ganhando espaço no direito de família sob o razoável argumento de que a vedação da pretensão de ressarcimento conduziria ao absurdo de privilegiar o ofensor em detrimento da vítima. Se o exercício do poder familiar é impositivo[100] e o

[99] Cf. VIANA, R. L.: "A dignidade humana comporta indenização módica?" *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo,* Coordenador, Giovanni Ettore, São Paulo (2008): Atlas, p.445.
[100] ALBUQUERQUE, F. S.: "As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa", *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 31, ago./set., Porto

genitor se furta a ele voluntariamente, abandonando o menor nos momentos mais essenciais de construção de sua personalidade, não há como vedar *a priori* a discussão sobre o dano moral; se o respeito à integridade psicofísica de outrem é imperativo, como rejeitar liminarmente a ação de reparação proposta por um indivíduo que a teve violada por seu cônjuge?

Não se trata de valorar economicamente situações existenciais, atribuindo-lhes um preço intrínseco, mas sim de buscar a tutela dos direitos de personalidade das vítimas com os meios que temos à disposição para tanto, dentre os quais a reparação por dano moral[101].

Admitir o contrário nos levaria, consequentemente, a fragilizar a eficácia da proteção da personalidade, bem como a indiretamente ressuscitar os argumentos hoje já sepultados que eram utilizados em prol da tese da irreparabilidade do dano moral[102].

Alegre (2005): Síntese/IBDFAM, p. 24: "Atualmente, pelo menos, proclamando a doutrina o "direito fundamental da criança a crescer e se desenvolver na presença dos pais".

101 "Se ocorrer uma lesão a um direito de personalidade ou qualquer ofensa à dignidade humana, não se pode permitir que o lesado não obtenha reparação ou compensação, sob pena de ocorrer um desequilíbrio na ordem jurídica" (TEIXEIRA, A. C. B.: "Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana", *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 32, out./nov., Porto Alegre (2005): Síntese/IBDFAM, p. 142). A tese de que os danos morais são decorrência da violação de direitos de personalidade e não existem fora deste campo foi sustentada pioneiramente por LÔBO, P. L. N.: "Danos morais e direitos da personalidade", *Revista Trimestral de Direito Civil.* n. 6, Rio de Janeiro (2001): Padma, p. 80. Naturalmente o reconhecimento da possibilidade de reparação do dano não exclui a tutela inibitória e a necessária tutela promocional dos direitos de personalidade, sobretudo quando visualizados sob a perspectiva monista de um direito geral de personalidade, mais ampla e versátil (neste sentido, MORAES, M. C. B.: "A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil", *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, jul./dez. Rio de Janeiro (2006), p. 246). Não exclui, ademais, medidas de urgência voltadas à proteção dos indivíduos postos em situação de risco, como as previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei Maria da Penha. No direito italiano, tais provimentos de urgência estão bem desenvolvidos, como se vê em TRAMONTANO, L.: *Lineamenti di diritto civile*. Camerino (2006): Halley, pp.127-129; MASCIA, A.: *Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*. Camerino (2006): Halley, p. 265. Especificamente sobre a medida de afastamento tem-se que "il giudice, mediante provvedimento di carattere provisorio, puó imporre a colui che ha tenuto la condotta pregiudizievole, l´allontanamento dalla casa familiare, nonché il pagamento di un assegno periodico a favore dei familiari che, a causa di talle allontanamento, restano sprovvisti di mezzi adeguati di sostentamento" (TRAMONTANO, L.: *Lineamenti di diritto civile,* cit., p. 128).

102 SANTOS, R. B. T. S. P. *Op. cit.*, p. 138; RESENDE, N. R. A.: "Da possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal", *Revista Brasileira de Direito de Família,* v. 5, n. 21, dez./jan., Porto Alegre (2004): Síntese/IBDFAM, p. 7.

Por tais razões, a doutrina vem se estabelecendo no sentido de admitir as demandas indenizatórias quando há dano em decorrência da violação de interesses legítimos em relações de família[103].

C) Algunas breves notas sobre o sistema espanhol.

Embora não seja o tema deste estudo, como se trata de texto a ser publicado em uma revista espanhola, convém aqui fazer algumas breves considerações acerca da responsabilidade civil nas relações familiares, no sistema jurídico da Espanha.

Assim como no Brasil e em Portugal, a discussão acerca do cabimento da responsabilidade civil em decorrência de danos sofridos em uma relação familiar, no Direito espanhol, também apresenta grandes controvérsias.

O Professor BARCELÓ DOMÉNECH[104], reconhece a tendência espanhola de não aceitar o cabimento da responsabilidade civil nas relações familiares, mostrando, todavia, através da análise das decisões de 1999 a 2012, principalmente no que diz respeito à ocultação por parte de um cônjuge ao outro, da verdadeira filiação dos filhos, que se caminha paulatinamente para essa possibilidade.

Sustenta, ao nosso ver, de forma extremamente adequada, que apesar de não haver legislação específica que regulamente à responsabilidade civil nas relações familiares, na situação atual essa possibilidade é inafastável.[105]

Assim como no Brasil e em Portugal, parece-nos que o enquadramento de tal responsabilidade civil, como contratual ou extracontratual é irrelevante, como a exigência que se fez, na decisão do STS, de 22 de julho de 1999, analisada pelo mencionado autor, da necessidade de existência de dolo por parte do cônjuge na imputação de filiação que não seja do marido, também

[103] Neste sentido, entre outros: LÔBO, P. L. N.: *Direito civil: famílias*, cit., p. 285; DIAS, M. B.: *Manual de direito das famílias*. 4 ed. São Paulo (2007): Revista dos Tribunais, pp. 114-115 e 408.

[104] BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El Criterio de Imputación de la Responsabilidad Civil en el Ámbito Familiar", en *La Responsabilidad Civil en las Relaciones familiares*, Coordinador: J.A. MORENO MARTÍNEZ, Madrid (2012): Dykinson, pp. 79 – 128.

[105] BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El Criterio de Imputación de la Responsabilidad Civil en el Ámbito Familiar", cit., p. 83: "El Derecho de Familia, por su parte, non contiene normas particulares en materia de responsabilidad por daños. Llegamos, pues, a la conclusión de que, no siendo completo y cerrado el ordenamiento jurídico familiar, nada impide la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil."

concordamos com o Professor espanhol no sentido de que tal exigência vai de encontro à própria natureza da responsabilidade civil.

Também nos parece adequada a interpretação que faz o Professor BARCELÓ DOMÉNECH acerca da utilização pela jurisprudência, em tais questões, ora o artigo 1.101 e seguintes, ora o artigo 1902 e seguintes, do Código Civil Espanhol, para enquadrar a responsabilidade na relação familiar, ora como contratual, ora como extracontratual, a depender do fato danoso, o que também não nos parece atender a regra imposto pelo próprio código de quem sofrer dano injusto tem o direito à reparação.

No mesmo sentido encontramos as lições de RODRÍGUEZ GUITIÁN[106], que ratifica a dificuldade e a excepcionalidade de se reconhecer responsabilidade civil por danos de correntes de relações familiares, chamando a atenção para as sanções própria do Direito de Família, as já acima mencionadas sanções jusfamiliares e para o perigo do retrocesso de tais discussões que acabam por ressuscitar a culpa nas dissoluções das sociedades afetivas, acaba por reconhecer a possibilidade de tal responsabilidade, embora como caráter excepcional[107].

O Ilustre Professor DE VERDA Y BEAMONTE, em artigo escrito juntamente com CHAPARRO MATAMOROS, apesar de identificarem as mesmas dificuldades apontadas pelos Doutrinadores anteriores, defendem o cabimento da responsabilidade civil nos casos de certos incumprimentos de deveres conjugais[108].

---

[106] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia: Especial Referencia al Ámbito de las Relaciones Paterno-filiales*, Madrid (2009): Civitas*, passim*.

[107] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia: Especial Referencia al Ámbito de las Relaciones Paterno-filiales*, cit., p. 135: "Y en materia de Derecho de Familia hoy por hoy no hay ninguna disposición legal que lo establezca, de manera que habrá que aplicar en esta esfera las normas generales de la responsabilidad civil extracontratual prevista en nuestro Código Civil, esto es, un sistema de responsabilidad subjetiva."

[108] DE VERDA BEAMONTE, J. R. & CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Responsabilidad Civil por Incumplimiento de los Deberes Conyugales", *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Núm. 28, Coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor (2012): Aranzadi, p. 116: "Y es que una cosa es suprimir cualquier tipo de referencia a la idea de culpa en el régimen de las causas de separación y divorcio, que es lo que hace la ley 15/2005, y otra cosa, muy distinta es negar el resarcimiento de los daños morales, producidos por un incumplimiento culpable de los deberes conyugales, para lo cual no vemos ninguna razón consistente". Ver também DE VERDA BEAMONTE, J. R., "Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge", *La Responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares*, Coordinador: J.A. MORENO MARTÍNEZ, Madrid (2012): Dykinson, pp. 161-194.

Os mesmos autores acima, em outro texto na mesma obra[109], defendem o cabimento de responsabilidade patrimonial pelos danos causados ao cônjuge guardião por parte do cônjuge que não detém a guarda, pelo incumprimento do dever de visita, assim como, menciona a possibilidade de dano por intromissão no direito de visitas de um progenitor pelo outro progenitor, questão que, com as devidas adequações, tratamos neste texto.

Embora já temos defendido o cabimento de responsabilidade civil por danos morais causados ao filho em função do descumprimento por parte da parte parental que descumpre o dever de visitas (convivência), como já mencionei neste artigo, o fato do reconhecimento pela Doutrina abalizada do cabimento de responsabilidade civil nas relações ligadas à filiação, representa uma perspectiva interessante na reparação dos danos nas relações familiares na Espanha.

Assim como nos diversos outros países que temos acompanhado o desenvolvimento deste tema, na Espanha também se apresenta a necessidade de melhor se sistematizar a responsabilidade civil nas relações familiares, quer para evitar a monetarização de tais relações, através de uma exacerbada quantidade de danos tanto patrimoniais e extrapatrimoniais que cujas indenizações serão postuladas na justiça, quer para evitar que um dano anormal, grave e especial sofrido por uma pessoa, em decorrência de uma relação familiar, deixe de ser reparado com o fundamento hoje inconsistente da existência das sanções próprias do Direito de Família e em favor da "paz familiar".

Como menciona BARCELÓ DOMÉNECH [110], há necessidade de se propor a elaboração de uma teoria geral de responsabilidade civil no Direito de Família, como forma de melhor sistematizar uma responsabilidade civil tão específica.

[109] DE VERDA BEAMONTE, J. R. & CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Responsabilidad por Intromisión Ilegítima en las Relaciones entre Padres e Hijos," *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Número 28, Coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor (2012): Aranzadi, pp. 337-362.

[110] BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El Criterio de Imputación de la Responsabilidad Civil en el Ámbito Familiar", cit., p. 86*:* "Como forma de superar las disputas acerca de las diferentes responsabilidades, se propone la elaboración de una teoría general de la responsabilidad en el Derecho de Familia, distinta de la responsabilidad en materia de obligaciones y comprensiva, al igual que ésta, de responsabilidad por daño patrimonial e por daño moral".

2. Responsabilidade Civil na alienação parental.

A) Em Portugal.

Não encontramos na doutrina portuguesa o desenvolvimento do tema da responsabilidade civil na alienação parental.

Acerca, porém, da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais, nos pareceu de extrema relevância a doutrina do professor ATAÍDE[111], em texto publicado em revista dedicada ao professor doutor Luis Alberto Carvalho Fernandes, onde o autor sustenta que a proteção jurídica entre familiares não pode, "no mínimo, ser inferior àquela de que os lesados beneficiariam se as mesmas ofensas fossem cometidas entre estranhos".

Para o autor, no âmbito das relações familiares, quaisquer atos que lesem bens jurídicos nucleares dotados de proteção absoluta (vida, liberdade, integridade física e moral, pudor e honra), não estão só sujeitos às sanções jus-familiares, mas também às consequências ressarcitórias aplicáveis a idênticas lesões praticadas no trato social, independentemente da possibilidade de outras sanções, como as criminais, por exemplo.

O campo das relações familiares em geral e das paterno-filiais, em especial, impõem uma acentuada densificação dos deveres gerais de conduta que prescindem ao relacionamento social comum, o que lhes reforçam e estendem, para que possam atender às suas próprias finalidades institucionais.

Estando demonstrados os requisitos que justifiquem a inibição do poder paternal, ou das providências específicas previstas no artigo 1918.º, o ilícito paterno-filial pode preencher, cumulativamente, as "condições delituais comuns que determinam a constituição da obrigação de indemnizar (artigos 483.º a 489.º e 562 e seguintes)"[112].

Evidencia-se, também nessa particular questão, a controvérsia acerca da possibilidade de responsabilização civil nas relações paterno-filiais, quando para tais existem sanções específicas no Direito de Família.

---

[111] ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, V. III, Lisboa (2010): Universidade Católica Editora, p. 337.

[112] ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 339.

Ao que nos parece, também para a doutrina portuguesa, a preservação da paz interna e a suficiência das sanções jus-familiares e penais aplicáveis a esses casos, já não se coadunam com a revisão crítica realizada pelas transformações sociais das últimas décadas.

Nas relações paterno-filiais, especificamente, a regra da imunidade encontrava guarida no "jus corrigendi", que previa que deveria prevalecer a isenção de responsabilidade, porquanto o poder punitivo atribuído aos progenitores era passível de legitimar certas violações a direitos fundamentais dos filhos, o que acabou por vir de encontro ao artigo 69.º, n.1, da CRP, que protege as crianças do exercício abusivo da autoridade na família e demais instituições.

A filosofia das providências familiares, quer nas relações de conjugalidade, quer nas relações paterno-filiais, "visa, então, remediar situações que se tornaram intoleráveis, permitindo a sua modificação ou cessação, conforme a gravidade das ofensas, sem que assumam sequer verdadeiro carácter sancionatório -muito menos ressarcitório- mesmo numa óptica exclusivamente familiar"[113].

As respostas jus-familiares e a responsabilidade civil são dispositivos cumuláveis, não "existindo entre eles qualquer nexo exclusivo, que se traduza em relações de especialidade, consumpção, subsidiariedade ou alternatividade"[114].

Para ATAÍDE, estamos no campo das relações obrigacionais de base legal – sem deveres principais de prestação – necessariamente heterônima, em oposição às que decorrem de fonte negocial, ao abrigo da autonomia privada, o que justifica, com maior razão, a observância de deveres reforçados de cuidado e lealdade, de forma a evitar-se a lesão dos interesses pessoais e patrimoniais situados fora do perímetro contratual. Não representa, portanto, violência conceitual enquadrar as obrigações paterno-filiais como deveres de proteção, salvaguardando as "devidas distâncias dogmáticas entre aqueles deveres legais de "pura água" e estes últimos, de natureza híbrida, porque embora indirecta e mediatamente procedentes de um acto praticado ao abrigo da autonomia privada, acabam por ser impostos por via heterônima, uma vez que tanto o início de negociações como a próprio contrato acabam

[113] ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 343.
[114] ATAÍDE, R. P. C. M. "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 344.

por funcionar, quanto a eles, como genuínos factos jurídicos em sentido estrito"[115].

O artigo 181.º, OTM, ao conceder a qualquer dos progenitores e ao próprio menor uma pretensão indenizatória no caso de violação do que foi acordado ou decidido, pressupõe um prejuízo patrimonial sofrido com o incumprimento, cuja falta teve que ser coberta pelo outro progenitor.

O ilícito paterno-filial, por incumprimento dos deveres funcionais que compõem o seu conteúdo, revela-se, por conseguinte, idôneo para gerar danos em bens jurídicos alheios ao instituto, convocando, nessa medida, o fenômeno do concurso de regras, em função de um ilícito que violou cumulativamente deveres absolutos impostos para a defesa dos bens da personalidade e os deveres relativos que integram o poder paternal[116].

B) No Brasil.

A Lei 12.318/2010 dispõe em seu art. 6º medidas a serem tomadas para coibir a alienação parental, sem qualquer prejuízo da responsabilidade civil.

Ressalte-se a importância dessa Lei, pois além de sistematizar legislativamente acerca da alienação parental, o que ainda não ocorreu em outros sistemas, trouxe, pela primeira vez no sistema jurídico brasileiro, a previsão expressa da possibilidade de responsabilidade civil por dano decorrente de uma relação familiar, embora remetendo tacitamente para as regras gerais da responsabilidade civil, o que não deixa de ser, indubitavelmente, um avanço em relação à possibilidade de reparação de tais tipos de danos.

Portanto, cabe destacar que tanto o pai quanto a mãe alienados sofrem danos morais, seja pela imagem denegrida ou pela restrição de se conviver com o filho, como ainda pela perda de afetividade do filho injustificadamente, isso é um mínimo de dignidade, por esta razão passível de responsabilização pelo genitor alienador[117].

---

115 ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 345 e 348.

116 ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 351 e 353.

117 Cf. OLIVEIRA, C. N. P.: *Alienação parental: ilícito civil hábil a ensejar um dano de ordem moral e uma consequente reparação pecuniária.* Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28874. Acesso em: 19 de maio de 2013, às 14:00 h.: "Outrossim, no tocante a prática ativa e nefasta da alienação parental, a situação muda de contexto, tornando o dano moral indenizável na prática de conduta alienadora, afinal, aqui há uma prática ilícita, culpável, ativa, geradora de dano, constituindo

Entretanto, o dano não se configura só pelo genitor alienado, mas pelo filho que também foi privado de conviver com o pai e que teve a sua integridade psíquica e moral atingidas, por falta de liberdade de pensamento e pelas influências de "falsas memórias" implantadas pelo genitor alienador, que formarão sua personalidade e identidade.

O Estatuto da criança e adolescente (ECA), Lei Federal n° 8.069, é enfático ao citar em seu art. 15 alguns direitos da criança e adolescente "à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis".

O dever do genitor alienador de indenizar pelos danos causados às vítimas, ainda que inexista lei específica que a regulamente, toma-se por base a lei genérica de responsabilidade civil, restando a iniciativa da população para que se possa efetivar o direito.

Entende-se que tanto na Alienação Parental, quanto na Síndrome decorrente desta, tanto a criança e/ou o adolescente, quanto o genitor alienado, devem ser reavidos de seus direitos e indenizados, pelo dano moral, pois, ambos sofrem consequências negativas, o primeiro pela implantação de "falsas memórias" para renegar o genitor alienado, causador de transtornos mentais, o segundo pela desmoralização da imagem da vítima decorrente da Alienação, ambos ferindo a dignidade da pessoa humana.

A respeito do trauma dos pais abandonados pelos filhos por causa da Síndrome de Alienação Parental, DE PINHO conclui que: "A perda de uma criança nesta situação pode ser mais dolorosa e psicologicamente devastadora para o pai-vítima do que a própria morte da criança, pois a morte é um fim, sem esperança ou possibilidade para reconciliação, mas os "filhos da Alienação Parental" estão vivos, e, consequentemente, a aceitação e renúncia à perda é infinitamente mais dolorosa e difícil, praticamente impossível, e, para alguns pais, afirma o ilustre psiquiatra, "a dor contínua no coração é semelhante à morte viva"[118].

Sendo certo que caracteriza a pratica de alienação parental ou conduta que dificulte a convivência paterno-filial, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal.

os elementos mínimos e necessários para configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil".

[118] PINHO, M. A. G. *Alienação Parental*. Disponível em: http//www.jusnavegandi.com.br, acessado em: 20 de maio de 2013, às 11:00 h.

Não raro, é o guardião que impede o direito de visitas do outro genitor, por vingança, decorrente de sentimento de abandono pela separação, e não raro, do inadimplemento da obrigação alimentar.

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional de uma criança. "Ela acaba passando por uma crise de lealdade, pois a lealdade para com um dos pais implica deslealdade para com o outro, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça"[119].

Dispõe o artigo 3º, da Lei nº 12, 310, de 2010, que a pratica da alienação parental fere o direito fundamental que o menor tem de convivência familiar saudável e constitui abuso moral contra a criança.

Ressalte-se que o direito de convivência, para além de ser um direito fundamental, é um direito fundamental de primeira geração, como já tivemos a oportunidade de assinalar[120].

Segundo OLIVEIRA, "essa situação, portanto, gerará um dano de ordem psíquica no menor (síndrome da alienação parental), o qual passará a ter um sentimento negativo com relação ao alienado. E este, por seu turno, sofrerá com a perda da afetividade de seu filho, ocasionada, propositadamente, pelo alienante. "Além dos aspectos criminais da nefasta atitude (o que não será abordado neste momento), não resta dúvida do grandioso ilícito civil praticado, tanto em detrimento do menor como do genitor alienado"[121].
Em muitos casos, tais abusos resultam em maus-tratos em relação aos filhos menores, que podem ser: "1) físicos; 2) emocionais; 3) abusos sexuais; e 4) intoxicações propositais, que ocorrem na família, em escolas e em instituições. Podem ser por ação ou omissão, e, nesses casos, se caracterizam como negligência"[122]

O exercício da autoridade parental em desconformidade com a sua função caracteriza abuso de direito, o que – nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do

[119] DIAS, M. B.: *Manual de Direito das Famílias*, cit., P. 117.
[120] PAES DE LIRA, W.: "Direito da Criança e do Adolescente como Direito Humano Fundamental", *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família – Anais do VI Congresso*, Belo Horizonte (2008): Del Rey, p. 437.
[121] OLIVEIRA, C. N. P.: *Alienação parental: ilícito civil hábil a ensejar um dano de ordem moral e uma consequente reparação pecuniária.* Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28874. Acesso em: 19 de maio de 2013, às 14:00 h.
[122] GRUNSPUN, H.: *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo (2000): LTr, p. 127.

Código Civil brasileiro – se traduz em ato ilícito gerador de responsabilidade civil.

No que preconiza o artigo 186, do Código Civil, quando disciplina acerca de ato ilícito, assim como, amoldasse a previsão do artigo 927: aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano ao outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, considerando os princípios da responsabilidade civil: ação humana, ilicitude, nexo causal e culpa, bem como demonstrado o efetivo dano, estaria o alienante obrigado a reparar o dano causado ao filho e ao genitor alienado.

Destarte, os fardos carregados pelo menor e pelo genitor alienado concretizam, indubitavelmente, gravíssimas lesões de várias ordens, devendo ocorrer a reparação civil pelo agente causador.

A presença de todos os requisitos, na hipótese de incidência da alienação parental, é indiscutível.

Nesse diapasão, conclui-se que o genitor que impede ou dificulta o convívio do filho com o outro genitor, além das consequências previstas na Lei da Alienação Parental, também poderá ser responsabilidade civilmente.

C) A natureza do dano e o valor da indenização.

Com respeito aos demais pressupostos para a responsabilidade civil, nos parece não haver controvérsias, já que a alienação parental se apresenta como um ato ilícito, como já visto, havendo necessidade de um elemento subjetivo, dolo ou culpa, e de um nexo de causalidade entre a conduta do alienador e o resultado danoso.

Nem toda alienação parental gera necessariamente dano, até porque, mesmo tendo existido, pode ter sido combatida na esfera do Direito de Família, sem que o dano venha a ser concretizado.

Com respeito ao dano, porém, este pode se apresentar em suas diversas espécies.

Pode haver dano patrimonial, quando a parte alienada sofrer prejuízos materiais, como consultas médicas, medicamentos, tratamento psicológico ou psiquiátrico, entre outros.

Pode haver dano moral, e seguindo a linha da automia e da especificidade, também pode haver dano biológico e dano existencial.

Vale lembrar que o defesa absoluta de que o menor seja ouvido nas questões de exercício de responsabilidades parentais, o que só não deveria ocorrer em casos excepcionais, como defende SOTTOMAYOR[123], é matéria também discutível pois a oitiva do menor em juízo, pode gerar um dano por si só, já que em regra o judiciário não está apto para esse tipo de oitiva, podendo causar mais prejuízos do que benefícios para os menores, como demonstra o desembargador CEZAR[124].

Sem querer trazer grandes discussões acerca da autotomia de tais danos, nos parece importante ressaltar a presença dos mesmos nas relações paterno-filiais, de acordo com os ensinamentos de ATAÍDE.

Fazendo uma evolução do dano à vida de relação ou dano à vida em sociedade, até o dano existencial, ATAÍDE, informa que o dano à vida de relação "compreende-se, assim, a sequela física ou psíquica, que determina uma dificuldade especial de se relacionar com terceiros, causando uma alteração indirecta na sua capacidade de obter rendimentos", o que vinculava tal dano como um "verdadeiro dano patrimonial[125]".

Para o mesmo autor, o dano existencial, que constitui uma ampliação do conceito de dano à vida de relação, com a particularidade de não ser, agora, necessário, "para sua configuração, que o prejuízo cause desvantagens econômicas à vida[126]".

O dano existencial passou, assim, a ser entendido como dano autônomo, quer em relação ao dano moral, quer em relação ao dano biológico, já que neste, a lesão da integridade físico-psíquica é o próprio evento constitutivo

123 SOTTOMAYOR, M. C.: *Regulação do Exercício das responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5ª Ed., Coimbra (2011): Almedina, p. 110.

124 Cf. CEZAR, J. A. D.: *A Inquirição de Crianças Vítimas de Abuso Sexual em Juízo*, Coimbra (2012): Almedina, p. 76: "primeiramente, por não ser da tradição nacional que os agentes jurídicos indispensáveis à produção válida da prova tenham capacitação para ouvir crianças, mais ainda crianças abusadas sexualmente. Da mesma forma que as normas processuais não diferenciam os depoimentos prestados em processos por crianças ou por adultos, os agentes jurídicos não estão preparados para trabalhar diretamente na coleta dessa prova, eis que lhes faltam conhecimentos técnicos sobre os diferentes estágios de desenvolvimento infantil, bem como, especificamente, no delito de abuso sexual, como é a *dinâmica* deste, o que é *síndrome do segredo, síndrome da adição*, e assim por diante".

125 ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, V. III, Lisboa (2010): Universidade Católica Editora, pp. 357 e 358.

126 ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 359.

do fato lesivo à saúde, ao passo que o dano moral subjetivo é uma das possíveis consequências, ao lado de outras, como o próprio dano patrimonial.

Passou-se então a reconhecer genericamente o dano biológico como qualquer lesão da integridade físico-psíquica, medicamente comprovável, "com repercussões prejudiciais de carácter extra patrimonial, na esfera de atividades do lesado, acabando por absorver modalidades anteriormente elaboradas"[127], como o dano estético, por exemplo.

A ideia nuclear do dano existencial foi aplicada em Portugal (STJ 26-05-2009), no caso em que, em decorrência de grave acidente de viação, um homem de 30 anos ficou impossibilitado de fruir sua vida normal, incluindo sua realização conjugal, reconhecendo o Tribunal que o direito à sexualidade do cônjuge e o projeto de vida de ter um segundo filho, justificavam, igualmente, uma avultada indenização por danos não patrimoniais.

O dano existencial tem suscitado maior contencioso, no campo do poder paternal, inclusive, no direito/dever de visita enquanto instrumento de preservação dos laços afetivos entre pais e filhos nos casos em que cessou a comunhão de vida familiar[128].

De todo modo, a cabal compreensão dessa convergência hodierna requer um prévio e sumário enquadramento histórico que contextualize a respectiva formação e desenvolvimento, de forma a, por fim, se estabelecer a devida articulação com a proteção da personalidade no quadro das responsabilidades paterno-filiais[129].

A assistência material, moral e espiritual dos progenitores participa do dever educativo que lhes é imposto pelo artigo 36.º n.º 5, da CRP, constituindo elementos indispensáveis na formação dos menores. O regular relacionamento dos filhos com ambos os genitores representa, assim, uma condição necessária da sua equilibrada maturação, comprometida pelo abandono das responsabilidades parentais, com reflexos profundamente negativos no desenvolvimento da sua personalidade emocional.

---

[127] ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 360.
[128] ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 372.
[129] ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 374.

O diligente cumprimento dos deveres paternos não dispensa, pois, a convivência regular e o amparo afetivo e psíquico, imprenscindíveis ao normal desenvolvimento humano dos filhos, nomeadamente, no quadro da dissolução das sociedades afetivas, podendo o problema assumir uma inafastável importância em torno do direito/dever de visita daquele a quem a guarda não foi confiada, seja por incumprimento deste último, seja pelos obstáculos colocados ao respectivo pelo outro, o que pode caracterizar, nesta hipótese, alienação parental.

A relação saudável com ambos os progenitores carecem de especial atenção por parte dos operadores do Direito, como determina o artigo 1906.º n.º 1 e 3, do Código Civil Português.

As consequências indenizatórias, porém, só devem ser aplicadas quando se mostre consumada a "dissolução dos laços afectivos por lesão culposa das obrigações paternas", de que haja resultado sério e manifesto prejuízo para os filhos. Quer isto dizer que, a aplicação de tais consequências reparatórias parece não deve dispensar o preenchimento dos pressupostos mais graves que justificam a inibição do poder paternal ou o "decretamento das providências a que se refere o artigo 1918.º"[130].

O valor da indenização também não é matéria fácil de ser resolvida.

Com respeito ao dano patrimonial, nem tanto, pois o *quantum* será o que for comprovadamente despendido.

Mas sendo o dano moral, biológico ou existencial, que devem ser devidamente comprovados por laudos periciais, o valor da indenização, em favor dos ofendidos, ficará a critério do Magistrado, o qual, com base nos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, deverá levar em consideração a gravidade do dano, a intensidade da culpa, a teoria do desestímulo (coibir a reincidência) e a capacidade econômica do ofensor.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A evolução da família trouxe para seara jurídica novos problemas que passaram a exigir novas soluções.

No que diz respeito a questão da responsabilidade civil nas relações familiares, a questão é saber se tal aplicação, como solução imediata, como

[130] ATAÍDE, R. P. C. M.: "Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada", cit., p. 407.

vem sendo utilizado em alguns casos, é uma boa solução para a pacificação de tais conflitos, ou se ao contrário, não tem gerado novos conflitos.

Não estamos a defender que os danos gerados nas relações familiares não devam ser indenizados, pois temos a consciência de que as soluções do âmbito restrito das sanções jus-familiares, em muitos casos, não são suficientes para reparar danos, muitas vezes, extremamente significativos na esfera jurídica da pessoa, principalmente ferimentos a direitos de personalidade.

A questão á saber se o Direito de Família pode também evoluir para aprimorar suas sanções de modo a tornar ainda mais excepcional a aplicação da responsabilização civil através da indenização? Ou se há de haver uma interação hodierna entre o Direito de Família e a responsabilidade civil no intuito de garantir a indenização pecuniária de tais danos sofridos.

SCHREIBER lembra a isonomia entre os cônjuges e a importância do papel dos filhos nas relações familiares, trouxe à tona novos conflitos, cujas soluções se buscam através da indenização, "tais tentativas são vistas, em geral, como polêmicas por associarem uma resposta monetária – à qual a responsabilidade civil não precisa estar tão vinculada – com a convivência existencial típica do fenômeno familiar[131]".

A previsão expressa, tanto na legislação portuguesa (incumprimento das responsabilidades parentais), quanto na brasileira (alienação parental) de possibilidade de responsabilização civil, independentemente das sanções civis e/ou penais previstas, pode estimular uma busca imediata pela indenização, o que em vez de resolver tais conflitos, podem, ao contrário, acentuá-los.

É certo que não se tem notícias de uma procura acentuada por indenizações decorrentes de alienação parental, nem no Brasil, nem em Portugal, mas tal fato se deve, em grande medida, pela própria dúvida em se aceitar e se trabalhar com essa ideia nova para a jurisprudência que é a existência da alienação parental em si.

Parece-nos, porém, que é uma questão de tempo, para que se sedimente os contornos desse instituto na doutrina e na jurisprudência, para que se inicie um processo de busca por indenizações decorrentes de alienação parental, o que nos parece perigoso, e pode ser, por si só, um veículo para a própria alienação parental.

131 SCHREIBER, A.: *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, 4ª Ed. São Paulo (2012): Atlas, p. 99.

Claro que, como vimos, os danos decorrentes de tal comportamento são graves e muitas vezes permanente, não devendo ser afastada a possibilidade de indenização de tais danos, até porque, como já dito, estão vinculados a importantes direitos de personalidade e como tais, direitos fundamentais.
A questão é o Estado movimentar estruturas e criar mecanismos para, no disciplinamento e acompanhamento do exercício das autoridades parentais, evitar que ocorram tais casos de alienação, ou se ocorrerem, por inevitáveis, que sejam corrigidos antes da ocorrências de danos irreversíveis, e não permitir que a solução recaia na via cômoda da indenização.

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DA ILLECITO ENDOFAMILIARE E SULLA SUA ESTENSIBILITÀ ALL'INTERNO DELLA FAMIGLIA DI FATTO

OBSERVATIONS ON THE OF LEGAL NATURE OF INTRAFAMILY TORT LIABILITY AND ON ITS EXTENSION TO DE FACTO FAMILIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 105-142.

Fecha entrega: 06/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

CARLO PETTA
Dottorando di ricerca in diritto civile
LUMSA (Libera Università Maria Ss. Assunta), sede di Palermo
carlo.petta@live.it

RIASSUNTO: Il ricorso allo strumento risarcitorio all'interno del rapporto coniugale risulta essere un approdo piuttosto recente da parte delle corti italiane in seguito ad un lungo e travagliato percorso evolutivo. Questo studio analizza l'attuale dibattito dottrinale sul corretto inquadramento della responsabilità da illecito endofamiliare proponendo, al tempo stesso, non soltanto una ricostruzione più fedele alle disposizioni codicistiche (con particolare riferimento al carattere della tipicità di cui all'art. 2059 c.c.) ma, anche, alcuni possibili correttivi all'attuale modello elaborato dalla giurisprudenza.

Lo studio offre, infine, una riflessione circa l'estensione della responsabilità da illecito endofamiliare anche all'interno della famiglia di fatto, come statuito dalla corte di Cassazione italiana nel 2013.

PAROLE CHIAVE: illecito endofamiliare, tutela dei diritti, natura della responsabilità, famiglia di fatto, danno non patrimoniale.

ABSTRACT: Recourse to compensatory measures within marital relationships is a recent occurrence in Italian Courts, achieved after a long and complex evolution. This study analyses the current doctrinal debate on the correct legal framework of intrafamily tort liability: it presents an accurate reconstruction of the provisions of the Italian Civil Code (with particular reference to Article 2059 thereof) and some possible adjustments of the current model established by the legal practice.

Lastly, the study offers a reflection on the extension of intrafamily tort liability to non-married partners, as the Italian Court of Cassation held in 2013.

KEY WORDS: intrafamily tort, protection of rights, nature of liability, *de-facto* family, non-pecuniary loss.

SOMMARIO: I. PREMESSA.- II. IL DANNO DA ILLECITO ENDOFAMILIARE: ASPETTI GENERALI ED ORIENTAMENTO TRADIZIONALE-RESTRITTIVO.- III. (*SEGUE*) LE CRITICHE ALL'ORIENTAMENTO TRADIZIONALE .- IV. (*SEGUE*) LA RECENTE RICOSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE.- V. IL DIBATTITO SULLA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ .- VI. ILLECITO ENDOFAMILIARE E TIPICITÀ .- VII. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL CONVIVENTE E LA REGOLA RISARCITORIA APPLICABILE.-VIII. I POSSIBILI CORRETTIVI AL MODELLO GIURISPRUDENZIALE.

I. PREMESSA

Nell'ultimo ventennio la branca del diritto dei privati all'interno della quale si sono registrate le principali innovazioni ad opera della dottrina e della giurisprudenza è, molto probabilmente, quella della responsabilità civile con particolare riferimento alla figura, non a caso ancora oggi particolarmente discussa, del danno non patrimoniale. Appare qui superfluo richiamare l'ingente giurisprudenza[1] sviluppatasi in materia, che negli anni ha inciso in maniera determinante su tale figura di danno rielaborando, in parte e non senza rilievi critici[2], quanto fissato abbastanza chiaramente dal legislatore nel disposto dell'art. 2059 c.c.

Le note ragioni che spinsero la giurisprudenza, *in primis* costituzionale, ad ampliare le possibili voci di danno risarcibile a seguito di un illecito, si rinvengono nella salvaguardia della persona umana nelle sue innumerevoli sfaccettature, così come sancito all'interno della Carta fondamentale.

[1] FACCI G.: *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, *Fam. dir.* (2009), p. 125 ss.; Corte cost. 11 luglio 2003 n. 233, *Foro it.* (2003), I, p. 2201 ss., con nota di NAVARRETTA E.: *Corte Costituzionale e il danno alla persona* "in fieri"; Cass. 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828, *Danno resp.* (2003), p. 818 e ss., con nota di BUSNELLI F.D.: *Chiaroscuri d'estate: la Corte di Cassazione e il danno alla persona*; Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, pubblicate su quasi tutte le riviste specializzate ed oggetto di approfondimento, tra l'altro, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano (2005); Cass. sez. un. 19 settembre 2009 n. 18356, *Dir. fam. pers.* (2010), 94 ss. Cfr., sulla decisione, VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "nuova ingiustizia conformata": le "quattro stagioni" dell'art. 2059 c.c. in attesa della Corte Costituzionale?*, *ivi* (2010), p. 598 ss.

[2] Su tutti, GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, *Dir. fam. pers.* (2009), p. 73 ss.; ID.: *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, *Resp. civ. prev.* (2003), p. 1292 ss.; ID.: *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, *Riv. dir. comm.* (2001), 691.

A fronte della inarrestabile, e spesso incontrollata, *vis espansiva* del filone giurisprudenziale formatosi a partire dagli Anni '80 e cristallizzatosi con le celebri "sentenze gemelle"[3], all'interno della famiglia la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, soprattutto in presenza di comprovate violazioni degli artt. 143 o 147 c.c., risultò per molto tempo in parte frustrata al fine di salvaguardare il superiore valore dell'integrità del nucleo familiare, che poteva essere messa a repentaglio dalle spinte disgregatrici rappresentate dagli interessi del singolo membro. L'assunto era, d'altronde, confermato dalla costante e maggioritaria giurisprudenza della Cassazione[4], sulla scorta della presunta sufficienza e completezza[5] del sistema di tutele approntato dal legislatore del '42 all'interno del libro I del codice, con particolare riferimento alla separazione con addebito (art. 151, comma secondo, c.c.).

Essenzialmente, fino al decennio scorso, la regola fondamentale del nostro ordinamento civile, sancita dall'art. 2043 c.c., così come altri principi in materia di responsabilità, incontravano numerose deroghe e temperamenti allorché all'interno della fattispecie entrasse in considerazione il rapporto familiare.

A partire dalla decisione della Suprema Corte del 2005[6], alla quale seguì un'altra importante pronuncia nel 2011[7], il tema dell'illecito endofamiliare, oggetto di numerosi studi in passato[8], risulta ad oggi in costante evoluzione[9] e

[3] Cass. 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828, cit.

[4] Cass. 27 maggio 1921, *Foro it.* (1921), p. 778; Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, *Dir. fam. pers.*(1993), p. 1023; Cass. 22 marzo 1993 n. 3367, *Mass. Giur. it.* (1993), p. 337; Cass. 26 maggio 1995 n. 5866, *Giur. it.* (1997), 6, I, 1, 843, con nota di AMATO A.: *Giudizio di separazione: l'addebito; il tenore di vita; l'indennità per le opere di miglioramento dell'immobile in cui è stabilita la residenza familiare; il diritto di ritenzione*; *Dir. fam. pers.* (1997), 1, p. 87 con nota di MONTECCHIARI T.: *Obblighi di contribuzione, migliorie su immobile di esclusiva proprietà di un coniuge con denaro dell'altro e separazione personale.*

[5] Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, cit., che riassunse l'esposto concetto con l'inciso "*inclusio unius, esclusio alterius*".

[6] Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, *Giur. it.* (2006), 4, p. 691. Per completezza, si segnalano, quali decisioni isolate nel senso di riconoscere, seppur in linea di principio, la configurabilità di una responsabilità risarcitoria, Cass. 19 giugno 1975 n. 2468, *Rep. Foro it.* (1975), v. *Matrimonio*, p. 288; Cass. 26 maggio 1995 n. 5866, cit.; Cass. 7 giugno 2000 n. 7713, *Danno resp.* (2000), p. 835, con note di MONATERI P.G. e PONZANELLI G.

[7] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, *Dir. fam. pers.* (2012), 1, p. 174, con nota di GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*; *ivi*, (2012), 4, p. 1447, con nota di PETTA C.: *Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità.*

[8] PATTI S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano (1984), p. 51; ID.: *Famiglia e responsabilità civile, un lungo itinerario*, in AA.VV., *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA M., in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, Torino (2011); MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, *Riv. crit. dir. priv.* (1988), p. 605 ss.; FRACCON A.: *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano (2003); FACCI G.: *I nuovi danni della famiglia che cambia*,

dai confini sempre ampi, come testimoniato dalla recente applicazione di siffatta responsabilità anche all'interno della famiglia di fatto[10].

Al fine di ricostruire in maniera compiuta il tema in esame, si procederà con l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che si sono susseguiti negli anni[11], per poi formulare le riserve legate alla qualificazione giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare[12] e della sua applicazione all'interno della famiglia di fatto[13], come statuito dalla Cassazione nel 2013. Si concluderà con la ricerca di alcuni possibili correttivi[14] al modello applicativo della responsabilità da illecito endofamiliare elaborato dalla giurisprudenza.

II. IL DANNO DA ILLECITO ENDOFAMILIARE: ASPETTI GENERALI ED ORIENTAMENTO TRADIZIONALE-RESTRITTIVO

La configurabilità di una responsabilità da illecito endofamiliare è strettamente connessa all'evoluzione dei rapporti all'interno dell'istituzione familiare, soprattutto in seguito all'avvento della Costituzione e all'intervento del legislatore con la legge sul divorzio del 1970 e con la riforma del diritto di famiglia del 1975.

La disciplina giusfamiliare novellata comprova, difatti, che i rapporti di famiglia si sono definitivamente affrancati dalla dimensione pubblicistica, propria della concezione preunitaria e del codice civile del 1942[15], con

Milano (2004); ASTONE A.: *Crisi coniugale e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e crisi della famiglia*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA M., cit., p. 1813 ss.; VIRGADAMO P.: *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. pers.* (2006), p. 1894 ss.; PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, *Fam. pers. succ.* (2011), p. 14 ss.

[9] Come emerge, chiaramente, dalle numerose pronunce sul tema all'interno di un arco temporale particolarmente breve, quali: Cass. 17 gennaio 2012 n. 610; Cass. 1 giugno 2012 n. 8862, *Foro it.* (2012), I, p. 2037; Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, *Dir. giust.* (2013), p. 847, con nota di SAVOIA R.: *Aperte le porte al risarcimento dei danni causati dalla violazione degli obblighi familiari da parte del convivente*, che ha esteso la risarcibilità dell'illecito alle coppie di fatto.

[10] Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit.

[11] *Infra*, §§ II., III., IV.

[12] *Infra*, §§ V., VI.

[13] *Infra*, § VII.

[14] *Infra*, § VIII.

[15] Per una compiuta analisi storica dei rapporti familiari, cfr. UNGARI P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, n. ed. a cura di SOFIA F., Bologna (2002); RODOTÀ S,, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti (1861-2011)*, Roma (2011); CIAN G., *Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in CARRARO L. – OPPO G. – TRABUCCHI A., *Comm. rif. dir. fam.*, I, 1 (art. 1-89), Padova (1977), p. 23 ss.; GIACOBBE G.: *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino (2011); più

l'esaltazione, al contrario, del carattere "privato" delle relazioni familiari[16]. La famiglia, venuto meno il dominio della figura del *pater familias*, non risulta più un luogo di compressione e di mortificazioni delle esigenze del singolo, ma, al contrario, una sede di autorealizzazione e di crescita, nell'ambito del quale lo stesso veniva garantito ancor prima che come familiare, o coniuge, come persona[17], in adesione al dettato dell'art. 2 Cost. Come è stato correttamente osservato in dottrina, la lettura combinata delle disposizioni costituzionali e di quelle codicistiche "depone [...] verso la rilevanza della singola personalità in seno alla famiglia, la cui valorizzazione sminuisce l'importanza della comunità a vantaggio del singolo"[18].

L'affermazione dei diritti fondamentali dell'individuo, non più sacrificati all'interno dell'*habitat* familiare, pose rapidamente il quesito se una violazione di tali diritti potesse comportare o meno la risarcibilità del danno con applicazione delle regole di diritto comune, quale, su tutte, l'art. 2043 c.c. L'incertezza interpretativa ricorreva, essenzialmente, ogniqualvolta la lesione del diritto non fosse stata posta in essere da un soggetto terzo (illecito c.d. esofamiliare), non essendovi, in siffatti casi, dubbio alcuno sulla configurabilità della responsabilità aquiliana, quanto, piuttosto, nell'ipotesi in cui il danno si fosse verificato a causa del comportamento di un altro membro della famiglia stessa (illecito c.d. endofamiliare).

L'orientamento più risalente e restrittivo[19], avallato, tra l'altro, da una giurisprudenza che, fino alla prima metà degli Anni '90, risultava costante e maggioritaria, negava il ricorso alla responsabilità aquiliana con conseguente risarcibilità dell'illecito endofamiliare per una serie di ragioni.

Risulta pacifico che l'orientamento in esame era condizionato dalla concezione più tradizionale della famiglia, la cui unità doveva essere garantita contro le spinte disgregatrici dei suoi componenti, sacrificando, dunque, al fine di perseguire il superiore interesse, le libertà ed i diritti fondamentali della persona. Non stupisce, allora, che vi fosse chi si esprimeva autorevolmente

recentemente, SCALISI V.: *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, *Riv. dir. civ.* (2013), 5, p. 1046 ss.

16 FERRANDO G.: *Matrimonio e famiglia*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti P., I, 1 (2002), p. 139.

17 SESTA M.: *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, *Fam. dir.*, (2005), p. 307; PERLINGIERI P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli-Roma (2005), p. 371.

18 FREZZA G.: *La prova del danno non patrimoniale: i "paradossi" della dottrina, le "verità" giurisprudenziali*, *Dir. pers. fam.* (2007), p. 652.

19 RESCIGNO P.: *Immunità e privilegio*, *Riv. dir. civ.* (1961), I, p. 438; MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., 605 ss.; più recentemente, DE FILIPPIS B.: *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, Padova (2003), p. 19 ss.

sul possibile ingresso della tutela giurisdizionale e risarcitoria in ambito familiare in termini di "inopportunità di tale intervento in materie delicate, dove i fatti e gli interessi in giuoco possono difficilmente venire ricostruiti e valutati in giudizio"[20].

Accanto alle considerazioni da parte della dottrina sull'opportunità dell'ingresso dello strumento risarcitorio all'interno della famiglia, venivano evidenziati ulteriori limiti circa la configurabilità di qualsivoglia responsabilità in capo al coniuge "colpevole", desumibili dal testo dell'art. 143 c.c., che qualificava le situazioni giuridiche soggettive negative all'interno del diritto di famiglia quali "doveri": secondo la dottrina, la principale distinzione tra i doveri e gli obblighi era rinvenibile nell'assenza di giuridicità dei primi, con conseguente incoercibilità dei loro contenuti[21]. I doveri familiari si ponevano, quindi, al di fuori di qualsiasi idea di corrispettività, dovendo concretizzarsi in atteggiamenti spontanei di comportamenti discrezionalmente assunti ed attuati[22].

Si soleva sottolineare, altresì, la presunta specialità e completezza del diritto familiare rispetto alle altre branche dell'ordinamento civile, il che comportava, in ossequio al noto brocardo *lex speciali derogat legi generali*, l'inapplicabilità nell'ambito in esame del rimedio risarcitorio rappresentato dalla tutela aquiliana[23]. Tali argomentazioni trovavano puntuale riscontro nella giurisprudenza di legittimità, secondo la quale "dalla separazione personale dei coniugi può nascere sul piano economico (...) solo il diritto al mantenimento dell'uno nei confronti dell'altro coniuge", essendo, dunque, esclusa "la possibilità di richiedere, *ex* art. 2043 c.c., anche il risarcimento del danno a qualsiasi titolo risentito a causa della separazione, ancorché la separazione sia stata dichiarata con addebito"[24].

Ad avviso della giurisprudenza assolutamente maggioritaria, la violazione dei doveri coniugali di cui all'art. 143 c.c. aveva certamente delle conseguenze sul piano dell'assetto economico tra gli ex coniugi, ma tali conseguenze, o sanzioni, non potevano essere diverse da quelle previste e tipizzate *ad hoc*

[20] TRIMARCHI P.: *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano (1970), p. 110.
[21] FURGIUELE G.;, *Libertà e famiglia*, Milano (1979), p. 62 ss. e 126 ss.; DE PAOLA V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano (1991), p. 101; più recentemente, nello stesso senso, DE FILIPPIS B.: *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 24.
[22] DE PAOLA V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., p. 117; SPANGARO A.: *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., 83 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., 622.
[23] DE FILIPPIS B., *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., pp. 24-25.
[24] Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, cit.; in termini simili, Cass. Roma 27 maggio 1921, cit., sotto la vigenza dell'istituto della separazione per colpa.

all'interno degli istituti propri dell'ordinamento giusfamiliare, quale, su tutti, la separazione con addebito di cui all'art. 151, comma secondo, c.c.; tale affermazione, riassunta dalla stessa Corte di Cassazione col principio "*inclusio unius, exclusio alterius*"[25], escludeva fermamente la possibile applicazione della responsabilità aquiliana in ambito familiare.

La preoccupazione da parte dei giudici era, a ben vedere, quella di evitare che il coniuge potesse avere remore nel richiedere la separazione, temendo il potenziale utilizzo (distorto) dello strumento risarcitorio da parte dell'altro, con evidente lesione del diritto di autodeterminazione, cosicché la libertà matrimoniale -che prima del 1970 esisteva solo durante il momento della scelta, e che, dopo tale data, venne estesa anche per il periodo successivo- venisse "congruamente salvaguardata"[26]. In altre parole, la possibile apertura nei confronti dello strumento risarcitorio in ambito familiare avrebbe introdotto un deterrente alla libertà di separarsi o di divorziare, rischiando di fomentare una litigiosità che il legislatore del 1975 avrebbe inteso limitare attraverso l'esclusione della separazione per colpa[27].

Altri Autori[28] si domandavano, similmente, come una libertà accordata all'individuo dall'ordinamento, quale appunto la libertà di divorziare o la libertà di separarsi, espressione del diritto costituzionalmente tutelato alla libera autodeterminazione (*ex* art. 2 Cost.), avrebbe potuto cagionare un "danno da separazione o divorzio", con invocazione del brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit*. In tal senso, non vi sarebbe stato alcun modo per qualificare tali comportamenti *contra jus* o *non iure*, mancando il requisito dell'ingiustizia previsto dall'art. 2043 c.c., sì da pregiudicare definitivamente la possibilità di ottenere il risarcimento per la presunta lesione subita.

Alle medesime conclusioni addiveniva la Cassazione asserendo che "la tutela risarcitoria *ex* art. 2043 c.c. non può essere invocata per la mancanza di un danno ingiusto, che presuppone la lesione di una posizione soggettiva attiva tutelata come diritto perfetto. Ora, l'addebito della separazione ad un coniuge comporta solo gli effetti previsti dalla legge, ma non realizza la violazione di

[25] Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, cit.

[26] DE FILIPPIS B.: *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 25

[27] BASINI G.F.: *Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra i coniugi*, *Resp. civ. e prev.* (2011), p. 981 ss., ove numerosi riferimenti in dottrina.

[28] SEBASTIO G.: *Illeciti tra familiari, violenza domestica, risarcimento del danno*, Milano (2006), p. 71 ss.; DE FILIPPIS B.: *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., pp. 24-25; MORACE PINELLI A.: *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., p. 132-133; FINOCCHIARO M.: *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, *Guida al diritto* (2002), p. 37.

un diritto dell'altro coniuge"[29], essendo la separazione personale stessa "un diritto inquadrabile tra quelli che garantiscono la libertà della persona (cioè un bene di altissima rilevanza costituzionale)"[30].

Qualora, comunque, il fatto illecito tra familiari avesse integrato gli estremi del reato, per la gravità del fatto l'interesse pubblicistico alla repressione sarebbe risultato prevalente rispetto alla tutela della sfera privata dell'individuo, giustificando, allora, l'intervento del giudice[31].

D'altro canto, è opportuno segnalare che parte della dottrina, pur aderendo all'esposta tesi restrittiva, precisava che poteva effettivamente ritenersi ammissibile la possibilità di liquidare i danni susseguenti a comportamenti suscettibili di risarcimento a prescindere dallo *status* coniugale, e che l'eventuale sede di valutazione non sarebbe stato il giudizio di separazione o di divorzio, dovendosi, invece, individuare un diverso giudizio, penale o civile, che, a prescindere dal matrimonio, anche un terzo avrebbe potuto attivare[32].

III. (SEGUE) LE CRITICHE ALL'ORIENTAMENTO TRADIZIONALE

L'orientamento restrittivo risultò assolutamente maggioritario per tutto il secolo scorso, entrando, tuttavia, lentamente in crisi a causa di importanti cambiamenti a livello ordinamentale e dell'incessante contributo da parte della dottrina che, negli anni, formulò numerose riserve su quello che ormai rappresentava una sorta di dogma della inapplicabilità delle norme generali in materia di responsabilità civile in caso di illecito perpetrato all'interno della comunità familiare.

Andando con ordine, l'introduzione della legge sullo scioglimento del matrimonio e la Novella del 1975, alla quale seguì, secondo certa dottrina, la "privatizzazione" del diritto di famiglia con la conseguente esaltazione delle prerogative del singolo — meritevoli di tutela ancor prima del presunto superiore interesse all'unità familiare[33] come testimoniato, su tutti, dalla nuova disciplina della separazione personale non più vincolata al requisito

[29] Cass. 22 marzo 1993 n. 3367, cit.
[30] Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, cit.
[31] PATTI S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 32.
[32] RESCIGNO P.: *Immunità e privilegio*, cit., p. 438, secondo il quale "l'esigenza di non turbare la pace familiare non giustifica il rifiuto dell'azione proposta dopo il divorzio per un danno subìto durante il matrimonio"; DE FILIPPIS B.: *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 25.
[33] PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 14; FACCI G.: *L'illecito endofamiliare tra danno* in re ipsa *e risarcimenti ultramilionari*, *Fam. dir.* (2006), p. 515 ss.

della colpa — sancirono la definitiva crisi del modello patriarcale che aveva caratterizzato la precedente legislazione.

Allo stesso modo, il ragguardevole ampliarsi, grazie al consistente impulso della giurisprudenza, delle situazioni giuridiche soggettive suscettibili di risarcimento del danno nell'ottica generale di una più penetrante tutela da parte dell'ordinamento nei confronti dell'individuo, inteso come persona umana[34], incise in maniera determinante sull'applicabilità del rimedio risarcitorio in ambito familiare.

Parallelamente, a fronte del nuovo assetto ordinamentale, una consistente parte della dottrina iniziò a sostenere l'opportunità di tutelare maggiormente il familiare che avesse subìto un pregiudizio grave ad un diritto inviolabile attraverso lo strumento risarcitorio.

Avverso una delle maggiori argomentazioni addotte dell'orientamento restrittivo, ovverosia la presunta completezza dell'ordinamento giusfamiliare, diversi Autori[35] sottolineavano che gli istituti propri del diritto di famiglia risultavano inadeguati a fronte di condotte particolarmente gravi e lesive perpetrate da un familiare a danno dell'altro: in particolare, l'aprioristica negazione del possibile ricorso allo strumento risarcitorio avrebbe comportato conseguenze paradossali, in quanto situazioni che, in generale, avrebbero qualificato un comportamento illecito e risarcibile *ex* art. 2043 c.c., tali non sarebbero state se consumate all'interno della famiglia, cosicché alcuni individui, "avvalendosi del loro vincolo di consanguineità, avrebbero potuto arrecare danno, sfuggendo ad ogni responsabilità"[36]. Una simile conclusione comportava un'evidente ed irragionevole violazione della Costituzione, mancando una forma di tutela, anche minima, in presenza di violazioni di diritti fondamentali dell'individuo consumate all'interno di un contesto, quale quello familiare, deputato a valorizzarli alla luce degli artt. 2, 29 e 30 Cost.[37].

L'inadeguatezza delle sanzioni *ad hoc* proprie degli istituti di diritto familiare era, allo stesso tempo, testimoniata dall'inconsistenza ed insufficienza risarcitoria della principale sanzione prevista dal codice civile in caso di

---

34 FACCI G.: *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, cit., 125 ss.; Corte cost. 11 luglio 2003 n. 233, cit.; Cass. 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828, cit.; Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, cit.; Cass. sez. un. 19 settembre 2009 n. 18356, cit.

35 CENDON P. – SEBASTIO G.: *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, *Resp. civ. prev.* (2002), p. 1257.

36 ALPA G. – BESSONE M. – CARBONE V.: *Atipicità dell'illecito*, Milano (1993), p. 1 ss.

37 FAVILLI C.: *Il danno non patrimoniale nell'illecito tra familiari*, in *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, a cura di NAVARRETTA E., Milano (2010), p. 467.

violazione dei doveri coniugali, ovverossia la pronuncia di addebito della separazione (art. 151, comma secondo, c.c.).

Similmente, anche l'assegno divorzile appariva privo di una funzione propriamente risarcitoria in quanto, alla luce della norma di riferimento (art. 5 l.d.), esso è parametrato alle condizioni economiche della coppia e non al possibile pregiudizio sofferto in seguito alla violazione dei doveri coniugali[38].

A ben vedere, dunque, nella separazione e nel divorzio, essendo la funzione principale svolta da tali istituti assistenziale e non già risarcitoria[39], la mancanza dei requisiti legali per il riconoscimento dell'addebito o la corresponsione dell'assegno divorzile comportava per il coniuge che avesse riportato un danno per la violazione dei doveri matrimoniali, la mancanza di un'adeguata tutela[40]. In entrambi gli istituti, d'altronde, "la posizione dell'avente diritto alle prestazioni è fatta dipendere da una pluralità di fattori tali da escludere ogni possibilità di ragguaglio diretto ed immediato tra gli illeciti addebitabili (...) e la entità delle prestazioni che solo eventualmente gli spettano"[41].

A fronte di condotte gravi risultavano inadeguate, allo stesso modo, la sanzione di cui all'art. 146 c.c., dal carattere prettamente temporaneo e finalizzata al rispristino della coabitazione o alla separazione[42], e la misura prevista dall'art. 342-*bis* c.c., rubricato "ordini di protezione contro gli abusi familiari", che, pur salvaguardando l'integrità fisica o morale, ovvero le libertà del coniuge o del convivente, non consente il risarcimento del danno ingiusto patito.

Avverso la presunta natura meramente morale degli obblighi assunti col matrimonio, in dottrina[43] si è sostenuto che, dopo la riforma del 1975, non possono sussistere dubbi sulla giuridicità dei suddetti obblighi, alla luce del disposto degli artt. 123 e 160 c.c.

---

[38] GIACOBBE G. – VIRGADAMO P.: *Il matrimonio*, t. II, *Separazione personale e divorzio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO R., Torino (2011), p. 480; FRACCON A., *Relazioni familiari e responsabilità civile*, cit., p. 93.

[39] Sul tema, MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., p. 619 ss.; AL MUREDEN E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano (2007), *passim.*

[40] ASTONE A.: *Crisi coniugale e responsabilità civile*, cit., p. 1824; PILLA V., *Separazione e divorzio: i profili di responsabilità*, Padova (2007), *passim.*

[41] MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., p. 619.

[42] FRACCON A.: *I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Dir. fam. pers.* (2001), 1, p. 385.

[43] SPANGARO A.: *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, cit., p. 88; PILLA V., *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna (2006), pp. 3 e ss., 201.

Si è osservato, concludendo, che l'assenza di una norma specifica, all'interno del codice civile, che sancisca la risarcibilità dell'illecito endofamiliare, non potrebbe significare l'irrilevanza del fatto per l'ordinamento, dovendo "l'interprete muovere dal principio secondo cui la mancanza della regola specifica importa l'applicabilità della regola generale, posto ovviamente che il fatto sia riconducibile ad una fattispecie astratta prevista dal legislatore per disciplinare le conseguenze di determinati comportamenti dei consociati"[44]. Tale regola generale sarebbe, per l'appunto, quella contenuta nell'art. 2043 c.c., che risulterebbe allora applicabile nelle fattispecie in esame.

Le sovraesposte argomentazioni col tempo riuscirono ad intaccare l'orientamento maggioritario, alimentando il dibattito sul punto. Parte della giurisprudenza[45] continuò a negare qualsiasi tipo di risarcimento, aderendo alla tesi più tradizionale; altra parte[46], invece, mostrò segni di apertura, configurando astrattamente in alcuni casi[47], accordando concretamente in altri[48], la risarcibilità del danno prodottosi in seguito ad illecito endofamiliare.

---

[44] PATTI: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 28; nello stesso senso AA.VV.: *Illeciti-danni-risarcimento*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di CENDON, Milano (2013), p. 305, ove si sottolinea che "l'art. 2043 c.c., del resto, costituisce una clausola generale all'interno del nostro ordinamento e contiene una norma da applicare ogniqualvolta ricorra un comportamento illecito che infligga un danno alla vittima".

[45] Trib. Savona 5 dicembre 2002, *Dir. fam. pers.* (2003), 3, p. 248; Trib. Milano 19 febbraio 1999, *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 988.

[46] Cass. 19 giugno 1975 n. 2468, cit. Ad avviso della Corte, la violazione da parte del coniuge dell'obbligo di fedeltà, a prescindere dalle conseguenze sui rapporti di natura personale, potrebbe determinare, in concorso con particolari circostanze quale il discredito sociale seguito all'adulterio, un obbligo risarcitorio a favore del coniuge danneggiato. Per la giurisprudenza di merito, si segnalano Trib. Roma 17 settembre 1988, *Nuova giur. comm.* (1989), p. 559; Trib. Monza 15 marzo 1997, *Fam. dir.* (1997), p. 462;. Si veda, anche, PALADINI M.: *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, *Resp. civ. prev.* (2007), p. 2005.

[47] Cass. 26 maggio 1995 n. 5866, cit., con la quale i giudici negarono la presunta completezza del sistema giusfamiliare con il riconoscimento, in linea teorica, della risarcibilità del danno qualora i fatti che abbiano dato luogo all'addebito avessero integrato gli estremi dell'illecito tipizzato dall'art. 2043 c.c., pur non costituendo l'addebito di per sé fonte di responsabilità extracontrattuale.

[48] Cass. 7 giugno 2000 n. 7713, cit. La Corte affermò il principio che la lesione dei diritti fondamentali della persona -nel caso di specie, un minore che per anni si era visto rifiutare dal padre i mezzi di sostentamento- poteva costituire fonte di responsabilità risarcitoria indipendentemente dall'esistenza di perdite patrimoniali del danneggiato. La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c., si osservò nella decisione, imponeva di ritenere che tale disposizione fosse diretta a compensare il sacrificio che detti valori subirono a causa dell'illecito, così che la norma stessa, correlata agli artt. 2 e ss. della Costituzione, doveva necessariamente intendersi come comprensiva del risarcimento di tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolavano le attività realizzatrici della persona umana, indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la lesione potesse comportare.

IV. (SEGUE) LA RECENTE RICOSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE

L'evoluzione ordinamentale dei rapporti personali tra i coniugi e della tutela dell'individuo comportò un ripensamento sull'argomento da parte della giurisprudenza di legittimità con il riconoscimento della risarcibilità dell'illecito endofamiliare in maniera piena[49] nel 2005[50]. A tale approdo seguirono altre pronunce, a partire dal 2011[51], all'interno di un arco temporale particolarmente ristretto se si considera l'esiguità di decisioni sul punto nel decennio anteriore.

Occorre qui ricostruire la risarcibilità dell'illecito endofamiliare secondo lo schema applicativo posto in essere dalla giurisprudenza, in particolar modo con la significative sentenze del 2005 e del 2011, rimandando ai paragrafi successivi la formulazione delle riserve avverso il percorso logico seguito dalla Corte, con la contestuale ricostruzione di detta responsabilità in termini quanto più rigorosi possibili.

L'inaugurato filone giurisprudenziale venne condizionato in maniera decisiva dall'elaborazione dottrinale sviluppatasi nei decenni e dalla nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. accolta dai supremi giudici, alla quale la stessa Corte affermò di voler dare continuità[52].

Avverso l'argomentazione secondo la quale i diritti nascenti dal matrimonio avrebbero avuto carattere esclusivamente morale, la Cassazione osservò, al contrario, che questi sono da intendersi come giuridici, così come emergerebbe chiaramente dalla lettera dell'art. 143 c.c., che fa riferimento alle nozioni di dovere, obbligo e diritto, e dell'art. 160 c.c., che sancisce l'inderogabilità degli stessi, potendosi, conseguentemente, ravvisare la sussistenza di un diritto soggettivo di un coniuge nei confronti dell'altro a comportamenti conformi a detti obblighi.

Allo stesso modo, era da ritenersi superata la presunta completezza del sistema di tutele approntato dal legislatore del 1942 e del 1975, avendo la separazione ed il divorzio funzioni e limiti che rendevano evidente che detti istituti fossero strutturalmente compatibili con la tutela generale dei diritti, tanto più se costituzionalmente garantiti.

---

[49] Come visto nel § III., non mancarono negli anni precedenti al 2005 pronunce della giurisprudenza di merito e di legittimità che statuirono in senso favorevole alla risarcibilità, seppur certe volte meramente astratta, in presenza dell'illecito oggetto di questo studio.
[50] Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.
[51] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.; Cass. 17 gennaio 2012 n. 610; Cass. 1 giugno 2012 n. 8862; Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit., in relazione alle coppie di fatto.
[52] Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.

Decisiva, infine, la lettura "costituzionalmente orientata"[53] dell'art. 2059 c.c., sancita definitivamente a Sezioni Unite nel 2009[54], con la precisazione che il presupposto per la fondatezza della pretesa relativa al risarcimento di un danno non patrimoniale è la necessaria sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c., cioè la condotta illecita, l'ingiusta lesione di interessi tutelati dall'ordinamento, il nesso causale tra la prima e la seconda, l'esistenza di un concreto pregiudizio patito dal titolare dell'interesse leso.

Completata la ricostruzione a livello sistematico, la Corte sancì che la violazione di uno dei doveri coniugali, quale quello di fedeltà, potesse comportare, al di fuori delle ipotesi di reato, la lesione di un diritto costituzionalmente protetto e, quindi, una responsabilità risarcitoria, una volta provato il nesso causale tra detta violazione ed il danno. Anche nell'ambito della famiglia i diritti della persona risultavano tali, cosicché la loro lesione da parte di un terzo o di altro componente della famiglia poteva costituire presupposto della responsabilità civile, non configurandosi la famiglia come un luogo di compressione e di mortificazione dei diritti irrinunciabili ma, al contrario, come sede di realizzazione e di crescita ex art. 2 Cost.[55] .

I giudici non mancarono di precisare che l'ipotesi risarcitoria potrebbe sussistere, a ben vedere, in casi e contesti del tutto particolari, "ove si dimostri che l'infedeltà, per le sue modalità e in relazione alla specificità della fattispecie, abbia dato luogo a lesione della salute del coniuge (...), ovvero ove l'infedeltà per le sue modalità abbia trasmodato in comportamenti che, oltrepassando i limiti dell'offesa di per sé insita nella violazione dell'obbligo in questione, si siano concretizzati in atti specificamente lesivi della dignità della persona, costituente bene costituzionalmente protetto"[56]. Per converso, non verrebbero in rilievo i comportamenti di minima efficacia lesiva "suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza"[57]. Pertanto, la mera violazione dei doveri matrimoniali o anche la pronuncia di addebito della separazione non potrebbero, di per sé, automaticamente integrare una responsabilità risarcitoria.

---

[53] Per tutti, cfr., anche in chiave critica, VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "nuova ingiustizia conformata": le "quattro stagioni" dell'art. 2059 c.c. in attesa della Corte costituzionale?*, cit., p. 598 ss.

[54] Cass. sez. un. 1 ottobre 2009 n. 18356, cit.

[55] Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.

[56] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

[57] Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.

Rispetto alla sentenza del 2005, l'approdo giurisprudenziale del 2011 andò oltre, statuendo sulla pregiudizialità dell'addebito rispetto alla domanda di risarcimento, che rappresentava, oltretutto, uno degli specifici motivi del ricorso, essendo stato negato il risarcimento dalla Corte territoriale, tra le altre cose, poiché i coniugi erano addivenuti alla separazione consensuale.

Sul punto, la Cassazione precisò che l'assenza di addebito della separazione non risultava preclusiva di separata azione per il risarcimento del danno, stante la differenza del *petitum*, la mancanza di qualsivoglia norma di diritto positivo che dichiarasse tale presunta pregiudizialità, e la diversità della rilevanza e delle caratteristiche fattuali che la violazione potrebbe avere ai fini dell'addebitabilità o della risarcibilità.

V. IL DIBATTITO SULLA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ

La "svolta" giurisprudenziale inaugurata nel 2005 e confermata a più riprese, anche in intervalli temporali molto ristretti, a partire dal 2011 può essere considerata, a prima vista, in senso positivo, quale completamento dell'evoluzione ordinamentale in relazione alla tutela della persona umana sancita in Costituzione, che verrebbe così tutelata e valorizzata anche all'interno dell'istituzione familiare.

Ma, come a breve si dirà, i passaggi logici seguiti dalla Cassazione per affermare la sussistenza della responsabilità in capo al coniuge non sono esenti da rilievi critici ed andrebbero, molto probabilmente, rivisti.

Non stupisce, allora, che negli ultimi anni si sia sviluppato un accesso dibattito dottrinale che non verte più, come accadeva in passato, sull'opportunità di risarcire o meno i diritti lesi del familiare, ormai pacificamente riconosciuta, ma sulla natura della relativa responsabilità; come è stato correttamente osservato, infatti, "la questione non è tanto la possibilità che perdite e danni non trovino rimedio, il più delle volte nell'ordinamento, quanto la tenuta di quest'ultimo, la quale richiede che le soluzioni delle questioni di giustizia ricevano coerente interpretazione sistematica"[58].

Il sistema approntato dalla giurisprudenza è stato riassunto dalla stessa Cassazione nel 2011, a livello di principio, nei seguenti termini: "i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure

[58] NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.* (2008), p. 931.

tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi suddetti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni"[59].

Lo schema applicativo risulta, dunque, abbastanza semplice: se il coniuge, violando uno dei doveri di cui agli artt. 143 c.c. e ss., lede un diritto costituzionalmente garantito dell'altro, al di fuori delle ipotesi di reato, questi può essere responsabile civilmente nei confronti di costui per i danni cagionati *ex* artt. 2043 e 2059 c.c.

La ricostruzione suscita delle riserve sotto diversi aspetti.

Innanzitutto, sfugge il motivo per cui la Cassazione abbia dovuto richiamare, quale passaggio logico, la violazione dei doveri coniugali[60]. Se oggetto di tutela sono i diritti fondamentali dell'individuo tutelati dalla Carta costituzionale, questi dovrebbero ricevere adeguata tutela a prescindere dalle norme del codice civile. Un comportamento gravemente lesivo, ad esempio, dell'onore del coniuge, quale l'ostentazione pubblica e reiterata di una relazione extraconiugale, risulterebbe tale a prescindere dal disposto, e dalla contestuale violazione, dell'art. 143 c.c. Il richiamo, dunque, ai doveri coniugali da parte della Cassazione risulterebbe un *quid pluris* probabilmente superfluo, in quanto, a nostro avviso, sarebbe stato molto più agevole considerare il coniuge "colpevole" come un qualsiasi altro estraneo che abbia violato il generale principio del *neminem laedere*, applicandosi così le norme ordinarie in materia di responsabilità[61]. In tale prospettiva, la violazione del

[59] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

[60] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit., nella quale i giudici osservano che "discende, infatti, dalla natura giuridica degli obblighi su detti che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi dell'illecito civile". Si esprimono negli stessi termini: Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.: "la circostanza che il comportamento di un coniuge costituisca causa della separazione o del divorzio non esclude che esso possa integrare gli estremi dell'illecito civile"; Cass. 1 giugno 2012 n. 8862., cit.: "va precisato che la responsabilità tra coniugi o del genitore nei confronti del figlio non si fonda sulla mera violazione dei doveri, matrimoniali o di quelli derivanti dal rapporto di genitorialità, ma sulla lesione, a seguito dell'avvenuta violazione di tali doveri, di beni inerenti alla persona umana, come la salute, la *privacy*, i rapporti relazionali, etc.".

[61] PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 18. In Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, la Corte opina correttamente in premessa affermando che "il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia,

dovere coniugale rappresenterebbe soltanto l'occasione in cui si è verificata la lesione della posizione del coniuge, non in quanto tale, ma in quanto persona[62].

Così argomentando, il comportamento lesivo risulterebbe tale a prescindere dallo *status* del soggetto che l'ha posto in essere, sia esso il coniuge oppure un soggetto terzo, superando così la concezione di "immunità" studiata dalla dottrina più risalente[63], ed i paradossi applicativi dell'orientamento restrittivo[64].

Analogamente, attenta dottrina ha elaborato, in chiave critica, una ricostruzione che si basa anch'essa sulla diretta violazione dei valori costituzionali prescindendo da qualsivoglia riferimento ai doveri coniugali. Infatti, "posto che il comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio è illecito perché contrastante con specifica disposizione di legge, data la risarcibilità del danno non patrimoniale allorché l'illecito abbia leso un interesse di rilevanza costituzionale, e posto che la famiglia è espressione di un valore costituzionalmente tutelato dagli artt. 29 e 31 Cost., tutti i pregiudizi conseguenti alla violazione dei diritti-doveri che derivano dal matrimonio *ex* art. 143 c.c. sono risarcibili ai sensi del coordinato disposto degli artt. 2043 e 2059 c.c., laddove lesivi del valore dell'unità della famiglia, costituzionalmente tutelato dall'art. 29 Cost."[65].

Inoltre, il costante ed evitabile richiamo ai doveri nascenti dal matrimonio pone un fondamentale problema interpretativo di non semplice soluzione.

Come segnalato in diversi commenti[66], la responsabilità sussistente tra due soggetti determinati in presenza di violazioni di specifici obblighi

così come da parte del terzo costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare"; ma poi, nel passaggio successivo, ritiene necessaria, ai fini del risarcimento, la violazione di uno dei doveri nascenti dal matrimonio.

62 Si esprime in questi termini DI ROSA G.: *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di MAUGERI M. e ZOPPINI A., Bologna (2009), p. 417 ss..

63 RESCIGNO P.: *Immunità e privilegio*, cit., 438.

64 CENDON P. – SEBASTIO G.:, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, cit., p. 1257.

65 GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*, cit., p. 169 ss.

66 GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*, cit., p. 169 ss.; PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 17; NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 936; VETTORI G., *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, *Fam. pers. succ.* (2007), p. 200 ss. ; BASINI G.F.: *Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra i coniugi*, cit., p. 981 ss.

reciprocamente assunti non dovrebbe essere qualificata quale aquiliana, ma, al contrario, come logica suggerirebbe, contrattuale. In tutte le ipotesi di illecito endofamiliare la violazione potrebbe provenire soltanto da chi abbia puntuali obblighi di fedeltà, assistenza e collaborazione e alla stregua di essi dovrebbe esserne valutata la colpa e la responsabilità[67]: la responsabilità da illecito enfodamiliare nei confronti del coniuge nascerebbe, pertanto, per inadempimento di una obbligazione nascente dalla legge (ovverosia dagli obblighi nascenti dal matrimonio previsti dal codice civile) in conformità al disposto dell'art. 1173 c.c. sulle fonti del rapporto obbligatorio[68], applicandosi, di conseguenza, gli artt. 1218 e ss. c.c.

A ben vedere, difatti, secondo tale opinione, non si comprenderebbe per quale motivo si ricorra ad una forma di responsabilità che solitamente investe soggetti "estranei" (non legati, cioè, da alcuna relazione giuridicamente rilevante[69] all'interno di un rapporto tra soggetti determinati ed in presenza di una violazione che, per affermazione della stessa giurisprudenza, è determinata in occasione dell'inosservanza di un obbligo ben preciso, sia esso di fedeltà, di assistenza, etc. La responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., al contrario, "è concepita per risolvere i problemi di danno tra persone senza un previo rapporto giuridico, laddove è la responsabilità da inadempimento di obblighi (o contrattuale) a dare forma agli obblighi risarcitori nei casi in cui il danno è la risultante della violazione di una regola inerente al rapporto"[70].

Allo stesso modo, si è osservato, l'applicazione della tutela aquiliana apparirebbe eccessiva a fronte di comportamenti colposi e non già dolosi, quale, ad esempio, una violazione per mera negligenza di uno dei doveri familiari, in presenza dei quali "la responsabilità extracontrattuale si presenta come una reazione brutale al danno infrafamiliare", in quanto "la colpa come mera negligenza (...) si rivela una ragione ben povera per spiegare un'interferenza così grave come la responsabilità nel diritto di famiglia"[71]. Tuttavia, allo stesso tempo, ridurre le ipotesi di risarcimento alle sole fattispecie dolose, pur apparendo una soluzione migliore e condivisibile in

[67] PARADISO M.; *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 17.
[68] OBERTO G.: *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano (2006), p. 13.
[69] Su tutti, CASTRONOVO C.: *La nuova responsabilità civile*, Milano (2006), pp. 455 ss. e 559 ss.
[70] NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 937.
[71] NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 937; *contra*, CENDON P. – SEBASTIO G.: *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, cit., p. 1304, secondo i quali la semplice negligenza in capo al convenuto sarà, di norma, sufficiente per l'affermazione di un obbligo risarcitorio in relazione all'importanza del diritto leso dell'altro coniuge: "massima quindi la necessità di salvaguardia per il *plaintiff*, minimo il tenore dei rimproveri necessari per far sorgere la responsabilità".

termini di opportunità, snaturerebbe definitivamente l'istituto di cui all'art. 2043 c.c.[72].

Un'ulteriore riprova della discutibile applicazione della regola aquiliana sarebbe rappresentata dall'esclusione della responsabilità del terzo che abbia "indotto" alla violazione del dovere coniugale sulla base del rilievo che l'estraneo, a differenza del coniuge, non sarebbe tenuto a rispettare l'altrui vita familiare[73]: la condotta non risulterebbe illecita e non sarebbe suscettibile di risarcimento *ex* art. 2043 c.c. Come sarebbe possibile, allora, conciliare la disparità di trattamento tra il coniuge e l'estraneo?[74] Se l'obbligo fonte del risarcimento risultasse tale solo per il coniuge, apparirebbe allora evidente che la responsabilità per violazione dei doveri coniugali non potrebbe essere extracontrattuale, bensì contrattuale[75].

Tale impostazione, inoltre, ad opinione dei suoi sostenitori, risponderebbe in maniera più efficace alla *ratio* di fondo dell'intervento giurisprudenziale, ovverosia la tutela dell'individuo nelle relazioni familiari, considerato il favorevole regime giuridico, *in primis* probatorio, a favore del soggetto danneggiato dall'inadempimento altrui, similmente a quanto, d'altronde, si assiste da tempo in campo di responsabilità medica[76].

La ricostruzione riportata, se, da una parte, risulta particolarmente convincente e maggiormente conforme ai rapporti che si instaurano tra i coniugi rispetto al ricorso alla tutela aquiliana assunto dalla giurisprudenza, dall'altra, suscita due riserve difficilmente superabili: il limite della patrimonialità della prestazione di cui all'art. 1174 c.c. e l'eccessiva dilatazione della responsabilità civile del consorte in caso di violazione del dovere coniugale.

Sotto il primo aspetto, la ricostruzione offerta non tiene debitamente conto del disposto dell'art. 1174 c.c., ai sensi del quale la prestazione oggetto

[72] NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 937.
[73] Cfr., quale *leading case*, Trib. Roma 17 settembre 1988, *Nuova giur. civ. comm.* (1989), I, p. 559.
[74] È il quesito che pone PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 17.
[75] PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 17. *Contra*, FACCI G.: *Il danno da adulterio*, *Resp. civ. prev.* (2012), 05, p. 1481 ss., secondo il quale la responsabilità del terzo sarebbe negata non tanto poiché su quest'ultimo non graverebbe l'obbligo di fedeltà, quanto per il fatto che "la condotta dello stesso è considerata come esplicazione di un proprio diritto "costituzionalmente garantito alla libera espressione della propria personalità", che si manifesta altresì con la possibilità di intrattenere relazioni interpersonali, anche con persone coniugate".
[76] Su tutte, Cass. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 577, *Danno e resp.* (2008), p. 871 ss., con nota di NICOLUSSI A.: *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico.*

dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e del fatto che diversi doveri nascenti dal matrimonio, pur avendo natura giuridica, hanno carattere personale e non già patrimoniale. Tale dato è confermato dallo stesso codice civile, che, non a caso, non prevede alcuno strumento per ottenere coattivamente l'adempimento dell'"obbligazione" da parte dell'altro coniuge se non in relazione al mantenimento dei figli, come disposto dall'art. 148 c.c. La *ratio legis* appare chiara, in quanto, come sottolineato in dottrina, "gli obblighi personali sono incoercibili e, ove se ne prescrivesse una tutela per equivalente, quest'ultima realizzerebbe un obiettivo eccentrico: si incentiverebbe la litigiosità solo per far conseguire un surrogato economico sacrificando un bene personale come la relazione coniugale"[77]. A sostegno di tale confutazione, si riporta altresì il disposto dell'art. 2941, n. 1, c.c., che indica lo stesso rapporto di coniugio come causa di sospensione della prescrizione[78].

Per superare l'obiezione, si potrebbe tentare una più complessa ricostruzione del sistema, essendo "più corretto ritenere che il fenomeno descritto dall'art. 1218 c.c. trovi applicazione solo con riguardo a quei doveri giuridici tecnicamente qualificabili come 'obbligazioni' e dunque caratterizzati dalla patrimonialità, secondo quanto disposto dall'art. 1174 c.c., laddove le violazioni degli altri doveri lasceranno aperto il campo alla valutazione di ingiustizia del danno per una possibile applicazione dell'art. 2043 c.c."[79]. In altre parole, a seconda del diritto-dovere coniugale violato, la responsabilità civile in capo al coniuge potrebbe avere natura diversa, contrattuale o extracontrattuale, in presenza o meno del carattere della patrimonialità.

In via esemplificativa, il dovere di fedeltà, qualora non si voglia ridurre quest'ultimo allo storico *ius in corpus* esclusivo, ha carattere strettamente personale e la sua lesione comporterebbe il ristoro del danno patito applicando le regole sulla responsabilità extracontrattuale (artt. 2043 e 2059 c.c.). Al contrario, l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia, che l'art. 143, terzo comma c.c., pone a carico di entrambi i coniugi, è un dovere di carattere prettamente economico[80] ed in caso di inadempimento potrebbe esperirsi il rimedio di cui all'art. 1218 c.c., con la possibilità di richiedere, allo stesso tempo, in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata, il risarcimento dell'eventuale danno non patrimoniale cumulando le due azioni, come a breve si chiarirà.

[77] NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 946.
[78] NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 946, ove l'Autore estrapola dalla disposizione riportata il principio "i coniugi non si fanno causa".
[79] OBERTO G.: *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., p. 16.
[80] MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., 623; OBERTO G.: *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., 23 ss., ove diversi riferimenti giurisprudenziali; FACCI G., *Il danno da adulterio*, cit., p. 1481 ss.

Per quanto concerne la seconda, condivisibile, obiezione, appare evidente che tentare di ricondurre l'illecito endofamiliare nell'alveo della responsabilità contrattuale comporterebbe il concreto rischio di veder risarciti pregiudizi futili ed irrisori[81], che, al contrario, dovrebbero trovare composizione nella dimensione relazionale e solidaristica della famiglia[82], in presenza di qualsivoglia violazione, e dunque inadempimento, del dovere coniugale. In caso di inadempimento contrattuale, difatti, essendo stato violato un obbligo ben preciso, non si pone il problema circa l'ingiustizia del danno con l'automatico sorgere della responsabilità risarcitoria per il solo mancato adempimento.

A fronte dei suesposti condivisibili e difficilmente superabili limiti, certa dottrina[83] ha proposto di inquadrare la responsabilità in esame ricorrendo alla figura degli obblighi di protezione[84] (*Schutzpflichten*), elaborati originariamente dalla dottrina tedesca. Tali obblighi "non sarebbero accessori di un obbligo di prestazione che in realtà non sussiste, ma costituirebbero ugualmente un rapporto, di contenuto ridotto rispetto a quello dell'obbligazione ordinaria, a metà strada tra l'assenza di rapporto previo che caratterizza la responsabilità extracontrattuale ed il rapporto obbligatorio di prestazione, all'inadempimento del quale, in genere, si riferisce la responsabilità contrattuale"[85].

La funzione dei doveri nascenti da siffatti obblighi è rappresentata dalla salvaguardia delle ragioni della controparte alla luce del generale principio di buona fede che regge la disciplina dei rapporti contrattuali ed obbligatori. La particolarità degli *Schutzpflichten* è che questi sono considerati autonomi rispetto all'obbligo di prestazione e possono, dunque, sussistere anche in assenza di quest'ultimo, come nelle ipotesi di contratto nullo o non concluso: tali doveri sono, dunque, imposti ai soggetti del rapporto prescindendo dalla qualifica di creditore e debitore.

La sussistenza degli obblighi di protezione all'interno del nostro ordinamento sarebbe, del resto, confermata da diverse disposizioni, quali gli artt. 1337, 1338, 1358, 1366 e 1375 c.c., nonché l'art. 2087 c.c.

---

81 ASTONE A.: *Crisi coniugale e responsabilità civile*, cit., p. 1818.

82 Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.

83 NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 959 ss.; GATTO A., *Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*, *Giust. civ.* (2012), 11, p. 2602 ss.

84 Si veda, su tutti, CASTRONOVO C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss.; ID.: *Obblighi di protezione*, *Enc. giur. Treccani*, Roma (1990), XXI, p. 2.

85 CASTRONOVO C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 447.

Secondo la dottrina in esame, sarebbe possibile ricondurre l'illecito endofamiliare all'interno degli *Schutzpflichten*, riconoscendo "la comunanza nella natura giuridica di figure di responsabilità da violazione di obblighi di protezione che nel matrimonio si inverano nei doveri matrimoniali"[86].Gli obblighi di protezione, d'altronde, mostrerebbero maggiori affinità con la responsabilità da illecito endofamiliare, alla luce del rapporto instaurato tra marito e moglie, a differenza della responsabilità aquiliana che, al contrario, prescinde totalmente da qualsiasi rapporto pregresso[87].

Applicando in materia matrimoniale gli *Schutzpflichten*, il coniuge sarebbe responsabile ogniqualvolta abbia violato un dovere coniugale ed il generale dovere di protezione nei confronti del consorte, il che potrebbe integrare sia i presupposti per l'intollerabilità della convivenza, sia la lesione, risarcibile, di un diritto costituzionalmente garantito della persona.

Ai fini dell'eventuale azione risarcitoria è opportuno qui ricordare che la dottrina maggioritaria considera la responsabilità scaturente da violazione degli obblighi di protezione quale contrattuale[88], con applicazione, dunque, delle regole di cui agli artt. 1218 e ss. c.c. Dal punto di vista disciplinare, pur essendo possibile raggiungere risultati analoghi a quelli scaturenti dal concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, sussistono alcune differenze rilevanti evidenziate in dottrina[89], quali l'impossibilità di ottenere il risarcimento dei danni morali (assicurati, viceversa, dalla tutela aquiliana) e la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile (salvo il caso di dolo) *ex* art. 1225 c.c., che non risulterebbe applicabile in presenza di illecito extracontrattuale per il disposto di cui all'art. 2056 c.c.

A tale ricostruzione è stato obiettato da certa dottrina[90] che, così opinando, sussisterebbe una sorta di automatismo tra la violazione del dovere coniugale, con annesso obbligo di protezione, ed il risarcimento del danno subìto. Tale impostazione, secondo l'opinione riportata, non risponderebbe all'impostazione codicistica, ove la dichiarazione di addebito non è mai conseguenza automatica della suddetta violazione. Asserendo il contrario, il mero addebito della separazione potrebbe comportare il conseguente insorgere della responsabilità risarcitoria con un ritorno alla funzione sanzionatoria della separazione per colpa che il legislatore del 1975 ha inteso escludere.

---

[86] NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 961.
[87] *Ibidem*.
[88] CASTRONOVO C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 455 ss., ove numerosi riferimenti in dottrina.
[89] CHINÈ G. – FRATINI A. – ZOPPINI M.: *Manuale di diritto civile*, Roma (2012), p. 1964.
[90] FACCI G.: *Il danno da adulterio*, cit., p. 1481 ss.

Similmente, altra parte della dottrina[91] ha rilevato che far dipendere il risarcimento dalla violazione degli *Schutzpflichten* in seguito all'inosservanza di "doveri comportamentali propri" comporterebbe un ritorno ad una forma di danno in *re ipsa*, respinto con forza dalla giurisprudenza unanime di cui si è detto, essendo necessaria, al fine di accordare la tutela risarcitoria, la lesione di un diritto inviolabile dell'individuo, che non sempre sussiste in caso di mancata osservanza di uno dei doveri coniugali.

A sostegno della ricostruzione in esame, va qui puntualizzato che l'eventuale violazione degli *Schutzpflichten* rappresenterebbe sicuramente l'occasione in cui potrebbe verificarsi la lesione del diritto del familiare, ma ai fini della liquidazione del danno sarà sempre necessaria la raggiunta prova sulla sussistenza e sull'entità dello stesso, non configurandosi, dunque, alcun danno in *re ipsa*.

Prescindendo dalle riserve sovraesposte, qualora si optasse per la riconducibilità dell'illecito endofamiliare nell'alveo della responsabilità contrattuale, è opportuno valutare la risarcibilità del danno non patrimoniale. In linea generale, il ristoro del suddetto pregiudizio patito dal familiare sarebbe ugualmente assicurato alla luce di quella giurisprudenza[92] che accorda pacificamente tale tipo di risarcimento in seguito all'inadempimento contrattuale, con la cumulabilità dei due istituti.

Va, tuttavia, segnalato che, a fronte della ambiguità da parte delle Sezioni Unite sul punto, la dottrina non è concorde sulla fonte normativa del ristoro del danno non patrimoniale, essendovi chi ritiene la fattispecie integralmente disciplinata dagli artt. 1218 e ss. c.c., in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata, e chi, al contrario, ha affermato la teoria del carattere "anodino" dell'art. 2059 c.c. con la sua conseguente applicabilità anche all'interno della responsabilità per inadempimento[93].

Ritenendosi più convincente questa seconda interpretazione per le motivazioni ampiamente approfondite dalla dottrina più recente[94], è evidente che il risarcimento del danno non patrimoniale dovrebbe essere accordato

---

91 CAMILLERI E.: *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'*european tort law, *Europa e dir. priv.* (2010), p. 172 ss.

92 Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, cit.; in dottrina, BONA C.: *Danno non patrimoniale da inadempimento: risarcibilità e limiti*, *Danno e resp.* (2008), p. 191 ss.; *contra*, GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., *passim*.

93 Per una compiuta disamina su tale argomento, si rimanda interamente al recente studio di VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino (2014), p. 227 ss., ove numerosi riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

94 VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, cit., p. 227 ss.

comunque -anche qualora, cioè, si ritenesse la responsabilità in esame ascrivibile al modello contrattuale e non già a quello aquiliano- secondo il filtro restrittivo contemplato dalla norma in esame, quale, su tutti, il rinvio alle ipotesi tipiche.

VI. ILLECITO ENDOFAMILIARE E TIPICITÀ

A fronte delle difficoltà di ricondurre la responsabilità in esame all'interno delle due forme tipiche della responsabilità civile, a nostro avviso potrebbe essere proposto un modello differente e più rigoroso al fine, soprattutto, di limitare le ipotesi risarcitorie a comportamenti connotati da una certa lesività e, per questo, tipizzati.

Il problema interpretativo di fondo è rappresentato dalla forzatura del sistema avvenuta con le c.d. sentenze gemelle e lo snaturamento della figura del danno non patrimoniale[95], passato dall'originaria funzione sanzionatoria a quella risarcitoria[96], nonché dalla probabilmente eccessiva velocità con la quale, attualmente, si espandono le frontiere della responsabilità extracontrattuale e del danno ingiusto[97].

All'interno delle pronunce giurisprudenziali richiamate, che hanno pienamente riconosciuto la sussistenza e la configurabilità della responsabilità risarcitoria in capo al familiare, vi è il continuo riferimento al "concorso di particolari circostanze"[98], ovvero a "casi e contesti del tutto particolari"[99] che inciderebbero in maniera determinante sul prodursi della lesione del diritto. Essendo rimessi al giudice il bilanciamento degli interessi in gioco e l'accertamento del superamento o meno di "una soglia minima di tollerabilità" dell'offesa, appare evidente che la ricostruzione giurisprudenziale pone numerosi problemi interpretativi ed applicativi, lasciando all'organo giudicante eccessivi spazi di discrezionalità nella valutazione di certi comportamenti, quali quelli familiari, che non sempre

[95] GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., p. 73, che afferma: "è inutile ripercorrere la storia del modo in cui l'assenza di previsione di quella legge pretesa dall'art. 2059 c.c. è stata superata, a partire dalla pessima sentenza della Corte Costituzionale del 1986, la quale pretendeva di ricondurre il danno biologico all'interno dell'art. 2043 c.c., fino all'approdo finale, confermato dalle Sezioni Unite, all'interno dell'art. 2059 c.c., in virtù di una infausta disapplicazione della norma, con eliminazione del limite stesso, in nome dei diritti inviolabili previsti dalla Costituzione".

[96] FREZZA G.: *La prova del danno non patrimoniale: i "paradossi" della dottrina, le "verità" giurisprudenziali*, cit., p. 652.

[97] OBERTO G.: *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., p. 4.

[98] Cass. 19 giugno 1975 n. 2468, cit.

[99] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

possono essere compresi compiutamente da un soggetto esterno alla famiglia stessa. Il rischio sarebbe quello di veder cedere la presunta funzione razionalizzatrice del diritto di fronte agli ampi spazi interpretativi entro cui potrebbe muoversi il giudice adito[100], vincolato, per così dire, a concetti eccessivamente vaghi, quale la coscienza ovvero la realtà sociale che, senza alcun richiamo ad una legge ordinaria puntuale, è "fonte inevitabile di atipicità e dunque di confusione"[101].

La ricostruzione che apparirebbe, quindi, più corretta, al fine di evitare applicazioni della responsabilità endofamiliare dettate maggiormente da ragioni di equità che di diritto, sarebbe allora quella propugnata da autorevole dottrina[102], che riconosce la risarcibilità del danno non patrimoniale all'interno delle sole ipotesi tipiche.

A sostegno di una simile ricostruzione è opportuno sottolineare che le violazioni più gravi consumate all'interno della famiglia trovano un riscontro non esclusivamente nella normativa civile, ma anche in quella penale: la violazione del dovere di coabitazione è specificamente sanzionato dagli artt. 146, 151 e 153 c.c. unitamente all'art. 570 c.p.; la violazione dell'obbligo di fedeltà trovava tutela negli artt. 559 e 560 c.p., dichiarati poi incostituzionali; il dovere di reciproca assistenza e quello specifico di mantenimento di cui agli artt. 143 e 145 c.c., infine, sono tutelati *ex* art. 151 c.c. ed, eventualmente, attraverso i delitti di cui agli artt. 570 e 572 c.p.[103].

Il legislatore, a ben vedere, avrebbe apportato un sistema di tutele ben definito su due piani distinti: per le normali violazioni, la tutela rimarrebbe sul piano civile con il ricorso agli strumenti di cui al libro I del c.c., mentre, in presenza di comportamenti ben più gravi, interverrebbe l'ordinamento penale in coerenza con i generali principi di necessità e sussidiarietà che regolano suddetta materia. Il comportamento posto in essere dal coniuge caratterizzato da una notevole lesività potrebbe rientrare in una serie di ipotesi delittuose, quali: la violazione degli obblighi di assistenza familiare

[100] GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., p. 73 ss., secondo cui "la certezza del diritto è, pertanto, sostituita dall'incertezza della sentenza, esito delle pulsioni interpretative del giudice, ai limiti del puro arbitrio. Sarà sufficiente, al fine di concedere il risarcimento, invocare una norma costituzionale collegata al sentire sociale".

[101] GAZZONI F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli (2013), p. 743.

[102] GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., p. 73; ID.: *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, cit., p. 1292; ID.: *Alla ricerca della felicità perduta (favola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, cit., 691.

[103] GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*, cit., p. 169 ss., ove numerosi riferimenti giurisprudenziali. Si veda, anche, MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., p. 625 ss.

(art. 570 c.p.), i maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), le percosse o lesioni (artt. 581 e 582 c.p.), l'ingiuria (art. 594 c.p.), la diffamazione (art. 595 c.p.), la violenza privata (art. 610 c.p.), la minaccia (art. 612 c.p.), gli atti persecutori, o c.d. *stalking* (art. 612-*bis* c.p.), senza dimenticare le fattispecie rientranti nella categoria dei delitti contro la libertà personale (artt. 605 e ss.)[104]. L'attenzione del legislatore penale nei confronti dei comportamenti lesivi perpetrati all'interno della famiglia, è altresì, confermata dalla circostanza aggravante comune di cui all'art. 61, n. 11, c.p. quando il fatto sia stato commesso con "l'abuso di autorità o di relazioni domestiche" e dalla misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282-*bis* c.p.p.

In siffatte ipotesi, l'offesa ai diritti del coniuge sarebbe portata con modalità tanto gravi, e per questo motivo selezionate dal legislatore penale, da giustificare il ristoro del danno non patrimoniale, rappresentato dal c.d. danno morale soggettivo *ex* art. 185 c.p., quale sanzione, dal punto di vista civilistico, da parte dell'ordinamento, per il *pati* sofferto dalla persona offesa dal delitto[105].

Resterebbe ferma, comunque, la generale possibilità di accordare il risarcimento del danno non patrimoniale nelle altre ipotesi previste dalla legge come, ad esempio, in presenza di una violazione della *privacy* posta in essere dal coniuge, ai sensi dell'art. 15, d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196.

Tale opzione ermeneutica, così delineata, sarebbe, a nostro avviso, la più coerente e rigorosa[106] dal punto di vista sistematico, non assistendosi allo

[104] Per completezza si riportano, altresì, le ipotesi di: bigamia (art. 556 c.p.); induzione al matrimonio mediante inganno (art. 558 c.p.); incesto (art. 564 c.p.); attentati alla morale familiare con mezzo di stampa periodica (art. 565); soppressione, supposizione, alterazione e occultamento di stato (artt. 566-569 c.p.); sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.); sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.); inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori). Nonché, l'art. 6 legge n. 154 del 2001, che sanziona penalmente la violazione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari; l'art. 12-*sexies* legge n. 898 del 1970, che sanziona chi si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile; art. 3 legge n. 54 del 2006, che sanziona la violazione di obblighi di natura economica conseguenti alla separazione dei genitori. Cfr., sul punto, VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, cit., 207 ss.

[105] Nel caso giurisprudenziale del 2011, in cui il danno non patrimoniale patito dalla ex moglie era stato prodotto dal discredito sociale derivante dalla notorietà della relazione adulterina intrattenuta dal marito, si sarebbe dovuta verificare, secondo l'interpretazione che qui si sostiene, la sussistenza di uno dei reati di cui agli artt. 594 e 595 c.p. ed, eventualmente, liquidare il danno.

[106] In senso contrario, rispetto alla soluzione prospettata, CENDON P. – SEBASTIO G.: *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, cit., p. 1275, ove si osserva che, talvolta, i reati non sono effettivamente perseguiti per le più svariate ragioni, quali la crisi della giustizia penale, l'estinzione del reato per prescrizione, il patteggiamento da parte del reo, etc. Quale

snaturamento o all'interpretazione eccessivamente estensiva di alcuno degli istituti richiamati. Al tempo stesso, si eviterebbe di inaugurare un nuovo possibile filone di cause bagatellari connesse ai giudizi di separazione o divorzio con conseguente ed inevitabile "patrimonializzazione dei sentimenti"[107], anche alla luce della chiarita non pregiudizialità della dichiarazione di addebito[108], corretta dal punto di vista formale, ma probabilmente inopportuna in un Paese con una spiccata tendenza al contenzioso. Sotto quest'ultimo aspetto, il tentativo da parte della giurisprudenza di ancorare il risarcimento del danno alle ipotesi di violazione non tollerabile di diritti costituzionalmente garantiti della persona appare un *escamotage* interpretativo sterile e facilmente aggirabile soprattutto a fronte della formulazione aperta dell'art. 2 Cost.[109].

Tuttavia, tale interpretazione, per quanto rigorosa, appare, in tutta realtà, oggi difficilmente attuabile a fronte dell'ormai consolidato ed assolutamente maggioritario orientamento sviluppatosi nell'ultimo trentennio sul danno non patrimoniale, alla luce del quale siffatto risarcimento non potrebbe essere limitato alle sole ipotesi tipiche in senso stretto, dovendosi, al contrario, risarcire anche le lesioni dei diritti costituzionalmente garantiti pur in assenza di una norma di rinvio espressa.

VII. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL CONVIVENTE E LA REGOLA RISARCITORIA APPLICABILE

L'ormai costante espansione della tutela dei diritti fondamentali della persona nelle relazioni familiari è stara recentemente ribadita ed estesa dalla Cassazione[110] anche in caso di convivenza *more uxorio*. Una disamina sull'applicabilità delle norme generali della responsabilità civile all'interno della famiglia di fatto risulta quanto mai opportuna, stante la considerevole

caso emblematico gli Autori riportano un celebre caso (Cass. 7 giugno 2000 n. 7713), nel quale il padre, inadempiente per anni dell'obbligo di mantenimento nei confronti del figlio e per questo imputato *ex* art. 570 c.p., aveva chiesto il patteggiamento e corrisposto integralmente gli arretrati. Il comportamento illecito da parte del genitore, però, aveva comportato un danno residuale, esistenziale, nei confronti del minore che, secondo la Corte, andava risarcito.

[107] GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*, cit., p. 169 ss.

[108] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

[109] GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., p. 73, che definisce il "filtro dei diritti costituzionali inviolabili (...) un filtro che, può ben dirsi, fa acqua da tutte le parti" con l'aggiramento della riserva di legge pretesa dall'art. 2059 c.c., che "deve cedere di fronte alla lesione di diritti inviolabili, i quali sono però sostanzialmente, ma anche formalmente, innominati, non essendo essi tipizzati dall'art. 2 Cost.".

[110] Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit.

rilevanza sociale e giuridica[111] del fenomeno e la portata dell'assunto giurisprudenziale.

Sembra interessante affrontare la problematica in esame traendo spunto da un caso concreto recentemente affrontato dalla giurisprudenza di legittimità.

Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici nel 2013 è abbastanza semplice: l'uomo, dopo anni di convivenza, decide di disattendere la promessa di matrimonio fatta alla *partner,* abbandonando la casa familiare per intraprendere una nuova relazione e privando costei ed il figlio, da poco nato, della necessaria assistenza morale e familiare. La censura formulata dalla donna si conclude con la richiesta alla Corte di stabilire "se il diritto all'assistenza morale e materiale, il diritto alla fedeltà e alla sessualità e i doveri derivanti dal matrimonio quali diritti fondamentali della persona e, in quanto tali, posti al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, si riflettono sui rapporti tra le parti anche nella fase precedente al matrimonio"[112].

La Corte, dopo aver riassunto, come spesso aveva fatto anche nelle precedenti pronunce, l'evoluzione giurisprudenziale relativa alla risarcibilità della lesione di diritti fondamentali della persona e alla tematica dell'illecito endofamiliare, entra nel merito della questione statuendo che l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente al matrimonio stesso, imponendo loro, pur in mancanza di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di costituire quest'ultimo, un obbligo di lealtà, correttezza e solidarietà. Ciò premesso, la violazione dei diritti fondamentali della persona sarebbe configurabile, nell'ottica riferita, anche all'interno delle unioni di fatto che abbiano le caratteristiche di serietà e stabilità, con la conseguente tutela accordata *ex* art. 2 Cost., essendo la famiglia di fatto una delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo[113].

---

111 Per le linee generali sulla famiglia di fatto, anche in chiave critica, si rimanda agli studi di GAZZONI F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano (1983); ROPPO E.: *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomelogia delle libere unioni*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1980), p. 697 ss.; SANTILLI M.: *Note critiche in tema di «famiglia di fatto»*, *ivi* (1980), p. 771 ss.; LIPARI N.: *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, in AA.VV., Atti del Convegno Nazionale "La famiglia di fatto" di Pontremoli 27-30 maggio 1976, Tarantola, Montereggio (1977), p. 58 ss.; PROSPERI F.: *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Napoli (1980); nonché PARADISO M.: *I rapporti personali tra coniugi, Artt. 143-148*, in *Comm. Schlesinger*, Milano (1990), p. 91 ss.

112 Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit.

113 Cass. 15 marzo 2012 n. 4184, *Dir. fam. pers.* (2012), p. 696.

A sostegno della propria interpretazione, la Corte non manca di riportare numerosi interventi legislativi[114], che rappresenterebbero "segnali di una crescente attenzione del legislatore verso fenomeni di consorzio solidaristico e modelli familiari in cui per libera scelta si è escluso il vincolo, e, con esso, le conseguenze legali del matrimonio"[115].

Ad ulteriore riprova della rilevanza giuridica e sociale della famiglia di fatto, la sentenza richiama alcuni precedenti della Corte Costituzionale[116], nonché alcune recenti interpretazioni[117] dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo elaborate dalla Corte di Strasburgo sulla tutela del diritto alla vita familiare non soltanto in relazione alla famiglia legittima, ma anche a quella di fatto.

Le difficoltà già prospettate[118] di inquadrare correttamente a livello ordinamentale la ricostruzione offerta dalla Cassazione per il danno prodottosi all'interno della famiglia legittima si ripropongono, in parte, anche in relazione all'esposto approdo giurisprudenziale. Si badi bene, non si vuole qui mettere in discussione l'opportunità di accordare il risarcimento all'interno della famiglia di fatto (intesa quale "formazione sociale" *ex* art. 2 Cost. e non come forma alternativa di famiglia), ove le prerogative fondamentali dell'individuo devono essere oggetto di tutela così come prescritto dalla Costituzione, ma, anche in questo caso, si intende sollevare talune riserve sulla logicità ed opportunità del modello proposto in sentenza.

---

114 Gli interventi legislativi espressamente richiamati in sentenza sono: la legge 10 dicembre 2012 n. 219, che ha eliminato ogni residua discriminazione tra figli "legittimi" e "naturali"; la legge 4 aprile 2001 n. 154, che ha introdotto nel codice civile gli artt. 342-*bis* e 342-*ter*, estendendo gli ordini di protezione contro gli abusi familiari al convivente; la legge 4 maggio 1983 n. 184, che prevede il requisito della stabilità della coppia di adottanti anche quando costoro abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni; la legge 9 gennaio 2004 n. 6, il cui art. 3 ha novellato l'art. 408 c.c., ai sensi del quale il convivente del beneficiario può diventare suo amministratore di sostegno; in virtù dell'art. 5, comma primo, della medesima legge, è stato novellato anche l'art. 417 c.c., che con la nuova formulazione consente alla persona stabilmente convivente di presentare l'istanza di interdizione o inabilitazione; la legge 19 febbraio 2004 n. 40, che consente l'accessibilità alle tecniche della fecondazione assistita da parte delle coppie di fatto; la legge 8 febbraio 2006 n. 54, sull'affidamento condiviso, applicabile anche nei procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati.

115 Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit.

116 Le sentenze richiamate dalla Cassazione sono: la sentenza n. 237 del 1986, che definì la famiglia di fatto costituzionalmente rilevante; la sentenza n. 404 del 1988, che dichiarò incostituzionale la legge n. 392 del 1978, nella parte in cui non prevedeva tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente; la sentenza n. 138 del 2010, che ribadì il concetto di formazione sociale idonea a consentire lo sviluppo della persona.

117 Sentenza 24 giugno 2010, Prima Sezione, caso *Shalk e Kopfr* contro Austria.

118 *Supra*, § VI.

Preliminarmente, occorre ribadire che la ricostruzione più rigorosa, al fine di evitare un'eccessiva dilatazione dei confini della responsabilità civile, sarebbe, anche in questo caso, quella secondo la quale la liquidazione del risarcimento del danno non patrimoniale sarebbe subordinata alla presenza di una norma puntuale di legge, come nel caso in cui il comportamento del *partner* integri gli estremi di una fattispecie delittuosa[119]. Tale interpretazione, d'altro canto, risulta, anche in siffatte ipotesi, difficilmente attuabile a causa dei limiti di cui si è poc'anzi detto[120].

Ciò posto, la ricostruzione della tutela civile in caso di violazione di diritti costituzionalmente garantiti tra *partner* sarebbe potuta, comunque, essere più agevole rispetto a quella prospettata in sentenza: la non sussistenza di precisi obblighi reciproci tra conviventi, che, consapevolmente, hanno optato per un regime maggiormente improntato sulla libertà rispetto a quello matrimoniale, avrebbe evitato la riproposizione dell'errato richiamo ai suddetti obblighi, così come puntualmente fatto dalla giurisprudenza per l'illecito endofamiliare, nonché le conseguenti, quanto legittime, perplessità circa il corretto inquadramento sistematico della responsabilità in esame. Più semplicemente, l'assenza di precisi diritti-doveri reciproci tra soggetti determinati avrebbe potuto (e dovuto) comportare l'applicabilità diretta delle norme sulla responsabilità aquiliana, con ristoro dell'eventuale danno non patrimoniale patito dal *partner* per la lesione di un diritto inviolabile.

La Corte, invece, ha optato per un percorso ermeneutico più complesso, richiamando un dibattuto precedente del 2005[121] ed affermando che

[119] A riprova della tutela accordata dal legislatore penale al convivente in quanto tale, si pensi all'art. 572 c.p., che, pur essendo nel titolo XI "Dei delitti contro la famiglia", è rubricato "Maltrattamenti contro familiari e conviventi".

[120] *Supra*, § VI.

[121] Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit. La questione riguardava le pretese di una donna che, a causa dell'impotenza del marito, tenuta nascosta da costui fin dopo le nozze, aveva ottenuto la dispensa in sede canonica ed il divorzio in sede civile per matrimonio *rato ma non consumato*, per poi agire successivamente al fine di ottenere la condanna dell'ex coniuge al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale patito a causa della asserita mancata realizzazione come moglie e come donna all'interno del rapporto coniugale. La ricorrente rilevava, inoltre, che la condotta illecita da parte dell'uomo fosse contraria ai canoni di lealtà, correttezza e buona fede sia a causa delle mancate informazioni prima della celebrazione del matrimonio sulle sue condizioni psicofisiche, sia per essersi questi sottratto, successivamente, alle opportune cure mediche specialistiche al fine di evitare che l'*impotentia coeundi* fosse nota ai terzi. La Corte statuì che "l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità ed indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro — pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva della costituzione di tale vincolo — un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, che si sostanzia anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente le proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il

l'intensità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio si rifletterebbe anche nella fase precedente alla celebrazione dello stesso, nella prospettiva della costituzione del vincolo coniugale. Siffatta ricostruzione poteva ritenersi ammissibile[122], a tutto concedere, nel caso prospettato nel 2005, in cui effettivamente vi era stata, successivamente, la celebrazione del matrimonio, ma applicarne i medesimi principi in caso di convivenza, giustificando l'operazione ermeneutica su un mero giudizio ipotetico e prognostico ("nella prospettiva della costituzione di tale vincolo"), appare, a nostro avviso, eccessivo. D'altronde, l'applicabilità delle norme relative ai rapporti personali tra i coniugi all'interno della famiglia di fatto, oggetto di acceso e risalente dibattito dottrinale, porrebbe il complesso problema sulla possibile estendibilità delle medesime sanzioni previste per i coniugi in caso di violazione degli stessi da parte del convivente[123].

Inoltre, non va dimenticato che il codice civile tutela puntualmente la fase prematrimoniale attraverso due distinti istituti (il risarcimento del danno per rottura della promessa di matrimonio *ex* art. 81 c.c. ed il matrimonio putativo *ex* artt. 128 ss. c.c.), dando precise indicazioni su quali comportamenti possono risultare civilmente rilevanti in tale fase ed in presenza di quali condizioni di carattere formale.

L'art. 81 c.c. commina il risarcimento del danno per le spese sostenute in funzione della celebrazione del matrimonio al promittente "che senza giusto motivo ricusi di eseguirla". L'applicabilità di siffatto istituto, che, effettivamente, vincola, da un certo punto di vista, le parti ad osservare un determinato comportamento nella fase prematrimoniale, è subordinato

matrimonio è rivolto. Applicando i richiamati principi alla fattispecie in esame, osserva la Corte che il diritto del quale la ricorrente assume la lesione assurge certamente al rango di diritto fondamentale della persona. È qui in discussione il diritto alla sessualità, che la dottrina costituzionalistica degli anni Ottanta annoverava tra i nuovi diritti, e che certamente si sostanzia in una posizione soggettiva tutelata dalla Costituzione. Va, al riguardo, richiamata la sent. n. 561 del 1987 della Corte cost., la quale affermò che la sessualità costituisce uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire".

[122] *Contra*, GAZZONI F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 368. Partendo dall'assunto che la condotta illecita omissiva da parte dell'ex marito sarebbe stata integrata dalla mancata comunicazione, da parte di quest'ultimo, di dovute informazioni prematrimoniali, l'Autore critica la ricostruzione offerta dalla Cassazione, in quanto "con questa generalizzazione inquietante, che va ben oltre l'art. 129-*bis*, comma primo, la fase prematrimoniale diverrebbe, in chiave di obbligo giuridico, una sorta di trattativa precontrattuale, da condurre secondo buona fede", potendo così il giudice disporre il risarcimento *ex* art. 1337 c.c.

[123] Si veda, sul punto, PARADISO M.: *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 101, ove numerosi riferimenti in dottrina.

legalmente alla condizione che la promessa di matrimonio sia stata fatta vicendevolmente per atto pubblico o scrittura privata autenticata. In assenza di tale requisito di natura formale, non sarà, dunque, possibile ottenere il ristoro del danno. Appare evidente che, nel caso in esame, mancando una promessa solenne di matrimonio, il riferimento a puntuali obblighi sui *partner* postulato dai supremi giuridici sembrerebbe contraddire quanto espressamente previsto e disciplinato nel codice.

Ad ulteriore riprova del fatto che l'ordinamento non impone ai promittenti alcun comportamento, se non in presenza delle condizioni ora viste, si richiama l'art. 79 c.c., il quale sancisce, specularmente, che la promessa di matrimonio "non formale" non obbliga le parti ad alcunché se non alla restituzione dei doni fatti in funzione della celebrazione del matrimonio stesso (art. 80 c.c.).

L'assunto è confermato da recente giurisprudenza[124], che ha negato categoricamente che dalla rottura della promessa di matrimonio possa derivare un obbligo risarcitorio per la lesione dei diritti costituzionalmente garantiti. La Corte, nella sua motivazione, enfatizza il fatto che dalla promessa di matrimonio non deriva un obbligo a contrarre lo stesso, in quanto "la legge vuol salvaguardare fino all'ultimo la piena ed assoluta libertà di ognuno di contrarre o non contrarre le nozze", con la conseguenza che "l'illecito consistente nel recesso senza giustificato motivo non è assoggettato ai principi generali di responsabilità civile, contrattuale od extracontrattuale, né alla piena responsabilità risarcitoria che da tali principi consegue, poiché un tale regime potrebbe tradursi in una forma indiretta di pressione sul promittente nel senso dell'accettazione di un legame non voluto". Le uniche conseguenze risarcitorie potrebbero essere, quindi, esclusivamente quelle previste dalle legge *ex* art. 81 c.c.

Altro indice del fatto che la ricostruzione offerta dalla pronuncia della Cassazione non si inserisce armonicamente nell'assetto codicistico sarebbe rinvenibile dall'esame della disciplina del c.d. matrimonio putativo. Anche in relazione a tale fattispecie il legislatore impone alle parti l'osservanza del dovere di buona fede, con particolare riferimento alla consapevolezza di una causa di invalidità del matrimonio, ma anche in tali casi la disciplina legale è applicabile soltanto in presenza di un atto matrimoniale, seppur nullo[125]. La

[124] Cass. 2 gennaio 2012 n. 9, *Dir. fam pers.* (2013), p. 431, con nota di COCUCCIO M.: *Promessa di matrimonio: è ammesso il "ripensamento", ma non sono risarcibili i danni morali.*

[125] A conferma di tale ricostruzione, cfr. GAZZONI F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 368. *Contra*, NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 944, ove l'Autore, all'interno della prospettiva riportata sugli obblighi di protezione, afferma che "la tutela dell'art. 129-*bis* appare, insomma, legata alla violazione di un obbligo di protezione vigente nella fase prematrimoniale e non può ricordare gli obblighi di protezione che agli artt.

presenza dell'atto matrimoniale, così come nell'esempio sopra riportato della promessa formale, dimostra che il codice civile impone alle parti l'osservanza di determinati comportamenti nella fase prematrimoniale in casi eccezionali, nei quali effettivamente è presente un determinato atto (matrimoniale nullo o promessa di matrimonio formale) che ben si distingue dall'eccessivamente generica e labile "prospettiva di costituzione di tale vincolo", di cui si legge in sentenza.

Il richiamo, seppur indiretto, ai diritti e doveri nascenti dal matrimonio nel caso in esame appare, dunque, assolutamente evitabile anche, se non soprattutto, alla luce della "peculiare scelta dei conviventi, considerata nel suo profilo negativo di sostanziale rifiuto della formalizzazione del vincolo e degli effetti giuridici da quello indissolubili, costituisce un elemento che l'interprete non può sottovalutare"[126].

Al contrario, il riflesso che i diritti e doveri reciproci potrebbero avere nella fase precedente alla celebrazione del matrimonio sembrerebbe confermare, a ben vedere, la ricostruzione offerta dall'esposta dottrina che ha tentato di ricondurre l'illecito endofamiliare all'ipotesi di violazione degli obblighi di protezione[127]. A prescindere da obblighi di natura formale ed in assenza di qualsiasi vincolo, similmente a quanto è stato postulato in materia contrattuale, i conviventi dovrebbero comunque osservare, all'interno dei loro rapporti reciproci, "un obbligo di lealtà, correttezza e solidarietà", riecheggiante il generale principio di buona fede tutelato dai *Schutzpflichten.*

Le obiezioni già mosse[128] troverebbero applicazione anche in relazione al caso in esame: un possibile automatismo tra certe patologie dei rapporti affettivi e l'insorgere di una responsabilità risarcitoria, già discutibile all'interno della famiglia fondata sul matrimonio, apparirebbe inammissibile all'interno di un rapporto, quale quello tra *partner*, basato sulla legittima scelta di non imporsi i pregnanti obblighi reciproci previsti dalla legislazione civile nei confronti dei coniugi. D'altro canto, "l'esigenza delle persone conviventi di realizzare rapporti giuridicamente qualificati, e quindi espressivi di diritti e doveri reciproci, nel nostro ordinamento giuridico trova naturale realizzazione attraverso il matrimonio"[129].

1337-1338 c.c. pongono alle parti nella fase precontrattuale vincolandole al principio di buona fede".

[126] SANTILLI M.: *Note critiche in tema di «famiglia di fatto»*, cit., p. 791.

[127] NICOLUSSI A: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 959 ss.; GATTO A.: *Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*, cit., p. 2602.

[128] *Supra*, § VI.

[129] GIACOBBE G., *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, *Dir. fam. pers.* (2009), p. 310.

Prescindendo dalla ricostruzione offerta dalla giurisprudenza nella sentenza in commento e riconoscendo le difficoltà applicative dell'opzione interpretativa che ricondurrebbe il risarcimento del danno non patrimoniale alle sole ipotesi tipiche, quale, su tutti, il reato, la ricostruzione della responsabilità civile tra *partner* in presenza di gravi violazioni delle prerogative fondamentali della persona dovrebbe essere ricondotta agli artt. 2043 e 2059 c.c. L'applicazione della regole generali in materia di responsabilità civile non sembra, in queste ipotesi, collidere con precisi obblighi reciproci assunti dalle parti, che nelle fattispecie in esame, a differenza di quanto avviene nella famiglia legittima, mancherebbero, fugando così ogni dubbio circa l'opportunità di applicare un diverso tipo di responsabilità, quale quella da inadempimento.

VIII. I POSSIBILI CORRETTIVI AL MODELLO GIURISPRUDENZIALE

Con la disamina giurisprudenziale si ha avuto modo di sottolineare l'incidenza del tema in esame in materia familiare. La tutela risarcitoria in tale ambito è stata negli ultimi anni accordata pacificamente, come dimostrato dalla recente giurisprudenza di legittimità e di merito[130].

Avendo la Cassazione optato per il rimedio aquiliano quale paradigma giuridico all'interno del quale sussumere tale forma di responsabilità, ed avendo riconosciuto le difficoltà sistematiche di inquadrare diversamente la stessa, risulta quanto mai opportuno proporre alcuni correttivi al fine di evitare un possibile ed eccessivo dilatamento della responsabilità risarcitoria in un ambito, quale quello familiare, che storicamente possiede dei connotati che lo rendono uno dei "luoghi" maggiormente sensibili dal punto di vista sociale per la compiuta realizzazione dell'individuo.

Si badi bene, anche in questo caso non si intende formulare un giudizio negativo sull'ingresso della responsabilità risarcitoria all'interno della famiglia, ma, al contrario, si vuole sottolineare come un'eccessiva ed indiscriminata tutela della persona potrebbe innescare meccanismi e spinte eccessivamente disgregatrici all'interno dell'ambiente domestico, con il concreto rischio di uno "snaturamento delle basi solidaristiche e personali della famiglia"[131].

---

[130] *Ex plurimis*, Trib. Brescia 14 ottobre 2006, *Fam. dir.* (2007), p. 57 ss., con nota di FACCI G.; in *Giust. civ.* (2007), p. 987 ss., con nota di MASCIA A.; App. Milano 12 aprile 2006, in *Fam. dir.* (2006), con nota di FACCI G.; Trib. Venezia 14 maggio (2009), *Nuova giur. civ comm.* (2010), con nota di BENNI DE SENA A.; *Resp civ. prev.* (2009), con nota di CENDON P.; Trib. Busto Arsizio 5 febbraio 2010, *ivi*, con nota di FACCI G.

[131] NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 936.

È opportuno rilevare che le considerazioni appena fatte non sfuggivano alla Cassazione, che, all'interno delle sentenze esaminate, ha tentato di porre taluni limiti al ricorso alla tutela risarcitoria, similmente a quanto statuito da quella giurisprudenza che, tra il 2008[132] ed il 2009[133], ridefiniva l'assetto del risarcimento del danno non patrimoniale.

Uno tra essi è la limitazione della responsabilità ai soli danni conseguenza evitando la risarcibilità *ex se* della mera violazione dei doveri coniugali: infatti, "fermo restando che la mera violazione dei doveri matrimoniali, o anche la pronuncia di addebito della separazione, non possono di per sé ed automaticamente integrare una responsabilità risarcitoria"[134], per quanto concerne i danni non patrimoniali, dovrà "riscontrarsi la concomitante esistenza di tutti i presupposti ai quali l'art. 2059 c.c. riconnette tale responsabilità"[135].

Appare, quindi, necessario che il giudice adito riscontri la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, con particolare riferimento all'ingiustizia del danno ed al nesso di causalità. Sotto quest'ultimo aspetto, la prova del presunto danno non patrimoniale patito dalla vittima deve essere quanto mai rigorosa[136], affermando la stessa Cassazione che la sussistenza e l'insorgere di tale tipo di danno potrebbe verosimilmente concretizzarsi in "casi e contesti del tutto particolari"[137], ove si dimostri che la condotta lesiva posta in essere abbia comportato, per le sue modalità, la lesione della salute o di altro diritto costituzionalmente garantito.

A livello di fattispecie, il più importante elemento che potrebbe effettivamente limitare il risarcimento del danno alle sole ipotesi concretamente meritevoli di una tutela ulteriore, rispetto a quella garantita dagli istituti specifici già previsti dal legislatore, è l'ingiustizia del danno stesso[138]. L'effettiva sussistenza dell'ingiustizia del presunto danno subìto, unitamente alle considerazioni appena svolte per quanto concerne l'onere probatorio, dovrebbe limitare l'accesso al rimedio, evitando così un incentivo

[132] Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, cit.
[133] Cass. sez. un. 19 settembre 2009 n. 18356, cit.
[134] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.
[135] *Ibidem*.
[136] Sulla prova del danno non patrimoniale si rimanda a FREZZA G.: *La prova del danno non patrimoniale: i "paradossi" della dottrina, le "verità" giurisprudenziali*, cit., p. 652.
[137] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.
[138] In questo senso FACCI G.: *Il danno da adulterio*, cit., p. 1481 ss.; FERRANDO G.: *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI G., Torino (2009), I, p. 403 ss. Sul giudizio di bilanciamento nelle ipotesi in esame, si rimanda a CAMILLERI E.: *Illeciti endofamiliari*, cit., p. 145 ss.

al contenzioso, non dovendosi trascurare che gli autonomi giudizi risarcitori in esame sorgerebbero, con molta probabilità, in concomitanza o immediatamente dopo il giudizio di separazione.

La valutazione sull'ingiustizia del danno comporta, nondimeno, un giudizio non facile per il giudice, che dovrà tentare un particolarmente complesso bilanciamento tra le libere esplicazioni della personalità dei due coniugi, molto spesso oggetto di tutela a livello costituzionale per il tramite dell'art. 2. In altre parole, come è stato correttamente osservato, "l'interprete è chiamato ad un delicato bilanciamento tra le contrapposte posizioni e, in particolare, tra i diritti del coniuge danneggiato ed i diritti di libertà e di autonomia dell'autore della condotta, a conferma che la responsabilità civile in famiglia solleva il difficile problema del contemperamento tra la tutela delle libertà fondamentali della persona ed il loro rapporto con la solidarietà in ambito familiare"[139].

L'intervento giudiziale dovrebbe sempre prendere in considerazione il fatto che la sopracitata libertà di separarsi o di divorziare (con i suoi effetti sulla cessazione degli obblighi coniugali) rappresenta la principale innovazione introdotta dalla riforma del 1975 ed una eccessiva espansione della tutela risarcitoria potrebbe compromettere tale diritto, nonché aggravare, in maniera plausibilmente eccessiva, la posizione del coniuge "danneggiante", che, oltre agli oneri di natura patrimoniale previsti dal codice in relazione alla fase patologica del rapporto matrimoniale, potrebbe incorrere anche in un obbligo risarcitorio sorto *ex* artt. 2043 e 2059 c.c.

D'altro canto, il coniuge danneggiante non potrà invocare indiscriminatamente l'eccezione "*iure suo uti*", quale scriminante illimitata ed automatica, in quanto il ricorso a tale *escamotage* potrebbe comportare, a ben vedere, il ritorno ad una forma di immunità in ambito familiare che il nuovo orientamento giurisprudenziale ha voluto, invece, escludere[140].

Un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie, su cui risulta opportuna un'attenta riflessione, è rappresentato dall'elemento psicologico. L'applicazione degli artt. 2043 e 2059 c.c. comporta, quale logico corollario, la configurabilità della responsabilità in esame anche a fronte di lesioni colpose, frutto, dunque, di mera negligenza, di uno degli obblighi scaturenti dal matrimonio.

[139] FACCI G.: *Il danno da adulterio*, cit., p. 1481 ss.
[140] CAMILLERI E.: *Illeciti endofamiliari*, cit., p. 202.

Certa dottrina[141] qualifica il dolo negli illeciti endofamiliari "come comportamento intenzionale teso ad abusare di un diritto di libertà e di autodeterminazione che, in sé, non è posto in alcun modo in discussione. Il dolo, così inteso, quindi, attrae nell'area dell'illecito comportamenti che, altrimenti, sarebbero giuridicamente irrilevanti", escludendo, dunque, la possibilità di accordare un risarcimento a fronte di violazioni colpose. Allo stesso modo si è sottolineato che il ricorso allo strumento aquiliano a fronte di violazioni colpose consumate all'interno della famiglia rappresenterebbe una reazione eccessivamente "brutale" da parte dell'ordinamento[142].

Da un punto di vista giuridico-formale, le riserve formulate non convincono, in quanto l'interprete non potrebbe arbitrariamente disapplicare il riferimento al "fatto doloso o colposo" di cui all'art. 2043 c.c., dovendosi, dunque, riconoscere l'estendibilità della responsabilità in esame anche alle ipotesi in cui il comportamento del familiare sia qualificabile come colposo. Tale impostazione è, d'altronde, confermata dalla stessa giurisprudenza, che recentemente ha definito la condotta lesiva ai danni del familiare quale "comportamento (doloso o colposo) che, incidendo su beni essenziali della vita, produce un danno ingiusto, con conseguente risarcimento, secondo lo schema generale della responsabilità civile"[143].

All'interno delle pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite negli anni, è comunque possibile individuare taluni correttivi che sarebbe opportuno trovassero applicazione in siffatti casi, al fine di evitare il risarcimento del danno in ipotesi in cui la lesione, seppur colposa, non si possa considerare grave. La giurisprudenza, sulla scorta dei canoni interpretativi tracciati dalle c.d. sentenze di San Martino[144] in merito alla soglia minima di risarcibilità, ha specificato che non sono da considerarsi rilevanti, ai fini risarcitori, "i comportamenti di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza, ma

[141] SPANGARO A.: *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA M., cit., p. 127; FACCI G.: *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, 581. Cfr. PATTI S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 34, il quale afferma che "la comunione di vita e la comunanza di interessi che legano i membri della famiglia consentono in molte ipotesi di risolvere all'interno del gruppo le questioni attinenti all'illecito civile commesso da uno dei familiari, specialmente quando non ricorre il dolo".

[142] NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 938.

[143] Cass. 1 giugno 2012 n. 8862, cit.

[144] Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, cit.; cfr. CAMILLERI E.: *Illeciti endofamiliari*, cit., p. 205 ss.

unicamente quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona"[145].

Dunque, acclarata l'applicabilità della responsabilità in esame anche alle ipotesi di violazioni colpose, il ruolo fondamentale è rimesso all'organo giudicante, che dovrà valutare con particolare attenzione se la condotta lesiva integri o meno il requisito dell'intrinseca gravità individuato dalla giurisprudenza ai fini del ristoro del danno.

In conclusione, l'evoluzione ordinamentale ha avuto quale sua sintesi naturale l'ingresso della tutela risarcitoria all'interno della famiglia, superando una immunità dettata più da regole di costume che giuridiche ed imperante per almeno un secolo. Ad oggi, al contrario, la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nelle relazioni familiari risulta garantita a più livelli, sia attraverso istituti *ad hoc* previsti dal codice civile, sia, ormai, attraverso il ricorso alle regole generali in materia di responsabilità civile per il ristoro del danno patrimoniale e non patrimoniale.

Quella che rappresenta una conquista della scienza giuridica non deve, però, portare ad una incontrollata "smania risarcitoria". Il ricorso ai diversi correttivi appena delineati (sussistenza di tutti gli elementi costituitivi dell'illecito aquiliano, rigoroso onere probatorio, attenta valutazione sull'ingiustizia del danno e della lesività della condotta) dovrebbe, in linea teorica, circoscrivere detta forma di responsabilità nei casi di lesioni particolarmente gravi di diritti costituzionalmente garantiti consumate in contesti e situazioni particolari, fugando così il rischio di un nuovo proliferare di cause bagatellari connesse ai giudizi di separazione e simili, dovuto al fatto che la responsabilità in esame sorge abitualmente nella fase patologica del rapporto e che, soprattutto, l'addebito della separazione non risulta pregiudiziale rispetto alla domanda di risarcimento[146].

Come si è avuto modo di osservare, tuttavia, la limitazione del risarcimento in esame alle sole ipotesi tipiche, *ex* artt. 2059 c.c. e 185 c.p., dovrebbe già permettere il ricorso a tale forma di tutela in situazioni effettivamente gravi, a fronte delle quali gli altri rimedi codicistici, con particolare riferimento a quelli di cui al libro I, risulterebbero, in verità, insufficienti in presenza di una lesione di un diritto inviolabile della persona.

Non si ignora che il riferimento alle sole ipotesi tipiche, siano esse reati o altri casi di legge, potrebbe, come è stato rilevato, lasciare dei vuoti di tutela in

[145] Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit. Più recentemente, Cass. 17 gennaio 2012 n. 610, cit., ove si richiede "la prova di condotte specifiche, dotate d'intrinseca gravità".
[146] Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

relazione a taluni diritti inviolabili. Le soluzioni più convincenti appaiono, essenzialmente, due: o "ipotizzare una dichiarazione di incostituzionalità della norma ordinaria confliggente con la Carta fondamentale (...), ovvero potrebbero auspicarsi interventi legislativi volti a colmare le lacune che le letture combinate dell'art. 2059 c.c. con le norme di rinvio lasciano scoperte"[147].

[147] VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, cit., p. 216 ss.

FAMIGLIA E RESPONSABILITÀ

FAMILY AND CIVIL LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 145-172.

Fecha entrega: 02/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. ANNA BIZZARRO
Dottore di ricerca in diritto civile
Università degli Studi del Sannio
anna.bizzarro@yahoo.it

RIASSUNTO: Il lavoro ripercorre la strada che ha condotto all'ingresso della responsabilità civile nella famiglia. Pienamente condivisibile è il potenziamento della tutela della persona nella formazione sociale-famiglia, tesa a garantire la piena realizzazione dell'individuo. Occorre, però, riflettere sulla possibilità di ricondurre, in talune ipotesi, la lesione di un interesse non patrimoniale ad un inadempimento contrattuale, confinando la fattispecie nel solco della responsabilità contrattuale.

PAROLE CHIAVE: famiglia, responsabilità, illecito endofamiliare.

ABSTRACT: The work traces the path that led to the development of civil liability in family law. On one hand, it seems to share the idea of strengthening the protection of the person in familiar group; on the other hand, it focuses on the opportunity of leading, under certain circumstances, the affection of non-pecuniary familiar interests to the breach of contract.

KEY WORDS: family, civil liability, intrafamily tort.

SOMMARIO: I. PREMESSA.- II. IL DIFFICILE CAMMINO VERSO L'AFFERMAZIONE DELL'ILLECITO ENDOFAMILIARE. RAGIONI A SOSTEGNO DEL RIFIUTO A PROSPETTARE IL BINOMIO FAMIGLIA–RESPONSABILITÀ. – III. L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA PONE LE BASI PER IL RICONOSCIMENTO DELL'ILLECITO ENDOFAMILIARE. – IV. LA CASSAZIONE RICONOSCE L'ILLECITO ENDOFAMILIARE. – V. LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE NELLA COMPAGINE FAMILIARE. – VI. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. PREMESSA.

Il binomio famiglia-responsabilità civile "sembra il frutto di qualche svista, di un errore di stampa. Una contraddizione in termini, una sorta di ossimoro"[1]. La materia, tuttavia, è oggetto, da più di un ventennio, di un vivace dibattito giurisprudenziale, frutto anche delle sollecitazioni della dottrina, la quale ha rifiutato l'idea che tale formazione sociale sia 'immune' a condanne risarcitorie per eventuali illeciti perpetrati da un membro della famiglia nei confronti di un altro[2].

Il problema si è posto, infatti, per gli illeciti c.dd. endofamiliari, ossia consumati all'interno della famiglia da un suo componente[3]. Nell'àmbito di

[1] Così, CENDON P., nell'introduzione del lavoro di CASSANO G., *Rapporti familiari responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006.

[2] Sul punto, fondamentali i lavori di PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984 e di MOROZZO DELLA ROCCA P., *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605.

[3] Il problema si è posto, naturalmente, per la sola applicabilità dell' art. 2043 c.c., posta l'acclarata risarcibilità nelle ipotesi espressamente disciplinate. Si pensi, a titolo esemplificativo, al risarcimento del danno previsto nell'ipotesi di rottura ingiustificata della promessa di matrimonio (art. 81 c.c.); al risarcimento del danno subìto per l'invalidità del matrimonio, imputabile al coniuge in mala fede (art. 129 *bis* c.c.); all'art. 709 *ter* c.p.c. che prescrive la risarcibilità del danno a favore del figlio o del genitore incolpevole nelle ipotesi di "di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento". Si ricorda che con riferimento all'art. 81 c.c., a fronte di chi propugna la natura extracontrattuale della responsabilità in oggetto (TATARANO G., *Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza*, *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 649; FINOCCHIARO F., *Del matrimonio*, *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna, 1971, p. 72; LILLO P., *Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio*, *Dir. fam.*, 1990, p. 291), altri configurano una responsabilità precontrattuale, per recesso improvviso e ingiustificato dai preparativi (in dottrina cfr. AULETTA T., *Il diritto di famiglia*, Torino, 2002, p. 25. In giurisprudenza v. Pret. Milano, 2 dicembre 1999, *Giur. milanese*, 2000, p. 103). Altri ancóra parlano di "redistribuzione equitativa delle conseguenze patrimoniali relative alla rottura del fidanzamento" (PARADISO M., *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 19).

questa figura è possibile scorgere fattispecie disomogenee[4] ma accomunate dalla circostanza che il danneggiante e il danneggiato sono legati da un rapporto familiare o, talvolta, anche solo "para-familiare"[5], già prima del compimento dell'illecito. Si pensi alle differenti ipotesi di danno tra coniugi o tra genitori e figli[6].

Il primo caso nel quale è stata accolta la richiesta di risarcimento del danno per illecito endofamiliare risale agli anni 'cinquanta[7]. Un ragazzo chiedeva il risarcimento ai genitori i quali, affetti da sifilide e informati sul rischio di contagiare il feto, avevano trascurato tale rischio trasmettendo la malattia al figlio. Il Tribunale accoglieva la domanda, attirando così le critiche della dottrina, posta anche la condivisibile preoccupazione di ammettere il danno da procreazione[8]. Di là dalle numerose implicazioni e sollecitazioni della pronuncia in oggetto, la stessa è il primo segnale di un profondo cambiamento – anche culturale – che, attraverso un lento e tortuoso

[4] Posta la disomogeneità delle differenti ipotesi oggetto di pronunce giurisprudenziali, parte della dottrina manifesta perplessità circa la configurabilità di un'unica e ampia categoria definita quale illecito "endofamiliare". Così BASINI G.F., *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno "endofamiliare" tra coniugi*, *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 92 ss.

[5] Cfr. BASINI G.F., *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno "endofamiliare" tra coniugi*, cit., nota 7, il quale, con riferimento alla possibilità che l'illecito sia posto in essere anche nel contesto di rapporti 'parafamiliari' rinvia "ai casi in cui l'illecito sia compiuto contro il figlio naturale, dal genitore che mai lo ha introdotto nella propria famiglia, o a casi in cui l'illecito corra tra genitori non legati dal matrimonio, e neppure da una convivenza *more uxorio*. In questi casi, è chiaro che gli attori della vicenda risarcitoria non fanno parte della stessa comunità, o, se si vuole, della stessa istituzione familiare".

[6] Sul punto cfr. PILLA V., *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006, p. 203, che – dopo aver tracciato la distinzione tra l'addebito della separazione e la responsabilità aquiliana, chiarendo che il "primo si proietta verso il futuro ed ha lo scopo di determinare, escludendo il diritto al mantenimento, l'ammontare dell'assegno di separazione; la seconda, invece, guarda al passato ed ha come obiettivo l'accertamento di un eventuale danno da risarcire" - specifica che "risulterebbe parimenti erronea l'applicazione indistinta e comune di regole risarcitorie tanto per la violazione dei doveri endofamiliari tra coniugi, quanto per la violazione di doveri endofamiliari tra genitori e figli".

[7] Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, *Foro it.*, 1952, IV, c. 11, con nota di COFANO R., *Intangibile la libertà sessuale?* La questione dell'illecito c.d. endofamiliare si era posta all'attenzione della Cassazione già nel 1921 (Cass. Roma, 27 maggio 1921, *ivi*, 1921, I, p. 778) là dove – profilatosi un ingiustificato abbandono della casa coniugale da parte della moglie – il marito avanzava pretesa del risarcimento dei danni subiti a seguito del comportamento illecito della donna. La suddetta pretesa veniva respinta, posta l'esistenza di un apparato sanzionatorio speciale, tale da escludere il ricorso al rimedio generale della responsabilità aquiliana. Quest'argomentazione, come si avrà modo di approfondire, sarà più volte invocata per escludere il ricorso all'art. 2043 c.c. in materia di violazione degli obblighi coniugali e dei genitori nei confronti della prole.

[8] Cfr. RESCIGNO P., *Il danno da procreazione*, *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 614, ora ID., *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006, p. 49 ss.; CASELLA A.P., *Ancora sul diritto dell'eredoluetico al risarcimento dei danni da parte dei genitori*, *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 338; LENER R., *Mero diritto civile la paternità?*, *Foro it.*, 1952, c. 12.

cammino, condurrà al riconoscimento dell'illecito endofamiliare, scardinando la convinzione che la famiglia sia un porto sicuro, 'dispensato' dalle ingerenze esterne.

II. IL DIFFICILE CAMMINO VERSO L'AFFERMAZIONE DELL'ILLECITO ENDOFAMILIARE. RAGIONI A SOSTEGNO DEL RIFIUTO A PROSPETTARE IL BINOMIO FAMIGLIA–RESPONSABILITÀ.

L'affermazione dell'illecito endofamiliare, come evidenziato, è una 'conquista' piuttosto recente[9], influenzata, tra l'altro, dai palpabili e 'frenetici' mutamenti che hanno caratterizzato il settore della responsabilità civile[10]. Non sono poche le remore manifestate nel configurare la responsabilità da illecito all'interno della formazione sociale - famiglia, dipinta dai più quale oasi felice, immune da interventi 'correttivi' esterni. L'intervento del giudice appariva quale possibile moltiplicatore delle conflittualità e la ritrosia a consentire l'intromissione di terzi poggiava su costumi sociali radicati nella nostra cultura e tali da considerare la soluzione delle problematiche appannaggio esclusivo dei membri della famiglia[11].

[9] Significative le parole di PALADINI M., *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2005, ss.: "il binomio famiglia-responsabilità può essere considerato un approdo interpretativo e sistematico relativamente recente nella giurisprudenza italiana, che solo da pochi anni pare essersi emancipata dall'idea che le relazioni familiari e, in particolare, le condotte poste in essere in violazione degli obblighi coniugali e genitoriali possano restare immuni da valutazioni giuridiche compiute sul piano dell'ingiustizia del danno e della necessità di garantire l'adeguato ristoro ai pregiudizi della personalità dei singoli componenti della famiglia". Del resto, una consolidata posizione qualificava il diritto di famiglia quale sistema chiuso, alla stregua di "un'isola soltanto lambita dal mare del diritto" (JEMOLO A.C., *La famiglia e il diritto*, *Annuali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1948-1949, p. 40).

[10] Rimarca l'incidenza dei mutamenti della responsabilità civile sull'evoluzione dell'illecito endofamiliare: FACCI G., *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, p. 4 ss.; NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 929, sottolinea che la famiglia è "investita dall'onda lunga dell'istituto giuridico più utilizzato nel nostro tempo. Non c'è settore del diritto privato infatti che la responsabilità civile non abbia invaso: dal settore del possesso, dell'arricchimento, del contratto, della pubblicità immobiliare, della concorrenza, dell'inizio della vita (responsabilità per *wrongful life*) e della fine di essa (il c.d. danno biologico da morte); per non parlare della formula magica danno esistenziale con la quale ogni giudizio di responsabilità sembra possibile. Di fronte a questa espansione della responsabilità, la lotta per il diritto negli ultimi decenni si è rivelata vieppiù come una volta proprio a salvaguardare *le frontiere nobili della responsabilità* e a evitarne la tracimazione indiscriminata in ambiti già disciplinati da regole proprie". Per ulteriori approfondimenti in tema di evoluzione del tema della responsabilità civile, si rinvia alle note: 18, 19, 20, 21, 22.

[11] La dottrina spiegava la resistenza al riconoscimento dell'illecito endofamiliare con ragioni di ordine sociale, tra le quali la convinzione radicata che la famiglia goda di ampi spazi di immunità. Sul punto cfr.: PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 51 ss. L'Autore, in

Ulteriore motivazione addotta per negare l'applicazione della responsabilità civile alla materia del diritto di famiglia era la necessità di conformarsi al criterio di specialità, in virtù del quale prevale la normativa dettata per uno specifico settore. In altre parole, gli strumenti utilizzabili nelle ipotesi di violazione dei doveri familiari erano individuati unicamente in quelli tipici previsti dal legislatore per regolamentare i rapporti tra i coniugi e tra genitori e figli. Si escludeva, pertanto, anche il cumulo di rimedi e, dunque, il ricorso alla disciplina della responsabilità civile[12].

Di tutta evidenza è l'errore metodologico di tale impostazione, giacché, nella fattispecie oggetto di analisi, non si pone un problema di conflitto tra norme, che spiegherebbe il rinvio operato al criterio di specialità[13]. Quest'ultimo, infatti, ha ragion d'essere nella misura nella quale al cospetto di due regole antinomiche occorra determinare quale delle due si applichi. Là dove, invece, la presenza di norme speciali non ostacoli il ricorso anche a regole generali,

particolare, sottolinea la diversità di ragioni che hanno impedito, per anni, l'ingresso della responsabilità civile nell'àmbito della famiglia, rispettivamente nei sistemi di *common law* e di *civil law*. Nei primi la ragione dell'immunità – della quale godeva il marito per gli illeciti perpetrati nei confronti della moglie – si fondava sulle conformi e reiterate pronunce giurisprudenziali, ispirate alla dottrina della *unity of persons*, in virtú della quale il matrimonio fa sì che i coniugi diventino una sola persona, da identificarsi nel marito. In Inghilterra, soltanto con l'intervento del legislatore [*Law Reform Act* (*Husband and Wife*) *Act* 1962] i coniugi furono autorizzati ad agire nei confronti dell'altro per ottenere il risarcimento del danno "come se essi non fossero sposati" (PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 61 ss.). Diversamente, nei sistemi di *civil law*, sono i 'costumi' e non la giurisprudenza a portare alla convinzione che "le questioni economiche tra i coniugi uniti non si risolvano davanti al giudice" (PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 67). La responsabilità civile, per l'effetto, 'entrava' nella famiglia soltanto quando la stessa si trovava nell'area del 'patologico', ossia quando i coniugi erano separati.

[12] Cfr. Cass., 27 maggio 1921, *Foro it.*, 1921, c. 778, che motiva l'impossibilità del ricorso all'art. 2043 c.c. sul presupposto che la separazione avesse carattere sanzionatorio e, per l'effetto, non fosse cumulabile con il rimedio risarcitorio. In particolare, nella pronuncia si legge che: "La colpa di uno dei coniugi per la quale sia stata pronunciata separazione personale non ha altre sanzioni che quelle determinate nell'ambito dei rapporti patrimoniali dall'art. 156 c.c., e non attribuisce all'altro coniuge il diritto ad essere risarcito dai pretesi danni". In dottrina, si mostrano contrari al cumulo dei rimedi, posta la necessità di evitare che il soggetto autore del comportamento lesivo sia 'condannato' due volte per la stessa condotta: DOGLIOTTI M. e FIGONE A., *I rapporti familiari*, in CENDON P. (a cura di), *La responsabilità civile*, VIII, Torino, 1998, p. 68; ZACCARIA A., *L'infedeltà: quanto può costare? Ovvero, è lecito tradire solo per amore*, Studium Iuris, 2000, p. 526 s.; FINOCCHIARO M., *La ricerca di tutela per la parte più debole non può "generare" diritti al di là della legge*, *Guida dir.*, 2002, p. 52; CASTAGNARO O.B., *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*, *Giur. it.*, 2002, p. 2292, che espressamente parla di deroga all'art. 2043 c.c. ad opera delle sanzioni speciali previste in tema di diritto di famiglia.

[13] Sui criteri di risoluzione del conflitto tra regole, cfr. CELOTTO A., *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, p. 133 ss.; PERLINGIERI P. e FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 22 s.

non trova riscontro il principio secondo il quale *lex specialis derogat legi generali*. Ne deriva, ad esempio, che l'applicazione di una regola quale, *ante* riforma del 1975, la previsione della violazione dei doveri coniugali come causa tipica e tassativa che legittimava il coniuge incolpevole a presentare istanza di separazione non era antinomica rispetto all'articolo 2043 c.c. Di là dalla possibilità di domandare la separazione a seguito della violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, infatti, non si rinvenivano ragioni ostative che escludessero il ricorso anche al sistema della responsabilità civile, salva la sussistenza dei requisiti espressamente richiamati nell'art. 2043 c.c.

In una visione sistematica, che tenga conto della complessità dell'ordinamento giuridico, infatti, è ben possibile il ricorso a più rimedi, nei limiti dei quali, posta la specialità della materia, non si prospetti una concreta incompatibilità tra uno strumento rimediale e l'altro[14].

La tendenza, con specifico riferimento al rapporto di coniugio, era, invece, anche dopo la riforma del 1975, verso la rilevanza dei comportamenti lesivi della personalità – rispettivamente del marito o della moglie – soltanto nella fase patologica del rapporto, ai fini dell'addebito della separazione. Un eventuale tradimento, ad esempio, perpetrato nei confronti del coniuge – nei limiti nei quali fosse la causa determinante della crisi del matrimonio[15] –

[14] Ciò che occorre rimarcare è la necessità di operare una lettura delle norme non frammentaria ed isolata ma 'sistematica'. Cfr., BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 76, che esclude la 'solitudine' della norma e ne proclama la collocazione all'interno dell'ordinamento; LAZZARO G., *L'interpretazione sistematica*, Torino, 1965, p. 127 ss.; PERLINGIERI P., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo* in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; anche in *Scuole tendenze e metodi*, *Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 273 ss.; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, *Rass. dir. civ.*, 2005, *passim*; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 580 ss., dove si afferma che "l'interpretazione è per definizione logico-sistematica e teleologico-assiologica, cioè finalizzata all'attuazione dei valori costituzionali".

[15] L'inosservanza dell'obbligo di fedeltà, ancóra oggi, può dar luogo, innanzitutto, all'addebito della separazione, nei limiti nei quali, però, sia dimostrata la sua efficacia causale nel rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza. Ne deriva che l'obbligo di provare la condotta infedele graverà sul coniuge offeso dalla stessa. Cfr., sul punto, Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, *Corr. giur.*, 2012, p. 645, con nota di DE MARZO G., *Domanda di addebito e distribuzione degli oneri probatori*.

Giova anche precisare che l'addebito non è giustificato se l'obbligo di fedeltà risulti disatteso dopo il verificarsi di una situazione di intollerabilità della convivenza. Così: Cass., 20 aprile 2011, n. 9074, *CED on line*, secondo la quale: "In tema di separazione tra coniugi, la reiterata inosservanza da parte di entrambi dell'obbligo di reciproca fedeltà non costituisce circostanza sufficiente a giustificare l'addebito della separazione in capo all'uno o all'altro o ad entrambi, quando sia sopravvenuta in un contesto di disgregazione della comunione spirituale e materiale quale rispondente al dettato normativo e al comune

poteva sfociare soltanto nell'addebito stesso, non rilevando eventuali danni non patrimoniali subiti dal membro della coppia tradito. Si è, infatti, autorevolmente sostenuto che "se non c'è crisi, nell'ambito del singolo nucleo familiare, il diritto è sostanzialmente inoperante, perché la famiglia, al di là ed a prescindere dalla normativa giuridica, troverà da se stessa, giorno per giorno, le regole più idonee per organizzare la propria vita e operare le proprie scelte"[16].

Nell'attuale sistema, inoltre, – una volta accantonata la funzione sanzionatoria della separazione – la giurisprudenza ha motivato l'impossibilità di utilizzare la clausola generale *ex* art. 2043 c.c. sul presupposto che nel caso di addebito della separazione manchi la lesione di una posizione soggettiva attiva tutelata come diritto perfetto, venendo meno l'ingiustizia quale elemento strutturale dell'illecito aquiliano[17]. Tale affermazione è oggi facilmente confutabile, posto il superamento della lettura restrittiva della clausola contenuta nell'art. 2043 c.c., in virtù della quale si reputava ingiusto soltanto il danno derivante dalla lesione del diritto soggettivo. È noto, infatti, che le strette maglie entro le quali era compresso l'art. 2043 c.c. si sono via via allargate, fino a comprendere non soltanto i diritti soggettivi assoluti, ma anche quelli relativi[18]. Successivamente, si è affermata la risarcibilità: 1) delle lesioni alle aspettative del familiare[19]; 2) dei danni per perdita di *chance*[20]; 3) della lesione del possesso[21].

Particolarmente importante è stata, inoltre, la nota pronuncia della Cassazione a Sezione Unite n. 500 del 99[22], che ha consacrato la risarcibilità per lesione degli interessi legittimi, sia pretensivi, sia oppositivi.

---

sentire, in una situazione stabilizzata di reciproca sostanziale autonomia di vita, non caratterizzata da "*affectio coniugalis*"".

[16] Così FERRI G.B., *La persona nella vita associata*, in STANZIONE P. (a cura di), *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985, p. 30.

[17] Sul punto v. Cass., 22 marzo 1993, n. 3367, *CED on line*, secondo la quale: "La tutela risarcitoria *ex* art. 2043 cod. civ. non può essere invocata per la mancanza di un danno ingiusto, che presuppone la lesione di una posizione soggettiva attiva tutelata come diritto perfetto. Ora, l'addebito della separazione ad un coniuge comporta solo gli effetti previsti dalla legge, ma non realizza la violazione di un diritto dell'altro coniuge".

[18] Cfr. Cass. Sez. un., 16 gennaio 1971, n. 174, *Resp. civ. prev.*, 1971, p. 67. Sul punto si veda, per tutti: BUSNELLI F.D., *Illecito civile*, *Enc. dir.* Treccani, XV, Roma, 1989, p. 11 ss.

[19] V. Cass., 25 giugno 1981, n. 4137, *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2213; Cass. Sez. un., 6 dicembre 1982, n. 6651, *Giur. it.*, 1984, c. 150.

[20] Cfr. Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, *Giur. it.*, 1986, c. 669; Cass., 13 giugno 1991, n. 6657, *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 424.

[21] Cass., 28 febbraio 1989, n. 1093, *CED on line.*

[22] Cass. Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Giust. civ.*, 1999, p. 2261. La sentenza è apprezzabile sia per la lettura ampia che offre dell'art. 2043 c.c., sia per aver contribuito al condivisibile superamento della astratta e rigida categoria del diritto soggettivo, al fine di una più adeguata tutela di qualsiasi situazione soggettiva meritevole alla luce dell'ordinamento e dei

La Corte ha affermato l'irrilevanza, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana in capo all'autore di un fatto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, della qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato. Secondo le Sezioni unite è ingiusto non soltanto il danno causato dalla lesione di un mero diritto soggettivo, ma tutti quelli in riferimento ai quali l'ordinamento non può consentire che rimangano a carico della vittima, ma che vanno trasferiti sul danneggiante, poiché lesivi di un interesse giuridicamente rilevante, alla luce del principio di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, cost.

Tale pronuncia è particolarmente significativa ai fini che ci occupano perché scardina, definitivamente, la tesi della risarcibilità dei soli 'diritti perfetti', ponendo l'attenzione non alla qualifica formale della situazione giuridica, ma alla meritevolezza dell'interesse da tutelare.

Altra giurisprudenza ha, altresì, escluso l'applicabilità del rimedio *ex* art. 2043 c.c. al diritto di famiglia con un'argomentazione che appare contraddittoria[23]. In particolare, si è affermato che dalla separazione personale dei coniugi possa sorgere, relativamente al profilo economico, soltanto il diritto ad un assegno di mantenimento, là dove ne ricorrano le circostanze previste dalla legge. Tale diritto escluderebbe la possibilità di chiedere – seppure in presenza di addebito – anche il risarcimento dei danni derivanti dalla separazione stessa. La Cassazione non esclude che l'addebito del fallimento del matrimonio soltanto ad uno dei coniugi possa acquisire i caratteri della colpa ma afferma che "costituendo la separazione personale un diritto inquadrabile tra quelli che garantiscono la libertà della persona (cioè un bene di altissima rilevanza costituzionale) ed avendone il legislatore specificato analiticamente le conseguenze nella disciplina del diritto di famiglia (cioè nella sede sua propria), deve escludersi – proprio in omaggio al principio secondo cui "*inclusio unius, esclusio alterius*" – che a tali conseguenze si possano aggiungere anche quelle proprie della responsabilità aquilana *ex* art. 2043 c.c.".

suoi valori. Si veda sul punto: FEDERICO A., *L'uso delle categorie giuridiche da parte del costituente: diritti soggettivi e interessi legittimi*, in *Tutela dei diritti e "sistema" ordinamentale*, Napoli, 2012, p. 46; PERLINGIERI P., *Profili di diritto civile*, 3ª ed., Napoli, 1994, p. 98. L'Autore rileva che la crisi del diritto soggettivo è frutto del superamento dell'impostazione che vede lo stesso quale espressione soltanto di un interesse individuale ed egoistico e della conseguente affermazione della complessità delle situazioni soggettive. La "complessità delle situazioni soggettive – per la quale in ogni situazione sono presenti momenti di potere e di dovere, sì che la distinzione tra situazioni attive e passive non va intesa in senso assoluto – esprime la configurazione solidaristica del nostro ordinamento costituzionale".

[23] Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, *CED on line*.

L'incongruenza della motivazione appare evidente nella misura nella quale, come già sottolineato da autorevole dottrina, i diritti fondamentali della persona non possano essere sacrificati nella formazione sociale-famiglia, all'interno della quale, piuttosto, i medesimi diritti dovrebbero trovare una concreta realizzazione[24]. Si evidenzia, infatti, che "la famiglia è valore costituzionalmente garantito condizionatamente alla sua conformità e comunque alla sua non contrarietà ai valori caratterizzanti i rapporti civili ed in particolare al rispetto della dignità umana"[25]. L'art. 2 cost., pone, invero, al centro dell'ordinamento la persona umana, sia come singolo, sia nel suo aspetto relazionale[26]. Le formazioni sociali sono così strumentali alla piena realizzazione della persona e giammai possono costituire un deterrente alla tutela dei suoi diritti fondamentali[27]. In caso contrario, si assisterebbe all'inaccettabile paradosso che a fronte dello stesso illecito compiuto all'esterno della famiglia si garantirebbe un'adeguata tutela, là dove se perpetrato nei confronti di un membro familiare e in violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, la vittima resterebbe priva di un'effettiva tutela, salve le norme espressamente dettate dal legislatore nel libro I del codice civile[28]. A conferma di quanto detto soccorre anche l'art. 3 cost., nella misura

[24] Cfr. PERLINGIERI P., *Sui rapporti personali nella famiglia*, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1253 ss.; ID., *Sulla famiglia come formazione sociale*, *Dir. giur.*, 1979, p. 775 ss., ora in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 39 ss., e in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 419 ss.; ID., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss. Del resto, la formazione sociale-famiglia ha un ruolo particolarmente incisivo nella crescita e nello sviluppo della persona. Si rileva, infatti, che "la famiglia (sia essa legittima, naturale, adottiva o di fatto) può considerarsi la comunità intermedia principale e più rilevante […] proprio perché all'interno di essa ha inizio quel processo di socializzazione del singolo che è necessario per un ordinato sviluppo e per la maturazione delle facoltà (anche psichiche) di ogni uomo". Così BESSONE M., ALPA G., D'ANGELO A., FERRANDO G. e SPALLAROSSA M.L., *La famiglia nel nuovo diritto*, 5ª ed., Bologna, 2002, p. 91.

[25] PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Napoli, 1991, p. 474.

[26] L'art. 2 cost. ha un ruolo chiave nell'àmbito della tutela della persona e, sotto la spinta della dottrina più pioneristica (PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 175) gli si riconosce natura precettiva. Propendono per la natura meramente programmatica dell'art. 2 cost., privandolo della sua utilità: PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1983, p. 3 ss.; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 65 ss.

[27] PERLINGIERI P., *Rapporti personali nella famiglia*, cit., p. 39; dello stesso avviso anche: PROSPERI F., *Rilevanza della persona e nozione di* status, *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 824; RUSCELLO F., *I rapporti personali tra i coniugi*, Milano, 2000, p. 48 ss., il quale evidenzia che la famiglia intanto viene tutelata in quanto risponda a un giudizio di meritevolezza riguardante l'idoneità a realizzare il pieno sviluppo della personalità dei suoi membri. Significative le parole di PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 32, secondo il quale "lo *status* di familiare non deve comportare una riduzione e una limitazione delle prerogative, ma, semmai, un aggravamento delle conseguenze a carico del responsabile".

[28] Sul punto si veda GIARDINA F., *Per un'indagine sulla responsabilità civile della famiglia*, 1999, Pisa, p. 16, secondo cui: "In presenza dello stesso fatto, il legame familiare tra il colpevole e

nella quale il rispetto del principio di uguaglianza impone di non limitare la tutela dei diritti fondamentali dei membri della famiglia, sottraendo le relazioni familiari al diritto comune e, in particolare, alla tutela risarcitoria[29].

III. L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA PONE LE BASI PER IL RICONOSCIMENTO DELL'ILLECITO ENDOFAMILIARE.

Come emerso dalle precedenti considerazioni, l'evoluzione del diritto di famiglia, nonché l'avvento della Costituzione hanno condotto ad un affievolimento dell'atteggiamento di chiusura della dottrina e della giurisprudenza nei confronti della configurabilità dell'illecito endofamiliare.

Di primaria importanza è il passaggio da una visione patriarcale della famiglia ad una prospettazione della stessa quale luogo privilegiato per lo sviluppo della persona[30]. L'uguaglianza e la pari dignità morale e giuridica dei coniugi è affermata dall'art. 29, comma 2, cost., che non soltanto comporta il definitivo abbandono di paradigmi culturali superati ma, sotto l'aspetto eminentemente

la vittima ne cancella l'illiceità, lo sottrae alla valutazione del diritto, lo nasconde agli occhi del giudice".

[29] Significative sul punto le parole di ZATTI P., *Tradizione e innovazione nel diritto di fam*iglia, in FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2002, p. 22: "La famiglia cessa di essere un territorio "separato" dal diritto comune e nel quale i coniugi entrano spogliandosi delle prerogative che proteggono la personalità individuale. Le regole di protezione dei diritti fondamentali non trovano ostacolo nel recinto coniugale, ma penetrano a permeare tutta la vita familiare".

[30] Ricordiamo, infatti, che la famiglia era vista quale istituzione, sovraordinata rispetto ai singoli componenti e strutturata alla stregua dello Stato, ossia secondo un modello autoritario e gerarchico. Essa, inoltre, era considerata quale soggetto portatore di interessi autonomi e sovraordinati rispetto a quelli individuali (sul punto si veda per tutti: CICU A., *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, p. 108 ss.). La concezione pubblicistica della famiglia, frutto della cultura neohegeliana, aveva formato sia i giuristi del codice Pisanelli, sia quelli deputati alla preparazione del codice del 1942. L'istituto familiare era fin dal suo nascere consegnato alla sua dimensione pubblicistica, nella misura nella quale si attribuiva natura costitutiva alla dichiarazione del pubblico ufficiale, mortificando così l'importanza e la rilevanza del consenso degli sposi. Emblematica anche la prima versione dell'art. 147, comma 2, c.c., che imponeva ai coniugi di istruire ed educare i figli secondo la morale fascista, tanto da strumentalizzare tale formazione sociale al conseguimento degli obiettivi politici dello stato.
Il profondo cambiamento al quale si è assistito è ben rappresentato da BIANCHINI D., *Appunti e spunti in tema di responsabilità ed illecito endofamiliare*, *Fam. dir.*, 2010, p. 963: "Si è passati da una visione (tipicamente ottocentesca) della famiglia intesa quale "microsocietà" fortemente gerarchizzata, quasi autosufficiente e produttiva di precise regole di condotta per i propri membri (la cui violazione poteva anche determinare l'allontanamento dal gruppo e la perdita dei diritti successori) ad una visione della famiglia ove, in primo luogo, al centro è posto il singolo individuo e, in secondo luogo, al principio gerarchico si è sostituito quello democratico".

giuridico, legittima entrambi i coniugi, conformemente all'art. 3 cost., ad esercitare e tutelare l'intera gamma dei diritti fondamentali[31]. L'uguaglianza e l'unità della famiglia, valori entrambi affermati nell'art. 29 cost., non sono in contrasto l'uno con l'altro e, soprattutto, l'unità non può essere riconosciuta quale limite all'uguaglianza. Piuttosto quest'ultima rappresenta lo strumento principale per realizzare l'unità stessa, minata da posizioni e garanzie diversificate per i componenti familiari[32].

È per questa strada superata la concezione della famiglia quale valore da tutelare anche a discapito del bene dei singoli componenti. Del resto, la famiglia non può essere concepita quale ente giuridico, ossia come autonomo centro d'interessi, ma soltanto quale luogo strumentale alla realizzazione del singolo: le esigenze della famiglia sono le esigenze dei singoli membri[33].

---

[31] Cfr. ZATTI P., *Tradizione e innovazione nel diritto di fam*iglia, cit., p. 22, là dove sottolinea che: "L'emancipazione della donna ha per conseguenza che per entrambi i coniugi, in egual misura, si ponga il problema di conservare, e adattare alla vita coniugale, l'intera dotazione dei diritti fondamentali della persona: quei diritti che un tempo erano conservati in larga misura soltanto dal marito". V. anche NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 929, il quale afferma: "L'uguaglianza è perciò l'adito attraverso il quale in via principale penetra la giuridicità nella famiglia, quale strumento di controllo affinché la famiglia, anziché modello esemplare di formazione sociale dove si svolge la personalità dei singoli, non degeneri in luogo di prevaricazioni e di abusi".

[32] Cfr. Corte cost., 13 luglio 1970, n. 133, *CED on line*, secondo la quale: "Riguardo al problema se una disparità di trattamento giuridico tra i coniugi trovi giustificazione, ai sensi dell'art. 29, secondo comma, della Costituzione, in funzione dell'unità familiare, si può affermare che, quando si tratti di rapporti patrimoniali, è proprio la eguaglianza dei coniugi che garantisce quella unità, e, viceversa, è la disuguaglianza a metterla in pericolo […]. La unità della famiglia non si indebolisce, ma, al contrario, si rafforza quanto più i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità". In dottrina v. PULEO S., *Famiglia*, *Enc. giur.* Treccani, XIV, Roma, 1989, p. 7, il quale afferma che "la circostanza che l'unità e l'eguaglianza stanno sullo stesso piano, e soprattutto quella che l'unità si realizza sostanzialmente per mezzo dell'eguaglianza, fanno sì che l'unità non può essere vista come limite dell'uguaglianza"; ZATTI P., *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, *Tratt. dir. priv.* Rescigno, III, 2ª ed., Torino, 1996, p. 27; RUSCELLO F., *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, *Tratt. dir. fam.* Zatti, cit., p. 730 s.

[33] PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., cit., p. 482, il quale sottolinea che le ragioni della famiglia non sono autonome rispetto alle ragioni individuali, nella misura nella quale "l'interesse singolo è collegato ad altri interessi singoli, tutti confluenti – sia pure talvolta confliggenti – nell'unità della famiglia"; BESSONE M., ALPA G., D'ANGELO A., FERRANDO G. e SPALLAROSSA M.R., *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 1995, p. 35, dove l'interesse della famiglia è definito quale "interesse costituito dalla somma degli interessi dei singoli che vivono nella comunità familiare"; BIANCA C.M., *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 10 ss., che evidenzia: "i riferimenti normativi alle esigenze della famiglia […] devono […] intendersi come riferimenti alle esigenze dei componenti della famiglia nella loro globale valutazione".

Non si rinviene alcuna ragione giustificativa del pur professato affievolimento degli interessi individuali al cospetto del preminente interesse familiare[34], quasi ci si trovasse al cospetto della degradazione dei diritti soggettivi a interessi legittimi, fenomeno giustificato nella misura nella quale la P.A. persegua un interesse pubblico.

In particolare, prende avvio il processo di privatizzazione del diritto di famiglia, che determina l'emersione della primazia degli interessi dei singoli componenti della famiglia e l'attenuazione di quelli pubblicistici[35]. Tale processo è comprovato, a titolo meramente esemplificativo, dalla legge sul divorzio e da quella sulla violenza domestica, che ha introdotto, sotto il profilo civilistico, gli ordini di protezione familiare e, in àmbito penalistico, la misura cautelare dell'allontanamento dall'abitazione familiare, a dimostrazione della necessità di utilizzare strumenti efficaci per reprimere gli abusi domestici[36].

In particolare, la legge sul divorzio[37] è la prima normativa ordinaria a dare concreta attuazione al principio di pari dignità sociale ed uguaglianza tra i coniugi, nonché al principio di strumentalizzazione della formazione sociale – famiglia allo sviluppo della persona e alla tutela della stessa. Là dove, infatti, non sia più riscontrabile l'essenza del rapporto coniugale, ossia la "comunione spirituale e materiale", non è auspicabile la prosecuzione del rapporto stesso. Si rileva, significativamente, che: "se la famiglia è una formazione sociale nella quale deve essere garantito il pieno sviluppo della

[34] Cfr. SANTORO PASSARELLI F., *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in CIAN G., OPPO G. e TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario al diritto italiano di famiglia*, Padova, 1992, p. 503 ss.

[35] Si veda ZATTI P., *Introduzione*, in FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, *Tratt. dir. fam.* Zatti, cit., p. 19; FERRANDO G., *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in CENDON P. (a cura di), *Persona e danno*, III, Milano, 2003, p. 2778; CARBONE E., Requiem *per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, *Giur. it.*, 2006, p. 701 ss.; VETTORI G., *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 197 ss.; PARADISO M., *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit. p. 14.

[36] Il riferimento è alla legge 4 aprile 2001, n. 154, rubricata "Misure contro la violenza nelle relazioni familiari", la quale ha introdotto l'art. 342 *ter* c.c., ai sensi del quale: "Con il decreto di cui all'articolo 342 *bis* il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro […].

[37] Legge primo dicembre 1970, n. 898.

persona, è ovvio che non è possibile pretendere di mantenere in vita nuclei familiari nei quali non sussista alcuna convergenza di interessi"[38].

L'uguaglianza tra i coniugi, inoltre, è ribadita dalla riforma del 19 maggio 1975, n. 151[39], che introduce, innanzi tutto il nuovo articolo 143 c.c., ai sensi del quale dal matrimonio sorgono per il marito e la moglie i medesimi obblighi e diritti[40]. La solidarietà tra i coniugi, che si evince dall'elencazione dei doveri indicati nei commi 2 e 3 dell'art. 143 c.c., ispira il nuovo diritto di famiglia, all'interno del quale si "impone la regola del consenso, coessenziale all'attuazione del principio paritario"[41].

L'autonomia rinviene uno spazio sempre maggiore all'interno della famiglia e l'accordo tra i coniugi ne permea l'intera vita, dalla sua nascita alla sua 'morte'[42]. Si osserva che "la stabilità della famiglia è nelle mani dei coniugi,

[38] TOMMASINI R., *I rapporti personali tra coniugi: determinazione dell'ambito di rilevanza*, in *Il diritto di famiglia*, IV, *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1991, p. 116.

[39] Con la riforma del diritto di famiglia ad opera della l. n. 151 del 1975, il ""non diritto" in ambito familiare" è frutto "di scelte diffuse da parte dei protagonisti di quel genere di rapporti sociali" e non piú "espressione di un'opzione di policy". Così CAMILLERI E., *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'*European tort law, *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 148. Sul 'non diritto' in àmbito familiare, cfr. CARBONNIER J., *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, trad. it. di DE VITA A., Milano, 1997, p. 32 s.

[40] Sul punto, significative le parole di PARADISO M., *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit. p. 14, secondo il quale "il principio di uguaglianza ha rivoluzionato il diritto di famiglia: mandando in soffitta la prospettiva paternalistica ha tolto significato agli obblighi di protezione e ai connessi diritti di correzione (così precludendo ogni residuo spazio all'idea di immunità in ambito familiare); fondando il governo della famiglia sull'accordo dei coniugi, ha introdotto il principio dell'autonomia, aprendo così le porte della cittadella familiare al diritto comune e comprimendo le residue valenze istituzionali della disciplina a favore della privatizzazione".

[41] FRACCON A., *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 43. Sull'incidenza dell'autonomia privata già prima della riforma del 1975, fondamentale è la lettura delle pagine di SANTORO PASSARELLI F., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381 ss., già *Dir. giur.*, 1945, p. 3 ss.
L'esimio giurista evidenzia che la specialità della materia del diritto di famiglia "importa non già che debba negarsi l'autonomia privata e ripudiarsi la figura del negozio, sì invece che la dottrina generale del negozio giuridico trovi qui applicazione con quegli adattamenti, dipendenti dal modo particolare in cui l'autonomia privata deve esplicarsi nel diritto di famiglia" (SANTORO PASSARELLI F., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 4). Ancóra, si sottolinea che l'entrata in vigore del codice civile del 1942 abbia determinato "un'estensione dell'autonomia privata, come espressione di libertà, dall'individuo alle formazioni sociali intermedie, in prima linea la famiglia" (SANTORO PASSARELLI F., *Cento anni di "Diritto e giurisprudenza"*, *Dir. giur.*, 1985, p. 1 ss., e *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p. 20).

[42] La dottrina evidenzia che l'esigenza di potenziare la tutela dei singoli membri della famiglia ha determinato la "penetrazione progressiva di congegni e tecniche di diritto comune, che ha investito in primo luogo il contratto – specie con riguardo a tutte le manifestazioni di autonomia privata relative ai profili patrimoniali – ma al quale […] non è

l'ordinamento non pone regole per garantirla contro la volontà degli interessati"[43].

Quello descritto è il quadro sul quale si innesta il riconoscimento dell'illecito endofamiliare ad opera della Giurisprudenza, spinta anche dalle istanze di tutela più volte avanzate da parte della dottrina[44].

IV. LA CASSAZIONE RICONOSCE L'ILLECITO ENDOFAMILIARE.

L'illecito endofamiliare, prima di approdare in Cassazione, è stato timidamente prospettato dalla giurisprudenza di merito, la quale, in più di un'occasione, è parsa favorevole all'approdo della responsabilità civile nell'àmbito della famiglia[45].

rimasta estranea la stessa responsabilità civile" (così CAMILLERI E., *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'*European tort law, cit., p. 146). Sul tema si veda: RESCIGNO P., *Appunti sull'autonomia negoziale*, *Giur. it.*, 1978, c. 113; PALMERI G., *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001; ZOPPINI A., *Autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss., il quale prospetta la necessità di un controllo da parte del giudice sugli atti di autonomia negoziale posti in essere nel contesto della compagine famiglia. In particolare, si afferma che: "l'autonomia negoziale, quale strumento dell'autoregolamento di interessi privati, trova nel diritto di famiglia un intimo equilibrio nel controllo sul contenuto del contratto […]. Chi scrive è consapevole del costo applicativo che determina l'estensione anche al contratto individuale negoziato tra le parti del controllo giudiziale sull'equilibrio normativo ed economico, atteso che ciò innegabilmente significa una più accentuata discrezionalità del giudice e, di conseguenza, una maggiore incertezza della regola consensualmente fissata. Si tratta, tuttavia, d'un costo applicativo che in questo campo può ritenersi accettabile, sia in considerazione dei valori su cui la regola privata viene ad incidere, sia in considerazione del fatto che si tratta di situazioni giuridiche e di relazioni poste al di fuori della dinamica del mercato"; MARELLA M.R., *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.

[43] SESTA M., *1975 – 2005 , 30 anni di evoluzione del diritto di famiglia e prospettive di riforma. Mutamenti familiari e responsabilità civile*, consultabile sul sito *www.studiosesta.it.*

[44] Sul punto: BARCELLONA P., *Famiglia*, *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 786; PERLINGIERI P., *Rapporti personali nella famiglia*, cit., p. 39; ZATTI P., *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, *Tratt. dir. priv.* Rescigno, III, Torino, 1982, p. 16 ss.; PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 32, il quale, invoca il ricorso all'art. 2043 c.c. sul presupposto che nel contesto familiare "la tutela del danneggiato […] non deve risultare più limitata di quella prevista per ogni consociato".

[45] Diverse pronunce di merito, in particolare del Tribunale di Milano, hanno riconosciuto l'astratta risarcibilità del danno tra coniugi. Cfr., per esempio: Trib. Roma, 17 settembre 1988, *Contr. impr.*, 1990, p. 607 ss., con nota di CENDON P., *Non desiderare la donna d'altri.* Il Giudice intravede nella violazione dell'obbligo di fedeltà una possibile fonte di responsabilità per danni a favore del coniuge tradito, nei limiti nei quali sia fornita la prova che da tale violazione abbia determinato un danno patrimoniale; Trib. Milano, 10 febbraio 1999, *Fam. dir.*, 2001, p. 185 ss., con nota di BONA M., *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali : una nuova frontiera della responsabilità civile?*, che significativamente afferma: "I danni

Di là dalla già citata sentenza del Tribunale di Piacenza[46], che apre la strada al riconoscimento dell'illecito commesso dai genitori nei confronti dei figli, degna di nota è una pronuncia del Tribunale di Firenze del 2000[47]. Il Giudice, al cospetto di un comportamento contrario al dovere di assistenza nascente dal matrimonio, perpetrato dal marito nei confronti della moglie affetta da disturbi mentali, afferma che tale condotta sia idonea non soltanto a fondare la pronuncia di addebito della separazione, ma anche a giustificare quella di responsabilità per danni all'integrità psicofisica "e più in generale alla salute dell'altro coniuge, con condanna al risarcimento del danno biologico"[48].

La dottrina, in commento alla pronuncia, mostra di condividere, non soltanto l'ulteriore 'allargamento' dei confini della responsabilità civile, ma in modo particolare il superamento dell'aria di 'privilegio' che si era, irragionevolmente, determinata nel contesto familiare a favore dei componenti autori di comportamenti riprovevoli e causativi di danni ingiusti in capo agli altri membri della compagine familiare[49].

---

da violazione dei doveri coniugali sono risarcibili, non sussistendo, al riguardo, deroga alcuna alla clausola generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.: difatti, ai doveri derivanti dal matrimonio si deve riconoscere natura sicuramente giuridica e non soltanto morale, con la conseguenza che può affermarsi come da essi discenda un diritto soggettivo di un coniuge nei confronti dell'altro a comportamenti rispondenti a tali obblighi; inoltre, le sanzioni specifiche, quali l'addebito, non esauriscono i rimedi posti a tutela del coniuge in quanto persona, per il quale la famiglia può e deve costituire un ambito di autorealizzazione e non di compressione dei diritti irrinunciabili, quali quello alla salute, all'incolumità personale, all'onore e gli altri diritti personalissimi dell'individuo". Nella fattispecie concreta il Giudice, tuttavia, nega il risarcimento del danno a favore dell'attrice, la quale, seppure lamentava di aver subìto un pregiudizio di natura psichica a causa dell'incapacità sessuale del marito, aveva proseguito il rapporto matrimoniale per molti anni dalla scoperta della patologia dello sposo; Trib. Milano, 7 marzo 2002, *Corr. giur.*, 2002, p. 1211 ss., con nota di DE MARZO G., *Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali*, che riconosce la risarcibilità dell'eventuale danno esistenziale derivante dalla violazione dei doveri coniugali, nella fattispecie del dovere di assistenza; Trib. Milano, 24 settembre 2002, *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 465 ss., con nota di FACCI G., *L'infedeltà coniugale e l'ingiustizia del danno*; Trib. Savona, 5 dicembre 2002, *Fam. dir.*, 2003, p. 248 ss., con nota di LONGO F., *Famiglia e responsabilità civile: rapporti tra coniugi e danno risarcibile*.

[46] Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, cit.

[47] Trib. Firenze, 13 giugno 2000, *Fam. dir.*, 2001, p. 161, con nota adesiva di DOGLIOTTI M., *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale.*

[48] Così Trib. Firenze, 13 giugno 2000, cit.

[49] Sul punto v. DOGLIOTTI M., *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, cit., p. 170, il quale conclude che l'ingresso della responsabilità civile all'interno della famiglia sia un "fenomeno sorprendente, ma in sostanza condivisibile: l'area della responsabilità civile si estende ancora, e si affianca, ma per ora non sostituisce strumenti, pur superati, come l'addebito, lambisce profili di diritto particolare, caratterizzati ora da zone franche di privilegi deresponsabilizzanti, ora da situazioni di forte coercibilità, secondo logiche sanzionatorie e repressive, contraddittorie commistioni di diritto privato e pubblico, introducendo ragioni e logiche del diritto comune. Certo non si può auspicare o

Il vero e proprio riconoscimento dell'illecito endofamiliare viene ascritto, da parte della dottrina[50], alla pronuncia della Cassazione n. 7713 del 2000[51], che attribuisce al figlio naturale il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale subìto per la condotta del genitore, il quale aveva rifiutato per anni di corrispondere al figlio stesso il mantenimento[52]. La Corte afferma che, nel caso di specie, si profila la sussistenza della ""lesione in sé" di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore". Ciò che rileva, pertanto, è la circostanza che il reiterato rifiuto da parte del padre di corrispondere al figlio i mezzi necessari per la sussistenza dello stesso abbia leso un suo diritto fondamentale. Condivisibile è il richiamo all'art. 2 cost., nella parte nella quale la Cassazione asserisce che una lettura

prevedere la fine di un diritto di famiglia, come branca autonoma del diritto civile, ma una più forte incidenza dell'"altro" diritto, non può che essere vista con favore, e pare contribuire a segnare una nuova prospettiva per i ruoli stessi all'interno della famiglia, anche in rapporto alla realtà esterna".

[50] Cfr. CAMILLERI E., *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'*European tort law, cit., p. 146. Taluna dottrina, invece, nega che la sentenza in oggetto si inquadri nella problematica della configurabilità dell'illecito endofamiliare. In particolare, si sostiene che "anche il caso del risarcimento del danno tra genitore e figlio naturale dà luogo a numerosi problemi; ma questi problemi sono in gran parte diversi da quelli legati al risarcimento del danno tra coniugi, e mi pare si allaccino, anzitutto, alla necessità di fare convivere quest'orientamento che ammette la risarcibilità, con un altro, costante e non controverso, orientamento, che vuole il riconoscimento come libero e spontaneo atto di volontà, mai dovuto dal genitore al proprio figlio biologico". Così BASINI G.F., *Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra coniugi*, *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 981.
Un primo spiraglio di luce nell'ottica della risarcibilità dell'illecito endofamiliare, inoltre, si era già intravisto nella pronuncia della Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, *Giur. it.*, 1997, c. 843, con nota di AMATO A., secondo la quale "l'addebito della separazione, di per sè considerato, non è fonte di responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c., determinando, nel concorso delle altre circostanze specificamente previste dalla legge, solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento. Pertanto, la risarcibilità dei danni ulteriori è configurabile solo se i fatti che hanno dato luogo all'addebito integrano gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma citata".

[51] Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, *Giur. cost.*, 2001, p. 4167, con nota di PRINCIPATO L.

[52] Giova evidenziare che, seguendo l'insegnamento di autorevole dottrina, sarebbe preferibile correlare l'indagine sulla patrimonialità non al danno, il risarcimento del quale è per sua natura sempre patrimoniale, ma all'interesse violato, che può essere anche non suscettibile di valutazione economica. Così PERLINGIERI P., *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 777 ss. Aderendo a tale impostazione, taluni autori hanno, ad esempio, qualificato il danno da vacanza rovinata quale danno di natura contrattuale "a tutela di un interesse non patrimoniale". In questi termini: LEPORE A., *Il contratto di assicurazione nei servizi turistici e il c.d. danno da vacanza rovinata*, in CAVAZZONI G., DI NELLA L., MEZZASOMA L., RIZZO F. (a cura di), *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2012, p. 426, il quale evidenzia che la qualificazione come danno contrattuale non è scevra di conseguenze, posta la necessità di utilizzare l'art. 1218 c.c. e considerati gli ulteriori effetti relativi all'onere della prova e alla prescrizione. Sull'onere probatorio, v. LONGOBUCCO F., *Danno da vacanza rovinata: brevi note sul regime probatorio*, *Danno resp.*, 2004, p. 395 ss.

combinata degli artt. 2043 c.c. e 2 cost. determina la risarcibilità non soltanto dei danni patrimoniali "ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana". Taluna dottrina, nondimeno, sottolinea che sarebbe stato preferibile il rinvio non all'art. 2 cost. bensì all'art. 30 cost., relativo al dovere dei genitori di educare, mantenere ed istruire la prole[53].

L'affermazione della Cassazione ha un effetto dirompente, nella misura nella quale consente il risarcimento del danno ogni qualvolta il comportamento del genitore limiti o metta a repentaglio il corretto sviluppo della personalità del minore. Non vi è dubbio alcuno che, nel caso che ci occupa, la corresponsione del mantenimento da parte del padre con gravissimo ritardo abbia impedito al figlio di condurre un tenore di vita consono alle disponibilità economiche dei genitori e, per l'effetto, abbia comportato un deterioramento della sua qualità di vita. Si rileva, infatti, che la riduzione di risorse economiche, inevitabilmente limiti "le spese per l'abbigliamento, per lo studio e la cultura, per le vacanze […]; di conseguenza tutte le opportunità sociali, di promozione individuale, culturale, professionale; in definitiva, il futuro della persona rimane pregiudicato"[54]. Quanto affermato sembrerebbe smentire le critiche sollevate da alcuni commentatori[55], relative al fatto che la parte danneggiata, nella fattispecie trattata, non abbia dimostrato, in concreto, il danno subìto. La circostanza, infatti, che una minore disponibilità economica abbia inciso negativamente sulla qualità di vita del minore, non necessita di "particolari dimostrazioni"[56], considerando, altresì, che la richiesta e la relativa liquidazione del danno risultano irrisori. Non può, tuttavia, sottacersi che la Cassazione a Sezione unite, con la nota pronuncia n. 26972 del 2008[57], abbia disposto la necessaria dimostrazione della sussistenza del danno non patrimoniale, escludendo che si tratti di un danno evento, in questo modo avallando le osservazioni critiche avanzate contro la pronuncia del 2000.

Di là dalle sanzioni specifiche espressamente previste nel diritto di famiglia nelle ipotesi di violazione dei doveri inerenti allo *status* di genitore – che possono condurre finanche alla perdita della potestà genitoriale o ad una sua limitazione – dunque, sarà ben possibile ottenere una condanna al risarcimento del danno non patrimoniale subìto per condotte non conformi

[53] DOGLIOTTI M., *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, cit., p. 169.
[54] FRACCON A., *Relazioni familiari e responsabilità civile*, cit., p. 306.
[55] Si cfr. FINOCCHIARO M., *In assenza di un dimostrato pregiudizio del minore non è giustificabile una condanna al risarcimento*, *Guida dir.*, 2000, p. 47; D'ADDA A., *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, *Foro it.*, 2001, c. 199.
[56] FRACCON A., *o.l.u.c.*
[57] Cass. Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss.

ai doveri indicati negli artt. 147 c.c. e 30 cost. Del resto, non sembrano rinvenibili ragioni che ostacolino il ricorso sia ai rimedi specifici, come quelli previsti negli artt. 330 e 333 c.c., sia al rimedio del risarcimento del danno non patrimoniale patito dal figlio[58]. Diversamente, si profilerebbe un'irragionevole limitazione dei mezzi di tutela della persona, nonché un altrettanto ingiustificato trattamento 'di favore' per il genitore colpevole[59]

È bene, inoltre, chiarire che "se nel diritto di famiglia non rileva mai […] la volontarietà del comportamento genitoriale, che viene invece considerato obiettivamente, per la sua incidenza sulla personalità del minore"[60], diversamente, quando si ricorre alla clausola generale *ex* art. 2043 c.c., sarà necessario riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi dell'illecito, non per ultimo quello psicologico.

Ne deriva che se una condotta contraria ai doveri genitoriali, seppure indotta da circostanze non ascrivibili alla volontà dell'autore del comportamento stesso, può determinare il giudice minorile ad adottare, ad esempio, un provvedimento che limiti la potestà genitoriale (si pensi all'ipotesi nella quale il padre sia affetto da disturbi psicotici che possono risultare potenzialmente lesivi per il figlio), quella stessa condotta, per rilevare ai fini di una condanna al risarcimento del danno, deve necessariamente essere dolosa o colposa.

La sentenza del 2000 in tema di illecito endofamiliare perpetrato da un genitore nei confronti del figlio è stata seguita da una successiva pronuncia, nella quale si è proclamato da parte della suprema Corte[61] l'ingresso dell'illecito aquiliano anche nei rapporti tra coniugi. La Cassazione afferma che la violazione dei diritti inviolabili di un componente della compagine

[58] A conferma di quanto asserito, giova rilevare che – seppure nell'àmbito dei doveri matrimoniali – già da tempo la dottrina ha sottolineato che i rimedi tipici sono, talvolta, insufficienti. Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA P., *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, cit., p. 605; VILLA G., *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, I, *Tratt.* Bonilini-Cattaneo, Torino, 1997, p. 317, il quale sottolinea l'opportunità – posta l'insufficienza del rimedio dell'addebito o l'impossibilità di ricorrervi – di rafforzare la giuridicità dei doveri coniugali con strumenti generali.

[59] Di questa opinione, già negli anni ottanta, PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 122, il quale, nel sottolineare il diverso ruolo ascrivibile, rispettivamente, all'art. 330 c.c. e all'art. 2043 c.c., chiarisce che l'esclusione del ricorso al risarcimento del danno non "potrebbe argomentarsi dalla norma che prevede la pronunzia della decadenza della potestà […]. Infatti, se la norma escludesse la possibilità del risarcimento del danno si risolverebbe, sotto questo profilo, in una disposizione di favore per il genitore responsabile: risultato certamente contrastante con il significato e la finalità dell'istituto".

[60] Così DOGLIOTTI M., *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, cit., p. 169.

[61] Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, *Fam dir.*, 2005, p. 365, con nota di SESTA M., *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*.

familiare da parte di un altro rappresenta il presupposto logico della responsabilità civile, dovendosi escludere che i diritti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che la lesione si ponga o no all'interno di un contesto familiare.

Del resto, la sanzione dell'addebito della separazione potrebbe mostrarsi inefficace, là dove la perdita del diritto all'assegno di mantenimento colpisca il coniuge che non ne avrebbe comunque avuto diritto. Più incisiva è, senza dubbio, la perdita dei diritti successori che, tuttavia, avviene in ogni caso – indipendentemente dalla declaratoria di addebito in fase di separazione – con la sentenza di divorzio[62]. Di là dall'inidoneità della declaratoria di addebito a ristorare il coniuge vittima della condotta illecita dell'altro, non può sottacersi, altresì, la diversa funzione ascrivibile all'assegno di mantenimento rispetto alla condanna risarcitoria. Lo stesso, infatti, ha una funzione non risarcitoria ma meramente assistenziale ed è volto a garantire al coniuge economicamente più debole un tenore di vita simile a quello condotto durante la vita matrimoniale.

La Corte chiarisce, ancóra, che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio – nella misura nella quale il comportamento lesivo abbia determinato l'aggressione ai diritti fondamentali della persona – non possa ricevere la propria sanzione soltanto nelle misure tipiche previste nel diritto di famiglia, in nome di una presunta specificità ed autosufficienza di tale branca del diritto, posta l'innegabile compatibilità dei rimedi specifici con quello generale predisposto per la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti. Ne consegue che lo stesso comportamento può rilevare "sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuizioni di natura patrimoniale, sia […] quale fatto generatore di responsabilità aquiliana".

La sentenza del 2005 scardina, così, il muro di irrisarcibilità dei danni derivanti dalla violazione dei doveri coniugali e nella sua esaustiva e dettagliata motivazione sembra rispondere alle obiezioni sollevate da sempre per negare l'ingresso della responsabilità civile nel rapporto di coniugio.

V. La responsabilità contrattuale nella compagine familiare.

Un ulteriore aspetto, però, necessita di approfondimento. Occorre verificare quale "sia la posizione soggettiva giuridicamente tutelata che giustifica la qualificazione del danno come ingiusto: è questo l'aspetto sicuramente più

[62] Sul punto, in giurisprudenza, cfr. Trib. Milano 10 febbraio 1999, cit.; Trib. Milano, 4 giugno 2002, *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1440. In dottrina v. SESTA M., *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, cit., p. 374.

problematico dell'illecito civile endomatrimoniale"[63]. Da una prima osservazione del fenomeno si potrebbe concludere che la posizione tutelata – la cui lesione spiegherebbe la qualificazione del danno come ingiusto – ha la natura non del diritto assoluto, ma del diritto relativo. Dal matrimonio, infatti, discendono per i coniugi diritti e doveri reciproci e là dove uno di tali doveri non sia adempiuto, inevitabilmente, si verifica la lesione dell'interesse del membro incolpevole della coppia. Il suddetto interesse "è giuridicamente protetto proprio in quanto qualificato dalla legge come diritto conseguente al matrimonio"[64]. L'accostamento tra la violazione di un diritto relativo e il rimedio *ex* art. 2043 c.c., a prima vista, non crea perplessità, posta la già affrontata questione della risarcibilità di tutti gli interessi meritevoli di tutela, di là dalla loro qualificazione come diritti assoluti. Tuttavia, non può non rilevarsi, sulla scia di attenta dottrina[65], come la fattispecie concreta si presenti dissimile dalla 'tradizionale' tutela aquiliana del credito, giacché il diritto relativo non è leso da un terzo ma da una delle parti tenuta all'adempimento dell'obbligo[66].

L'*impasse* è evidente. Se si considera la situazione lesa quale diritto relativo, frutto dell'inadempimento degli obblighi derivanti dal matrimonio, non può non ricorrersi alla responsabilità contrattuale, ferma restando la possibilità di configurare l'ulteriore danno non patrimoniale da inadempimento[67]. Ciò, soprattutto, in presenza della violazione di obbligazioni in senso stretto, quali ad esempio, quella di contribuzione.

La conseguenza che la dottrina fa derivare dal ricorso da parte della giurisprudenza al solo art. 2043 c.c. è che il risarcimento, in ogni caso, è legato alla violazione di un diritto fondamentale della persona e non, ad esempio, al diritto relativo del figlio a ricevere dal padre i giusti mezzi di

[63] Così RIMINI C., *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, *Resp. civ.*, 2006, p. 6, il quale, su tale aspetto, richiama FACCI G., *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, *Fam. dir.*, 2005, p. 375.

[64] RIMINI C., *o.l.u.c.*

[65] RIMINI C., *o.l.u.c.*

[66] La lesione di un diritto relativo da parte di un terzo, in particolare l'ipotesi di induzione di un coniuge all'adulterio è, invece, affrontata dal Trib. Milano, 24 settembre 2002, cit., secondo il quale "la responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento dell'obbligazione non può essere estesa agli obblighi inerenti al matrimonio ed a quello di fedeltà in particolare. Rispetto a questi le componenti emotive e lo scambio connaturato alle relazioni d'amore e di sesso escludono che possano ravvisarsi in capo al terzo il ruolo di "induttore" ed in capo al coniuge trasgressore quello di "indotto"".

[67] Sul danno non patrimoniale da inadempimento, sul quale si avrà modo di ritornare, cfr., COSTANZA M., *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss.; BILLOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, *Giur. it.*, I, p. 1159 ss. In Giurisprudenza, per tutte: Cass. Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, cit.

sussistenza[68]. Si rileva, in particolare, che l'ingiustizia del danno non è frutto della lesione "dei diritti che derivano dai rapporti di famiglia, ma presuppone l'individuazione di un diritto fondamentale della persona compromesso dal fatto illecito"[69]. L'ingiustizia del danno, dunque, deriva dalla lesione non di un diritto endofamiliare ma di un diritto inviolabile della persona. L'attenzione dell'interprete si sposta, dunque, dal piano del dovere familiare non rispettato a quello dell'interesse leso[70]. Così argomentando, si rileva, si prescinde dalla considerazione degli *status* e dei doveri di solidarietà "facendo unicamente leva sulla lesione delle persone a loro volta riguardate come monadi avulse dal vincolo familiare: parenti come passanti - si potrebbe dire-, non più prossimi né congiunti, semplicemente individui nella folla"[71].

Le considerazioni della dottrina riportata, se da una parte sollecitano una riflessione su questioni a volte trascurate, dall'altra su taluni punti lasciano perplessi. Nella nostra prospettiva, infatti, non è contestabile la circostanza che l'attenzione sia incentrata sull'interesse leso. Il risarcimento del danno non patrimoniale, infatti, necessariamente deve essere frutto della violazione di interessi intangibili della persona, indipendentemente dalla circostanza che la stessa abbia anche lo *status* di moglie, di figlio, ecc. In caso contrario, si giungerebbe all'inaccettabile conclusione che la violazione di un diritto fondamentale della persona, quale ad esempio la salute, trovi il giusto ristoro soltanto nelle famiglie legittime e non in quelle di fatto. Ciò che deve essere tutelata è la persona in quanto tale, indipendentemente dallo *status familiae*.

In quest'ottica anche l'espressione illecito endofamiliare può essere foriera di visioni sbagliate. Potremmo, piuttosto, asserire che l'illecito è endofamiliare non perché necessariamente frutto dell'inadempimento dei doveri familiari, ma perché consumato all'interno della compagine familiare o parafamiliare, confinando così l'espressione endofamiliare soltanto ad una valenza meramente indicativa del luogo di consumazione di un illecito.

---

[68] Si interroga su quali siano gli interessi giuridici la violazione dei quali è idonea, in àmbito familiare, a configurare il danno come ingiusto: VIRGADAMO P., *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a violabilità dinamica*, *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1894.

[69] RIMINI C., *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, cit., p. 7, il quale puntualizza, altresì, che "la situazione giuridica tutelata non è costituita dalle relazioni familiari e dai diritti reciproci dei componenti dell'istituzione familiare, quanto piuttosto dalla sfera individuale di ciascuno dei membri della famiglia stessa". In questo senso già SESTA M., *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, cit. p. 377.

[70] MESSINETTI D., *Diritti della famiglia e identità della persona*, *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 149.

[71] NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 931.

Pensiamo inoltre, sotto un altro angolo visuale, che il rilievo della fonte del danno ingiusto – ossia la violazione dei doveri coniugali – sia mortificato. In particolare, da una parte non dubitiamo del fatto che l'inottemperanza degli obblighi familiari, di là dai rimedi specifici, possa determinare una condanna al risarcimento del danno non patrimoniale soltanto se dalla stessa violazione sia scaturita una lesione a un diritto fondamentale del soggetto; dall'altra, invece, prospettiamo la necessità di configurare una responsabilità di tipo contrattuale là dove taluni doveri nascenti dal matrimonio assurgano a vere e proprie obbligazioni e dalla loro violazione scaturisca anche un danno alla persona.

Del resto, la stessa espressione 'responsabilità contrattuale', nella nostra prospettiva, va chiarita. In particolare, l'applicabilità della stessa, in alternativa a quella extracontrattuale, nasce dalla circostanza che tra le parti sussista un rapporto obbligatorio pregresso al compimento dell'atto dannoso e il contratto è soltanto una delle fonti dell'obbligazioni. Queste, infatti, possono nascere, ai sensi dell'art. 1173 c.c., "da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". Se è indubbio che il fatto illecito è antecedente alla nascita dell'obbligazione (risarcitoria), sì che prima tra le parti non sussisteva alcun vincolo giuridico, ma soltanto un 'dovere di non ledere', nell'ipotesi di obbligazioni nascenti da contratto o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico sussiste un precedente vincolo giuridico che, se inadempiuto, comporta la nascita di un'obbligazione risarcitoria, che abbraccia i danni patrimoniali e non patrimoniali eventualmente prodotti. È indubbio, del resto, che negli ultimi anni si è assistito ad un potenziamento del profilo dell'atipicità delle fonti dell'obbligazione e, di conseguenza, della responsabilità contrattuale, a discapito di quella extracontrattuale. In sostanza, sembrerebbe che di là dalle fattispecie nelle quali non si dubita della natura 'contrattuale' della responsabilità, posta la fonte negoziale dell'obbligo inadempiuto, ogni qualvolta tra le parti esiste un pregresso rapporto, fonte di obbligazioni, l'inadempimento delle stesse va ricondotto all'area della responsabilità contrattuale.

La ritrosia della giurisprudenza ad invocare, con riferimento all'illecito endofamiliare, la responsabilità contrattuale, poggia, invece, sulla convinzione, in parte superata, che concetti quali "obbligazione" e "contratto" mal si concilino con i rapporti familiari[72].

[72] Sul punto si veda OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 28 ss.; ID., *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 15 s.; ID., *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, p. 5.

Non si è mancato, però, di evidenziare i profondi cambiamenti dovuti all'affermarsi della negozialità anche nell'àmbito della famiglia[73]. La giurisprudenza, non da ultimo, è concorde nell'attribuire la natura di negozio sia all'accordo di separazione personale, sia a quello di divorzio su domanda congiunta, nonché agli accordi patrimoniali – qualificati dalla dottrina come "contratti della crisi coniugale"[74] – conclusi in sede di separazione o di scioglimento definitivo del vincolo coniugale[75].

[73] Sul tema, si veda: SANTORO PASSARELLI F., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 3 ss.; RESCIGNO P., *Appunti sull'autonomia negoziale*, cit., c. 113; DONISI C., *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 494 ss.; OPPO G., *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 19 ss.; ANGELONI F., *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997; OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 13 ss.; ID., *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, Familia, 2003, p. 617 ss.; ID., *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Sub artt. 215-219*, *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2005, p. 64 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in ROPPO V. (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, Milano, 2006, p. 105 ss.; ZOPPINI A., *Autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., p. 213 ss.; MARELLA M.R., *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, cit., p. 57 ss. Si vedano anche i rilievi di CIPRIANI N., *La simulazione nella separazione consensuale*, Napoli, 2008, p. 13 ss., il quale ricorda che "a partire dalla riforma del 1975, l'autonomia abbia visto crescere il proprio ruolo nella regolamentazione di tutti i momenti della vita della famiglia e in tutti i rapporti giuridici in essa individuabili: dai rapporti personali a quelli patrimoniali tra i componenti della famiglia, dalla fisiologia alla patologia della vita familiare, senza escludere, con la riforma del diritto internazionale privato, anche le regole del conflitto" (CIPRIANI N., *o.c.*, p. 16).

[74] OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 28 ss.

[75] La Cassazione ha statuito che: "in tema di separazione consensuale, mentre le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, trovando fondamento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dall'art. 710 c.p.c., quando non varchino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c., le pattuizioni convenute antecedentemente o contemporaneamente all'accordo omologato sono operanti soltanto se si collocano in posizione di "non interferenza" rispetto a quest'ultimo (perché concernono un aspetto che non è disciplinato nell'accordo formale, oppure perché hanno un carattere meramente specificativo di disciplina secondaria) ovvero in posizione di conclamata e incontestabile maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato, come per l'assegno di mantenimento concordato in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione". Così Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, *Dir. fam.*, 1994, p. 868. In senso conforme: Cass., 28 luglio 1997, n. 7029, *CED on line*; Cass., 11 giugno 1998, *ivi*; più di recente Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, *Fam. dir.*, 2006, p. 147 ss., con nota di OBERTO G., *Gli accordi* a latere *nella separazione e nel divorzio*; Cass., 9 aprile 2008, n. 9174, *Giust. civ.*, 2010, p. 181. Sul punto si v. CIPRIANI N., *La simulazione nella separazione consensuale*, cit., p. 23, là dove qualifica le pattuizioni aventi contenuto patrimoniale stipulate dai coniugi in occasione o successivamente alla separazione come contratti e non semplici negozi.

Relativamente alla validità degli accordi preventivi tra i coniugi che disciplinino le conseguenze patrimoniali dell'annullamento del matrimonio: Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, *Corr. giur.*, 1993, p. 822, con nota di LOMBARDI G., *La Cassazione privilegia l'autonomia negoziale dei coniugi negli accordi di separazione*; *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1670, con nota di CASOLA M., *Convenzioni patrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della*

La rimarcata contrattualizzazione del diritto di famiglia ha sicuramente contribuito ad una sua maggiore 'comunicazione' con il diritto dei contratti e delle obbligazioni e, sul versante del riconoscimento dell'illecito aquiliano, con quello della responsabilità.

Per verificare – nelle fattispecie di danno da violazione dei doveri familiari – la percorribilità della strada dell'illecito contrattuale, tuttavia, occorre soffermarsi sulla natura dei suddetti doveri, giacché soltanto l'inattuazione di un'obbligazione in senso stretto può determinare in capo al debitore una responsabilità *ex* art. 1218 c.c. Appurato ciò, non si dubita del fatto che anche un inadempimento contrattuale possa causare la lesione di un diritto fondamentale.

Il punto di partenza – posto che la responsabilità contrattuale è conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione, la quale, *ex* art. 1174 c.c., deve avere ad oggetto una prestazione suscettibile di valutazione economica – non potrà che essere la natura delle prestazioni familiari. L'impossibilità di conferire il carattere della patrimonialità ai doveri familiari, quali ad esempio l'obbligo di

Cassazione all'autonomia negoziale dei privati; *Vita not.*, 1994, p. 91, con nota di CURTI M., *Accordi patrimoniali tra coniugi*, secondo la quale "gli accordi fra coniugi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio sono validi non venendo in gioco, in questo caso, una determinazione delle parti in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, con la conseguenza che il principio di autonomia contrattuale non soffre alcuna compressione per ragioni di ordine pubblico". In dottrina v. CECCHERINI G., *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del* menage, Padova, 1999; ID., *Contratti tra coniugi in vista della separazione e del divorzio*, *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 311; ID. e GREMIGNI FRANCINI L., *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova, 2013; CAPOBIANCO E., *Crisi familiare e autonomia privata*, *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 809 ss.

L'autonomia contrattuale fonda, altresì, anche i trasferimenti immobiliari e mobiliari fatti in sede di separazione. Sul tema v. OBERTO G., *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, *Fam. dir.*, 1995, p. 155 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, p. 1211 ss.; ID., *Prestazioni* "una tantum" *e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996; CECCHERINI G., *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, *Giust. civ.*, 1996, p. 378 s.; RUSSO T.V., *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001; BRIGANTI E., *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, *Riv. not.*, 1997, p. 1 ss.; PATTI S., *Accordi patrimoniali tra coniugi connessi alla crisi del matrimonio. Autonomia negoziale e ruolo del notaio*, *Vita not.*, 2004, p. 1381; RUSCELLO F., *Autonomia coniugale e crisi della famiglia. Rilievi introduttivi*, *ivi*, 2005, p. 68 ss.; QUADRI E., *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella crisi della famiglia*, Familia, 2005, p. 1 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, *Giur. it.*, 1994, p. 304 ss., con nota di MORACE PINELLI A., *Separazione consensuale e negozi atipici familiari*, che riconosce – salvo la forma scritta – la validità della clausola contenuta nel verbale di separazione consensuale, con la quale un coniuge attribuisce all'altro un immobile, "ad integrazione del regolamento stabilito per la separazione personale"; Cass., 22 novembre 2007, n. 24321, *Giust. civ.*, 2008, p. 1198.

fedeltà, comporta la collocazione degli stessi "sul versante dei rapporti di natura personale e quindi non patrimoniale"[76].

Ciò non toglie, però, che taluni doveri nascenti dal matrimonio in quanto aventi natura indiscutibilmente patrimoniale, determinino, in caso di loro violazione, una responsabilità contrattuale. Si pensi, fra tutti, al caso trattato dalla Cassazione del 2000[77], là dove il danno non patrimoniale patito dal figlio era diretta conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo del padre di corrispondere i mezzi strumentali alla sua sussistenza, ossia dell'obbligazione di mantenimento. Il Giudice, anziché applicare l'art. 1218 c.c., anche in questo caso, è ricorso, al 2043 c.c., invocando a ragione, di là dall'inadempimento di obbligazioni di natura patrimoniale, la violazione di diritti fondamentali della persona[78], ma trascurando la strada della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. Sul punto, la Cassazione, con la pronuncia del 2008, ha asserito che là dove l'inadempimento comporti, in aggiunta ai danni di natura economica, anche la lesione di un diritto inviolabile del creditore in quanto persona, la tutela del danno non patrimoniale dallo stesso patito potrà essere inclusa nell'azione di responsabilità contrattuale[79].

Ne discende che, là dove dall'inadempimento delle suddette obbligazioni familiari derivi anche un comprovato danno alla persona, in capo al soggetto inadempiente sorgerà l'obbligo di risarcire il danno non patrimoniale da inadempimento

Le conseguenze del prospettato inquadramento di taluni doveri familiari nell'àmbito delle obbligazioni in senso stretto e, dunque, dell'illecito di natura contrattuale, si percepiscono sul piano dell'onere della prova e dei termini di prescrizione.

---

[76] NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 931.

[77] Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, cit.

[78] Cfr. RIMINI C., *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, cit., p. 7, il quale afferma che "la responsabilità extracontrattuale viene utilizzata […] come strumento alternativo e parallelo alla responsabilità da inadempimento per evadere dai rigidi confini posti dalle regole che presiedono alla commisurazione del danno nella responsabilità contrattuale *ex* art. 1223 c.c.".

[79] Sul punto v. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, cit., secondo la quale: "vengono in considerazione, anzitutto, i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario. In questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali".

VI. RILIEVI CONCLUSIVI.

La parabola dell'illecito all'interno della comunità familiare, disegnata dalla giurisprudenza e prima ancóra dalla dottrina, sembra averci condotto su sentieri sicuri e, in parte, percorribili. Il superamento delle ritrosie a lungo manifestate avverso l'ingerenza del giudice all'interno della compagine familiare è, infatti, apprezzabile e condivisibile. Ciò, in quanto, sulla spinta di autorevoli insegnamenti, la famiglia è strumento privilegiato di sviluppo della persona e non un luogo di mortificazione della dignità della stessa[80]. Irragionevole, invero, sarebbe una limitazione della tutela dei diritti fondamentali della persona proprio all'interno della comunità sociale-famiglia che, invece, dovrebbe garantirne un rafforzamento, favorendo l'armonico sviluppo dell'individuo e la sua realizzazione.

Ciò che, tuttavia, si è rilevato è l'utilizzo a volte improprio della locuzione illecito endofamiliare, quasi a voler significare che le situazioni lese siano necessariamente legate allo *status familiae*. Di là dagli strumenti specificamente predisposti dal legislatore in caso di violazione dei doveri familiari, infatti, l'eventuale risarcimento del danno non patrimoniale, non può nella nostra ottica dipendere dalla qualifica di un soggetto quale padre, madre, figlio, fratello ecc. La violazione dei diritti fondamentali e, per l'effetto, il ristoro del danno non patrimoniale subìto, invero, è relativo alla persona in quanto tale. Per tale via, possiamo parlare di illecito endofamiliare soltanto a fini meramente descrittivi, per indicare che l'illecito si è consumato all'interno della famiglia.

Si è rilevato, infine, che, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e in considerazione del contenuto patrimoniale di taluni obblighi nascenti dal matrimonio, è ben possibile che la violazione degli stessi, oltre a determinare danni di natura patrimoniale, potrebbe ben essere la fonte di ulteriori danni non patrimoniali alla persona. In tal caso, dunque, non si è escluso il ricorso al risarcimento del danno non patrimoniale da responsabilità contrattuale.

[80] V. *retro*, nota 24.

LA CUANTIFICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN EL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

QUANTIFICATION AND DISTRIBUTION OF ALIMONY IN THE REGIME OF JOINT CUSTODY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 173-194.

Fecha entrega: 06/01/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. FABIOLA MECO TÉBAR
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de Valencia
fabiola.meco@uv.es

RESUMEN: La pensión alimenticia en la custodia compartida no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, de tal forma que no encontramos reglas precisas para su cuantificación y distribución entre los progenitores del menor. Estos cauces de solución de conflictos deben encontrarse en los acuerdos entre progenitores, la doctrina de los autores y de los Tribunales de justicia.

PALABRAS CLAVE: custodia compartida, pensión alimenticia, interés del menor, proporcionalidad, necesidad, convivencia.

ABSTRACT: Alimony in joint custody is not regulated in our legal system, so that we do not find precise rules for its quantification and distribution between the child's parents. Those channels of dispute resolution must be found in agreements between parents, the doctrine of the authors and the courts of Justice.

KEY WORDS: joint custody, alimony, interest of the minor, proportionality, necessity, coexistence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LOS FALSOS POSITIVOS.- II. CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA CUANTIFICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.- 1. La proporcionalidad entre la posibilidad y la necesidad.- 2. El tiempo de convivencia.- 3. Otros criterios: la vivienda, los recursos propios del menor y los pagos directos de gastos por los progenitores.- III. DESLINDE ENTRE GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.- IV. MODALIDADES DE SATISFACCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LOS FALSOS POSITIVOS.

La pensión de alimentos en las crisis familiares constituye sin lugar a dudas una de las piedras angulares de las mismas, junto con la pensión compensatoria. Con un fundamento distinto, enmarcado en el principio de necesidad y no en el de desequilibrio como lo está la pensión compensatoria; en la pensión alimenticia los progenitores y/o los reconocidos como padres/madres tienen la obligación inexcusable de atender las necesidades de sus hijas/os, durante su minoría e incluso una vez alcanzada la mayoría de edad, siempre que en este último caso no tengan suficiencia económica y la necesidad o dependencia familiar no haya sido creada por la conducta del hijo/a.

Se trata pues de una obligación, la de alimentos, que en este caso deriva de la relación de filiación -categoría ésta más amplia que la de la procreación- y el correspondiente vínculo paterno/materno-filial, según se desprende del art. 39.3 de la Constitución española (en adelante CE) según el cual "*los padres* deben prestar asistencia de todo orden *a los hijos* habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda". Y no exclusivamente, aunque también, de la patria potestad -art. 154 Código civil (en adelante CC)- pues como establece el art. 110 CC "el padre y la madre, *aunque no ostenten la patria potestad,* están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos", que debe ser valorado junto con el art.111 CC que establece los supuestos de exclusión de la patria potestad[1].

[1] En este sentido puede verse PADIAL ALBÁS, A: *La obligación de alimentos entre parientes.* Barcelona (1997): J.M. Bosch, p. 30; ROGEL VIDE, C.: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida.* Madrid (2012): Colección Claves de la Jurisprudencia, p. 27; LÁZARO PALAU, C.M.: *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio.* Pamplona (2008): Aranzadi, p. 30.

En este sentido, las personas reconocidas como padres/madres, ambos, tienen la obligación de colaborar activamente en la satisfacción de las necesidades de sus hijos y determinarlas en consideración al nivel de vida estable habido en la familia y disfrutado por el menor, y en proporción adecuada a su caudal económico[2]. Este caudal puede experimentar variaciones al alza o a la baja que pueden afectar de manera decisiva a la cuantificación de la pensión de alimentos. En la práctica, esta situación se materializa en los casos de separación/divorcio de mutuo acuerdo o de carácter contencioso en los que la guarda y custodia se atribuye a favor de uno sólo de ellos, en que el otro, el progenitor no custodio, es quien debe abonar una pensión de alimentos a favor del menor/menores en una cuenta bancaria designada por el progenitor custodio, que también debe contribuir a cubrir las necesidades del menor directamente. Pero ¿qué sucede en los casos de custodia compartida? ¿Subsiste el concepto de pensión de alimentos? ¿Quién y dónde ingresa la cuantía que se determine para atender las necesidades? ¿En base a qué criterios se cuantifica y distribuye la pensión? ¿Quién administra el fondo común en caso de que ingreses ambos?

Todas estas cuestiones han suscitado el interés y preocupación de la doctrina, del legislador autonómico -antes que del estatal que no se refiere a ella- que la ha atendido de manera desigual en las distintas regulaciones autonómicas de la custodia compartida existentes en el territorio español[3], y por último de la jurisprudencia que está sentando los pormenores de una realidad que constituye en la práctica una fuente inagotable de conflictos que redundan en perjuicio del interés de los más necesitados de protección, los menores. Es por ello, por lo el interés de este artículo se centra en determinar algunos aspectos clave sobre la cuantificación y distribución de la pensión de alimentos en los casos de custodia compartida.

Como es bien sabido, el tardío anclaje legal en España de la custodia compartida (2005), ha contribuido decisivamente a imprimir un sesgo

[2] STS 30 abril 2013 (EDJ 2013, 55342) "valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, exige ponderar no sólo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos".

[3] Hasta el momento se han promulgado las siguientes legislaciones autonómicas sobre custodia compartida: Ley 2/2010 de 26 de mayo de Aragón de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, Ley 25/2010 de 29 de julio de la Generalitat de Cataluña que reforma el libro 2º del Código civil de Cataluña, referente a la persona y familia, en sus arts. 233-9,10 y 1, Ley Foral 3/2011 de 17 de marzo de Navarra sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres) y Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

radicalmente distinto en la valoración de esta modalidad de guarda y custodia, a nivel doctrinal y jurisprudencial, al ser hoy considerada como un régimen normal y no excepcional a dictaminar en interés del menor[4]. El acceso a la misma puede producirse, en primer término, por acuerdo entre los progenitores -plasmado en el correspondiente convenio regulador- o, en caso de desavenencia respecto a quién de los dos deba atribuírsele la guarda y custodia y a instancia de al menos uno[5], por decisión judicial fundamentada en la salvaguarda del interés del menor junto con otros criterios legales y jurisprudenciales no menos relevantes para buscar la justicia del caso concreto[6]. Será pues en ese convenio o en las resoluciones que resuelvan el conflicto derivado de las crisis familiares donde se ha de encontrar la respuesta a dos falsos positivos que afectan a la pensión alimenticia en la custodia compartida, a saber:

A) Custodia compartida significa reparto igualitario del tiempo de convivencia con los menores.

La doctrina y la jurisprudencia ha tratado de poner orden en un complejo pluralismo terminológico, hasta el punto de preguntarse si en los casos en que la guarda y custodia se atribuye a ambos progenitores no simultáneamente es lo mismo hablar de custodia compartida que de custodia alterna o sucesiva. Quienes apreciar que son dos conceptos distintos han tratado de delimitarlos relacionándolos con la mayor o menor duración de los

[4] STS 25 noviembre 2013 (RJ 2013,7873) considera en la actualidad la custodia compartida como un régimen normal y no excepcional por cuanto que fomenta la integración del menor con ambos progenitores, estimula la cooperación de éstos en beneficio del menor, evita en el menor el sentimiento de pérdida afectiva y salva los desequilibrios en los tiempos de estancia y acompañamiento del menor.

[5] Habrá que ver la suerte que corre el criticado Anteproyecto estatal de ley sobre ejercicio de corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación o divorcio, de 19 de julio de 2013, que pretende dar un paso más al reconocer la posibilidad de que la custodia compartida se aprecie de oficio sin que ningún progenitor la solicite. De interés resulta lo dispuesto por el Consejo General del Poder Judicial respecto de este Anteproyecto al sostener al respecto "que la opción seguida debería ser repensada, pues el hecho de que ninguno de los progenitores interese el ejercicio compartido de la guarda y custodia deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos, respecto de un modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso, toda vez que las decisiones relativas al cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir necesariamente deberán ser consensuadas, so riesgo, en caso contrario, de revertir negativamente en el interés del menor".

[6] Sobre los diferentes criterios puede verse más en detalle: LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos.* Madrid (2008): La Ley, pp. 497-539; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.* Navarra (2011): Thomson Reuters, pp. 113-120; VIÑAS MAESTRE, D.: "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", *InDret* (2012). Septiembre, p. 12 y ss.; CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales.* Madrid (2012): La Ley, pp. 495-50.

tiempos de convivencia de los progenitores con sus hijos/as no sin cierta polémica[7].

En mi opinión se trata de diversos enfoques de una misma realidad, pues mientras la custodia alterna coloca el acento en los períodos de convivencia de los hijos con sus progenitores (sean éstos de idéntica duración o no), la custodia compartida está centrando la mirada en la corresponsabilidad parental en el ejercicio de la guarda y custodia, esto es, en el reparto equitativo de derechos y deberes respecto de los hijos y no tanto en los tiempos de estancia o convivencia con ellos. Por eso entiendo acertada la expresión "custodia compartida en alternancia", que pone en valor ambas dimensiones de un mismo fenómeno la guarda y custodia conjunta no simultánea. Especialmente gráfico resulta el Preámbulo de la ley Aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en el que clarifica la diferencia entre la custodia compartida y la custodia alternativa al decir que "custodia compartida no implica necesariamente una alternancia en la residencia de los hijos con sus progenitores en períodos iguales pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida". Y sobre la base de lo cual el legislador navarro en la Ley foral 3/2011 de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que en su art. 6.5 establece "Si decide la custodia compartida, el Juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones *en situación de equidad".*

Equidad en el reparto de las obligaciones y de los tiempos y no igualdad de los mismos que es el término que utiliza desde mi punto de vista indebidamente tanto la Ley aragonesa 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres como la ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en preceptos de similares características que conceptúan la custodia compartida (art. 6.1 y 3 a respectivamente).

B) Custodia compartida significa que no hay que satisfacer pensión de alimentos, *pues cada cónyuge paga los gastos de los menores cuando los tiene consigo.*

Esta afirmación, de aplicarse sin matiz, llevaría implícita en sí misma una consecuencia sustancialmente injusta para los menores en aquellos casos, muchos, en los que un progenitor tiene unos recursos económicos superiores

[7] Una síntesis de esta polémica puede verse en RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de,* cit., pp. 65-68; o en LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia,* cit., pp. 275-276.

al otro, pues ello supondría trasladar los desequilibrios a la esfera de la estabilidad de los menores.

Interesante resulta a este respecto la jurisprudencia sentada por el TSJ de Cataluña al establecer que "no puede contemplarse como un efecto necesario o ineludible de la guarda y custodia conjunta o compartida la extinción de la obligación de uno de los progenitores –o de los dos- de abonar una pensión de alimentos a favor de los hijos, toda vez que debe procurarse un equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios, y ello incluso en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia con los hijos/as sea idéntico"[8].

II. CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA CUANTIFICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

La cuantificación de la pensión de alimentos en la custodia compartida se opera En virtud de la aplicación de una serie de criterios abstractos que han sido identificados por la legislación estatal y concretados en mejor grado por algunas legislaciones autonómicas, así como por la jurisprudencia. Partiendo de la base ya expuesta de que ambos progenitores han de atender con carácter imperativo las necesidades del menor (art. 39.3 CE), es significativo, por las materias que se van a abordar a continuación, el pronunciamiento de la AP de Barcelona 12 enero 2007 (ROJ 2007, 1312) sobre la custodia compartida al decir que "es una modalidad de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos basada en el respeto y en la colaboración con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de *distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro*".

En aras a concretar esa *justicia y proporcionalidad* del caso concreto en materia de alimentos en el régimen de custodia compartida, es útil partir del Código civil en su art. 93 donde otorga al respecto un importante papel al juez, al establecer que éste "en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento". Así pues, el legislador avala la intervención directa del Juez en aquellos casos de

[8] STSJC 1 Julio 2013 (ROJ 2013,6225)

custodia compartida contenciosa, en la que los cónyuges no hayan podido alcanzar un acuerdo voluntario satisfactorio o, en aquellos casos de custodia compartida consensuada en la que la determinación de la cuantía pone en riesgo la atención debida a las necesidades de los menores, orientando a los progenitores a revisar el acuerdo alcanzado. Y al tiempo destaca este precepto la más que posible mutabilidad de las circunstancias económicas de los alimentantes y de las necesidades de los alimentistas que precisará de fórmulas de reajuste que habrá de contemplarse en la resolución que ponga fin al conflicto a fin de no eternizarlo o profundizarlo.

Varios son los aspectos que *grosso modo* inciden en la cuantificación de la pensión de alimentos en la guarda y custodia compartida, a saber, la proporcionalidad entre los recursos de los progenitores alimentantes y las necesidades del alimentista, el tiempo de convivencia de éste con aquellos y otros criterios no menos relevantes, como la atribución de la vivienda, la asunción de gastos directos o la contribución a las cargas familiares.

1. La proporcionalidad entre la posibilidad y la necesidad.

La legislación estatal contempla este primer criterio en el art. 146 CC cuando afirma que "la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los percibe", que establece una fórmula para la cuantificación que no es inmutable ni siquiera para el régimen de guarda y custodia compartida; y que por tanto puede experimentar variaciones al alza o a la baja según reconoce el art. 147 CC en atención al cual los alimentos "se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran la necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos".

La legislación autonómica en materia de custodia compartida se ha hecho eco de los principios de proporcionalidad y de necesidad reflejándolos directamente en su articulado como puede verse en art. 8.1 y 2 de la Ley aragonesa 2/2010, el art. 7.1 y 2 de la Ley valenciana 5/2011, o por remisión como hace el art. 233.10.3 del Libro II del Código Civil de Cataluña al decir que la forma de ejercer "la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos".

Los alimentos de los hijos se rigen por el criterio de la necesidad. Las necesidades del alimentista aparecen identificadas en grandes categorías en el art. 142 CC (alimento o sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción). Y la doctrina y la jurisprudencia las ha delimitado entre lo que se consideran gastos ordinarios y extraordinarios a los que después me referiré. Cierto es que no se está aludiendo a una realidad

inmutable, pues las etapas de crecimiento de los hijos van modulando las necesidades de éstos e incrementando los gastos precisos para cubrirlas. Además la identificación de las necesidades se encuentra en estrecha conexión con el nivel de vida de la familia, no siendo por tanto generalizables dichas necesidades, de tal suerte que lo que para una familia por su tren de vida pudiera ser considerado como normal (colegios y sanidad privada, personal de servicio, viajes al extranjero, etc.), para otra entraría dentro de lo excepcional e incluso de lo inalcanzable. Por ello, por esa plasticidad de la realidad que puede arrojar escenarios bien diversos, el operador jurídico se ve dificultado para concretar el límite máximo en que se fijan las necesidades de los hijos. No así para concretar lo que considera el *mínimo vital*, que la jurisprudencia ha situado, en casos marcados por las dificultades económicas y/o de salud, entre los 100 y los 180 euros por hijo al mes[9]. Y cuyo no reconocimiento por los Tribunales, determinaría amparar a nivel judicial un posible y auténtico abandono del menor o menores[10].

El otro polo de la ecuación para afrontar la pensión de alimentos va a estar directamente relacionada con la capacidad económica de los progenitores al tiempo de concretarse dicha pensión, sin perjuicio de que la cuantía que se determine pueda sufrir alteraciones con posterioridad, al alza o a la baja, por circunstancias sobrevenidas de carácter estable y de relevancia y entidad suficiente. Para medir dicha capacidad económica se tomará en consideración (de mutuo acuerdo o por el juez) todos los elementos que pueden incidir en la situación patrimonial de los progenitores (ingresos salariales u otros, cuentas corrientes o de ahorro, propiedades materiales e inmateriales, recursos previsibles, etc.)[11].

Ha de considerarse, en aras a establecer un reparto equitativo de los gastos ordinarios y extraordinarios que integran la pensión de alimentos, la capacidad económica de ambos progenitores pues ambos son alimentantes y están obligados a atender las necesidades de los menores, e incluso una vez

[9] SAP Valencia 29 enero 2014 (EDJ 2014, 47569) entiende el "mínimo vital" como mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad. En parecidos términos refiere la SAP Almería 4 marzo 2014 "no podemos olvidar que la cantidad fijada de 150 euros por hijo, atendida la edad de 10 y 17 años, se constituye en un mínimo vital o de subsistencia para cubrir las necesidades propias de esa edad, junto al deber de contribución proporcional de la madre".

[10] SAP A Coruña 16 mayo 2014 (EDJ 2014, 132464).

[11] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia y de la persona,* Tomo III*,* Barcelona (2007): Bosch, pp. 765-766, que considera que los medios del alimentante incluyen: las rentas y frutos tanto del capital como del trabajo, los rendimientos de toda clase de actividades, el propio caudal o capital y la capacidad de trabajar o de producir e incluso la obligación de trabajar para procurarlos cuando se trata del cónyuge y de los hijos menores.

alcanzada éstos su mayoría de edad. Una valoración de esta situación puede arrojar distintos escenarios que pueden repercutir en los modos de distribución de la pensión de alimentos, como a continuación puede verse:

A) Situación 1. Progenitores con nivel de ingresos iguales o similares

En estos casos, la doctrina[12] y la jurisprudencia viene estableciendo la conveniencia de que cada progenitor satisfaga directamente la alimentación, incluso en algunos casos algunos gastos ordinarios fijos (transporte, vestido, ocio, medicamentos, etc.) cuando los hijos están bajo su guarda y custodia por períodos; al tiempo que considera conveniente el aporte de una cantidad suplementaria o complementaria en una ratio de un cincuenta por ciento del total a un fondo común con cargo al cual se atienda el pago de otros gastos ordinarios que se abonan puntualmente como escolaridad y gastos anejos (material escolar, uniforme), seguros médicos, actividades extraescolares, etc. y con cargo al cual también puedan satisfacerse gastos extraordinarios[13]. Si bien, también existen casos en los se establece que los padres atiendan directamente los pagos referidos en el momento en que se produzcan, sin necesidad de la creación de fondo común alguno, que se visualiza como una fuente de conflicto a la hora de su administración[14].

B) Situación 2. Progenitores con distinto nivel de ingresos

En el segundo escenario se valora la realidad de aquellas familias en las que los ingresos de uno y otro progenitor difieren entre si hasta el punto de no resultar equilibrada la distribución al cincuenta por ciento de los gastos derivados de las necesidades de los menores a su cargo. Se requiere en estos casos de otras fórmulas de distribución de gastos para ambos progenitores. En este sentido, puede contemplarse una doble perspectiva:

a) Un progenitor tiene más capacidad económica que el otro.

En el supuesto en que uno de los progenitores cuente con más capital o ingresos que el otro, parece acertado reconocer como hace la jurisprudencia "que es justo y equitativo, además de acorde con los arts. 145 y 146 del CC., que los progenitores alimentantes contribuyan a sufragar esos gastos de los hijos en proporción a sus respectivos ingresos (dado que ambos asumen una

[12] TAPIA PARREÑO, J.J.: "La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales", *Cuadernos de Derecho Judicial* (2009). II, p. 241.

[13] SSAP Castellón 14 octubre 2003 (EDJ 2003,145843), Baleares 24 enero 2012 (EDJ 2012, 7628).

[14] SSAP Barcelona 30 enero 2014 (EDJ 2014,10869), que prefiere en estos casos seguir el sistema de pago establecido en la custodia unilateral y uno abone una pensión de alimentos mensual al otro con independencia de que tenga o no a los menores a su cargo y el otro sea el gestor de los gastos ordinarios, pretendiendo con ello evitar todo tipo de conflictos.

igual dedicación temporal al cuidado de los hijos, cuya compañía se reparten por períodos semanales alternos)", lo que en esta sentencia se tradujo en concluir que "es claro que la contribución de la Sra. Amparo ha de ser superior a la del Sr. Jesús, ya que los ingresos de aquella son muy superiores a éste"[15]. Por consiguiente, como esta resolución judicial ejemplifica ha de ser mayor el aporte a las necesidades del menor del que más capacidad económica tenga a fin de no hacer más onerosa el cumplimiento de la obligación de alimentos a uno de los progenitores[16].

Partiendo en estos contextos de la creación de un fondo común en el que ambos progenitores realizarán su aporte, la pregunta que surge a continuación es doble. De un lado, en qué se traduce ese mayor aporte del progenitor que más ingresos tiene, o dicho en otros términos, qué cuantía le corresponde satisfacer a cada progenitor del total en que se cuantifica la suma de las necesidades del menor. A este respecto la jurisprudencia ha dado diversas soluciones o respuestas según el caso:

- Una solución cuantitativa determinable, en aplicación de una simple operación aritmética calculando un porcentaje sobre la pensión de alimentos. Así, es posible visualizar repartos de la pensión de alimentos en custodia compartida que responden a ratios de 60 y 40%[17] o de 70 y de 30%[18] que se calcula sobre la cuantía total a aportar por los dos progenitores con la que se estima se cubren todas las necesidades del menor. Este porcentaje se obtiene por el juez o por los propios progenitores en atención a una ponderación de los ingresos que tienen, y que bien pudiera obedecer a otra distribución en virtud del principio de autonomía de la voluntad. La problemática se centra en concretar cuál es la cuantía sobre la que se calcula el porcentaje, pues no conocerla puede determinar innecesarios conflictos[19].

[15] SAP Castellón 27 septiembre 2013 (Tirant Online 2013,108).

[16] En idénticos términos SSAP Barcelona 10 enero 2014 (EDJ 2014, 10833) y SAP Baleares 19 mayo 2014 (EDJ 2014, 97852) que establece que la "diferencia en la capacidad económica justifica, que aun existiendo una custodia compartida, el progenitor que posea superiores ingresos o medios económicos contribuya también a la obligación de alimentos de los hijos, mediante el pago de una pensión al otro progenitor, puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los hijos, sería contrario a la regla de proporcionalidad del art. 145 y 147 CC y al principio del *favor filii*, su no establecimiento".

[17] SSAP Barcelona 30 enero 2014 (EDJ 2014, 10869) y Zaragoza 30 marzo 2012 (EDJ 2012, 57447).

[18] STSJ Cataluña 30 marzo 2013 (EDJ 2013, 129732), SAP Castellón 7 enero 2013 (EDJ 2013, 54702).

[19] SAP Barcelona 7 octubre 2010 (ROJ 2010, 7108), parte de la dificultad para instrumentar el pago de los alimentos en la custodia compartida al no contemplar la ley más que el principio de proporcionalidad, y señala que en todo caso "los pronunciamientos deben ser claros y ejecutables para garantizar el derecho de alimentos de los hijos y garantizar la viabilidad de la custodia compartida, evitándose distribuciones porcentuales, no

- Una solución cuantitativa determinada, fijando la cuantía exacta en la que cada progenitor ha de contribuir a sostener las necesidades del menor, evitando con ello posibles conflictos en la determinación posterior de la cuantía respecto a la que se ha de aplicar el porcentaje referido en caso de no concretarse la misma[20].

- Una solución cuantitativa valorizada, identificando el juez los gastos que el progenitor que más ingresa deberá satisfacer directamente a fin de lograr el equilibrio y justicia del caso concreto que no haga de peor condición al progenitor con menos capacidad económica[21].

De otro lado preocupa qué gastos irá a satisfacer ese fondo común en el caso de ser constituido: si todos (ordinarios y extraordinarios), algunos ordinarios no cubiertos por los progenitores cuando los menores están a su cargo y extraordinarios, o sólo los extraordinarios. A este respecto resulta minoritaria la acogida de la primera opción en la doctrina y la jurisprudencia que tienden a avalar en mejor grado las otras dos posibilidades[22].

---

cuantificadas –por ejemplo 40% de los gastos uno y 60% el otro- que producirán numerosos problemas de ejecución ante la dificultad de cuantificar numéricamente todos los gastos, y desembocarán en situaciones de desprotección del menor y de mal funcionamiento de la custodia compartida".

[20] SAP Murcia 22 diciembre 2011 (EDJ 2011, 304300) que reconoce que "el hecho de que se haya acordado el régimen de custodia compartida , no presupone indefectiblemente que no pueda fijarse pensión de alimentos en favor de la hija menor y a cargo de uno de los progenitores, como ocurre en el presente caso, pues es evidente la desigualdad de ingresos de uno y otro de los padres de la menor, por lo que está plenamente justificado el señalamiento de una pensión de alimentos en favor de la menor, ello teniendo en consideración los períodos en que ha de convivir con la madre, circunstancia esta que no tiene por qué repercutir negativamente en cuanto a las necesidades derivadas del derecho de alimentos de la menor, en función del nivel de vida familiar y en este caso de los elevados ingresos del padre".

[21] STSJ Cataluña 5 septiembre 2008 (2008, 9511) que establece que "siendo harto superiores los recursos económicos del padre frente a los de la madre, la Sala – asumiendo el detalle de los mismos contenidos en las susodichas resoluciones- estima totalmente adecuada y ponderada la solución adoptada por la Juez 'a quo', ratificada por el Tribunal 'ad quem', esto es, que, además de los gastos cotidianos -cabalmente descritos- que debe sufragar cada progenitor en el período en que permanezca con sus hijas, Milagros y Alicia, 'el Sr. Baltasar se hará cargo de todos los recibos que se generen por la educación, actividades extraescolares y deportivas, cuotas de AMPA, salidas escolares, libros y material, que abonará directamente a los correspondientes centros, así como también del pago de la mutua médica de las hijas, y del pago de los gastos de móvil de éstas', pues con ello se cumplimenta perfectamente el criterio o la regla de la proporcionalidad para el abono de los alimentos -Art. 259 C.F.".

[22] CRUZ GALLARDO, B. *La guarda,* cit., p. 355, según el cual "la distribución de la prestación de alimentos, en el régimen de custodia compartida, debe quedar reducida al reparto de los gatos extraordinarios y aquellos considerados ordinarios de importancia (gastos de colegio

b) Un progenitor se encuentra en situación de desempleo o de subsidio.

El escenario puede adquirir connotaciones distintas en aquellos casos en los que si bien ambos ingresan, uno de ellos lo hace en régimen de desempleo o de subsidio al finalizar la prestación por desempleo a la que tenía derecho. Evidentemente la obligación de alimentos hacia sus descendientes no se extingue por el hecho de disponer de menos ingresos que los que obtenía en activo, debiendo -eso sí- ajustarse la pensión alimenticia a satisfacer a su capacidad económica actual[23]. Si bien, en conexión con lo dispuesto anteriormente será el progenitor que más ingresos de los dos tenga el que más aporte al caudal común con el que se afrontará el pago de los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos.

En el caso en que ambos ostenten la condición de desempleado, el criterio es el mismo, se debe ponderar los ingresos de ambos progenitores a los efectos de ajustar la pensión de alimentos a satisfacer a la nueva situación económica de los mismos. Esta realidad puede incidir en una modificación del nivel de vida que los hijos venían disfrutando. Por consiguiente, la proporcionalidad entre la necesidad y la posibilidad se hará más patente que nunca en estas realidades tan presentes desgraciadamente en hogares españoles.

Por último cabe plantearse si esta condición de desempleado puede impedirle el acceso al régimen de custodia compartida. En mi opinión, de conformidad con lo que se viene exponiendo nada impide que esta circunstancia sea óbice para el reconocimiento de dicho régimen, más cuando el mayor tiempo disponible pudiera convertirlo en el progenitor idóneo por la mayor implicación y disposición en mejor grado para el desarrollo de los menores que determina el régimen de custodia compartida.

C) Situación 3. Sólo uno de los progenitores obtiene ingresos.

Para concluir este abanico de posibilidades respecto de la capacidad económica de los progenitores, conviene pensar en el supuesto en que sólo uno de ellos obtenga ingresos o cuente con medios para hacer frente a los gastos de los descendientes a su cargo.

y material escolar), puesto que los demás gastos ordinarios corresponderán a cada progenitor desde el momento en que conviva con los hijos.

[23] SAP Pontevedra 9 julio 2014 (EDJ 2014,1 35661), que establece que "como reconocimiento de ese deber esencial, inherente a los deberes de patria potestad, los tribunales, aun en casos de minoración de recursos económicos, mantienen el deber de alimentos, aun a costa del sacrificio del progenitor, a fin de asegurar lo que se ha dado en llamar un 'mínimo vital' o 'de subsistencia'".

Considero que esta situación debe resolverse, como ha hecho la jurisprudencia, determinando que el progenitor con ingresos satisfaga el íntegro de las necesidades ordinarias y extraordinarias de los hijos mediante el pago de una pensión al otro durante los períodos que tenga al menor o menores consigo en tanto dicho progenitor no tenga medios con los que poder afrontar los gastos. No comparto sin embargo, la opinión doctrinal expresada por IVARS en el sentido de que sólo ese progenitor pueda ser beneficiario de la custodia y no quepa en estos casos la custodia compartida, pues siguiendo esta lógica –ilógica- hubiera entonces que haberles negado la custodia unilateral a las mujeres que, sin ingresos, han sido titulares de la misma durante largo tiempo por acuerdo o por decisión judicial[24]. Carece por consiguiente de todo fundamento sacrificar el interés del menor, que queda salvaguardado en mejores condiciones por la custodia compartida, por el hecho de que uno de los cónyuges pueda no tener ingresos estable o temporalmente.

2. El tiempo de convivencia con los hijos.

Otro de los parámetros a valorar en la cuantificación de la pensión de alimentos en la custodia compartida es el tiempo de convivencia con los hijos. A este respecto resulta de interés lo dispuesto en el Libro II del Código Civil de Cataluña, art. 233-10, 3 en sede de ejercicio de la guarda por cuanto establece que "la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar *el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores* y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente". Ciertamente este precepto viene a clarificar que el tiempo de convivencia con los menores ha de ser tenido en cuenta a la hora de cuantificar la pensión de alimentos.

Sobre el particular puede destacarse la STSJ de Cataluña 31 julio 2008 (ROJ 2008, 7475) que considera que "bajo la denominación equívoca de custodia "compartida" pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores -partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta-, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy

[24] IVARS RUIZ, J.: *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia.* Valencia (2007): Tirant lo Blanch, 123, según el cual la precariedad de uno de los progenitores dificultaría "ab initio" la adopción de un régimen de custodia compartida por no poder responder materialmente de la situación derivada del mismo, y también facultaría para una solicitud de cambio de sistema de guarda a favor de uno unilateral o exclusiva para el cónyuge con situación laboral estable.

diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), por lo que *no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos*"[25].

Por su parte la Ley valenciana en su art. 7.4 da igual relieve a esta cuestión al disponer en su art. 7.4 que "en función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores", aludiendo claramente a la distribución y cuantificación de la pensión de alimentos en régimen de custodia compartida.

En este mismo sentido parece apuntar también el art. 5 del Anteproyecto de Ley estatal de corresponsabilidad parental que prevé la modificación del art. 90 CC en su apartado c), y que también prevé contemplar esta circunstancia del "tiempo de permanencia de los menores con sus padres", como algo a valorar en la determinación de la contribución de los progenitores a los alimentos de los hijos.

Lógicamente una mayor permanencia o estancia de los menores con sus hijos implica la asunción directa de gastos de alimentación o de otro tipo, que debe valorizarse por cuanto determina un menor gasto para el otro progenitor.

No existe, ni parece recomendable, prefijar un modelo de alternancia que fije la distribución de los periodos de estancia de los menores con los progenitores, que se aplique generalizadamente sin valorar las circunstancias del caso, pues el éxito del sistema que se establezca está en que se trate de un régimen a medida de cada realidad familiar, y para ello se deberá sopesar y ponderar, entre otros, los aspectos laborales, escolares, extraescolares y personales como la edad del menor, la salud o las habilidades de los progenitores que en cada grupo familiar son absolutamente distintos. Y una vez establecidos los períodos de estancia, deberán éstos ser tenidos en cuenta a la hora de cuantificar la pensión de alimentos.

3. Otros criterios: la vivienda, los recursos propios del menor y los pagos directos de gastos por los progenitores.

Junto con los criterios de proporcionalidad entre la capacidad económica de los progenitores y las necesidades del menor, se visualizan otros criterios que

[25] Con posterioridad a dicha sentencia y creando jurisprudencia vid. STSJ Cataluña 5 septiembre 2008 (2008, 9511) en idénticos términos.

han sido objeto de atención por la legislación y la jurisprudencia en aras a determinar la cuantía de la pensión de alimentos en custodia compartida. De interés resulta igualmente aquí por su cuidada redacción y acogida de algunos de estos criterios el art. 5 del Anteproyecto de Ley estatal de corresponsabilidad parental que prevé la modificación del art. 90 CC en su apartado c) en el siguiente sentido: "La contribución, si procediera, a las cargas familiares y alimentos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, al tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres, a la capacidad económica de los últimos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes".

Interesante resulta en este sentido por cuanto a la vivienda se refiere la SAP Barcelona 30 enero 2014 (EDJ 2014, 10869) que a la hora de concretar la pensión de alimentos en la custodia compartida toma en consideración a quién se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar hasta el punto de reflejar eso en un mayor importe a satisfacer por la madre, adjudicataria del uso, en concepto de alimentos. Así establece "el mantenimiento de la obligación respecto a ambos progenitores es razonable que se fije en 350 Eur. el padre y 400 la madre, compensando con ello que ésta disfrutará del derecho de uso exclusivo de la vivienda familiar, mientras que ambos han de soportar por mitad la cuota hipotecaria y los gastos que no sean los de suministros, uso, impuestos y conservación"[26].

Los recursos propios del menor es otra circunstancia atendida por la legislación autonómica a la hora de cuantificar la pensión de alimentos en la custodia compartida en el caso lógicamente en el que no sean suficientes para poder determinar la cesación o suspensión de la obligación de alimentos[27], de conformidad con lo dispuesto en el art. 152.3 CC. En efecto, aquí se alude a ingresos puntuales que pueda tener el menor por actividades remuneradas o no (becas) de las que resulte beneficiario, que no llegan a ser suficientes para atender todas sus necesidades pero que deben ser valorados para determinar

[26] En parecidos términos de disminución de la cuota de pensión de alimentos en custodia compartida por atribución del uso de la vivienda al otro progenitor SAP Madrid 21 abril 2009 (EDJ 2009, 305324).

[27] Es el caso resuelto por STS 24 octubre 2008 (ROJ 2008, 5556) de suspensión de pensión de alimentos por ser la menor beneficiada con una beca bajo la fundamentación jurídica de que "cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción".

el menor aporte que los progenitores deben realizar, en su caso, para cubrir las mismas. Sobre el interés de la cuestión puede verse la legislación aragonesa que en su art. 8. 2 establece que "la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres".

Por último, la asunción de gastos del menor (de corte educativo, alimenticio –comedor del colegio-, sanitario, etc.) efectuados por un progenitor deben igualmente valorarse en términos cuantitativos hora de determinar la pensión de alimentos que le corresponde satisfacer, pues dichos gastos representan necesidades cuya atendibilidad corresponde a ambos progenitores en la medida de sus posibilidades económicas.

III. LOS GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

Conviene partir diciendo que no es mi intención elaborar una lista de los gastos ordinarios y extraordinarios que integran la pensión alimenticia, por cuanto dicha lista pudiera pecar por defecto o por exceso, ya que lo que por ordinario y extraordinario se entiende está en gran medida en función de las capacidades económicas de los progenitores, del nivel de vida o status familiar disfrutado por los menores en su compañía y de los pactos alcanzados entre ellos en un convenio regulador o incluso, como refiere el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, del nivel de consolidación de estos gastos necesarios ordinarios antes del cese de la convivencia con sus dos progenitores.

Tampoco es mi voluntad entrar a enumerar las características diferenciales entre gastos ordinarios y extraordinarios, que no por sabidas y reconocidas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial[28], constituye una materia exenta de

[28] LÁZARO PALAU, C.M.: *La pensión alimenticia,* cit., pp. 44-45; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia,* cit., pp. 759-764, y CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda,* cit., pp. 527-530, que caracterizan los gastos ordinarios como aquellos previsibles, necesarios y periódicos, situando entre ellos los gastos de escolaridad (matrícula, comedor, uniformes y material), alimentación, transporte, vestido y calzado, asistencia médica y farmacéutica y ocio; frente a los extraordinarios que se conciben como necesarios, imprevisibles y no periódicos, y entre los que ser las actividades formativas complementarias (masters, cursos en el extranjero, oposiciones), la actividades extraescolares, las clases de refuerzo escolar, la atención sanitaria no ordinaria o excluida por la Seguridad Social (odontología, psicología, logopedia, oftalmología ,entre otros), la pertenencia a clubes de ocio o recreo, etc.

polémica en la práctica, más cuando en ambos casos hablamos de gastos necesarios[29].

La mirada se va a centrar en verificar qué dispone respecto de ellos la legislación autonómica en el ámbito de la custodia compartida y qué criterios pueden extraerse de la jurisprudencia que resuelve casos de custodia compartida.

Respecto de la primera cuestión la legislación autonómica (aragonesa, valenciana y navarra) ha tratado de deslindar ambos conceptos y ha distinguido entre gastos ordinarios y gastos extraordinarios necesarios y no necesarios, también llamados superfluos, voluntarios u optativos, no tanto con la intención de delimitarlos, que también[30], cuanto de establecer los criterios del reparto del gasto de los mismos que es lo que en esta sede importa referir. Así, mientras estas legislaciones disponen que los gastos ordinarios y los extraordinarios necesarios deben ser atendidos por ambos progenitores en proporción a sus capacidades económicas o medios disponibles; pautan que los gastos extraordinarios no necesarios (voluntarios) requieren de la existencia de un previo acuerdo previo entre los progenitores o de consentimiento del otro cónyuge en orden a su satisfacción. En caso de no existir dicho acuerdo consentimiento, será asumido por el progenitor que

[29] De interés resulta lo dispuesto en SAP Granada 27 febrero de 2014 (EDJ 2014, 65086), manifiesta que "la delimitación entre los gastos ordinarios y extraordinarios carece de relevancia en relación al concepto de alimentos de los hijos a los que se refiere el artículo 93 del Código Civil. Ya hemos dicho que los alimentos de los hijos se rigen por el criterio de la necesidad (el artículo 142 del Código Civil utiliza la expresión 'indispensable'), de modo que los gastos que hayan de acometerse bajo este concepto encuentran su contrapunto en los que tienen el carácter de superfluos, y así el hijo no podrá exigir a los padres sino sólo los que se califiquen como necesarios, atendiendo las circunstancias que concurran conforme a lo que disponen los artículos 93, 146 y 147 y 158 del Código sustantivo. Por tanto dicha distinción es inútil a los efectos de delimitar la obligación, pues sólo hay gastos necesarios, aunque dentro de estos serán las circunstancias las que determinaran en cada caso los concretos gastos que tienen tal carácter. No obstante lo dicho, la distinción de tales conceptos se hace en función de la distribución de las facultades de la patria potestad a que aboca la crisis matrimonial y, fundamentalmente, de las funciones de guarda y custodia, que implican el atender a las necesidades diarias o urgentes de los hijos, y por ello que tradicionalmente en la doctrina y en la jurisprudencia, se haya considerado como gastos ordinarios los repetitivos, habituales o diarios, en tanto que gastos extraordinarios son los gastos necesarios que surgen de manera aislada, esporádica o poco habitual".

[30] Sí lo hace la legislación valenciana que en su art. 7.3 establece "los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial", en sede de gastos extraordinarios, ejemplarizando por consiguiente lo que la doctrina y jurisprudencia viene considerando como tales.

incurrió en el gasto salvo criterio judicial distinto respecto a la obligación de dicho pago[31]. En este mismo sentido parece ir el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental.

Por su parte la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se ha movido a la hora de distribuir los gastos ordinarios y extraordinarios con carácter general de la siguiente manera:

- En caso de existir disponibilidad económica de ambos progenitores: los gastos ordinarios de alimentación se establece que sean asumidos por cada progenitor cuando el menor permanezca con ellos y el resto de gastos ordinarios y extraordinarios en razón de su capacidad económica, siendo al 50% en los casos en que hay igualdad o similitud en el volumen de ingresos o medios de ambos progenitores, o mediante un reparto en clave de porcentajes (60/40%, 70/30%, etc.) en supuestos con sustanciales diferencias en el volumen de ingresos a fin de no hacer de peor condición al cónyuge con menos medios, que como se ha visto encuentran la dificultad en la concreción de la cuantía con la que atender esas necesidades y con arreglo a la cual se ha de calcular el porcentaje.

- En aquellas situaciones en las que un progenitor sólo disponga de medios, será éste el encargado de atender en su integridad los gastos ordinarios y extraordinarios, con independencia de quién tenga en su compañía al menor, pues como he manifestado esta situación no constituye óbice desde mi punto de vista para el reconocimiento de la custodia compartida.

IV. EL FONDO COMÚN: CUESTIONES PRÁCTICAS PARA LA POLÉMICA.

A lo largo de este artículo se ha hecho hincapié en la posible constitución de un fondo común en el ámbito de la custodia compartida al que vayan destinadas las aportaciones de ambos progenitores suficientes para cubrir los gastos necesarios, ordinarios y/o extraordinarios, del menor atendidos los criterios que se ha puesto de relieve.

En el régimen de la guarda y custodia exclusiva o unilateral es el progenitor custodio el que es titular y administra la cuenta en la que se ingresa la pensión alimenticia del menor y, por consiguiente, el que toma las decisiones respecto

[31] Por estos gastos extraordinarios no necesarios puede considerarse los gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque puedan considerarse convenientes para ellos. En ellos se enmarcan actividades como celebraciones religiosas, permisos de conducción, incluso estudios superiores complementarios. En este sentido véase SAP Barcelona 27 marzo 2014 (EDJ 2014, 52023).

a cómo y en qué invertir la pensión de alimentos satisfecha por el progenitor no custodio, aplicándola a cubrir los gastos ordinarios o extraordinarios. Pero ¿qué sucede en el régimen de custodia compartida?

Sobre el particular se pronuncia la SAP Barcelona 7 octubre 2010 (ROJ 2010/7108) que establece "sea o no similar la capacidad económica puede acordarse de que la contribución a todos los gastos se lleve a cabo mediante el ingreso de una cantidad, que puede ser la misma o distinta por parte de cada progenitor, dependiendo de su capacidad económica, en una cuenta, desde la que se van a satisfacer todas las necesidades del menor, pero en este caso, surge la problemática de determinar a qué progenitor corresponde la gestión de dicha cuenta y si se acuerda que la gestión corresponde en cada momento al progenitor guardador, se ha de valorar la relación de confianza existente entre ambos".

Por tanto, la problemática respecto a este fondo se centra en determinar quién ostenta su titularidad y quién es el encargado de su administración: si ambos o uno de ellos y en ese caso quién y en razón de qué. La jurisprudencia se ha mostrado unánime en que la titularidad ha de ser mancomunada, correspondiendo por tanto a ambos, por ostentar los dos progenitores la custodia compartida y realizar aportaciones al fondo[32], pero ha sido más vacilante en la determinación de quién debe llevar la gestión, a pesar de que la doctrina ha mantenido el mismo criterio de administración conjunta[33]. Así podemos encontrar casos en los que esta gestión se concibe conjunta pero alterna, pudiendo disponer del fondo el cónyuge que conviva con los menores durante el tiempo de su convivencia[34]; junto a casos en los que se asigna la administración o gestión del fondo al progenitor que ha venido manteniendo la responsabilidad de la "intendencia" en cuestiones

[32] SAP Madrid 22 febrero 2005 (La Ley 2005/42018) manifiesta que al margen de los gastos de alimentación del menor atendidos directamente por cada progenitor, sus necesidades quedarán cubiertas por la aportación de cada uno a una cuenta común "que se ha de aperturar a tal efecto y de la que no se podrá disponer sino es con la autorización y el consentimiento del otro".

[33] CRUZ GALLARDO, B. *La guarda,* cit., p. 531, en cuya opinión dicho fondo común de alimentos debiera ser administrado de forma indistinta por los progenitores, "salvo que haya razones poderosas para atribuir su administración a uno de ellos". Y LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia*, cit., p. 534, en cuya opinión dicha suma aportada por ambos "constituiría un capital del cual cada uno de ellos sustraería, en los períodos determinados para las alternancias de la convivencia, la suma requerida para cubrir las necesidades no corrientes del hijo. Todo ello, con la correspondiente obligación de rendición mensual de cuentas y el deber de controlar, tras dicho lapso la administración realizada por el otro".

[34] SAP Castellón 10 abril 2003 (La Ley 2003/68953) establece que "si compartida es la custodia y compartida por ello la obligación de atender en cada momento las necesidades de los hijos menores, compartida ha de ser la administración", descartando las alegaciones de la madre en razón de su mayor cualificación y dedicación.

como la formación, el vestido o la sanidad[35], que es la madre. En mi opinión, este tipo de decisiones de generalizarse pudiera comportar el riesgo de perpetuar patrones de género y roles que debieran abandonarse en pro de una verdadera e igualitaria corresponsabilidad en el ámbito de la convivencia y régimen de estancia con los menores[36].

Por último incluso se encuentran pronunciamientos sobre qué hacer con el remanente posible e incluso el *faltante* del fondo común, tal como hace la SAP Barcelona 8 abril 2014 (EDJ 2014, 70126) que explicita que "al final de cada curso escolar podrá recuperar el excedente si lo hay o suplir la cantidad que haya faltado en su caso".

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

No hay reglas establecidas ni inmutables en materia de pensión de alimentos en custodia compartida, se avanza a golpe de realidad enjuiciada y con ella se diseñan líneas de actuación para el horizonte. Indiscutiblemente el rol de los operadores jurídicos que intervienen en el proceso de crisis o de ruptura de una pareja es fundamental a la hora de proporcionar las estrategias de actuación lo más concretas y adecuadas posibles para reducir al máximo los niveles de litigiosidad en una materia tan sensible como la determinación y contribución a las necesidades del menor, en la que finalmente la salvaguarda de su interés está en jaque.

[35] SAP Barcelona 27 marzo 2014 (EDJ 2014, 52026).

[36] Puede verse lo dispuesto en este sentido respecto del derecho estadounidense en LATHROP GÓMEZ, F. *Custodia*, cit., pp. 293-298; y PICONTÓ NOVALES, T.: *La custodia compartida a debate*, Madrid (2012): Dykinson, p. 127.

EL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS. REFLEXIONES AL HILO DE LA STS NÚM. 723/2013, DE 14 DE NOVIEMBRE·

THE RIGHT OF PERSONAL RELATIONSHIP BETWEEN GRANDPARENTS AND GRANDCHILDREN. A FEW COMMENTS INSPIRED ON STS NO. 723/2013, OF NOVEMBER 14

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 195-212.

Fecha entrega: 08/03/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

· Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, "Impacto social de las crisis familiares".

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de investigación F.P.U. en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Secretario General del IDIBE
pedro.chaparro@uv.es

RESUMEN: El Tribunal Supremo considera que la pernocta del menor con sus abuelos no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente; habrá que atender, por tanto, a cada caso concreto para analizar la conveniencia de su concesión.

PALABRAS CLAVE: abuelos, nietos, menor, régimen de visitas, pernocta.

ABSTRACT: The Supreme Court considers that the overnight of the minor with his grandparents can not be granted always but neither can be prohibited indiscriminately. We must pay attention, therefore, to each case to analyze the appropriateness of the overnight.

KEY WORDS: grandparents, grandchildren, minor, visiting arrangements, overnight.

SUMARIO: I. DESGRANANDO EL SUPUESTO DE HECHO.- II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.- III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE.- IV. LA MODIFICACIÓN DEL ART. 160.II CC Y SUS CONSECUENCIAS.- 1. LA REFERENCIA EXPRESA A LOS ABUELOS EN EL ART. 160.II CC.- 2. LA NECESIDAD DE "JUSTA CAUSA" PARA IMPEDIR LA RELACIÓN DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS.- 3. CONCEPTO DE "JUSTA CAUSA".- V. EL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS.- 1. NATURALEZA Y CARACTERES DEL DERECHO.- 2. VIGENCIA DEL DERECHO.- 3. TITULARIDAD DEL DERECHO.- 4. CONTENIDO DEL DERECHO.

I. DESGRANANDO EL SUPUESTO DE HECHO.

La sentencia que sirve de hilo conductor de este estudio aborda la cuestión de la relación entre los abuelos y los nietos. En la demanda que presentan los abuelos se solicita un amplio régimen de visitas, justificado por la estrecha relación que los mismos tenían con los menores al haber vivido en un piso superior del negocio familiar. Concretamente, se puede distinguir entre un régimen ordinario de visitas y otro, por así decirlo, extraordinario, que vendría referido a los períodos vacacionales.

Respecto del régimen ordinario de visitas, es decir, aquel que se desarrollaría en períodos laborales de la madre del menor y escolares de éstos, los abuelos y los tíos paternos piden al Juzgado de Primera Instancia tener en su compañía a los menores dos tardes por semana, martes y jueves, durante dos horas (aproximadamente de las 18.00 horas hasta las 20.00 horas). Asimismo, se solicita tener a los menores fines de semana alternos (pares con la madre e impares con los abuelos y tíos), desde las 11.00 horas del sábado hasta las 20.00 horas del domingo.

En cuanto al régimen de visitas extraordinario, los abuelos distinguen según cuál sea el período vacacional. Así, en las vacaciones de Navidad, aquéllos solicitan tener consigo a los menores, en los años impares, cuatro días, desde el 23 al 26 de diciembre (ambos inclusive), y en los años pares, los días 30 al 1 (ambos inclusive), y siempre la tarde del día de Reyes. En las vacaciones de Semana Santa, en los años impares, se solicita tenerlos cuatro días, desde el Domingo de Ramos hasta el Miércoles Santo (ambos inclusive), y en los años pares, desde Jueves Santo hasta el Domingo de Resurrección (ambos inclusive). En fin, en las vacaciones de verano, se solicita tener a los menores la segunda semana del mes de julio y la segunda semana del mes de agosto en

los años impares, y la primera semana de cada mes, julio y agosto, de los años pares.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda presentada, acordando que los abuelos puedan estar en compañía de sus nietos una vez por semana, los miércoles de 18.00 a 20.00 horas. Asimismo, estableció que en los fines de semana los abuelos podrán tener consigo a los menores el segundo y el cuarto domingo de cada mes, desde las 12.00 a las 20.00 horas (salvo que el domingo que corresponda a los abuelos coincida con vacaciones de Navidad o Semana Santa, en cuyo caso las visitas se reducirán a dos horas por la tarde de 18.00 a 20.00 horas). En fin, el Juzgado de Primera Instancia determinó que los menores pasen con sus abuelos dos horas de la tarde del día de Reyes, de 18.00 a 20.00.

Frente a tal resolución, los abuelos interpusieron recurso de apelación, que fue estimado de nuevo en parte, fijándose el siguiente régimen de visitas: 1º) estancia con los menores los miércoles de 18.00 a 20.00 horas, recogiéndolos y entregándolos en el domicilio materno; 2º) estancia con los menores durante el último fin de semana de cada mes, desde las 20.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo, recogiéndolos y entregándolos en el domicilio materno; 3º) estancia con los menores en cada año, desde las 12.00 a las 16.00 horas del día de Reyes, recogiéndolos y entregándolos en el domicilio materno; y 4º) estancia con los menores una semana cada año, desde las 18.00 horas de un viernes hasta las 20.00 horas del siguiente, durante los meses de julio o agosto en modo que no interfiera o interrumpa el período vacacional de la madre, recogiéndolos y entregándolos en el domicilio materno.

Como se observa, la sentencia de la Audiencia Provincial amplía ligeramente el régimen de visitas establecido por la sentencia de primera instancia. Ante esto, la madre de los menores decide combatir dicha resolución en sede casacional.

II. Doctrina del Tribunal Supremo.

En el recurso de casación, la madre de los menores alega una razón de interés casacional, cual es la pretendida contradicción entre distintas sentencias de Audiencias Provinciales en la interpretación del art. 160 CC.

Para la parte recurrente (la madre de los menores), el motivo de contradicción consiste en si la fijación de la pernocta del menor con sus abuelos y parientes siempre tiene que estar reconocida o en su caso atendiendo a la edad del menor no se debe conceder con carácter general.

Alega en este sentido que el régimen de visitas para unos menores que tienen tres años de edad es excesivamente amplio, pues no considera recomendable la pernocta en casa de los abuelos, al hilo de lo cual cita dos sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz.

El Tribunal Supremo, sin embargo, y previa cita de su doctrina en la materia, según la cual la pernocta de los menores con los abuelos deberá analizarse según las circunstancias de cada caso [STS 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577)], considera que "no es el primer caso en que se autoriza la pernocta de los menores con los abuelos, en períodos convenientemente ponderados, por lo que no estamos ante un tema novedoso". Añade, además, que en sentencias anteriores "ya ha dado una respuesta suficientemente clara a la cuestión, no impidiendo la pernocta, pero tampoco generalizándola, pues habrá que estar a las circunstancias del caso". Es decir, la pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente.

Por lo demás, el Tribunal Supremo transcribe algún pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, a fin de resaltar la importancia que en la actualidad debe otorgarse a la relación abuelos-nietos. Tal importancia justifica el régimen de visitas acordado por la Audiencia Provincial, que rechaza "el amplio régimen de estancia que pretendían los demandantes" y reduce "la pernocta a un fin de semana al mes y a una semana de vacaciones al año, solución moderada, que respeta el derecho de la madre, y el interés de los menores a mantener el contacto con la familia paterna, como factor estabilizador y emocionalmente enriquecedor, dado que los menores tenían tres años cuando se dicta la sentencia del juzgado, y hoy día cinco años".

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE.

No cabe duda de la enorme importancia que tienen los abuelos en las relaciones familiares, especialmente en lo relativo al cuidado y a la educación de los nietos. En el abuelo encuentra el nieto a ese cómplice que le consiente y que le transmite valores por medio de la experiencia.

En la actualidad, el cambio de modelo social, impulsado por la progresiva incorporación de la mujer al trabajo, ha llevado a que los abuelos (al tiempo que otras instituciones como guarderías o escuelas) desempeñen un papel más importante aún en la educación de sus nietos, habida cuenta, por regla

general, su disponibilidad para hacerse cargo de los menores mientras sus padres trabajan[1].

Y es que el rol que los abuelos desempeñan en la actualidad dista mucho del de antaño, en que la propia figura del abuelo inspiraba, como se ha afirmado, un respeto "casi reverencial"[2].

La importancia de los abuelos en las relaciones familiares, con todo, encuentra algún detractor en la doctrina. Así, ARIAS DÍAZ considera que la importancia de los abuelos está sobrevalorada ("Hay una especia de confianza ciega", remarca), máxime en un momento como el actual, en el que los valores que pueden aportar seguramente disten bastante de los que transmiten la propia sociedad o los medios de comunicación[3]. En mi opinión, los valores y experiencia que pueden aportar los abuelos son insustituibles y totalmente necesarios, y, en ningún caso, incompatibles con los modelos o referentes que marquen las tendencias sociales[4].

En fin, toda vez constituir los abuelos una influencia positiva (e incluso necesaria) en la educación de los nietos, tal relación puede quedar menoscabada en múltiples y variados casos: a) así, hoy en día son muy frecuentes los casos de crisis familiares, en los que la custodia de los menores se atribuye a uno solo de los cónyuges, quedando el otro sometido a un régimen de visitas: es evidente que, en estos casos, los padres del progenitor no custodio difícilmente podrán continuar la relación con sus nietos, especialmente en los casos de dejación de la relación con sus hijos por parte del progenitor no custodio; b) igualmente, tales relaciones pueden ser también impedidas u obstaculizadas en los casos en que, habiendo fallecido

[1] V. en este sentido MONTES RODRÍGUEZ, Mª. P.: "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003", *Rev. boliv. de derecho* (2014), núm. 18, p. 581, quien pone de manifiesto esta función asistencial de los abuelos, al tiempo que habla del fenómeno de la "abuela esclava".

[2] V. a este respecto GRACIA IBÁÑEZ, J.: "El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica", *REDUR* (2012), núm. 10, p. 107, quien acertadamente dice que los abuelos "se han bajado del pedestal".

[3] ARIAS DÍAZ, Mª. D.: "Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos", *Diario La Ley* (2005), 7 febrero 2005, núm. 6184, p. 1.

[4] De algún modo, este carácter complementario a la educación del menor, si se quiere, más tradicional, que pueden aportar los abuelos, ya se atisbó en la importante STS 11 junio 1996 (RJ 1996, 4756), que, en un supuesto en el que los abuelos reclamaban para sí un régimen de visitas a su nieto de 14 años, afirmó que "este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores".

uno de los padres, exista un conflicto personal entre los abuelos (padres del progenitor fallecido) y el progenitor vivo; o c) puede ocurrir también que uno de los progenitores del menor no tenga relación con sus propios padres, abuelos del menor, lo que impediría en consecuencia la relación abuelos-nietos.

Es en este contexto en el que surge la necesidad de implementar medios para que la relación entre abuelos y nietos pueda producirse y tener continuidad en los casos de crisis familiares. Desde un punto de vista normativo, el cambio se produjo, hace ya algún tiempo, con la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

Con la referida ley se buscó, como señala su Exposición de Motivos, prestar una mayor atención a las relaciones entre abuelos y nietos, dado que "Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia", pudiendo quedar afectado dicho papel en los casos de situaciones de crisis matrimonial, de abandono de relaciones familiares no matrimoniales o de cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores. Y es que los abuelos "disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo".

Los propósitos de la ley, desde luego, eran totalmente loables. Es momento ahora de verificar, más de una década después de la promulgación de la ley, si sus disposiciones han resultado realmente efectivas en orden a mantener y/o reforzar las relaciones entre abuelos y nietos, o si, por el contrario, su aportación ha sido más bien escasa, respondiendo su promulgación únicamente, como algún autor se ha cuestionado, a la necesidad de seducir, ante la proximidad en el tiempo de las elecciones generales de 2004, a un segmento de la población, cada vez mayor por el progresivo envejecimiento de ésta, como es el de la tercera edad[5].

IV. LA MODIFICACIÓN DEL ART. 160.II CC Y SUS CONSECUENCIAS.

Una de las cuestiones que saltó a la palestra tras la aprobación de la Ley 42/2003 era si las modificaciones del Código Civil que ordenaba aportaban alguna novedad con respecto a la situación anterior en lo que al derecho de visita de los abuelos se refiere.

[5] EGEA FERNÁNDEZ, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004", *CCJC* (2005), núm. 68, p. 755.

1. La referencia expresa a los abuelos en el art. 160.II CC.

Especialmente criticada ha sido la modificación del art. 160.II CC, al entenderse que la mención expresa a los abuelos que se efectúa en la nueva redacción del precepto es superflua, por cuanto la mera mención a "otros parientes y allegados" de la anterior redacción del precepto ya incluía de suyo a los abuelos[6].

Cierto es que, como bien se ha apuntado, el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos podía entenderse comprendido en la genérica mención que el art. 160.II CC, en su redacción anterior a la Ley 42/2003, realizaba a "otros parientes y allegados"[7].

Pero no es menos cierta otra realidad, y es que, habiendo comprendido el legislador la necesidad de la relación abuelo-nieto, y habiéndose decidido a regularla, lo lógico es empezar la casa por los cimientos e incluir, de forma expresa, a los abuelos en el art. 160.II CC, lo que, además, dota a dicha relación de singular importancia respecto a las relaciones con otros "parientes y allegados"[8]. Con todo, debe advertir el lector que, de no haber mediado dicha referencia expresa que singulariza la posición de los abuelos, probablemente la Ley 42/2003 habría sido criticada por referirse únicamente a los abuelos y no a otros parientes o allegados, siendo que todos ostentaban un peso similar en la redacción anterior del art. 160.II CC.

2. La necesidad de "justa causa" para impedir la relación de los abuelos con sus nietos.

A la vista de lo anterior, la Ley 42/2003 presume que la relación entre el menor y sus abuelos es beneficiosa para aquél. De todas formas, es una presunción *iuris tantum*, pues los padres pueden probar que tal relación resulta

[6] V. a este respecto, por todos, CARBALLO FIDALGO, M.: "Las relaciones personales entre abuelos y nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 'Derecho de visita' y atribución de la guarda del menor", *Dereito* (2005), Vol. 14, nº 2, p. 131.

[7] De hecho, algún autor, como HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: "Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil", *Actualidad Civil* (2002), núm. 2/2002, p. 34, ya entendía que dentro de los parientes había que tener en cuenta, en primer lugar y antes que nada, a los abuelos.

[8] V. en similar sentido NAVARRO CASTRO, M.: "El régimen de visitas de los abuelos y otros parientes y allegados tras la Ley 42/2003 de 21 de noviembre", en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), vol. II. Murcia (2004): Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 3467-3468.

o puede resultar perjudicial para el menor (es decir, que existe "justa causa" para impedir la relación abuelo-nieto), algo que, como se intuye, no resultará fácil de acreditar por los padres, ni de valorar por el juez, por lo que deberá recurrir frecuentemente a informes de expertos que analicen si la relación con los abuelos afecta o influye de forma negativa en el desarrollo de la personalidad del menor. En muchos casos, es inevitable trasladar al menor el conflicto que ha llevado a los abuelos a solicitar de forma autónoma al juez la relación con sus nietos, conflicto que puede tener su causa en la relación con su propio hijo (padre del menor), o en la relación con el progenitor custodio.

Es por ello que la jurisprudencia tiene declarado que el interés protegido es, exclusivamente, el de los menores, y no el de otros sujetos que puedan verse afectados por aquella relación, como, por ejemplo, los padres de los menores. Así, entre otras, las SSTS 7 abril 1994 (RJ 1994, 2728), 11 junio 1996 (RJ 1996, 4756), 23 noviembre 1999 (RJ 1999, 8278), 20 septiembre 2002 (RJ 2002, 8462), 28 junio 2004 (RJ 2004, 4321), 11 noviembre 2005 (RJ 2005, 9476), 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577), 20 octubre 2011 (RJ 2011, 6843), o 24 mayo 2013 (RJ 2013, 3393), han venido a afirmar que la causa no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino que debe atender a si dichas relaciones resultan beneficiosas o perjudiciales para los propios menores.

En cualquier caso, del análisis de las referidas sentencias se constata una conclusión: en la generalidad de los supuestos se concede el derecho a los abuelos de relacionarse con sus nietos, por considerarse beneficioso para el desarrollo de la personalidad del menor.

3. Concepto de "justa causa".

Planteado el problema en estos términos, y partiendo de la base de que la concesión del régimen de visitas tendrá lugar en la práctica totalidad de los casos, la siguiente pregunta que debe realizarse es: ¿qué entidad debe tener el eventual perjuicio que la relación con sus abuelos pueda causar en el menor para revocar el régimen de visitas concedido? O lo que es lo mismo, ¿cuándo concurre la "justa causa" a la que se refiere el art. 160.II CC para impedir las relaciones entre abuelos y nietos?

Y es que, determinar con exactitud con carácter previo al inicio del régimen de visitas si la concesión de éste va a ser perjudicial para el menor, resulta muy complicado. Los casos de denegación son, por lo general, supuestos extremos y difícilmente imaginables, que casan mal con la propia solicitud del régimen de visitas, como por ejemplo que se pruebe que, en el pasado, los

abuelos hayan negado alimentos, abandonado o incluso agredido al menor con el que quieren ahora relacionarse. También, que los propios abuelos tengan hábitos que puedan afectar directa o indirectamente al desarrollo del menor, como sería el caso de que fueran drogodependientes o tuvieran problemas con el alcohol. Más razonable sería, sin embargo, la denegación por el padecimiento de una enfermedad infecciosa que pudiera ser contagiada al menor, aunque, de todos modos, es difícil imaginar que unos abuelos que estiman a su nieto (o al menos eso debe deducirse de la solicitud de tener contacto con él) estén dispuestos a exponerlo a tan grave riesgo.

Se ha de tratar, desde luego, de un perjuicio grave, que pueda poner en peligro el libre desarrollo de la personalidad del menor[9] (como, por ejemplo, tratar de enfrentar al menor con el progenitor custodio), y no de perjuicios que, toda vez incomodar al menor, no sean de una entidad suficiente[10]. Además, el perjuicio ha de ser actual, y no meramente potencial; es decir, se

[9] Esto es lo que sucede en la STS núm. 90/2015, de 20 de febrero (RJ 2015, 583), en la que se denegó el régimen de visitas solicitado por los abuelos paternos, como consecuencia de encontrarse el padre de los menores procesado penalmente por un presunto abuso sexual respecto de ellos. Toda vez reconocer el Supremo que el riesgo que supone el contacto de los menores con sus abuelos paternos (consistente en la evocación del padre a través de aquéllos) podría haberse evitado con "un estudio de la personalidad de los abuelos y su entorno y con una previa preparación profesional", entiende que, no habiendo tenido lugar tal estudio y posterior informe, la valoración debe ceñirse a los informes de los profesionales que desaconsejaban tal contacto, por el alto nivel de implicación de los abuelos con su hijo en el proceso penal en el que apoyan a su hijo (padre de los menores); dejando, eso sí, abierta la puerta a una futura modificación de la medida, si las circunstancias así lo permitiesen.
De la misma forma, en la reciente STS núm. 167/2015, de 18 de marzo (RJ 2015, 1152), se denegó a la abuela la relación con su nieta de 7 años porque dicha relación, a la vista de la prueba practicada, resultaba perjudicial para la estabilidad emocional de la menor. Junto a ello, el Supremo también tuvo en cuenta otros datos para confirmar la sentencia de apelación. Por una parte, la relación de la abuela con la menor durante sus primeros años de vida fue prácticamente inexistente, y ello por causa únicamente imputable a la primera, quien voluntariamente así lo decidió; por otra parte, la abuela presentaba escasa disposición a mantener la relación con su nieta de una forma independiente al conflicto que existía con sus padres.

[10] V. sobre esta cuestión CORVO LÓPEZ, F.-Mª: "A propósito de la nueva regulación de las relaciones de los niños con sus abuelos en Francia y en España", en ALONSO PÉREZ, M., MARTÍNEZ GALLEGO, E. Mª, REGUERO CELADA, J. (coords.): *Protección jurídica de los mayores*. Madrid (2004): La Ley, p. 371; DÍAZ ALABART, S.: "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados", *Rev. Derecho Privado* (2003), año nº 87, mes 3, p. 367; o SALANOVA VILLANUEVA, M.: "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994 (1)", *Anuario de Derecho Civil* (1996), Vol. 49, núm. 2, en especial pp. 952-958.

ha de tratar de perjuicios reales, sin poder denegarse la concesión de un régimen de visitas sobre la base de un perjuicio posible o probable[11].

De lo anterior se desprende que, en principio, el juez concederá dicho régimen de visitas, aun con la sospecha de que los abuelos puedan ejercer una influencia negativa en el menor, haciendo crecer en él una animadversión hacia el progenitor custodio. Peligro que, en cualquier caso, va de suyo en todas las solicitudes de régimen de visitas a los nietos, pues, si la situación familiar se desenvolviera con normalidad, no habría sido necesario acudir a la vía judicial para solicitar dicha relación.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que si el régimen de visitas que se acuerde incluye la pernocta (lo que sucede cuando se concede a los abuelos la compañía del menor un fin de semana al mes o en períodos vacacionales), existe una serie de incomodidades inherentes a la concesión de las visitas, como la necesidad de ir de un lado para otro con la maleta o, incluso, si los domicilios de los abuelos y del progenitor custodio no están próximos, el distanciamiento del menor de su círculo de amigos, precisamente en aquellos períodos en que más tiempo puede coincidir con ellos, como es el fin de semana. Esta circunstancia propicia que en ocasiones el menor pueda llegar a aburrirse con sus abuelos, lo que se agravaría en el caso de no estar dotado el domicilio de éstos de nuevas tecnologías que pudieran, al menos, "distraerle" (piénsese, así, en consolas de videojuegos u ordenadores con acceso a Internet, algo no habitual en personas de la tercera edad como suelen ser los abuelos actuales, de edad relativamente avanzada; problema que puede suplirse, no obstante, si el menor dispone de aparatos portátiles).

En estos casos, el simple testimonio desfavorable del menor, basado en criterios de puro egoísmo o capricho, no podría, en mi opinión, considerarse como justa causa impeditiva de la relación con sus abuelos.

V. EL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS.

Se han escrito ríos de tinta sobre el carácter del derecho de relación de los abuelos con los nietos, existiendo diversas teorías al respecto, que, no obstante, no reflejan un desacuerdo sustancial sobre la naturaleza del derecho, sino más bien pequeños matices que tratan de configurar una

[11] V. en este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria", en VILADRICH BATALLER, P.-J. (dir.): *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Pamplona (1982): EUNSA, p. 177.

interpretación propia de cada autor para distinguirse del resto, algo muy dado en la doctrina.

1. Naturaleza y caracteres del derecho.

Como notas generales, cabe decir que se trata de un derecho de carácter marcadamente personal (y, por tanto, extrapatrimonial), que está incluido en el ámbito del derecho de familia[12]. En consecuencia, se trata de un derecho *intuitu personae*, que se concede por el juez precisamente por la relación familiar que une al abuelo y al nieto. Ello explica, como se ha señalado, que se trate de un derecho inalienable, pues al estar tan vinculado a la persona de visitante y visitado dejaría de tener justificación transmitiéndose a otro, aunque fuera un representante suyo u otro pariente; por la misma razón, también debe reputarse de indelegable[13].

Otro aspecto de tal derecho que ha suscitado dudas en la doctrina es si la resolución judicial que acuerda el régimen de visitas es constitutiva de tal derecho o meramente declarativa. A mi juicio, en el ámbito de las relaciones interpersonales no se puede decir que existan derechos: dos personas se ven porque recíprocamente se aportan cosas y entienden que tal relación es beneficiosa para ambos. En el otro lado de la moneda, una relación (del tipo que sea) puede quebrar en el momento en que sus miembros consideran que ha dejado de ser beneficiosa.

Por tanto, en un entorno de desarrollo ordinario de una familia, en el que abuelos y nietos mantienen una relación (más o menos estrecha), no se puede entender que exista entre ellos un derecho a relacionarse cuya efectividad pueda reclamarse. La relación se produce de forma espontánea, por vínculos emocionales y afectivos.

Sin embargo, cuando existe un elemento perturbador del desarrollo ordinario de la familia (como puede ser la muerte de un progenitor), puede suceder que dicha relación se obstaculice o impida por el otro progenitor, ante lo cual los abuelos reclamarán judicialmente el régimen de visitas. En estos casos, el juez deberá valorar la conveniencia o no para los intereses del menor de mantener esa relación, constituyendo, en su caso, el derecho de los abuelos a

[12] V. así, por ejemplo, BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de Derechos Humanos* (2005), núm. 6, p. 55; o DÍAZ ALABART, S.: "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados", cit., p. 354.

[13] GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*. Madrid (2004): Thomson-Civitas, p. 134.

relacionarse con los nietos. Es decir, la resolución judicial que establezca el derecho de visitas es constitutiva de dicho derecho[14]. Será a partir de dicho momento cuando los abuelos puedan reclamar la efectividad de la relación con sus nietos.

En fin, también hay autores que entienden que el art. 160.II CC sólo debe aplicarse cuando surja un conflicto entre abuelos y padres del menor que perjudique a éste, de modo que, más que de un derecho, habría que hablar de una pauta de solución al conflicto de intereses generado[15].

2. Vigencia del derecho.

El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, como se ha dicho, nace mediante resolución judicial. Cabe plantearse ahora cuándo se extingue dicho derecho.

En línea de principio, hay que señalar que dicho derecho se puede revocar por el juez cuando falte de forma sobrevenida alguno de los presupuestos que debían concurrir para su concesión: a) el primero y más evidente, cuando la relación se revele como perjudicial para los intereses del menor, y así se haga constar por cualquier interesado (menor incluido); b) cuando el menor, teniendo capacidad natural (al menos 12 años), pida el cese de la relación; o c) cuando los abuelos decidan no continuar la relación, a pesar del interés del menor en seguir en contacto con ellos[16].

Desde luego, los dos primeros supuestos no ofrecen ningún género de dudas. Si el contacto con los abuelos es perjudicial para el menor, o éste no lo desea, teniendo cierto grado de madurez (en cuyo caso se ha de presumir que dicho contacto le resulta perjudicial), es evidente que aquél debe cesar.

Más problemas puede plantear el tercer supuesto, en el que podría ocurrir que se perjudicaran los intereses del menor, cuando éste tuviera interés manifiesto en continuar la relación. Igual que no se puede obligar al menor a tener contacto con sus abuelos cuando tiene suficiente juicio para ponderar que ese contacto no le beneficia, tampoco puede obligarse a los abuelos a

[14] V. en sentido similar ARIAS DÍAZ, Mª. D.: "Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos", cit.

[15] DE TORRES PEREA, J. M.: "El art. 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos", *La Ley* (2001), núm. 5296, p. 1; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: "Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil", cit., p. 26.

[16] ARIAS DÍAZ, Mª. D.: "Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos", cit.

tener contacto con su nieto[17]. En cualquier caso, es un supuesto más que improbable, pues es difícilmente imaginable que, habiendo sido ellos los promotores de la relación, posteriormente decidan no continuarla.

3. Titularidad del derecho.

La cuestión de la titularidad del derecho ha sido ampliamente debatida en la doctrina, existiendo, fundamentalmente, dos posiciones básicas: entender que es un derecho que corresponde exclusivamente a los abuelos, y, por tanto, únicamente ejercitable por ellos; o considerar que tal derecho tiene como beneficiarios tanto a los abuelos como a los nietos, en cuyo caso ambas partes estarían legitimadas para instar judicialmente la concesión del régimen de visitas.

Ciertamente, la primera de las posturas, esto es, considerar que es un derecho que corresponde exclusivamente a los abuelos, salva el escollo que podría plantearse de ser el menor quien solicitara la relación con sus abuelos, pues se daría en tal caso la paradoja de que los padres, titulares de la patria potestad y, en consecuencia, representantes legales del menor, estarían obligados a solicitar a los abuelos la relación con sus hijos, cuando precisamente son ellos quienes no la desean y la están impidiendo *de facto*.

Pero tal postura choca, principalmente, con el tenor literal del art. 160.III CC, según el cual, en su primer inciso, "En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias". De lo que se deduce que tal derecho corresponde tanto a los abuelos como a los nietos, y, por tanto, la solicitud del régimen de visitas puede provenir tanto de los primeros (que será lo habitual), como de los segundos (si poseen la madurez suficiente para ello; cfr. arts. 162.II.1º y 2º), habiéndolo entendido así la mayoría de la doctrina[18].

---

[17] Sobre esta cuestión profundiza VALLÉS AMORES, Mª. L.: "A propósito de la reforma del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos", *Actualidad Civil* (2005), núm. 15/2005, p. 1819.

[18] V., entre otros, BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", cit., p. 63; CARBAJO GONZÁLEZ, J.: "El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (2000), núm. 4, p. 1505; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*. Madrid (2000): Tecnos, p. 15; COLÁS ESCANDÓN, A. Mª.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*. Cizur Menor (2005): Thomson-Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Civil, p. 68; GONZÁLEZ PILLADO, E.: "El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Actualidad Civil* (2005), núm. 4/2005, p. 405; o LETE DEL RÍO, J. M.: "Derecho de visita de los

Téngase en cuenta, en cualquier caso, la escasa operatividad práctica del supuesto de que sea el menor quien promueva *ab initio* las relaciones con sus abuelos. Más frecuente será en la práctica, sin embargo, la solicitud por parte del menor de aumentar o disminuir la frecuencia de las visitas, a partir, igualmente, del momento en que haya cumplido una determinada edad por la que se le deba presumir una madurez suficiente[19].

4. Contenido del derecho.

Nótese que en el presente estudio se han usado indistintamente, para referirse al derecho aquí analizado, los términos "visita" y "relación personal de los abuelos con los nietos". Nótese también la dificultad terminológica de emplear un término distinto al de "visita" cuando se habla del régimen que solicitan los abuelos (esto es, suena mejor decir que solicitan un régimen de visitas que un régimen de relación personal con sus nietos), lo que ha justificado el empleo ocasional de dicho término.

Pero lo cierto es que dichos términos no pueden considerarse, ni mucho menos, sinónimos. El término visita, en su más estricta acepción (otra cosa sería interpretado en sentido amplio), otorgaría a los abuelos, como bien ha puesto de manifiesto COLÁS ESCANDÓN, "simplemente la posibilidad de visitar a su nieto en el domicilio de éstos, pero no les facultaría para que el nieto pernoctara en su casa, o para algo tan simple como poder llamarle por teléfono, escribirle una carta o enviarle un e-mail"[20]. Sin embargo, el art. 160.II CC habla (y ya lo hacía también antes de la reforma de 2003), de "relaciones personales", con lo que, como afirma la misma autora, "el abanico de posibilidades que se abre para los abuelos es mucho más amplio"[21].

abuelos (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)", *Poder Judicial* (1992), núm. 25, p. 148.

[19] Sobre esta cuestión, apunta RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1996", *CCJC* (1997), núm. 43, p. 84, que de "Las indicaciones que hace el TS al juez de la ejecución denotan la idea, presente en otras sentencias, de que a partir de una edad los hijos aún menores son dueños de decidir sobre sus relaciones con otras personas, tales como padres o parientes".

[20] COLÁS ESCANDÓN, A. Mª.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, cit., p. 40.

[21] V. también, sobre la mayor idoneidad del término "derecho de relación", SAN ROMÁN MORENO, J. R.: "Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visita en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar", en VILADRICH BATALLER, P.-J. (dir.): *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Pamplona (1982): EUNSA, p. 282.

Así pues, parece mucho más correcto hablar de "derecho a la relación personal con el menor", que de "derecho de visita". De este modo, aquel derecho incluiría las mismas facultades de las que habla el art. 94 CC para los progenitores no custodios ("visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía"), debiéndose tener en cuenta que la extensión y periodicidad del derecho no será la misma, así como tampoco la relación abuelo-nieto es tan intensa como la de padre-hijo[22].

Haciendo un análisis más exhaustivo de las facultades de las que habla el art. 94 CC, se deduce que el mismo incluye diversos modos de relación con los nietos: a) así, la primera modalidad sería la de visita por unas horas predeterminadas, ya sea en el propio domicilio del menor o en el de los abuelos (también podría ser en un lugar distinto, generalmente un Punto de Encuentro Familiar); b) además de visitar al menor, los abuelos pueden también comunicarse con ellos, a través de la vía que sea (epistolar, telefónica, correo electrónico), si bien la habitual vía de comunicación será la telefónica, por motivos obvios (rapidez, comunicación instantánea, facilidad de uso para ambas partes de la relación); y c) además de visitarlos y de comunicarse con ellos, cuando la autoridad judicial así lo entienda (generalmente, cuando la edad del menor no aconseje lo contrario), los abuelos podrán tener a los menores "en su compañía", lo que implica la estancia del menor en el domicilio de aquéllos por un período de días mayor o menor, incluyéndose de esta forma la pernocta, tal y como viene declarando el Tribunal Supremo [v. a este respecto las SSTS 28 junio 2004 (RJ 2004, 4321), 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577), y la aquí analizada, STS 14 noviembre 2013 (RJ 2013, 7264)].

En cualquier caso, la pernocta vendrá condicionada muy especialmente por dos elementos: a) el primero de ellos es que el menor haya alcanzado una edad suficiente que haga innecesario que sea atendido durante la noche; y b) el segundo elemento que suele ponderar el juez es la distancia entre los domicilios del progenitor guardador y de los abuelos, pues de mediar una distancia grande una gran parte del tiempo de visita se podría consumir en desplazamientos, lo que haría necesaria la pernocta a fin de disfrutar más tiempo del menor.

En el supuesto resuelto por la sentencia aquí comentada, el Supremo ratifica

[22] V. a este respecto GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, cit., pp. 139-140; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: "Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del derecho civil", cit., p. 37; o SALANOVA VILLANUEVA, M.: "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994 (1)", cit., p. 965.

el régimen de visitas concedido por la Audiencia (que incluía la pernocta en el domicilio de los abuelos un fin de semana al mes y una semana de vacaciones al año), sentando, como doctrina general sobre la cuestión, que la pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente; habrá que atender, por tanto, a cada caso concreto para analizar la conveniencia de su concesión.

LA FUNZIONE DEL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI NELL'ORDINAMENTO ATTUALE

THE FUNCTION OF THE CONTRACT OF SALE OF ASSETS TO CREDITORS INTO CURRENT LEGAL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 213-230.

Fecha entrega: 02/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. ERIKA GIORGINI
Ricercatrice di Istituzioni di diritto privato
Università Politecnica delle Marche
erika.giorgini@univpm.it

RIASSUNTO: Il saggio analizza il contratto di cessione dei beni ai creditori e, in particolare, la sua funzione. Lo studio è condotto tenendo conto della evoluzione storica dell'istituto sia in Italia, sia nei principali paesi di *civil law* europei. Alla luce dell'attività di comparazione emerge l'innovatività della figura disciplinata agli artt. 1977-1986 c.c., soprattutto per essere questa un esempio di cessione volontaria dei beni che ha quale scopo la liquidazione del patrimonio del debitore e, per tale via, la soddisfazione dei creditori, ma nondimeno il contratto in esame si rivela un rimedio volto a perseguire le finalità della responsabilità patrimoniale. In questo quadro emerge altresí che il contratto di cessione dei beni ai creditori, unitamente alla spinta propulsiva in favore dell'autonomia privata, nella risoluzione delle crisi e alla, conseguente, nuova portata dell'esdebitazione può concorrere a indurre a ripensare il rapporto obbligatorio e l'adempimento dello stesso.

PAROLE CHIAVE: cessione dei beni, liquidazione, adempimento.

ABSTRACT: The essay analyzes the contract for the sale of assets to creditors and, in particular, its function. The study is conducted taking into account the historical evolution of the contract both in Italy and in the main civil law countries in Europe. As a result of comparison shows the innovativeness of the figure governed by Articles 1977-1986 c.c., especially for being this contract an example of a voluntary transfer that has as its purpose the liquidation of the debtor's assets and consequently the creditor satisfaction. The contract in question turns out to be a remedy designed to achieve the purposes of the financial liability. In this context, it is also clear that the contract for the sale of assets to creditors along with the thrust in favor of private autonomy in the resolution of the crisis and, consequently, new role of the discharge can help to induce us to rethink the idea of obligation and fulfillment of the same.

KEY WORDS: sale of assets, liquidation, fulfillment of the obligation.

SOMMARIO: I. L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI NELLE CODIFICAZIONI FRANCESE E ITALIANA. IL PORTATO INNOVATIVO DEL CODICE ITALIANO DEL 1942. – II. L'ESPERIENZA SPAGNOLA E TEDESCA: IL PROGRESSIVO ABBANDONO DELLA CESSIONE VOLONTARIA DEI BENI AI CREDITORI. – III. RIMEDITAZIONE DELLA CAUSA DEL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI ALLA LUCE DI TUTTI GLI INTERESSI SOTTOSTANTI ALLA VICENDA NEGOZIALE. LA CESSIONE HA FUNZIONE LIQUIDATIVA E, CONSEGUENTEMENTE SOLUTORIA, MA NONDIMENO RIMEDIALE. – IV. IL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI UNITAMENTE ALLA SPINTA PROPULSIVA IN FAVORE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA RISOLUZIONE DELLE CRISI E ALLA, CONSEGUENTE, NUOVA PORTATA DELL'ESDEBITAZIONE CONCORRONO A INDURRE A RIPENSARE IL RAPPORTO OBBLIGATORIO E L'ADEMPIMENTO DELLO STESSO.

I. L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI NELLE CODIFICAZIONI FRANCESE E ITALIANA. IL PORTATO INNOVATIVO DEL CODICE ITALIANO DEL 1942.

In un lavoro piuttosto lontano degli anni trenta in tema di cessione dei beni a creditori si trova affermato che "il disagio economico di questi ultimi anni e la conseguente necessaria liquidazione di numerosi patrimoni per sopperire, in tutto o in parte al pagamento dei debiti, hanno reso abbastanza frequente nella pratica il ricorso all'istituto della cessione volontaria dei beni"[1]. La disarmate attualità di una simile considerazione – quantomeno in ordine al disagio economico e alla necessaria liquidazione dei patrimoni – impone di verificare se l'esito è, anche nel tempo presente, quello del ricorso all'istituto della cessione volontaria dei beni[2].

A tal proposito, non può, tuttavia, sfuggire che all'epoca del saggio richiamato non era stata ancora codificata la disciplina della cessione dei beni ai creditori né quella strettamente civilistica, né quella prevista in seno alle

[1] FOÀ, A.: "Cessione dei beni ai creditori", *Riv. dir. comm.* (1934), I, p. 40; occorre sottolineare che l'anno immediatamente successivo veniva edito anche il lavoro di BETTI, E.: "Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori", in *ivi* (1935), p. 304 ss., il quale anch'egli riprende la considerazione secondo cui sono i periodi di grande disagio economico quelli nei quali la pratica della cessione dei beni ai creditori si fa piú frequente.

[2] DE MEO, R.: "Cessione dei beni ai creditori e termine di efficacia", *Contratti* (2004), p. 232, rileva che del contratto in parola la giurisprudenza e, dunque, la pratica se ne è occupata in maniera sporadica. Negli stessi termini MUSIO, A.: "Sub. Art. 1977", in *Comm. c.c.* Utet, IV. Torino (2011), p. 805.

procedure concorsuali esistendo, infatti, soltanto una norma di natura tributaria[3]. Com'è noto, in Italia, il Codice del 1942, facendo proprie le considerazione di molta parte della dottrina del tempo[4], ha tipizzato il contratto di cessione volontaria dei beni ai creditori (artt. 1977 ss.) e pressoché contestualmente, nell'àmbito della articolata normativa delle procedure concorsuali, è stato disciplinato il concordato, in particolare preventivo, con cessione dei beni (art. 160, comma 2, n. 2 l.f.).

In questo quadro pare particolarmente significativo evidenziare che il Codice del 1865, diversamente da quanto accaduto per la maggior parte degli altri istituti, nel particolare àmbito che ci occupa, non ha riproposto quanto previsto dal Codice napoleonico del 1804. Questo, infatti, aveva espressamente disciplinato la cessione dei beni ai creditori, agli artt. 1265 ss.[5]. La codificazione del 1865, invece, aveva inteso non positivizzare la cessione dei beni in quanto, come si legge nella relazione Pisanelli, "Il solo risultamento adunque della cessione dei beni, consiste nell'esimere dall'arresto personale il debitore sfortunato e di buona fede. Ma nel sistema del progetto l'arresto personale non è ammesso in materia civile, se non quando siavi dolo provato o presunto dal canto del debitore. Sotto questo aspetto, la cessione dei beni sarebbe pertanto senza scopo"[6].

[3] Art. 26 della Tariffa all. A al Testo Unico del r.d., 30 dicembre 1923, n. 3269 (Legge di Registro).

[4] Lo rileva SOTGIA, S.: "La cessione dei beni ai creditori", in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, IX. Torino (1954), p. 12; DE MARTINI, A.: "La cessione dei beni ai creditori", *Riv. dir. comm.* (1942), p. 311. Non è, peraltro, inutile ricordare che la mancata codificazione della cessione c.d. ordinaria dei beni ai creditori nel Codice del 1865 spicca se soltanto si pone mente al fatto che il Codice napoleonico l'aveva invece espressamente prevista ma v. *infra* nel testo.

[5] Recitava l'art. 1265 che "La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsq'il se trouve horse d'état de payer ses dettes". Proseguiva l'art. 1266 disponendo che la cessione poteva essere volontaria o giudiziale e la prima, ai sensi e per gli effetti del seguente art. 1267, era configurabile quando i creditori accettavano volontariamente la cessione, i quali effetti vengono cosí definiti "e qui n'a d'effet que celui rèsultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur".

[6] PISANELLI, G.: *Relazione sul progetto di codice civile, in http://www.giuseppepisanelli.it/relazioni-parlamentari*, il quale prosegue sostenendo che la cessione dei beni "[…] produce inoltre molti inconvenienti che basterebbero ad eliminarla. Le disposizioni che la riguardano sono di una semplicità seducente nella legge civile, ma in quella di procedura acquistano proporzioni complicate. I beni sono posti sotto amministrazione; i creditori deliberano in comune; si dubita se l'azione dei creditori ipotecari venga intanto arrestata; l'autorità giudiziaria ordina la vendita dei beni, e ne fissa il prezzo e le condizioni; la vendita è promossa senza una precedente offerta che tolga il pericolo d'incanti inutili; le spese si accumulano a danno dei creditori e del debitore; gli anni passano senza alcun positivo risultamento". È stato sottolineato che in occasione dei lavori per l'unificazione della codificazione l'istituto della cessione era presente sia nel progetto di riforma del Codice Albertino, sia nel progetto Cassinis in quest'ultimo veniva ricompressa tra i modi di estinzione dell'obbligazione mentre nel progetto di riforma tra i modi di garanzia delle obbligazioni: SOTGIA, S.: "La cessione dei beni ai creditori", cit., p. 9.

Tale presa di posizione, tuttavia, non teneva conto che, com'è noto, il Codice napoleonico prevedeva due distinte fattispecie di cessione: quella volontaria e quella giudiziale e soltanto quest'ultima, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1268, serviva a conservare la libertà del debitore potendo appunto quest'ultimo reclamare, a fronte della sussistenza di taluni requisiti, il beneficio della cessione giudiziale dei beni. Ancora sul versante della disciplina francese si rivela utile ricordare che il debitore poteva comunque domandare, sempre a mente dell'art. 1268 e nonostante ogni stipulazione contraria il beneficio della cessione giudiziale e che, peraltro, anche in Francia l'arresto personale in materia commerciale, civile e contro gli stranieri fu abolito nel 1877[7].

Sí che la mancata codificazione dell'istituto ha al fondo finito per indebitamente equiparare cessione volontaria e giudiziale. Occorre anticipare sin da ora che il Codice italiano del 1942 si rivela sul tema particolarmente innovativo, non soltanto in quanto supera la precedente impostazione del Codice del 1865, ma in quanto recupera la figura della cessione volontaria senza fare cenno a quella giudiziale. Tale notazione si presta ad essere maggiormente apprezzata al lume della considerazione che l'istituto del diritto romano della *cessio bonorum* prevedeva l'intervento del magistrato e, pertanto, pur con le ovvie e dovute differenze, la disciplina romanistica risulta maggiormente avvicinabile alla cessione giudiziale piuttosto che a quella volontaria[8].

Le differenze tra la regolamentazione francese e quella italiana non si limitano a quanto riferito in merito all'assenza dell'istituto nella codificazione italiana del 1865. A fronte, infatti, del già piú volte accennato inserimento nel Codice italiano del 1942 dell'istituto della cessione dei beni, quasi per una sorta di gioco di contrapposizioni, il Codice francese ha abrogato, seppur in tempi relativamente recenti, il paragrafo V del capitolo V dedicato proprio alla cessione dei beni[9]. Non può sfuggire che l'abrogazione suddetta è

[7] Per utili considerazioni sul punto cfr. BAUDRY-LACANTINERIE G. e BARDE, L.: "Delle Obbligazioni", in *Tratt. Teorico-pratico di Dir. civ.*, II, trad. it. a cura di BONFANTE P., PACCHIONI G. e STRAFFA A. Milano (1914), p. 740 ss.

[8] Esorbita dall'economia del presente lavoro tratteggiare la figura della *cessio bonorum* nel diritto romano ma occorre, tuttavia, accennare che questa era intesa "quale figura a carattere processuale, col la quale la condotta dell'esecuzione veniva sottratta alla libera disposizione delle parti": SOTGIA, S.: "Cessione dei beni ai creditori", in *Noviss. dig. it.*, III. Torino (1959), p. 141; Sull'origine nelle fonti romanistiche dell'istituto v. almeno, BIONDI, B.: "Cessio bonorum", in *ivi*, p. 139 ss. al quale si rinvia anche per i richiami bibliografici.

[9] L'istituto è stato abrogato espressamente dalla *Loi* n. 91-650 du 9 juillet 1991 - art. 94 (VT) JORF 14 juillet 1991 entrata in vigore dal primo agosto 1992. A sua volta la suddetta legge è stata abrogata dall'*Ordonnance* n. 2011-1895 du 19 décembre 2011. Sorte diversa è toccata in Francia all'istituto del rilascio che, invece, continua a vivere. Sul punto lucidamente e da ultimo: CIATTI, A.: "Le fattispecie di rilascio", manoscritto consultato per gentilezza dell'a.

intervenuta nell'àmbito di una legge interamente ed esclusivamente dedicata alle procedure esecutive. La soppressione, allora, della regolamentazione della cessione dei beni ai creditori a seguito di una significativa rivisitazione delle procedure esecutive è intimamente connessa alla cessione dei beni giudiziale e non a quella volontaria che, pur tuttavia, è stata espulsa ugualmente dall'ordinamento. D'altra parte, non può dimenticarsi che l'apparato di norme dedicato alla cessione volontaria era pressoché integralmente devoluto alla volontà delle parti.

Tornando ancora alle differenze intercorrenti tra l'ordinamento italiano e quello francese si deve aggiungere che – ancorché non vi sia dubbio che per mezzo secolo, dal 1942 al 1992, sia la Francia (dal 1804), sia l'Italia (a tutt'oggi) abbiano entrambe avuto una disciplina relativa alla cessione dei beni c.d. ordinaria – questa tuttavia ha avuto diverse funzioni nei due ordinamenti. Anche soltanto a volere guardare alla collocazione topografica emerge con chiarezza che in Italia la cessione dei beni ai creditori è inserita in chiusura dei contratti tipici e, segnatamente, dopo il contratto di transazione, mentre in Francia, quando vigente, la normativa era parte della disciplina del regolamento obbligatorio e, in particolare, era inserita nella parte dedicata al pagamento e ai modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento.

II. L'ESPERIENZA SPAGNOLA E TEDESCA: IL PROGRESSIVO ABBANDONO DELLA CESSIONE VOLONTARIA DEI BENI AI CREDITORI.

In questo quadro, risulta particolarmente significativo che, in maniera pressoché speculare al Codice napoleonico, anche in Spagna l'istituto della cessione dei beni sia regolato – seppur con una regolamentazione alquanto schematica – nel *Código Civil* al libro quarto dedicato alle obbligazioni e ai contratti e, specificatamente, all'art. 1175 proprio nella parte relativa alla estinzione delle obbligazioni[10]. Relativamente all'estinzione la citata norma prevede secondo la regola generale che, ove non diversamente pattuito, la cessione liberi il debitore solo per l'importo ricavato dalla liquidazione dei beni ceduti.

[10] Sotto la *rúbrica* "*Del pago por cesión de bienes"* recita l'art. 1175 che "El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Il Codice spagnolo, come risulta espressamente dal testo del richiamato art. 1175, non prevede due diverse fattispecie di cessione dei beni ai creditori nei termini di una cessione di natura volontaria e una di natura giudiziale ma dispone, tuttavia, che l'accordo intercorrente tra debitore e creditore sia conforme alla disciplina delle cause di prelazione e alle norme del Codice di procedura civile.

Piú di recente, l'ordinamento spagnolo, nel ridisegnare integralmente il sistema legale di gestione e risoluzione degli stati di insolvenza[11], ora destinato ad operare anche a prescindere dalla natura commerciale del soggetto, sembrava aver relegato ad un ruolo del tutto residuale l'istituto della cessione dei beni. Infatti, l'art. 100.3 della *Ley Concursal*, nel disciplinare il "*convenio*" – una delle due fasi in cui può evolvere lo stato di insolvenza dichiarato giudizialmente e dove la gestione dello stato di crisi si realizza mediante un accordo (il *convenio* appunto) tra debitore e creditori – proibisce espressamente che la proposta di *convenio* possa consistere nella cessione di beni e diritti ai creditori o in qualunque altra forma di liquidazione del patrimonio del debitore, salvo il caso in cui non sia lo stesso Giudice della procedura ad autorizzare la cessione in pagamento o finalizzata al pagamento, però, dei crediti privilegiati, secondo quanto previsto dall'art. 155.4 della richiamata *Ley Concursal.*

Da ultimo nell'àmbito delle misure legislative intraprese dal Governo spagnolo per sostenere l'iniziativa imprenditoriale[12], è stata maggiormente valorizzata la soluzione negoziale degli stati di crisi, fino all'introduzione, nel corpo della ridetta *Ley Concursal*, di un intero Titolo, il decimo, dedicato agli accordi stragiudiziali di pagamento. La procedura in questione, che non richiede l'intervento del Giudice ma unicamente di un mediatore che ne regola lo svolgimento, è finalizzata al raggiungimento di un accordo con i creditori sulla base di una proposta che può consistere anche nella cessione dei beni del debitore in pagamento.

In buona sostanza, a ben vedere, sembra che ciò che il diritto spagnolo abbia inteso espungere dal proprio ordinamento siano piuttosto gli strumenti

[11] La riforma della legislazione fallimentare spagnola è stata infatti varata con la *Ley* 22/2003, de 9 *de julio*, *Concursal*, successivamente a piú riprese modificata, con la quale si è perseguito l'ambizioso progetto di regolare in un unico testo – nel segno dell'unità giuridica, di disciplina e di sistema – gli aspetti sia sostanziali che processuali legati allo strumentario giuridico predisposto per la gestione degli stati di crisi (cosí si esprime la *Exposición de motivos*, § II, di introduzione alla *Ley*). In argomento: ARROYO, I.: "Il diritto concorsuale in Spagna", in *Tratt. dir. fall.* Vassalli, Luiso e Gabrielli. Torino (2014), p. 219 ss.

[12] Trattasi della *Ley* 14/2013, *de* 27 *septiembre*, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, entrata in vigore il 18 ottobre 2013.

maggiormente riconducibili alla cessione dei beni di tipo giudiziale, mantenendo invece le figure di cessione convenzionale, sia nella tradizionale e risalente forma prevista dal *Código Civil* che in quella rinnovata e piú recente da ultimo introdotta con la riforma della *Ley Concursal*.

Nell'ottica della comparazione, discorso a parte deve farsi per l'ordinamento tedesco che, com'è noto, non conosce nell'àmbito del suo ordinamento l'istituto in questione. Tale assenza, stante lo stretto legame del diritto tedesco con il diritto romano[13], appare singolare ma, a ben vedere, finisce per confermare la visione processualistica e contestualmente di beneficio che della *cessio bonorum* avevano i romani. Alla raggiunta unificazione dell'Impero seguirono, infatti, l'introduzione di norme di c.d. attuazione dell'ordinamento, le quali, a mente della dottrina maggioritaria, avevano, tra gli altri, l'effetto di far perdere di valore alle corrispondenti norme di origine romana. In particolare, la legge sull'attuazione dell'Ordinamento dell'Impero che specificatamente si è occupata della disciplina dei concorsi (*Konkursordnung*) ha abrogato espressamente le disposizioni delle leggi territoriali sul beneficio giuridico della cessione dei beni[14]. In buona sostanza è stato abolito il beneficio giuridico dello stretto necessario (*beneficium competentiae*)[15] al quale il debitore inadempiente ma senza colpa poteva accedere mediante l'abbandono spontaneo del proprio patrimonio ai creditori[16]. Sí che nel diritto tedesco l'istituto della cessione è stato abolito a seguito dell'introduzione della legge fallimentare (*Konkursordnung*) la quale aveva quale principale obiettivo quello di far posto al processo esecutivo concorsuale[17].

---

[13] WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di Fadda C. e Bensa P.E. Torino (1938), I, p. 1, il quale definí il diritto delle Pandette in termini di "diritto privato comune tedesco di origine romana". I traduttori aggiunsero che le alterazioni apportate al colossale edificio del diritto romano erano di poco conto tanto da non scalfirne l'impianto (p. 42). In questi termini di recente anche OLIS ROBLEDA, S.J.: *Introduzione allo studio del diritto privato romano*. Roma (1979), p. 30.

[14] Ne dà conto espressamente WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, cit., III, § 266 ss., spec. nota 5.

[15] In estrema sintesi il *beneficium competentiae* consisteva nell'essere condannati al pagamento soltanto fino all'importo del proprio patrimonio (del momento) e, dunque, nell'ipotesi in cui il debitore avesse acquistato nuovi beni, egli avrebbe dovuto continuare a prestare posto che il beneficio non incideva sulla sussistenza del diritto di credito. Il beneficio consentiva, altresí, al debitore di richiedere in via di eccezione che gli venisse lasciato il necessario per vivere ma non per vivere secondo le sue condizioni sociali. Sul punto v. ancora: WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, cit., § 266 e in tempi piú recenti, GUARINO, A.: *La condanna nel limite del possibile*. Napoli (1975).

[16] Non è inutile rilevare che nel 1968, prima rispetto alla Francia, l'arresto personale come mezzo di esecuzione era stato abolito dall'ordinamento tedesco.

[17] In tal senso disponevano i §§ 30 e 35 della *Konkursordnung*. L'appena evocata legge fallimentare è stata abrogata con l'emanazione circa un secolo dopo della *Insolvenzordnung* del 1994, entrata in vigore nel 1999. Sul punto la nuova disciplina ha reso ancor piú

Sí che nel sistema tedesco attuale non vi sono istituti direttamente riconducibili né alla *cessio bonorum* romanistica né alla cessione dei beni delle altre esperienze europee. Anche nella *Insolvenzordnung*, infatti, non è dato riscontrare un simile istituto se si eccettua quanto previsto dai §§ 217 ss. della suddetta legge fallimentare[18]. A mente di questi ultimi, in estrema sintesi, è consentito anche al debitore, sempre nell'àmbito della procedura fallimentare, di proporre un *Insolvenzplan* nel quale poter prospettare una modalità di soddisfazione dei creditori diversa da quella indicata dalla legge fallimentare stessa ma pur sempre fondata sull'intera massa fallimentare acquisita dal curatore[19].

In ordine al diritto tedesco, tuttavia, non può essere dimenticato che esso prevede espressamente al § 185 del BGB che un atto di disposizione compiuto su di un bene da parte di chi non sia titolare del diritto, è efficace se avviene con il consenso del titolare[20]. Tale referente normativo potrebbe rappresentare il fondamento per l'ammissibilità del negozio di cessione volontaria dei beni ai creditori ma pare potersi sostenere che il concetto oltremodo anticipato di insolvenza previsto dalla *Insolvenzordnung*[21] – tanto piú in assenza di una disciplina specifica che regolamenti il profilo del concorso dei creditori nell'ipotesi della cessione e stante la regola generale

marginale il diritto di prelazione del creditore procedente a fronte invece di un significativo ampliamento della disciplina della *par condicio creditorum*. Per qualche riferimento sulla legge fallimentare tedesca v. FERRI, C.: "La "grande riforma" del diritto fallimentare della Repubblica Federale Tedesca", *Riv. dir. proc.* (1995), p. 176 ss.; GUGLIELMUCCI, L.: *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, Quaderni giurisprudenza commerciale. Milano (2000). Da ultimo, anche in merito alle recenti modifiche legislative v. KINDLER, P.: "La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco", in *Tratt. dir. fall.* Vassalli, Luiso e Gabrielli, cit., p. 194 ss.

[18] I §§ 217 ss. dell'*Insolvenzordnung* sono contenuti nella parte VI rubricata *Insolvenzplan* e sono finalizzati anche a consentire delle deroghe a quanto previsto dalla legge fallimentare mediante appunto la predisposizione di un *Insolvenzplan*.

[19] È stato rilevato che nella predisposizione dell'*Insolvenzplan* ampi spazi sono riservati all'autonomia negoziale o, meglio, all'autonomia dei creditori (*Gläubigerautonomie*). Sotto il particolare profilo della possibilità di effettuare una cessione dei beni l'"*Insolvenzplan* port[erebbe] a risultati corrispondenti a quelli conseguibili con le differenti forme del concordato preventivo [italiano] con garanzia e del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori": KINDLER, P.: "La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco", cit., p. 205.

[20] Tale disposizione, come noto, è collocata nella parte generale del BGB ed è espressamente richiamata in tema di adempimento dal § 362. È specificatamente dedicato al tema il lavoro monografico di LUDEWIG, W.: *Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht*. Marburg (1922). Sulla ammissibilità del negozio autorizzativo nell'ordinamento italiano sia consentito il richiamo a GIORGINI, E.: *L'indicazione di pagamento come fattispecie*. Napoli (2012), p. 87, spec. nota 202 alla quale si rinvia per i riferimenti bibliografici.

[21] Sono, infatti tre le situazioni nella quali il Giudice d'insolvenza (*Insolvenzgericht*), delibera, alla presenza degli altri requisiti previsti dalla legge, l'apertura di una procedura di insolvenza: l'insolvenza, il rischio di insolvenza e il sovraindebitamento.

che con il pignoramento il creditore pignorante acquista un diritto di pegno – lasci maggiormente propendere per la soluzione che vede prevalente la disciplina del concorso prevista dalla legge fallimentare.

III. Rimeditazione della causa del contratto di cessione dei beni ai creditori alla luce di tutti gli interessi sottostanti alla vicenda negoziale. La cessione ha funzione liquidativa e, conseguentemente solutoria, ma nondimeno rimediale.

I dati appena evocati gettano luce sul cuore del problema posto dalla cessione dei beni e, cioè, quello relativo alla sua funzione che nondimeno finisce per involgere la stessa teoria del rapporto obbligatorio e il connesso tema della natura dell'adempimento[22].

Ora, seppur in via di prima approssimazione e con energica sintesi, può dirsi che mentre in Italia la cessione, quantomeno nel vigore del Codice del 1942, ha sostanzialmente funzione liquiditativa[23], diversamente deve sostenersi per la Francia e conseguentemente anche la Spagna ove ha avuto funzione essenzialmente satisfattiva[24]. Sí che, è proprio indirizzando lo sguardo anche alla disciplina d'oltralpe, che diviene piú facile comprendere, probabilmente pure per una sorta di referenzialità verso il Codice napoleonico[25], le posizioni di quella parte della dottrina interna che hanno inteso continuare a sostenere, anche in Italia, la mera ed esclusiva funzione satisfattiva della cessione dei beni, tanto da inquadrarla tra i mezzi di estinzione dell'obbligazione[26].

[22] Salvi, F.: "Della cessione dei beni ai creditori", in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, p. 252; evidenzia altresí l'intima connessione tra il concetto di obbligazione e di cessione dei beni ai creditori Pugliatti, S.: "La "cessio bonorum" e la realizzazione dei diritti di credito", *Dir. giur.* (1945), p. 8; ora in Id.: *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*. Milano (1951), p. 587 ss.

[23] Sulla marcata funzione liquiditativa della cessione dei beni ai creditori v. diffusamente Spinelli, M.: *Le cessioni liquidative*, I. Napoli (1959), p. 7 ss.

[24] Scrive Laurent, F.: *Principes de droit civil*, 18. Bruxelles-Paris (1878), p. 253 s., al fine di argomentare l'effetto liberatorio della cessione, che "le code traite de la cession de biens dans la section du Payement; il met la cession sur la même ligne que le payement en général (§ 1er), le payement avec subrogation (§ 3), les offerse de payement suivies de consignation (§ 4); il considère donc la cession comme un mode d'extinction des obligations".

[25] Espressamente lo rileva per la Spagna Baró Pazos, J.: "La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)". Santander (1993), p. 24 s.

[26] La funzione satisfattiva della cessione è stata vieppiú argomentata sul presupposto che essa tende comunque a realizzare l'interesse del creditore all'adempimento: Castana, A.: *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*. Milano (1957), p. 184 ss.; Id., "Cessione dei beni ai creditori", in *Enc. Treccani*, VI. Roma (1988), p. 2, il quale sottolinea che tutte le figure di cessione di beni presenti nel nostro ordinamento "si possono raggruppare nell'unico schema dei mezzi di realizzazione dell'interesse dei creditori e delle cause estintive delle obbligazioni".

Occorre, peraltro, evidenziare che anche coloro che non ricomprendono l'istituto in parola tra i modi di estinzione dell'obbligazione in senso stretto non mancano di sottolinearne l'intrinseca funzione solutoria in quanto, secondo tale orientamento, i beni sarebbero ceduti all'unico scopo di soddisfare i creditori[27].

Sempre in questa ottica andrebbe anche letta la convinzione di taluni autori in merito ad una certa sovrapponibilità nel nostro ordinamento tra il piú volte evocato istituto della cessione dei beni ai creditori e quello della cessione del credito *pro solvendo*[28]. Invero soltanto quest'ultima avrebbe funzione satisfattiva[29], in quanto "oggetto del contratto di cessione [dei beni] non è dunque il pagamento […] ma questa destinazione [di determinati beni del debitore al pagamento del credito stesso] alla quale funzionalmente corrisponde l'attività liquidatoria dei creditori"[30].

Aveva del resto già efficacemente confutato gli argomenti su cui poggia la convinzione della funzione meramente satisfattiva degli interessi dei creditori riconducibile alla cessione dei beni un illustre Maestro il quale, addirittura prima dell'ultima codificazione, aveva precisato che "se, ad una buona liquidazione, sono interessate anche persone diverse dal titolare del patrimonio (in ispecie, i creditori di quel patrimonio); d'altro canto gli interessi di questi altri soggetti sono tutelati in via soltanto *indiretta* e *riflessa*, se non occasionale"[31].

---

[27] VASSALLI, F.: "La cessione dei beni ai creditori", in *Tratt.* Rescigno, 5. Torino (1985), p. 400 s., il quale argomenta che la funzione principalmente solutoria andrebbe rintracciata in taluni dati normativi e, in particolare, nell'art. 1977 c.c. che definisce il contratto di cessione come il negozio con il quale il debitore incarica i suoi creditori di liquidare le proprie attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfazione dei loro crediti; nondimeno, anche il divieto posto in capo al debitore di disporre l'attribuzione dell'amministrazione dei beni ai creditori deporrebbe, seppur indirettamente, per l'affermazione della funzione solutoria della cessione dei beni. Quest'ultima sarebbe, infine, confermata dalla circostanza che una volta intervenuta la liquidazione e la relativa ripartizione del ricavato con conseguente liberazione (totale o parziale) del debitore il contratto di cessione dei beni si estingue.

[28] SPINELLI, M.: "Le cessioni liquidative", in SPINELLI M. e BARBIERA L., *I negozi di destinazione alla liquidazione*. Napoli (1999), p. 286 ss., il quale sottolinea che la cessione *pro solvendo* è una comune cessione di beni ai creditori.

[29] In questo senso in maniera chiara PERLINGIERI, P.: *Cessione dei crediti*. Napoli (2010) (rist.), p. 57, il quale scrive appunto che "i punti di contatto, che pur vi sono, tra la cessione dei beni ai creditori e la *cessio pro solvendo* non legittimano quindi l'identificazione dei due istituti che hanno funzioni socio-giuridiche diverse e non consentono l'applicazione della disciplina, articolata e diffusa, del primo di essi al secondo".

[30] MICCIO, R.: "Cessione dei beni ai creditori", in *Enc. dir.*, VI. Milano (1960), p. 839.

[31] BETTI, E.: "Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori", cit., p. 312 ss. Il corsivo di cui al testo è originale. In tempi recenti, rispetto al Maestro, si esprime in maniera nettamente contraria a SALVI, F.: "Della cessione dei beni ai creditori", cit., p. 265 ss.

L'impostazione poco sopra ricordata ben si comprende se la si legge anche alla luce della visione offerta dal medesimo Maestro in merito al concetto di autotutela[32]. Al fondo, non può essere confutato che il Codice del 1942 si distacca considerevolmente dall'idea di cessione presente nel Codice napoleonico per farla divenire uno strumento negoziale che, *extra processum*, consenta di salvaguardare il valore del patrimonio del debitore e, soltanto conseguentemente, il soddisfacimento delle pretese dei creditori. Individuare i suddetti interessi privati (del debitore e dei creditori cessionari con le rispettive gradazioni) quali fondamento del contratto di cessione non significa in alcun modo escludere che sia rilevante l'interesse e la cura dell'interesse superiore che vale a dire, nella fattispecie, la garanzia patrimoniale che la legge stessa prevede all'art. 2740 c.c.[33].

Occorre innanzitutto rilevare che già da tempo la dottrina piú sensibile evidenzia la necessità di superare una ricostruzione degli interessi pubblici e privati in termini antagonistici e separati senza tenere in alcun conto il loro concreto assetto in relazione al caso concreto[34]. Ma a ben vedere, nel caso che ci occupa quel che sembra maggiormente significativo nella selezione degli interessi qualificanti è che quelli di natura privatistica e pubblicistica coinvolti non risultano essere in conflitto tra loro. Non può, infatti ragionevolmente sostenersi che gli interessi del debitore siano in contrasto né con quelli dei creditori partecipanti all'accordo né con quelli che vi restano estranei e, per tale via, con quelli superiori dell'ordinamento. Vero è invece

---

[32] BETTI, E.: "Autotutela (diritto privato)", in *Enc. dir.*, IV. Milano (1959), p. 529 ss.

[33] SALVI, F.: "Della cessione dei beni ai creditori", cit., p. 261, il quale – ancorché neghi il parellelismo tra cessione dei beni ai creditori e esecuzione forzata con una argomentazione che riposa tutta sull'idea che il ricordato contratto risolva soltanto un conflitto di interessi privati – finisce per ammettere che il debitore offre spontaneamente la realizzazione della garanzia patrimoniale. Altra parte della dottrina – pur qualificando […] la cessione dei beni nei termini di un contratto di autotutela convenzionale – sostiene che la evocata cessione rientri tra le gestioni c.d. imparziali nelle quali non prevale né l'interesse del debitore, né l'interesse dei creditori cessionari ma "la loro componente, quell'interesse cioè al buon governo dei beni sottoposti ad amministrazione, che è un interesse obiettivo, è l'interesse cioè superiore, che viene direttamente protetto, tutelato, curato e, attraverso la cui cura, tutela protezione, ricevono soddisfazione altresí gli interessi individuali cosí conciliati di debitori e creditori cessionari": SPINELLI, M.: "Le cessioni liquidative", in SPINELLI M. e BARBIERA L., *I negozi di destinazione alla liquidazione*, cit., p. 115 s.

[34] In questi termini v. PERLINGIERI, P.: "L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata", *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 936; ID.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed. Napoli (2006), p. 406 ove si ribadisce che "l'interesse pubblico e quello privato e individuale non possono essere fisiologicamente in conflitto, cosí come non possono non essere presenti in ogni attività giuridicamente rilevante"; OPPO, G.: "Diritto privato e interessi pubblici", *Riv. dir. civ.* (1994), I, p. 25 ss. PERLINGIERI, G.: "Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89", *Rass. dir. civ.* (2006), p. 849; ID.: "Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti". Napoli (2003), p. 16 ss., spec. nota 37.

che è quantomeno comune l'interesse affinché la procedura di liquidazione porti il maggiore frutto possibile[35].

Un sicuro indice in grado di rivelare i compositi interessi sottostanti andrebbe, peraltro, rintracciato anche nel non insignificante dato che la codificazione del 1804 prevedeva l'abbandono di tutti i beni del debitore a fronte, invece, dell'assoluta ammissibilità, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni del Codice italiano del 1942, dell'ipotesi in cui a formare oggetto del contratto di cessione fosse anche uno soltanto dei beni del debitore[36]. Quel che rileva nella costruzione del contratto tipico, non è quanto patrimonio del debitore venga fatto oggetto del contratto di cessione ma che questo venga destinato (vincolato) alla liquidazione e che tale attività sia condotta dal ceto dei creditori sotto il controllo del debitore.

Il dato ancor piú caratterizzante è, infatti, che la liquidazione avviene proprio sotto il diretto controllo del debitore. Tale espressa disposizione relativa al potere del debitore di controllare manca del tutto nelle esperienze straniere di cessione dei beni ai creditori che hanno continuato a confinare il suddetto istituto nell'alveo delle modalità di estinzione delle obbligazioni, imprimendo in tal modo alla cessione esclusiva finalità satisfattoria.

La sintesi di tutti i suddetti interessi, causa del contratto di cessione dei beni ai creditori, induce a rimeditare la funzione della cessione dei beni ai creditori

[35] BARBIERA, L.: "§ 33 bis", in SPINELLI M. e BARBIERA L.: *I negozi di destinazione alla liquidazione*, cit., p. 117, il quale – oltre a sottolineare che la gestione imparziale presuppone che l'interesse del titolare di diritti sui beni e l'interesse dei terzi estranei siano confliggenti – non ha mancato di evidenziare che l'impostazione tesa ad argomentare la qualificazione in termini di imparzialità della gestione nella cessione dei beni non ha incontrato adesioni nella dottrina successiva a quella dello Spinelli che l'aveva con vigore argomentata.

[36] È significativo sottolineare che anche la novellata disciplina del concordato preventivo *ex* art. 160 l. fall. prevede che la soddisfazione dei crediti possa avvenire attraverso qualsiasi forma, compresa quella della cessione dei beni. Il nuovo testo, peraltro, non specifica piú, diversamente da quanto accadeva nella precedente versione, che la cessione debba riguardare l'intero patrimonio del debitore. In dottrina v. tra i tanti BOZZA, G.: "La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni", *Fallimento* (2012), p. 747 ss. Occorre, tuttavia, dare conto che la giurisprudenza di merito che si è espressa sino ad ora relativamente a tale profilo ha inteso mantenere una impostazione particolarmente rigida. Cfr: App. Roma, 5 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*, nella quale si sostiene che una cessione dei beni parziale si porrebbe in contrasto con l'art. 2740 c.c. Ad ogni buon conto, la pronuncia in esame si occupa del delicato e non identico problema del concordato di gruppo ove la parzialità della cessione era data dal fatto che, nell'àmbito del gruppo oggetto della sentenza, soltanto talune società erano patrimonializzate a fronte di altre sprovviste di beni. Sí che il pagamento dei debiti di queste ultime sarebbe avvenuto attraverso la liquidazione dei beni delle prime.

e a qualificarla certamente come liquidativa e, conseguentemente solutoria, ma non di meno rimediale[37].

La funzione rimediale va rintracciata direttamente nella già rilevata circostanza che la cessione dei beni ai creditori è sí strumento dell'autonomia negoziale ma altresí volto a perseguire le finalità della responsabilità patrimoniale[38]. Detto in altri termini, la cessione dei beni ai creditori è uno strumento di realizzazione della garanzia patrimoniale, in quanto quest'ultima rappresenta il fondamento logico e sostanziale alla realizzazione del credito. In quest'ottica, prende sostanza sia l'affermazione contenuta nella, seppur laconica, Relazione al Re secondo la quale il contratto in parola avrebbe proprio funzione di realizzazione del credito sia la già evocata collocazione topografica del contratto[39].

Accolta la funzione complessa del contratto di cessione dei beni nei termini sopra evidenziati divengono altresí chiare le ragioni che hanno indotto il legislatore del 1942 a regolare in maniera estremamente dettagliata l'istituto, specialmente sotto il profilo tecnico, tanto che una simile elaborazione non si rinviene negli altri ordinamenti presi in considerazione. Al fondo, come già sottolineato, la ultima codificazione italiana si è sensibilmente distaccata dalle altre, in quanto ha proposto un rimedio esclusivamente rimesso alla volontà delle parti sulla scia dell'antica bipartizione tra cessione volontaria e giudiziale che, tuttavia, nel corso del tempo e, a dire il vero, sin dal diritto romano aveva finito per essere sostanzialmente soltanto giudiziale[40].

---

[37] Piú di recente afferma che trattasi di un contratto "avente una funzione liquidativa e solutoria": DEL PRATO, E.: "Le risoluzioni negoziali delle controversie", in *Diritto civile*, diretto da Lipari N. e Rescigno P., IV, II. Milano (2009), p. 541. Contesta la funzione di rimedio giuridico della cessione dei beni CASTANA, A.: "Cessione dei beni ai creditori", cit., p. 6 sul presupposto del tutto formalistico che nella fattispecie in esame mancherebbe il profilo sanzionatorio tipico del rimedio. Per una rinnovata idea di rimedio: PERLINGIERI, P.: "Il "giusto rimedio" nel diritto civile", *Giusto proc. civ.* (2011), p. 1 ss.

[38] Ha da ultimo sottolineato l'aspetto rimediale della responsabilità patrimoniale: MIGLIACCIO, E.: *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*. Napoli (2012), p. 77 ss.

[39] Anche se con posizioni non del tutto condivisibili in ordine alla funzione meramente solutoria della cessione, scrive correttamente FUNAIOLI, C.A.: "Cessione dei beni ai creditori", in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, V. Milano, 1961, p. 114 che non diversamente dal sequestro convenzionale che sostituisce le forme processuali cautelari e dalla transazione che sostituisce il processo di cognizione e la sentenza, la cessione dei beni ai creditori sostituisce l'esecuzione coattiva.

[40] Financo inutile rilevare che in Italia la cessione dei beni di natura giudiziale è rimessa all'ipotesi concordataria e fallimentare con cessione dei beni. Sul rapporto tra cessione volontaria disciplinata dal c.c. e quella giudiziale (concordataria e fallimentare) riscontrabile nella legge fallimentare la dottrina si è a lungo interrogata e svariati sono i contributi anche di natura monografica. Tra i tanti v. almeno, MICCIO, R.: *La cessione dei beni nel concordato*. Milano (1953), p. 157 ss.; piú di recente LANDOLFI, G.: *Il concordato preventivo con cessione dei beni*. Padova (2000), *passim*; dopo la riforma della legge fallimentare PERRINO, M.: "La

IV. IL CONTRATTO DI CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI UNITAMENTE ALLA SPINTA PROPULSIVA IN FAVORE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA RISOLUZIONE DELLE CRISI E ALLA, CONSEGUENTE, NUOVA PORTATA DELL'ESDEBITAZIONE CONCORRONO A INDURRE A RIPENSARE IL RAPPORTO OBBLIGATORIO E L'ADEMPIMENTO DELLO STESSO.

La lungimiranza mostrata dal legislatore si rivela quanto mai attuale ove si volga l'attenzione al fatto che nell'ultimo decennio, complici anche le difficoltà economiche delle quali si accennava in apertura del presente lavoro, si assiste ad una spinta propulsiva in favore dell'autonomia privata nella risoluzione delle crisi[41]. Non può tacersi, infatti, che diversi sono stati gli istituti introdotti a tal fine: dagli accordi di ristrutturazione ai piani di risanamento alle piú generali procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento[42]. Tale tendenza – se la si legge con lo strettamente connesso dato normativo che sembra aver abbandonato l'idea per cui, ai fini della liberazione integrale del debitore, sia necessario il totale soddisfacimento di almeno alcune categorie di creditori[43] – potrebbe ulteriormente fiaccare il principio generale previsto dall'art. 1218 c.c., secondo il quale il debitore è esonerato dalla responsabilità contrattuale soltanto se dimostra la sopravvenuta impossibilità e la non imputabilità della stessa[44]. Del resto, l'impostazione in ordine alla responsabilità, come

liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione", *Giur. comm.* (2009), p. 51 ss. In questa sede conviene rammentare che la giudizialità della procedura consente la liberazione del debite indipendentemente da quanto ricavato.

41 CAPOBIANCO, E., "Gli accordi stragiudiziali per la risoluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore", *Banca borsa tit. cred.* (2010), p. 295, il quale osserva che "gli strumenti di gestione privatistica dell'insolvenza si avviano quindi, nella prospettiva tracciata dal legislatore della riforma della legge fallimentare, a rappresentare nuovi e importanti modelli di riferimento nella gestione della crisi d'impresa o del possibile risanamento di quest'ultima".

42 Da ultimo, per una prospettiva, SANDULLI M., *Presentazione*, in NIGRO A., SANDULLI M. e SANTORO V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*. Torino (2014), p. 1 s.

43 Cass., Sez. un., 18 novembre 2011, n. 24214, in *DeJ on line*; Cass., Sez. un., 18 novembre 2011, n. 24215, *ivi*, le quali – argomentando dall'assunto secondo cui il *favor* del legislatore è orientato verso l'esdebitazione e in presenza di forte ambiguità delle norme di riferimento – precisano che il per soddisfacimento almeno parziale dei creditori concorsuali, ai fini dell'esdebitazione, non si deve neppure intendere il pagamento integrale dei creditori privilegiati. Il giudice del merito, a mente di tale significativo orientamento del giudice di legittimità, deve infatti effettuare una valutazione comparativa dell'attivo rispetto a quanto complessivamente dovuto. Nello stesso senso v. anche Cass., 14 giugno 2012, n. 9767, *ivi*.

44 Financo inutile osservare che l'enorme portata del dibattito, peraltro non ancora sopito, in ordine alla responsabilità contrattuale e alle connesse implicazioni rende impossibile, anche soltanto per sommi capi, darne conto in questa sede. Per una lucida e recente analisi delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza, anche tedesca cfr. CLARIZIA, O.:

delineata dall'art. 1218 c.c., si era andata progressivamente sfaldando grazie a quegli attenti orientamenti che avevano visto l'obbligazione quale rapporto obbligatorio tra situazioni giuridiche composite e complesse che, in quanto tali, presuppongono la cooperazione dei titolari delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte[45].

Se si pone mente agli evocati istituti di risoluzione delle crisi e nondimeno alla disciplina della cessione dei beni parrebbe di potersi sostenere che si vada verso una rinnovata idea di mancato adempimento[46]. Nella fattispecie oggetto di studio, date, infatti, determinate circostanze, l'iniziativa di autonomia privata del debitore, la quale si estrinseca nella manifestazione di volontà in merito alla disponibilità a far liquidare il proprio patrimonio, potrebbe ben integrare il dovuto contegno del debitore[47]. In altre parole, il complesso procedimento amministrativo, liquidatorio e di controllo oggetto del negozio di cessione dei beni ai creditori sarebbe in grado di escludere, seppur in chiave rimediale, il mancato adempimento o almeno il danno da inadempimento[48]. La complessa procedura che si delinea comporta, quale

Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni. Napoli (2012), p. 43 ss., alla quale si rinvia per i necessari riferimenti bibliografici.

45 Sul punto la voce ferma di PERLINGIERI, P.*: Le obbligazioni tra vecchie nuovi dogmi*. Napoli (1990), p. 18 ss. In merito alla cooperazione è significativo ricordare l'affermazione di illustre giurista, il quale al fine di distinguere tra rapporti reali e obbligatori sottolinea che "l'idea della cooperazione sia il filo conduttore che serv[e] a orientare il giurista attraverso le massime questioni del diritto delle obbligazioni": BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, I. Milano (1953), p. 10. In tema di cooperazione sempre decisiva l'opera di FALZEA, A.: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*. Milano (1947), pp. 15 ss. e 50 ss. La cooperazione a seconda che venga qualificata quale onere, obbligo (principale o accessorio) o mera facoltà sposta il baricentro del rapporto obbligatorio e colora diversamente anche l'interesse debitorio: ora alla mera liberazione del vincolo, ora a quello dell'adempimento.

46 Sottolinea di recente la necessità di rivedere proprio il concetto di adempimento CATERINI, E.: "Sovraindebitamento, ristrutturazione del debito e datio insolutum", *Rass. dir. civ.* (2014), p. 343, spec. nota 14.

47 Sull'adempimento sempre da vedere le dense e approfondite indagini, anche sul versante della dottrina e della giurisprudenza tedesca, di ROMANO, G.: *Interessi del debitore e adempimento*. Napoli (1996), p. 188 ss., ma *passim*, il quale evidenzia che le posizioni della giurisprudenza teorica, per quanto diverse tra loro, finiscano invero per presupporre che le situazioni debitorie e creditorie non siano complesse. Qualora si muova, invece, da questa prospettiva e si recuperi l'aspetto teleologico e assiologico del rapporto obbligatorio stesso si dovrà giungere necessariamente alla conclusione che un'utile risposta non può essere data una volta per tutte prescindendo dal regolamento obbligatorio in concreto. Sí che avrà diversa configurazione la collaborazione in un rapporto sinallagmatico rispetto a quei rapporti nei quali la cooperazione del creditore non confligge con alcun interesse meritevole di tutela del debitore.

48 Non manca la consapevolezza che nel caso che ci occupa si è in assenza dell'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione e, dunque – almeno per certa parte della dottrina – è da escludersi qualsiasi riferimento al concetto di adempimento. Illuminanti sul punto le parole di PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 325 e nota 137 per i

inevitabile conseguenza, il mutamento della situazione giuridica del creditore. Quest'ultima, al pari di quanto accade nelle piú recenti discipline di risoluzione della crisi, "degrada in aspettativa di soddisfazione del credito"[49], nell'ipotesi in cui le parti abbiano pattuito la liberazione integrale del debitore indipendentemente dall'effettivo ricavato della liquidazione. Ma la situazione giuridica del creditore muta altresí nel caso di liberazione corrispondente a quanto ricavato, in quanto il creditore, al fine di ottenere l'atto solutorio del pagamento (ripartizione, nel caso di specie), deve comunque condurre la complessa attività di liquidazione.

Non sfugge che una simile impostazione potrebbe sottoporsi alla critica di confondere i diversi concetti di impossibilità – nelle pur varie accezioni proposte nel corso del tempo dalla dottrina (impossibilità oggettiva e soggettiva e, ancora, economica, giuridica e morale) – con il diverso concetto, di derivazione tedesca, di impotenza del debitore ove questo sia inteso nei termini dell'incapienza patrimoniale, ossia quale incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni a causa della mancanza di risorse proprie per farvi fronte[50].

Tuttavia, nel caso della cessione dei beni – sia essa inserita nell'àmbito di una procedura concorsuale o volontaria – la liberazione (ancorché limitatamente a quanto ricevuto) del debitore non sarebbe effetto diretto della impotenza del debitore stesso ma sarebbe piuttosto generata dalla ulteriore e diversa valutazione effettuata dal creditore in ordine alla inutilità di mantenere in vita (anche soltanto parzialmente) un rapporto obbligatorio per il quale, stante l'impotenza del debitore, non è (piú) nei fatti praticabile l'adempimento, neppure in via coattiva[51].

Conclusioni non dissimili si possono trarre anche nell'eventualità di cessione di beni intervenute nell'àmbito di procedure concordatarie. Com'è noto, infatti, è pur sempre la massa dei creditori che esprime, ancorché a

richiami bibliografici, il quale, nell'evidenziare che l'autonomia negoziale ha quale suo minimo comune denominatore l'atto di iniziativa di almeno una delle parti interessate alla negoziazione, afferma che "i dubbi sulla compatibilità tra l'adempimento di un dovere o di un obbligo e la natura negoziale dell'atto sono destinati a svanire".

[49] CATERINI, E.: "Sovraindebitamento, ristrutturazione del debito e datio insolutum", cit., p. 349; e, ampiamente, MIGLIACCIO, E.: *Parità di trattamento e concorso dei creditori*. Napoli (2012), p. 251 ss.

[50] In Italia definisce in questi termini l'impotenza BARASSI, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, III, 1ª ed. (1946), p. 1040.

[51] È stato efficacemente osservato che il vincolo giuridico e, nella specie quello obbligatorio, nasce per finalità pratiche concrete e nell'àmbito di queste va compreso quali cause esterne siano idonee ad estinguere l'obbligazione: PUGLIATTI, S.: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Napoli (1978) (rist.), p. 9.

maggioranza, la valutazione sulla convenienza della proposta concordataria tanto da approvarla o meno. A maggiore testimonianza di quanto si va argomentando, si osservi che nel concordato preventivo, ai creditori è richiesta primariamente proprio la valutazione in ordine alla convenienza tra quanto loro offerto e il patrimonio del debitore con la conseguente necessità che vengano accertate tutte le attività, comprese quelle potenziali.

LA COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS EN LOS ESTADOS UNIDOS: REFERENCIA A LAS REGLAS DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

THE SALE OF GOODS IN THE UNITED STATES: REFERENCE TO THE LAWS OF OFFER AND ACCEPTANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 231-260.

Fecha entrega: 13/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dr. JOAN MARTÍNEZ EVORA
Lecturer in Business Law, Universidad de Miami
jmartinezevora@hotmail.com

RESUMEN: Este artículo examina la formación de contratos en los Estados Unidos, específicamente la compraventa de mercaderías regulada por el Código Uniforme de Comercio (UCC). El propósito es informativo y analítico, y sienta las bases para un posterior análisis de las nuevas tendencias en el comercio electrónico. Comienza con las raíces de los cuerpos normativos que regulan los contratos en los Estados Unidos y luego se analizan las reglas de la oferta y la aceptación.

PALABRAS CLAVE: oferta, aceptación, contratos, UCC, derecho empresarial, Código de Comercio Uniforme, comercio electrónico.

ABSTRACT: This paper examines the formation of contracts in the United States, specifically the sale of goods regulated by the Uniform Commercial Code (UCC). The purpose is informative and analytical, and lays the foundation for further analysis of new trends in e-commerce. It begins with the roots of the regulatory bodies governing contracts in the United States and then analyzes the laws of offer and acceptance.

KEY WORDS: offer, acceptance, contracts, UCC, business law, Uniform Commercial Code, e-commerce.

SUMARIO: I. RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO DE CONTRATOS.- II. REGLAS DE FORMACIÓN CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE MERCANCÍAS: GENERALIDADES.- III. LA OFERTA.- IV. LA VIGENCIA DE LA OFERTA.- V. LA ACEPTACIÓN.- VI. CONCLUSIÓN.

"A contract has, strictly speaking, nothing to do with the personal, or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a known intent. If, however, it were proved by twenty bishops that either party, when he used the words, intended something else than the usual meaning which the law imposes upon them, he would still be held […]"

"Un contrato, en rigor, no tiene nada que ver con la intención personal o individual de las partes. Un contrato es una obligación impuesta por la mera fuerza de la ley a ciertos actos de las partes, por lo general palabras, las cuales normalmente acompañan y representan una intención conocida. Aún y cuando se probara por veinte obispos que cualquiera de las partes, cuando usó las palabras, pretendió algo diferente al significado común que la ley les impone, todavía sería responsable […]".

Juez Learned Hand
Hotchkiss v. National City Bank of New York, 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911)

I. RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO DE CONTRATOS.

Antecedentes y la Autonomía de la Voluntad como Pilar del Derecho de Contratos.

En los Estados Unidos las regulaciones contractuales, incluidas las reglas sobre compraventa de mercancías, tienen su base en el derecho de contratos inglés. Se sitúa esta base en el renacimiento del comercio y la aparición del dinero como medio de intercambio por mercaderías en el siglo XII de Europa medieval. Con el paso del tiempo los mercaderes de las plazas desarrollaron costumbres con el propósito de facilitar las negociaciones y proporcionar la agilidad de las transacciones mercantiles. La *lex mercatoria* era respetada y observada tanto en las plazas comerciales de Europa medieval como en el comercio marítimo. Luego fue a través del *English Sale of Goods Act* de 1894 que Inglaterra codificó la *lex mercatoria* y la adaptó a las necesidades de la época.

Posteriormente el *United Kingdom Sale of Goods Act* de 1979 consolidó la anterior que ya se había extendido a los Estados Unidos de América, donde en 1906 se promulgó el *Uniform Sales Act*, hecho ley en muchos estados miembros de la unión americana y antecedente del Código Uniforme de Comercio[1].

Con el advenimiento de la Revolución Industrial se hizo necesario ofrecer a las partes normas que sirvieran como guía para hacer cumplir las prestaciones y las promesas contractuales. Estas reglas fueron desarrolladas por los tribunales de la época y los jueces las dotaron de gran tecnicismo y complejidad. Los conceptos de libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad se desarrollaron durante este período. Las partes determinaban el alcance y contenido de los derechos y deberes del contrato y los jueces no prestaban atención a cuán justos tales derechos y deberes eran a la hora de hacer que el promitente ejecutara su promesa.

En este período la autonomía de la voluntad fue la expresión máxima y el fundamento de la *lex privata.* Era el epicentro en torno al cual los contratos nacían y se edificaban[2]. Teóricos defendieron este derecho contractual clásico en sus obras como LANGDELL[3], HOLMES[4] y WILLISTON[5]. Cuando surgen

[1] Otra fuente primaria de las reglas contractuales se encuentra en el derecho común estatal de contratos. De mucha influencia también son los *Restatements of the Law of Contracts*, compilaciones que aunque no tengan rango de ley ni fuerza obligatoria, constituyen el recorrido del derecho común de contratos visto, analizado y escrito por los más prestigiosos juristas estadounidenses.

[2] Existen oponentes a la existencia misma de las teorías clásicas contractuales como GILMORE, G.: "The Death of Contract Theory" (2nd Ed. 1995): The Ohio State University Press y ATIYAH, P.S.: "The Rise and Fall of Freedom of Contract". Oxford (1979): Claredon Press, xi, 791, que arguyen que existe una yuxtaposición con la responsabilidad civil extracontractual o *torts*. El campo de la responsabilidad civil extracontractual abarca supuestos de negligencia, productos defectuosos, la responsabilidad objetiva (*strict liability*), entre otros y escapan al propósito de este artículo. Véase su sistemática en obras como SCHWARTZ, V.E., KELLY, K., PARTLETT, D.F.: *Torts, Cases and Materials* (2005): Foundation Press, Eleventh Edition.

[3] Véase obra publicada LANGDELL, CC.: *A Summary of the Law of Contracts*. Boston (1880): Second Edition.

[4] HOLMES, O.W.: *The Common Law* (1991): Dover edition by Sheldon M. Novick. Conferencias sobre contratos VII, VIII y IX disponibles en http://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm, última visita 20 de junio de 2015.

[5] Véase la revisión de la edición hecha por Michael Leo LOONEY, *Williston: Treatise on the Law of Contracts*. (1960) Third Edition, Vols. I and 2, 2 B.C.L. Rev. 191, http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol2/iss1/42 (Última visita 13 de julio de 2015), donde el autor expone que "si el derecho de contratos es la piedra clave de nuestro derecho civil, entonces el tratado de Williston es ciertamente la piedra clave de nuestro derecho de contratos", p. 191.

los grandes conglomerados corporativos en Norteamérica, a las nociones clásicas de libertad, privacidad, autonomía de la voluntad, y eficacia contractual se le comenzaron a sumar valores post-clásicos como la confianza, la justicia y la cooperación entre las partes. Estos valores se enfocaban más en lo que era justo y en la independencia de las partes. Así el precedente judicial desarrolló las nociones de enriquecimiento injusto y *reliance* o confianza en la prestación contractual.

También dio como resultado el desarrollo de los contratos de adhesión y las proformas contractuales estándares. En el esfuerzo de proteger los derechos individuales contra los corporativos, durante el Siglo XX los jueces estadounidenses impregnaron al derecho contractual con reglas específicas en el área del derecho laboral, los seguros y la protección a los consumidores.

Se comenzó a ver un auge en la utilización de conceptos jurídicos imprecisos para algunos como la buena fe, la razonabilidad y la justicia, y en el perfeccionamiento de doctrinas de protección a las partes que entraban en la negociación con desventajas frente a las entidades corporativas[6]. No obstante a esto, fue y siguen siendo la libertad para contratar y la autonomía de la voluntad de las partes los pilares fundamentales del derecho de contratos en los Estados Unidos.

Un estudio de estas regulaciones de derecho privado exige a los especialistas y estudiantes, como mínimo, el estudio de tres grupos de leyes: el Código Uniforme de Comercio, el derecho común de contratos, y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en lo adelante Convención de Viena).

El Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos y su Sistemática.

Escribir sobre la historia del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos es, indudablemente, también escribir sobre grandes juristas y académicos. Ejemplos son dos que impulsaron y reportaron notablemente sobre la labor codificadora en las conferencias nacionales de los comisionados sobre las leyes comerciales uniformes: Karl LLEWELLYN y Soia MENTSCHIKOFF[7].

[6] Véase DI MATTEO, L.A., ZHOU, Q., SAINTIER, S., ROWLEY, K., *Commercial Contract Law, Transatlantic Perspectives* (2013): Cambrige University Press, donde los autores compilaron estudios, entre otros temas, de las diferencias en el tratamiento de doctrinas en la modernidad del derecho común estadounidense e inglés, tales como la buena fe, principios de desigualdad, injusticia o *unconscionability*, protección de las partes en desventajas, entre otras.

[7] En nota editorial No. 6 Stewart MACAULAY, Jean BRAUCHER, John KIDWELL y William WHITFORD comentan que la profesora MENTSCHIKOFF contribuyó enormemente a la

La labor codificadora no fue tarea de un día. Después de largas batallas entre los oponentes del Código y los comisionados de la conferencia[8] el Código fue adoptado por 49 estados, el Distrito de Columbia, y las Islas Vírgenes para 1967[9]. Guam lo adoptó y también Luisiana, este último con la excepción de los artículos 2 y 6[10].

Los propósitos en la creación de un Código Uniforme fueron varios. Entre ellos el de tener reglas similares que se aplicaran a las transacciones inter-estatales y el de homogeneizar la práctica contractual en todos los estados miembros de la unión. También la promoción de reglas que mejoraran la eficacia de las transacciones comerciales en general, y la búsqueda de claridad y justicia en las negociaciones.

Ámbito de Regulación del Artículo 2: Lógica y Vocabulario, de las Mercancías.

El Código fue adoptado en 1951 y regula en su Artículo 2 a la compraventa de mercancías (*sale of goods*) y al decir de Robert Braucher es un estatuto "con su propia lógica y vocabulario"[11]. Se entiende de un análisis de sus preceptos que toda venta de mercancía es el intercambio del título de propiedad de la misma por el precio (sea el "título de propiedad" *per se*, como en el caso de un automóvil o el "recibo" del pago de otra mercancía).

Por lo tanto no son consideradas compraventas de mercaderías para este ordenamiento ni los arrendamientos o alquileres, ni los contratos para edificar, ni los contratos de prestación de servicios. Es bien cuidadosa la reglamentación del Código al excluir las transacciones compuestas o híbridas donde se concitan los servicios y las mercancías, y los servicios son el factor

redacción y aprobación del Código Uniforme de Comercio. Karl LLEWELLYN fue profesor de derecho en la Escuela de Derecho de Harvard y Soia MENTSCHIKOFF profesora visitante de derecho de la misma universidad, la primera mujer en enseñar derecho en la prestigiosa institución, y de 1974 a 1984 Decana de la Escuela de Derecho de la Universidad de Miami. Véase MACAULAY, S., BRAUCHER, J., KIDWELL, J., Y WHITFORD, W.: *Contracts: Law in Action, Third Edition, Vol 1, The Introductory Course,* Lexis Nexis (2010), p. 35.

[8] Véase el Reporte de Emmett F. SMITH oponiéndose a la adopción por parte de los Estados del UCC, en ese entonces consejero legal del Banco Nacional Chase de Nueva York.

[9] BRAUCHER, R.: "Legislative History of the Uniform Commercial Code". (1958): *58 Clum.L.Rev. 798*.

[10] §1-201 (b) (38) Código Uniforme de Comercio –Ventas: define estados a los estados que componen a los Estados Unidos, el Distrito de Columbia, Puerto Rico, las Islas Vírgenes de los Estados Unidos, y cualquier territorio o posesión insular sujeta a la jurisdicción de los Estados Unidos.

[11] MACAULAY, S., BRAUCHER, J., KIDWELL, J., Y WHITFORD, W.: *Contracts,* cit. nota al pie 7.

predominante. El análisis en la mayoría de los estados es aplicar esta regla[12] (*predominant purpose of the transaction*). El factor predominante es el que prima y determina si la regulación aplicable es el Código o el derecho común estatal (*state common law of contracts*). Por ejemplo, si es un servicio con los bienes siendo incidentales a la prestación del servicio, entonces el derecho común de contratos es la ley aplicable[13]. Para clasificar correctamente los contratos los jueces usualmente analizan cuidadosamente el lenguaje usado por las partes, la naturaleza de la transacción, y también comparan el valor de las mercancías con el valor de los servicios asociados a estas.

Los efectos jurídicos de la clasificación son transcendentales pues las reglas aplicables al contrato varían de acuerdo al cuerpo jurídico que norme la transacción. Si se exige o no la consideración para modificar un contrato, si existe o no un contrato cuando la aceptación incluye elementos nuevos o diferentes, o si el oferente tiene que honrar la oferta aún y cuando no se reservó el derecho a aceptar son solo algunos de los abundantes ejemplos donde la clasificación correcta es de suprema utilidad[14].

Por último, el Código no deroga ni tiene una función supletoria absoluta si por precepto especial se regula la venta de un producto a los consumidores, o se establecen regulaciones sobre los agricultores o cualquier otra clase específica de compradores[15].

De las Mercancías.

El mismo Código provee una definición de mercancía (*good*). Por mercancía o bien objeto de la venta se entiende todo bien mueble y tangible, incluyendo

[12] Véase *Audio Visual Artistry v. Tanzer,* 403 S.W. 3d 789 (Tenn. App. 2012), decidiendo que la esencia o el objetivo principal del contrato fue la venta de mercancías y no la prestación de un servicio. Este era un contrato entre Tanzer y Audio Visual Artistry, por el cual Audio Visual Artistry prometió vender e instalar un sistema inteligente automático para el hogar que incluía teatro, música, televisión, control de luces y teléfonos. Así, la corte cita precedentes indicando que la venta de una computadora que incluya el equipo, el software, la instalación, entrenamiento y los servicios relacionados a estos es una venta de mercancías, ya que el factor predominante es el equipo y no el servicio.

[13] Véase MALLOR, J., BARNES, A.J., LANGVARDT, A.W., PRENKERT, J.D., y MCCRORY, M.A.: *Business Law: The Ethical, Global, and E-Commerce Enviroment* (2016): Sixteenth Edition, McGraw-Hill Education, p. 328, citando en *Audio Visual Artistry v. Tanzer,* 403 S.W. 3d 789 (Tenn. App. 2012) a Barkley CLARK y Cristopher SMITH en *The Law of Product Warranties*. (2012): Vol 1, § 2:22, donde productos identificados antes de la instalación y luego añadidos a la propiedades inmuebles como alfombras, equipos eléctricos, calentadores de agua, aires acondicionados, y paneles de ventanas interiores son considerados bienes tangibles y muebles bajo la regulación del Art. 2 del UCC.

[14] §2-205, 207 & 209 Código Uniforme de Comercio-Ventas.

[15] §2-102 Código Uniforme de Comercio-Ventas.

los fabricados a la medida[16]. La clasificación de muebles tiene que ser posible a la hora de identificarse la mercancía en el contrato. Se excluyen los derechos de propiedad intelectual tales como el derecho de autor (copyright en los Estados Unidos), las marcas, y las patentes. En cuanto a los programas de computadora (softwares) y los contratos celebrados usando plataformas electrónicas muchas decisiones de los tribunales han seguido aplicando el Código Uniforme de Comercio, amoldándolo al nuevo entorno, y hasta la fecha en que se termina este artículo las modificaciones al Código para reflejar y adaptar al mismo al comercio electrónico han sido adoptadas por muy pocos estados[17].

También son entendidos como mercancías los animales concebidos pero no nacidos (*nasciturus* en el derecho romano) y las cosechas por crecer y bienes identificables anexos o adjuntos a bienes raíces[18].

---

[16] Han existido inagotables disquisiciones a raíz de sentencias judiciales publicadas sobre qué se entiende por un bien y qué por un servicio. Por ejemplo, en el caso de la electricidad se debate si la misma es una mercancía (bien mueble y tangible) de acuerdo a la definición del Artículo 2 del UCC (transacciones de mercancías), UCC § 2-102. También si es mueble al tiempo de identificarla en el contrato, UCC § 2-105. Tribunales que la identifican como mercancía mueble y tangible arguyen que es un bien mueble al momento de identificarse en el contrato de venta. Es un bien que se mueve por los cables eléctricos y se puede medir por lo que también es identificable. Véase *Enron Power Marketing, Inc. v. Nevada Power Co.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 20351 (S.D.N.Y. October 12, 2004), *Baldwin-Lima-Hamilton Corp. v. Superior Court*, 208 Cal. App. 2d 803, 819 (1962), estos casos decidiendo que es un bien mueble pues se puede generar, transportar y vender. Otras Cortes han dicho que es un servicio (la transmisión de electricidad) y la clasifican como corriente de partículas a través de un conductor. Arguyen que la planta que la genera no la "fabrica", sino simplemente la genera y distribuye a través del conductor o cable eléctrico. El consumidor paga por el período de tiempo que la consume en tanto no existe un producto individualizado. Véase casos *Singer Co. v. Baltimore Gas and Electric Co.*, 558 A.2d 419, 470-72 (Md. Ct. Spec. App. 1989); *Williams v. Detroit Edison Co.*, 234 N.W.2d 702, 705-06 (Mich. Ct. App. 1975); *Norcon Power Partners, L.P. v. Niagara Mohawk Power Corp.*, 705 N.E.2d 656 (N.Y. Ct. App. 1998).

[17] Entre las regulaciones que afectan al comercio electrónico están el *Magnuson-Moss Warranty Act of 1975*, proveyendo recursos legales (compensación monetaria y otras acciones) a los consumidores no disponibles en el Código Uniforme de Comercio y regulando las esferas de la publicidad engañosa, las garantías, y los deberes de divulgación; el *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act of 2000*, que es ley federal que provee que las firmas electrónicas y los récords electrónicos tienen el mismo peso legal que los equivalentes en papel; el *Digital Millenium Copyright Act (DMCA) of 1998*, proveyendo sanciones civiles y penales por el uso no autorizado de material digital como softwares; el *Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)*, el cual no es ley uniforme pues solo se ha aprobado por Virginia y Maryland; y el *Uniform Electronic Transactions Act (UETA)*, que es la ley uniforme en 47 estados, el Distrito de Columbia, Puerto Rico y las Islas Vírgenes en cuanto a la retención de récords electrónicos y firmas electrónicas.

[18] §2-105 (1) Código Uniforme de Comercio-Ventas. Véase reglas especiales también en §2-107 (1-3) sobre el corte de la madera y las cosechas o bienes que se pueden desprender de la tierra, sin ocasionar daños materiales a la misma.

Supletoriedad de las Reglas Generales del Derecho Común de Contratos.

No menos importante es hacer notar que las reglas de la compraventa de mercancías son normas codificadas y específicas dentro de las leyes generales contractuales, por ello cuando el Código no regula una situación en particular, las reglas generales del derecho común de contratos vienen a suplir el vacío de la legislación positiva[19].

La Convención de Viena[20] .

En los Estados Unidos la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías se convirtió en la ley aplicable a las transacciones comerciales internacionales sobre venta de mercaderías en 1988. Este tratado es la ley en el ámbito de las ventas internacionales[21] y es considerado un tratado *self executing*[22], o sea, que no necesita una ley de implementación sino que por sí mismos sus preceptos son de aplicación plena y directa. Un estudio reciente del precedente judicial en las cortes estadounidenses aplicando la Convención, hecho por profesores de derecho comercial, explica que las cortes estadounidenses ya se encuentran más familiarizadas con la aplicación e interpretación de los distintos preceptos de la Convención[23].

[19] Por ejemplo las doctrinas del derecho común que cubren los vicios al consentimiento.

[20] CISG, en su acrónimo en inglés, y CNUCCIM, en su acrónimo en español.

[21] A menos que las partes opten por la exclusión expresa de la aplicación del tratado. Véase *BP Oil International, Ltd. v. PetroEcuador, et al.* 332 F.3d 333 (2003), decidiendo que las leyes de Ecuador incluyen a la Convención de Viena y que si las partes querían excluir la aplicación de dicho tratado debían haberlo hecho expresamente, el lenguaje general es insuficiente; y *Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.* 164 F. Supp. 2d 1142 (2001), decidiendo que el mero hecho que el demandado hubiere seleccionado las leyes del Estado de British Columbia no impide o suple la aplicación de la Convención de Viena, pues la Convención es también ley del Estado de British Columbia en las transacciones comerciales internacionales y, por lo tanto, se aplica por encima del Código Uniforme de Comercio (ley comercial nacional). Asimismo, decidió que aunque el demandante hubiere seleccionado las leyes del Estado de California, como California está amparada bajo la cláusula suprema constitucional de la Federación Americana y debe regirse por los tratados que los Estados Unidos ha firmado y ratificado, la Convención de Viena es uno de estos tratados y California debe respetarlo como tal.

[22] Ello significa para el derecho estadounidense que no requiere ley de implementación especial del Congreso de los Estados Unidos. Los tratados pueden ser *self executing* o *non self executing*, en esta última categoría se encuentran los que sí necesitan ley de implementación.

[23] Véase OLAZABAL, A.M., EMERSON, R.W., TURNER, K.D., y SACASAS, R.: "Global Sales Law: An Analysis of Recent CISG Precedents in U.S. Courts 2004-2012". (August 2012): The Business Lawyer, p. 1352.

Ámbito de Aplicación.

La Convención regula las ventas internacionales de mercaderías donde ambas partes contratantes tienen sus establecimientos comerciales en países diferentes[24] que han firmado y ratificado la Convención: los estados partes. La nacionalidad de los contratantes es irrelevante[25]. Lo esencial es que los establecimientos permanentes (*place of business*) se encuentren en países diferentes cuando se celebra el contrato, aunque las partes contratantes se hallen en el mismo país cuando firman el mismo[26]. Dado el caso que una empresa tenga varios establecimientos permanentes, el que tenga una relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento será el que prime[27].

En cuanto a las mercaderías, se excluyen del ámbito de aplicación, entre otras, a las compraventas de bienes de consumo a consumidores (compradas para uso personal, familiar o doméstico), bienes comprados en subasta, dinero y otros títulos valores, electricidad, aviones, aeronaves, aerodeslizadores y buques, y también los contratos mixtos donde la parte principal y preponderante no son las mercancías sino, por ejemplo, la mano de obra o servicios. Ejemplos en la doctrina comercial internacional son (1) El contrato de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, y el comprador suministra materiales de un valor económico superior, o la esencia, funcionalidad del contrato o cualidad de la transacción indican un servicio, en cuyo caso la Convención de Viena queda excluida. Aunque estas dos posiciones son explicativas es la primera (valor económico) la dominante en la doctrina[28]; y (2) el contrato de suministro de mano de obra o prestación de servicios. Aquí, al igual que en el anterior, hay criterios de exclusión de la Convención cuando la parte principal es la mano de obra o servicio, y el valor de las mercancías es menor que la prestación de los servicios.

[24] Véase Art. 1.2.
[25] Véase Art. 1.3.
[26] Rafael ILLESCAS ORTIZ, Pilar PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme* (2010): Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., pp. 91-93.
[27] Véase Art. 10.
[28] ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P.: *Derecho Mercantil Internacional, cit.* nota al pie 26.

II. REGLAS DE FORMACIÓN CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE MERCANCÍAS: GENERALIDADES.

Del Vocabulario a la Gramática.

MACAULAY en su tratado de derecho de contratos compara a las reglas de formación contractual con una lista de palabras claves de un vocabulario extranjero a aprender, como cuando uno aprende las palabras al inicio de una clase de gramática en un idioma. Así, MACAULAY comenta que el objetivo principal es aprender la gramática de la lengua, pero para alcanzar tal objetivo se necesita inevitablemente "aprender el vocabulario simultáneamente con la gramática"[29]. Este autor nos invita a aprender las reglas de formación contractual como una lista de palabras en un vocabulario, como algo esencial, "pero a la vez subordinado a las lecciones de un capítulo mucho más amplio". En este sentido quizás habría que vaticinar nuevos capítulos de este artículo donde la aplicación de tales reglas clásicas a una gama de situaciones complejas de la modernidad, tales como las compraventas electrónicas, el derecho de los consumidores ante las mismas, el reembolso o la devolución y el derecho al desistimiento (p.ej., en la Comunidad Europea), por solo mencionar ejemplos, se convierte en un replanteamiento y reto.

Las reglas sobre la oferta y la aceptación estuvieron desarrolladas tardíamente en el derecho común de contratos estadounidense. Fue de mediados a finales del siglo XIX que estas reglas tomaron un lugar separado en el derecho contractual[30]. Es en este período clásico que se comenzó a sobreentender como presupuesto de una acción de cumplimiento si existió o no un contrato válido. Fue la época donde para determinar la presencia de un contrato, era imprescindible la existencia de una oferta válida, de una aceptación válida y de la "consideración"[31]. La esencia de estas reglas fue determinar el momento

[29] MACAULAY, S., BRAUCHER, J., KIDWELL, J., Y WHITFORD, W.: *Contracts: Law in Action* (2010): Third Edition, Vol 1, The Introductory Course*,* Lexis Nexis, pp. 229-243.
[30] MACAULAY, cit. pp. 229-243.
[31] La *consideración* en el *common law* es entendida como *legal sufficiency* (suficiencia legal), implicando un detrimento legal para el promisario y/o un beneficio legal para el promitente, y un intercambio de prestaciones negociado en el presente cuya base no es la cantidad monetaria ofrecida, sino la suficiencia de la misma ante los ojos del derecho. Es por ello que, por poner algunos ejemplos, ni las obligaciones preexistentes, ni las promesas ilusorias, ni la *consideración* pasada son supuestos válidos de existencia de la misma. Algunas promesas también son válidas sin la presencia de la *consideración*, tales como las que son obligatorias cuando contienen un sello (*under seal*), *Cochran v. Taylor*, 273 N.Y. 172, 7 N.E.2d 89 (1937). Aunque hay que añadir que la posición moderna es que esta institución (los contratos con sellos, *contracts under seal*, indicando la solemnidad del acto el mismo sello) debe quedar en desuso. Para un estudio de la institución en Nueva York y la influencia del derecho civil como análisis comparativo en la reforma y nueva perspectiva de la ley neoyorquina sobre las promesas con sello véase Schlesinger, R.B, Baade, H.W., Herzog,

preciso en el que surgía el contrato, el momento en el que las partes perdían su libertad de cambiar de parecer y dar la espalda a la transacción, y quedaban sujetos a la inmovilidad que resultaba del vínculo obligatorio.

De la Subjetividad a la Objetividad en el Momento Constitutivo.

> "I am responsible not merely for those expectations which I actively strove to create, but also for those which I knowingly allowed the promisee to entertain at the time of the promise."
>
> "Soy responsable no simplemente por esas expectativas que me esforcé en crear, sino también por las que a sabiendas permití que el promisario albergara al momento de la promesa".
>
> Willian Paley, Moral Philosophy (Book III, Part I, Ch. 5, 1785)

¿Cuándo se entendía que se había celebrado un contrato? ¿Cómo los jueces interpretaban los hechos y determinaban que, efectivamente, el contrato había nacido? El estándar de interpretación en el siglo XIX fue el encuentro de las mentes o *meeting of the minds*[32], reflejando la posición subjetiva de intención de celebrar un contrato. Así, cuando las mentes se reunían en un punto específico en la sucesión de hechos examinados por el juez, allí se creaba el contrato, dado que las partes así lo habían convenido.

Sin embargo durante el siglo XX, HOLMES y WILLISTON comenzaron una campaña para valorar no la intención subjetiva (lo que pensaban las partes) sino la objetividad de las manifestaciones que conllevaban a la conclusión de un contrato. Así se abrió paso a una teoría objetiva donde el pensamiento interno de las partes era irrelevante ante una manifestación externa y objetiva que evidenciara el contrato, i.e., un *outward objective manifestation*. Por lo tanto, el estado de la ley actual indica que los pensamientos internos o intenciones subjetivas son irrelevantes, a menos que estas intenciones subjetivas sean aparentes, o razonablemente aparentes, para el aceptante.

En este desarrollo hacia la objetividad podemos situar a las reglas de oferta y aceptación en el pleno derecho contractual clásico y neoclásico, comúnmente referido el último como el moderno derecho de contratos en los Estados Unidos[33].

P.E., Wise, E.M.: *Comparative Law, Cases-Text-Materials* (1998): Sixth Edition, University Casebook Series, Foundation Press, pp. 21-29.

[32] MACAULAY, cit. p. 237.

[33] Así véanse estudios de autores como FEINMAN, J.M.: "The Significance of Contracts Theory" (1990): 41 U.Cin.L.Rev. 1283. Este autor explica que las doctrinas contractuales clásicas basaban la responsabilidad contractual en la voluntad misma del individuo que celebraba transacciones con otros y cuando incumplía era el mismo individuo el que asumía

Sobre el Contrato de Compraventa.

El contrato, entendiéndose al mismo *strictus sensus* como aquel acuerdo donde el propósito es recibir una compensación o beneficio económico[34], se define en el Código como aquella venta presente o futura de mercancías y consiste en la transferencia del título de propiedad del vendedor al comprador a cambio de un precio[35]. Son partes de este contrato el comprador y el vendedor y, por tanto, solo los mismos tienen derechos y deberes derivados del contrato de acuerdo al principio de relatividad contractual (*privity of contract*).

Excepciones a la Relatividad Contractual.

No obstante a lo anterior, existen excepciones a la relatividad contractual en el derecho estadounidense. Entre ellas están:

(1) Los terceros "intencionalmente" beneficiarios del contrato: Forman parte de las excepciones a la relatividad contractual siempre y cuando sean intencionalmente beneficiarios, o sea, cuando fue la intención de las partes celebrar un contrato para el beneficio del tercero (*intended third party beneficiary*). Es a estos terceros beneficiarios a los que les corresponden derechos derivados del contrato, y quienes pueden demandar para obtener tales derechos[36]. Los terceros pueden ser acreedores o donatarios y pueden interponer demanda sobre el goce de sus derechos cuando estos se hacen

la responsabilidad contractual. Luego, explica el autor, se comenzaron a ver tendencias que se apartaban de estos presupuestos clásicos y las cortes comenzaron a encontrar responsabilidad no solo en la base privada de la libertad individual de contratar y la opción misma de entrar en un contrato, sino también en las políticas públicas o interés social (*public policy*). O sea, el contrato comenzó a ser ley entre las partes (*lex privata*), no solo porque las partes así lo decidieron, sino también porque el hacerlo ejecutable servía un interés público supremo.

[34] En este sentido no hay contrato en la ley estadounidense cuando dos amigos prometen ayudarse mutuamente y falta una razón de negocio o promesa de compensación por el servicio prestado por uno de ellos. Véase *Lambert v. Barron*, 974 So.2d 198 (La. Ct. App. 2008). Tampoco en los casos de regalos. Véase para un estudio detallado de la diferencia entre el mundo de los regalos y el mundo de los contratos a EISENBERG, M.A.: "The World of Contracts and the World of Gifts" (1997): 85 Calif. L. Rev. 821.

[35] §2-106 (1) Código Uniforme de Comercio –Ventas.

[36] En *Northwest Airlines, Inc. v. Crosetti Bros. Inc.*, 483 P.2d 70 (Or. 1971) la corte decidió que Northwest, quien alquilaba el espacio en la terminal del Puerto, no era un tercero acreedor beneficiario ni un acreedor del Puerto. En el caso un pasajero sufrió un accidente en el área de la aereolínea y demandó. El contrato de arrendamiento entre el Puerto y Crosetti Bros. Inc. no incluyó ningún requisito de indemnización a Northwest ni la intención de beneficiarle como donatario del contrato. Por lo que la corte concluyó que Northwest no tenía el derecho de interponer demanda para obtener un derecho como tercero derivado del contrato.

ejecutables (*the rights vest*)[37]. Ejemplos son cuando los terceros fueron incluidos específicamente en el contrato o su clase fue mencionada.

Por el contrario, es clara la doctrina y la jurisprudencia sobre el tercero beneficiario incidental. Este no tiene derecho alguno de demandar para exigir un beneficio contractual ya que recibe el beneficio accesoria e incidentalmente. No por la voluntad de las partes.

(2) Delegaciones y cesiones de derechos[38]: La ley estadounidense contempla que "los deberes se deleguen y que los derechos se cedan". Estamos, primero, ante los supuestos de delegación de deberes (delegation of duties), donde el deudor transfiere la deuda o la debida prestación a un tercero adquirente, en lo adelante el delegado, quien la dirige no al delegante-deudor original, sino al acreedor. El acreedor, en principio, puede arremeter contra el patrimonio del delegante-deudor original o contra el del delegado-tercero adquirente, a su opción, a menos que una novación contractual haya tenido lugar.

Como presupuestos de la novación contractual están el consentimiento y la aceptación del acreedor y la modificación subjetiva, i.e., de una de las partes. Asimismo y en principio todos los deberes son delegables en tanto no constituyan deberes de índole personal.

A modo de ilustración las partes en una delegación de deberes o deudas son:

(1) El delegante o deudor original: Es la parte que originalmente celebró el contrato con el acreedor y quien se comprometió a prestar el servicio o pagar la suma de dinero acordada.

(2) El delegado o deudor/tercero adquirente: Es la parte en la transacción a quien se le transfiere la deuda o deber de prestación y quien está obligado a dirigirla ahora al acreedor.

(3) El acreedor: Es la parte a la que se le debe la prestación y quien tiene el poder coactivo contra el deudor si este no paga.

Por el contrario, en una cesión de derecho (*assignment of rights)*, el cedente transfiere un derecho al cesionario cuyo contenido recae en el cobro de la prestación, sea esta un deber monetario o un servicio, o la ejecución de un acto o actividad. Las partes en una cesión son:

[37] Un derecho se hace ejecutable, p.ej., cuando el tercero cambió de posición contractual confiando en la promesa hecha.
[38] Véase §2-210 (1) (2) (3) (4) (5) Código Uniforme de Comercio-Ventas.

(1) El cedente, acreedor, o titular original del derecho de crédito: Es la parte que originalmente celebró el contrato con el deudor y a quien le corresponde el poder coactivo contra el deudor dado el caso que este no pague o ejecute la prestación debida.

(2) El cesionario, acreedor adquirente, o nuevo titular del derecho de crédito: Es la parte a la que se le cede el derecho de crédito o la obligación monetaria y quien se "sitúa en los zapatos" del cedente y ejerce todos los derechos que al cedente una vez le pertenecieron contra el deudor en caso de incumplimiento de la obligación.

(3) El deudor: Es la parte que originalmente celebró el contrato con el cedente y quien se comprometió a prestar el servicio o pagar la suma de dinero acordada.

Elementos Esenciales del Contrato en Estados Unidos[39].

El contrato en los Estados Unidos para que sea válido debe reunir elementos esenciales, a saber:

(1) Ser el resultado de un consentimiento o asentimiento mutuo, voluntario y no viciado[40].

(2) El contrato debe constar con la consideración[41].

[39] La literatura consultada coincide en clasificar estos elementos como esenciales. Véase, p. e.j., MALLOR, cit.; MANN Y ROBERTS, cit.; BEATTY, J., SAMUELSON, S., y SÁNCHEZ ABRIL, P.: *Introduction to Business Law*. Boston (2014), Cengage Learning, Fifth Edition. Textos de enseñanza en las Escuelas de Administración de Empresas y de reconocimiento nacional.

[40] Este requisito se alcanza a través de una oferta válida seguida de una aceptación válida, y la ausencia de vicios del consentimiento tales como la coacción, la influencia indebida, el fraude, y el error. "En los contratos consensuales [el consentimiento mutuo] se alcanza probando una oferta y una aceptación". LANGDELL, cit. p. 193.

[41] Véase nota al pie 31 para una explicación de este requisito en el *common law*. La doctrina sobre la causa en el derecho civil y el tratamiento a esta a partir de conceptos no reconocidos en el derecho americano como las "obligaciones", para algunos autores sería el equivalente más cercano a la consideración. De las obligaciones en el derecho civil autores como Díez-Picazo han dicho que la regulación de las mismas en el Código Civil español es parca, cuyo contenido en el Art. 1088 del Código Civil español, por ejemplo, consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Para mayor lectura véase DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las Relaciones Jurídicas Obligatorias* (2008): Thomson Civitas, Sexta Edición, p. 63. En este sentido las fuentes de las obligaciones incluyen *a los actos jurídicos:* caracterizados por la manifestación de la voluntad de una persona destinada a surtir efectos legales. Estos pueden ser (a) actos jurídicos unilaterales (el testamento ológrafo, el reconocimiento de la paternidad) o (b) contratos bilaterales o unilaterales (la donación es un contrato unilateral, es una promesa y del otro lado está la ejecución de una obligación). A los *hechos jurídicos:* eventos que ocurren fuera de la voluntad de la persona y el cual, por sí

(3) Capacidad de las partes[42].

(4) Legalidad del objeto[43].

(5) En algunos casos por escrito[44].

mismo, acarrea efectos legales, tales como (a) una ocurrencia natural (la muerte genera la sucesión testada o ab-intestato) (b) el manejar un carro a altas velocidades sin la intención de causar un accidente pudiera generar la obligación de resarcir los daños. También son fuentes de las obligaciones en el derecho civil los *quasi-contratos* tales como la gestión de negocios ajenos, el enriquecimiento sin causa, y el pago de lo indebido –*condictio indebiti*-. Los *delitos* en el derecho civil, o sea hechos jurídicos que acarrean efectos legales (voluntario, penal, e intencional) y los *quasi-delitos,* la falta de intención de causar un daño, pero cuando el acto en sí mismo es voluntario e ilícito (LSA CC Arts. 2315 y 2316). Véase para un estudio de las obligaciones en Luisiana la obra del Profesor Alain Levasseur, LEVASSEUR, A.: *Louisiana Law of Obligations in General. A precis*, (2009): Third Edition, LexisNexis. Los contratos en el derecho español, por ejemplo, deben reunir los requisitos esenciales para la validez de (1) consentimiento de los contratantes, (2) objeto cierto que sea materia del contrato, y (3) causa de la obligación que se establezca. Art. 1.261, Código Civil español, 28ª edición. Edición Tecnos actualizada, septiembre de 2009, y también, como bien explica Díez-Picazo, los de forma externa en los casos en los que la ley prevea este requisito de forma como presupuesto de validez o existencia de los mismos, véase DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil* (2001): Vol. II Novena Edición, Editorial Tecnos, p. 39.

[42] En este requisito el precedente judicial y las leyes estatales cubren situaciones como la minoría de edad, la lucidez mental o discapacidades, y la intoxicación por alcohol o drogas.

[43] Aquí se cubren situaciones como las apuestas, la razonabilidad o justicia en algunos contratos, los contratos de adhesión, la necesidad de licencias para prestar determinados servicios, y la validez de acuerdos de confidencialidad o anticompetitivos, por mencionar algunas.

[44] Este es el requisito de la escritura (*Statute of Frauds*). El contrato de compraventa no necesita estar por escrito a menos que la compraventa de mercancías sea de bienes muebles cuyo valor es de 500 dólares o más. La validez de este contrato está condicionada a la presentación de una escritura suficiente que pruebe la existencia de la transacción, y también condicionada a la firma de la parte contra la que se pretende probar la existencia de la escritura, o parte demandada (§2-201 (1) Código Uniforme de Comercio –Ventas). Este requisito en realidad se bifurca en dos postulados contenidos en el precepto legal:
(1) Que la transacción esté plasmada en una escritura o soporte material que evidencie sin lugar a dudas que sucedió.
(2) La firma de la parte contra quien la demanda se interponga. O sea, en una demanda del vendedor contra el comprador si el comprador niega la existencia del contrato alegando que nunca fue plasmado por escrito el vendedor necesita mostrar la escritura firmada por el comprador, que es quien está siendo demandado.
También en la venta de mercancías el derecho contempla una regla entre mercaderes, la regla del *mercader y los 10 días*. La misma opera cuando la transacción se lleva a cabo entre dos mercaderes y uno envía una confirmación cuyo contenido el mercader que la recibe conoce o es razonable que conozca, dicha confirmación enviada es suficiente para satisfacer el requisito de la escritura contra quien la recibe a menos que objete por escrito en un término de 10 días (§2-201 (2) Código Uniforme de Comercio –Ventas). Existen excepciones a la escritura exigida por el *Statute of Frauds*: (1) No se requieren por escrito las

Nuevas Tendencias en la Contratación.

En este trabajo enfatizamos el elemento número uno (consentimiento mutuo) de los requisitos esenciales para tener un contrato. Uno de los propósitos es demostrar, a través del estudio de las reglas de formación contractual, que existe una sistematicidad en el ordenamiento jurídico estadounidense.

Nuevos retos como la contratación electrónica y los mundos virtuales, entre otras variantes ya existentes y algunas por descubrirse, indudablemente presentan (y presentarán) desafíos para una fórmula que pudiera parecer hoy legalmente sencilla. Piénsese que la ley creada por el ser humano para aplicarse en tiempo y mundo reales cada vez más está siendo pensada y extrapolada a mundos y tiempos virtuales donde "avatares" compran y venden mercancías, propiedades, devengan salarios, y hasta pueden contraer nupcias.

En este camino a recorrer, con la aparición de nuevas modalidades contractuales como los contratos *shrink-wrap*, *click-on* y *browse-wrap* la aplicación de conceptos clásicos y modernos de oferta y aceptación está en constante revisión.

Un ejemplo reciente es el de un abogado que compró a través de su *alter ego* una propiedad virtual, Taessot, por $300.00. El administrador del sitio había anunciado que los usuarios podían comprar propiedades y que el sitio

compraventas de bienes si son bienes a la medida que el comprador ordenó y la fabricación comenzó o arreglos se han hecho para su comienzo. (2) tampoco si hay una admisión (3) o si las mercancías se aceptaron y se pagaron. (§2-201(3) (a)(b)(c) Código Uniforme de Comercio-Ventas). En el derecho común el requisito de la escritura también cubre otras transacciones tales como los contratos de caución o de garantías *suretyship agreements*. Estas promesas son hechas por un promitente que se obliga a pagar la deuda de un tercero deudor en el caso de que el deudor no pague. Las características de esta promesa colateral están condicionadas a la falta de pago de un deudor principal, quien se obliga en el contrato original con un acreedor. Se excluyen las promesas cuyo objetivo principal o propósito central es la obtención de una ventaja económica. En *Rosewood Care Center v. Caterpillar*, Inc., 226 ILL. 2D 559 (2007) la corte decidió que no existían elementos suficientes para soportar el argumento de Rosewood. Allí la compañía planteaba que el hecho de la ausencia de una escritura en la promesa de Caterpillar de pagar si Betty J. Cook, empleada deudor, no pagaba la deuda de más de $181,000.00 por tratamientos médicos, no impedía el reconocimiento y ejecución de la deuda pues el propósito central *leading object or main purpose* de Caterpillar era una ventaja económica para la compañía y, como excepción, no se necesitaba la escritura.

Otras excepciones incluyen la promesa original, o sea, cuando se promete al acreedor directamente sin estar dicha promesa sujeta a garantizar el pago de un tercero cuando este deje de pagar. También si la promesa es directa al deudor, quizás para sufragar un pago debido anteriormente, o por otro motivo.

reconocería los derechos. Posterior a la compra el administrador confiscó la propiedad señalando que el dueño la había adquirido ilegalmente a través de "URL-hacking"[45].

La corte estadounidense, aunque no analizó elementos del derecho de propiedad en sí, decidió que los términos y condiciones del programa de juego de roles virtual "Second Life" administrado por Linden Research, indicaban que la resolución de controversias se llevaría a cabo a través del arbitraje, pero que esta cláusula no era válida ni constituía ley para las partes, ya que la misma se presentó al usuario como parte de un contrato de adhesión *click on*, que no le dejaba poder de negociación, y que en general no había un mercado alternativo viable, además de que los términos no tenían suficiente claridad en a su contenido[46].

Del Contrato Unilateral.

Existe un contrato unilateral cuando el promitente exige que su promesa sea aceptada no a través de otra promesa de cumplir los términos de la oferta, sino con el cumplimiento o ejecución de la promesa. O sea, el contrato es bilateral si una promesa se intercambia por otra, y unilateral si el intercambio es por el cumplimiento o la ejecución de la prestación (la acción). El contrato nace cuando el aceptante termina el cumplimiento, aunque este no está obligado ni a comenzar a cumplir, ni a finalizar el cumplimiento si ha comenzado[47].

---

[45] Véase *Bragg v. Linden Research, Inc.* 487 F.Supp.2d 593 (E.D. Penn. 2007).

[46] Entre los *pros* y los *contras* de estas modalidades contractuales de la modernidad se arguye que estos contratos están diseñados para proteger los intereses del vendedor on-line. Por ejemplo, el *click-wrap* obliga al usuario a leer todos los términos y condiciones antes de asentir o hacer *click* en el botón *I Agree*. El oferente hace la oferta y el aceptante acepta al oprimir el botón. En la modalidad *browse-wrap* al usuario o potencial aceptante no se le exige que oprima ningún botón como condición de aceptación, simplemente al visitar la página está aceptando la oferta (términos y condiciones publicados a través de un enlace disponible en la página web). ¿Pero quiénes son las partes? No hay certeza de quiénes son las partes del contrato, bien pudiera alguien diferente al dueño del computador usarle para celebrar un contrato *browse-wrap*. El enlace se muestra en alguna parte y es suficiente para decirles a los usuarios que existen términos y condiciones asociados a la visita de la página. Por otro lado estas modalidades agilizan el comercio electrónico celebrándose muchas más transacciones y proveyendo eficiencia y ajuste de costos para los vendedores. Sin embargo, estos términos o condiciones son preexistentes a la visita del usuario, quien no puede negociarlos. Muchos usuarios no leen los contratos y se cuestiona si realmente el consentimiento de los mismos es válido. Nótese que en los contratos *browse-wrap* el usuario es quien tiene que encontrar el enlace y leer los términos y condiciones y después decidir si continúa leyendo la página.

[47] En cuanto a la revocación de estas ofertas de contrato unilateral las cortes han adoptado dos posiciones. Una que arguye que no se puede revocar la oferta una vez que el aceptante comenzó a cumplir con lo especificado para aceptar, pues el poder de revocación se

Ofertas de Recompensa.

Estas son ofertas que crean un contrato si son aceptadas a través del cumplimiento (ofertas de contrato unilateral) antes de que se revoquen por el promitente. Como presupuesto el aceptante debe conocer los términos específicos de la oferta y de la recompensa. En un caso reciente en la Florida, la corte del Distrito (*Middle District*) analizó algunos problemas con las ofertas de contratos unilaterales, especialmente las de recompensa. En el caso el abogado prometió un millón de dólares ($1.000,000.00) si "cualquier persona" viajaba de la Florida a Georgia en 28 minutos en una entrevista editada. Representaba a su cliente en la defensa de un asesinato y en pronunciaciones en una entrevista en el programa Dateline de NBC retó al público con esta promesa, explicando la justificación de la defensa de su cliente: el hecho de que no podía en muy corto tiempo haber estado en un hotel en Atlanta, Georgia y en la Florida donde ocurrió el hecho.

Las cámaras del hotel mostraban que el cliente estaba en Georgia antes y después de la hora del hecho. El viaje de Kolodziej (demandante) le tomó 19 minutos y acto seguido interpuso demanda para reclamar la cuantía prometida por el abogado. Pero el lenguaje de la promesa contenida en la entrevista publicada por NBC fue editado y Kolodziej no sabía del verdadero lenguaje original, donde los abogados se referían en su reto a "ellos" como Fiscalía y no a "cualquier persona" en general[48]. Entre otras razones, por esta la corte determinó que Kolodziej no podía aceptar una promesa cuyo lenguaje específico y original desconocía, y cita precedente judicial de la Florida al respecto en Slattery v. Wells Fargo Armored Serv. Corp., 366 So. 2d 157, 158 (Fla. 3rd DCA 1979)[49].

III. LA OFERTA.

Requisitos Esenciales: Comunicación, Intención de Contratar y Certeza

Comunicación.

Toda oferta debe ser comunicada al destinatario o aceptante. El oferente entiende que debe comunicar la oferta cuando manifiesta la intención de comunicar la misma al aceptante. Es por ello que la intención de comunicar

suspende y se le otorga un tiempo razonable al aceptante para que termine. Otra posición es la de tratar a esta situación como un contrato bilateral una vez que se comience a cumplir. Véase MALLOR, cit. p. 352.

[48] Véase *Kolodziej v. Mason*, M.D. Fla. Jan. 29, 2014, para los detalles de la entrevista.

[49] *Kolodziej v. Mason*, cit.

no se evidencia cuando el aceptante acepta por mera casualidad o cuando supo, no de manos del mismo oferente, sino por coincidencia, que el oferente quería celebrar un contrato.

Asimismo, la comunicación extendida al aceptante debe ser hecha por el mismo oferente, o por un oferente que esté autorizado a llevarla a cabo. La autorización, en sí misma, es un requisito imprescindible pues la transacción contractual final no es válida si el oferente no era el dueño del bien objeto de la venta (en la compraventa de mercancías) o no estaba autorizado a vender o a hacer la oferta. En este sentido, si el oferente es un individuo que no es el titular del objeto de la oferta, se requiere un poder o autorización representativa autorizando al oferente a llevar a cabo la oferta. Por otro lado, si es una compañía, corporación, u otro tipo de entidad económica, se requiere de la autorización del agente representante de la entidad empresarial. Un acuerdo de los miembros, gerentes o accionistas evidenciando que el agente posee el poder de contratar a nombre y en representación de la entidad se exige para cumplir con este requisito.

Por último, la comunicación de la oferta no necesariamente requiere que la misma sea hecha a través de palabras, escritas o verbales. En muchas ocasiones la *conducta* de las partes es suficiente siempre y cuando una persona razonable pueda inferir que una propuesta a intercambiar por otra promesa o acto equivaldría a una oferta.

Son las personas a las que se dirige la oferta las que pueden aceptar. Una vez recibida la oferta, la misma crea el poder de aceptación en un potencial aceptante. Por ejemplo, si la oferta se dirige a una clase de personas específicas, son los miembros de la clase los que tienen el poder de aceptar tal oferta; no así quienes no ostenten la condición de miembros.

Intención.

La intención de celebrar un contrato es otro elemento esencial imprescindible. Los tribunales estadounidenses han decidido casos donde no existe la intención de celebrar un contrato, por ejemplo, cuando se trata de una broma o si el negocio fuere el producto de un hecho súbito que enervó la posibilidad de que se formara la intención plena de contratar.

Asimismo, casos que se citan en la doctrina son casos donde la persona realmente no quiere ofertar sino más bien la "oferta es el producto de un momento de euforia".

Una regla general es cuando la comunicación crea en la mente del oyente o aceptante una expectativa razonable por la cual una aceptación por parte del

oyente implicaría que se está en presencia de una oferta y de un contrato válido. Por el contrario, si el oyente quiere saber más, indagar más detalles sobre el producto de la venta y no está listo para aceptar entonces se está en presencia de una negociación preliminar y no de una oferta.

También son reglas generales cuando un mercader anuncia que tiene mercancía a la venta, describe la mercancía y da una cotización del precio de la misma. Todo esto implica que el mercader está simplemente invitando a los consumidores o al público a que ofrezcan comprar las mercancías, no prometiendo ninguna de ellas en particular. Esta publicidad o cotizaciones no constituyen ofertas dado que no contienen una promesa ni son suficientemente específicas[50]. En esta línea de análisis se incluye al subastador que no oferta en sí, sino invita a los participantes a que ofrezcan comprar el objeto de la subasta.

Certeza.

Las ofertas deben ser definitivas y certeras. Son definitivas de acuerdo al derecho común clásico cuando contienen todos los elementos esenciales de una oferta, tales como el precio, la cantidad, el tiempo de ejecución de la obligación, la calidad esperada, por mencionar algunos.

La Certeza en el Código Uniforme de Comercio.

En las ventas sujetas a la regulación del Código Uniforme de Comercio puede que el oferente haya omitido ciertos términos como el precio, la cantidad, el envío de las mercancías, o el pago, pero es el propio Código quien establece la solución cuando estos supuestos suceden. O sea, el Código provee reglas que asisten a los mercaderes o les ilustra con *gap fillers*. Cuando las partes olvidaron incluir ciertos elementos tales como el precio, el tiempo de entrega de las mercancías, o un método de pago, tanto el Código como el *Restatement* proveen reglas que guían a las partes en este sentido. También una de las partes puede intentar la especificación del término olvidado siempre y cuando lo haga de buena fe.

Es la buena fe desde un punto de vista objetivo también la ley que rige cuando un comerciante incumple con sus obligaciones en los contratos de

[50] En *Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store, Inc.*, 251 Minn. 188 (1957), el juez Murphy decidió que por tratarse de una publicidad específica, en tanto se anunciaba a la venta "*El sábado, 9:00AM en punto, 3 marcas de abrigos nuevos por un precio de $100, el primero que llegue y pague $1*" la tienda era responsable jurídicamente por la oferta hecha, pues la publicidad era clara y precisa y no dejaba términos abiertos para negociar, por lo tanto, se interpretó como una oferta y no como una invitación a recibir ofertas.

suministro a plazo modalidades *output* o *requirement*. Un contrato modalidad *output* es cuando un comprador promete comprar las mercancías de un vendedor (su exportación completa de cierta mercancía, por ejemplo) por un plazo determinado.

Un contrato modalidad *requirement* es cuando un vendedor promete suministrar o vender a un comprador toda la mercancía que este requiera (o necesite). Estos supuestos contractuales son de imprescindible importancia ya que ni el comprador puede solicitar mercancías adicionales de mala fe, por ejemplo para subcontratar o venderlas a un tercero; ni el vendedor puede de pronto comenzar a producir el doble para suministrar mercancías adicionales a un comprador. Ambos serían supuestos de mala fe contractual desfavorables en el derecho estadounidense[51]. Recuérdese siempre que el Código distingue a los mercaderes de los consumidores precisamente para enfatizar que, las reglas concernientes a los mercaderes sobreentienden que los mismos son expertos en el comercio de mercancías, y les atribuyen deberes y efectos jurídicos superiores desprendidos de esta implicación.
Notas sobre la Convención.

Para la Convención "[l]a propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos." Las cortes estadounidenses han encontrado que existe un contrato en tanto las partes acuerden una cantidad y un precio[52].

IV. LA VIGENCIA DE LA OFERTA.

En general la oferta está vigente, o sea, el aceptante conserva el poder de aceptación, siempre y cuando la oferta no haya sido aceptada. Es decir, la oferta está vigente hasta que la misma es aceptada cumpliendo con los requisitos de aceptación. Si el oferente no incluyó un tiempo en la oferta[53] se

[51] MANN, ROBERTS, FERRELL, y FRAEDRICH.: *Introduction to Business Law* (2011): Cengage Learning, Revised Edition, p. 191.
[52] Véase *Solae, LLC v. Hershey Canada, Inc.*, 557 F. Supp. 2d 452 (D. Del. 2008) para mayores detalles sobre este caso, decidiendo a favor del comprador que existió un contrato verbal desde que las partes acordaron el precio y la cantidad, en ese caso en el 2006 *Quantity Contract*, y no en las presuntas modificaciones contenidas en las Condiciones de Venta (Conditions of Sale) que el vendedor alegaba. No hubo evidencia, dijo la corte, que el comprador aceptó tales Condiciones de Venta.
[53] §1-205 (a) y (b) Código Uniforme de Comercio –Ventas: Tiempo razonable y oportuno para el Código es (a) el que dependa de la naturaleza, propósito y circunstancias de la

entiende que el tiempo es un tiempo razonable[54]. El carácter razonable del tiempo de vigencia de la oferta depende, en una u otra medida, del objeto de la venta. Por ejemplo, no es igual vender bienes perecederos a vender bienes imperecederos[55].

El derecho reconoce el rechazo (*rejection*), el cual implica que la oferta expira cuando el oferente recibe el rechazo inequívoco del aceptante. Otra causa de expiración de la oferta es la contraoferta del aceptante[56]. Una contraoferta es en el derecho estadounidense un rechazo inequívoco seguido de una oferta nueva. La contraoferta debe contener elementos nuevos como el precio o cualquier otro elemento material para el negocio jurídico que se pretende celebrar. También constituyen contraofertas cuando la aceptación se envía tardía o cuando difiere en su contenido a los términos de la oferta[57].

También el fallecimiento de cualquiera de las partes o la incapacidad judicial declarada, dispuesta en un proceso judicial culminando con una declaración judicial de incompetencia jurídica para celebrar contratos (*guardianship*), hace que la oferta expire; así como otros supuestos tales como la destrucción del objeto de la oferta y la ilegalidad sobrevenida.

Revocación de la Oferta.

Las ofertas son válidas hasta que las mismas son revocadas por el oferente. El oferente o titular de la oferta puede revocar la misma con todo derecho en tanto no haya sido aceptada. Sin embargo, este poder de revocabilidad está

acción y (b) una acción es oportuna si se toma al tiempo o dentro del tiempo que se pactó, y si no se pactó un tiempo, al tiempo o dentro de un tiempo razonable.

[54] §1-302 (b) Código Uniforme de Comercio –Ventas: Cuando las partes cambian por acuerdo los preceptos del Código no pueden cambiar las obligaciones de buena fe, razonabilidad, y diligencia y cuidado contenidas en el apartado b de esta sección. Cuando se refiere a los términos que no se pactaron los mismos "se pueden pactar siempre que no sean irrazonables de sobremanera".

[55] *Sherrod v. Kidd*, 155 P.3d 976 (2007): Aquí los dueños de un perro que atacó a una víctima ofrecieron un acuerdo a través de un arbitraje para que la víctima no demandara en juicio. La oferta fue de $32,843 pero la víctima decidió no aceptarla y continuar con el arbitraje obligatorio. El árbitro otorgó un laudo por $25,069.47 y la víctima quiso aceptar en ese entonces la oferta anterior de $32,843. La corte de apelaciones de Washington decidió que la oferta expiró en el plazo razonable que fue cuando la víctima decidió continuar con el arbitraje.

[56] Véase como ejemplo el caso *Giannetti v. Cornillie*, 204 Mich. App. 234 (1994), donde varias contraofertas tuvieron lugar en una compraventa de un bien inmueble.

[57] Esta es la posición del derecho común de contratos al aplicar la regla de la "imagen del espejo" o *mirror image*. De acuerdo con esta posición, los términos de la aceptación deben ser idénticos a los de la oferta o no existe un contrato, sino una nueva oferta.

limitado en dos supuestos reconocidos en el derecho común y en el codificado: los contratos de opción y las ofertas firmes.

Excepciones a la Revocabilidad de las Ofertas.

a) El Contrato de Opción.

Existe un contrato de opción siempre y cuando el aceptante provee *consideración* para mantener la oferta vigente por un período de tiempo fijado por las partes. En sí, el contrato de opción permite al aceptante la opción de aceptar si así lo decidiera, y juega un papel primordial, por ejemplo, si lo que busca el aceptante es tiempo para tomar una decisión sabia y quizás informada sobre la compra.

b) La Oferta Firme del Mercader[58].

La oferta firme de un comerciante o mercader para comprar o vender mercancías es irrevocable si fue hecha: (1) por un comerciante o mercader; (2) por escrito y firmada; (3) conteniendo una promesa de mantenerse firme; (4) por un período de tiempo, y si no se especifica por un tiempo razonable y prudencial, nunca a exceder los 3 meses.

V. LA ACEPTACIÓN.

Comunicación y Excepciones a la Comunicación.

La aceptación debe ser comunicada al oferente. Sin embargo, cuando se evidencia de la conducta de las partes que la comunicación es innecesaria la misma se exceptúa. Por ejemplo, si ambas partes, comprador y vendedor, han tenido relaciones de negocio por un largo tiempo y la comunicación es básicamente sobreentendida dada la conducta de las partes, comunicar una aceptación formalmente es innecesario e, incluso, pudiera llegar hasta ser nocivo para la relación comercial[59].

En la Convención la aceptación es válida cuando llega al oferente. En su artículo 18 establece que "(1) [t]oda declaración *u otro acto* del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación. (2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento

[58] §2-205 Código Uniforme de Comercio-Ventas.
[59] En gran medida toda relación de negocio establecida por mucho tiempo está basada en la confianza y la buena fe de las partes.

llegue al oferente […]" En la versión en inglés se emplea el término *conduct* en lugar de "u otro acto", pero acto y conducta en este contexto parecieran haber sido usados como palabras similares bajo las reglas de la Convención.

El Silencio.

El silencio es un supuesto de ausencia de comunicación. Por ello, no se está aceptando una oferta cuando hay silencio por parte del aceptante o el aceptante no asiente o no da su consentimiento. Sin embargo, hay casos específicos donde el silencio opera como una comunicación válida de aquiescencia o consentimiento positivo a la oferta[60].

Por ejemplo:

a) Es reconocido en el derecho contractual estadounidense el silencio como aceptación siempre y cuando sea el aceptante quien hace a su silencio la condición de aceptación. P.ej., el aceptante indica al oferente que si no escucha respuesta de su parte en un período de tiempo ello significa que ha aceptado.

b) Cuando tratos o una relación comercial duradera muestran que es razonable que la parte acepte si no notifica de lo contrario a la otra.

c) También existe un ejemplo muy singular cuando la intención subjetiva (que generalmente no es el patrón que las cortes utilizan) es de aceptar y la parte que quiere aceptar deja transcurrir el tiempo. Por supuesto, si la intención subjetiva es de no aceptar el transcurso del tiempo en este caso no implica una aceptación. P.ej., la renovación de una póliza de seguro donde se dice que si no se recibe la cancelación en un tiempo determinado se entenderá renovada (*negative notice*).

[60] Muchas veces lo obvio no se necesita manifestar con palabras o asentimiento pues *el que calla otorga*. Así también muchas veces lo obviamente anticipado no necesita estar específicamente dicho. En *The Language of Offer and Acceptance: Speech Acts and the Question of Intent*, el autor nos brinda un conjunto de ejemplos de la vida diaria y del idioma: Si no levantas la mano es que no estás de acuerdo en una reunión, o si ordenas el té en los Estados Unidos se sobreentiende que es sin leche, a menos que estés en Inglaterra donde es todo lo contrario. Para una mayor lectura sobre *las sutilezas del habla y la intención* Véase TIERSMA, P.M.: "The Language of Offer and Acceptance: Speech Acts and the Question of Intent", (1986): 74 Calif. L. Rev. 189, p. 14.

Efectividad: "Mailbox Rule".

La teoría de la expedición o el envío (*mailbox rule*) es una regla del derecho común reconocida en el derecho estadounidense para las aceptaciones. Las aceptaciones son efectivas cuando se envían o remiten, sin importar si eventualmente las mismas lleguen a su destino.

Esta teoría prevé una demora en las comunicaciones, o sea, entre el envío y el recibo de la aceptación, por lo que no se aplica a comunicaciones instantáneas como el texto, el teléfono o cara a cara. Así, es clásico el ejemplo de una aceptación que se extravía en el correo. La posición mayoritaria es que el contrato es válido cuando se envió la aceptación (desde la fecha que el correo indique que se envió, entendiendo que se usó la dirección correcta y se pagó el sello por la cantidad correcta[61]), *postmarked date*, y no cuando la misma pudo haberse recibido por el destinatario.

Esta regla opera solo para aceptaciones y no para otras comunicaciones como el rechazo, la contraoferta, la oferta, o la revocación. Estas otras comunicaciones se rigen por la teoría de la recepción. Tampoco se aplica a los contratos unilaterales ya que el enviar la aceptación solamente no constituye una aceptación de la oferta en un contrato unilateral. Ello se desprende de la idea misma de la existencia de un contrato unilateral solo cuando la ejecución (*performance*) de la promesa se finaliza o concluye.

En lo que respecta a las comunicaciones por correo electrónico pareciera que la doctrina favorece la acogida de la teoría del envío en un intento de reducir los problemas de prueba de la efectividad de la recepción de los correos, y al argüir que las comunicaciones por esta vía no son *per se* instantáneas, pero no hay unanimidad en los tribunales sobre este tema[62].

La realidad es que, ante la ausencia de precedente judicial uniforme, no hay certidumbre si se aplica la teoría del envío a las comunicaciones por fax y por correo electrónico[63]. Las regulaciones establecidas por el Acta Uniforme de Transacciones Electrónicas (UETA por su acrónimo en inglés) no definen cuándo se acepta un contrato electrónico[64].

---

61 Véase MACAULAY, S., BRAUCHER, J., KIDWELL, J., Y WHITFORD, W.: *Contracts: Law in Action* (2010): Third Edition, Vol II, The Advanced Course, Lexis Nexis, p. 30.

62 Véase WATNIK, V.: "The Electronic Formation of Contracts and the Common Law "Mailbox Rule"", (2004): 56 Baylor L. Rev. 175, 197-198.

63 Véase MACAULAY, cit. p. 32.

64 Acta Uniforme de Transacciones Electrónicas (UETA), § 7(b) y § 15. El Acta Uniforme de Transacciones Informáticas Computarizadas (UCITA, por su acrónimo en inglés) sigue la teoría del recibo o recepción. Este cuerpo normativo es la ley solo en Maryland y Virginia.

Por supuesto, el derecho reconoce otras excepciones a la teoría de la expedición o el envío (*mailbox rule*), tales como:

Excepciones a la regla "Mailbox Rule".

(1) Cuando la aceptación va seguida de un rechazo: Si la aceptación sigue a un rechazo, dado que, por ejemplo, el aceptante pudo haber cambiado de opinión después de rechazar la oferta y acto seguido, o tiempo después de rechazar pero dentro del tiempo concedido para aceptar, envía una aceptación. Como la aceptación sigue un rechazo previo la misma no será efectiva cuando se envía sino cuando se recibe por el oferente.

(2) El oferente indica cuándo va a ser efectiva: El oferente es el arquitecto y maestro de la oferta; es quien determina lo que quiere conseguir con la venta o negocio. Por ello, si el oferente indica específicamente que quiere que la aceptación sea válida cuando la misma se recibe esta es la regla que el aceptante debe seguir. Es el principio de la autonomía de la voluntad el que prima.

(3) La utilización de medios irrazonables de comunicación: Cuando el aceptante usa medios de comunicación no autorizados por el oferente o irrazonables y cuando el oferente deja abierta la posibilidad de aceptación o la permite al no emplear lenguaje obligatorio sino permisivo[65] por todos los medios razonables, el aceptante entiende que su aceptación se hará efectiva cuando se reciba y no cuando se envía.

Con el desarrollo del comercio electrónico se han abierto caminos a nuevas vertientes doctrinales. El derecho al retorno de la mercancía en un tiempo razonable[66] y el derecho al reembolso del precio pagado (*right to return merchandise* y *refund policies*) hacen que muy rara vez sea examinada o reexaminada en las cortes esta regla[67].

[65] *Osprey L.L.C. v. Kelly-Moore Paint Co., Inc.* 1999 OK 50 (1999). En Osprey el oferente indicó en el contrato que el alquiler se podía (no que se "*tenía*") renovar a través de la entrega personal de la carta o enviando la carta a través del correo postal, estampilla de primera clase y prepagada, con acuse de recibo mandatorio. Kelly-Moore Paint Co. envió un fax en el último minuto y también luego envió copia a través de FedEx. La corte falló que dado que el demandado no incluyó un lenguaje obligatorio, sino permisivo, el alquiler fue renovado. Tener y poder (shall and may) tienen significados diferentes para el derecho, concluyó la Corte Suprema de Oklahoma en 1999.

[66] Para una explicación desde el punto de vista del análisis económico del derecho Véase BEN-SHAHAR, O. y POSNER, E.: "The Right to Withdraw in Contract Law". (January 2011): The Journal of Legal Studies, Vol. 40, No. 1.

[67] Cit.

Términos y Condiciones Adicionales y Diferentes a la Aceptación[68].

Si la aceptación contiene términos o condiciones adicionales o diferentes, bajo las reglas del derecho común no existe un contrato como resultado, a menos que las variaciones sean *de minimis*[69].

Sin embargo, el Código sostiene una posición más flexible en este sentido. Existe una transacción válida, aún y cuando se varían en la aceptación los términos de la oferta, cuando se despachan mercancías no conformes. El Código establece que este envío constituye una aceptación válida a menos que el vendedor esclarezca al comprador que está enviando la mercancía solo a modo de acomodo (*accommodation*).

Si no lo especifica el despacho de "mercancías no conformes" es una aceptación y crea un contrato. Curioso que el Código establece que es una aceptación y a la vez un "incumplimiento de contrato" (*breach of contract*), generando los recursos legales, incluyendo el derecho a daños, que por ruptura de contrato el comprador pueda tener en el caso concreto.
También existe una transacción válida[70] cuando se está ante la presencia de la batalla de formas contractuales (*battle of the forms*)[71]. Por ejemplo, el comprador solicita una orden de mercancías y el vendedor envía una forma aceptando pero, a la vez, con términos estándares que son diferentes o adicionales a la orden de compra del comprador. Nos referimos no a los términos específicos de la transacción (*dickered terms*) sino a los términos conocidos como *boilerplate terms*, al ser estándares y generalmente venir en la letra menuda de la pro-forma o factura (*invoice*).

Si estos términos varían en el sentido de añadir uno nuevo, por ejemplo, en cuanto a la sede del arbitraje, y ambas partes son mercaderes, la adición es incluida automáticamente en el contrato[72], y cabe pensar que estamos ante una presunción legal *iuris tantum* beneficiando la inclusión, a menos que:

a) La oferta limite la aceptación a los términos y condiciones expuestos en la misma.

---

[68] §2-207 (1)(2)(3) Código Uniforme de Comercio-Ventas.
[69] Por ejemplo, las cortes han decidido que hay aceptación si se esgrime una variación *de minimis* solo para de mala fe terminar un contrato.
[70] A menos que la aceptación se haya hecho condicional al acuerdo con los términos diferentes y/o adicionales, usando un lenguaje claro, visible y preciso. Véase §2-207 (1) Código Uniforme de Comercio-Ventas.
[71] §2-207 (1)(2)(3) Código Uniforme de Comercio-Ventas.
[72] §2-207 (2) Código Uniforme de Comercio-Ventas.

b) Estos términos y condiciones alteran materialmente la oferta[73], resultando en sorpresa o dificultad extrema si se incorporan sin el expreso conocimiento de la otra parte[74].

c) O una objeción se hizo a los términos y condiciones o se va a hacer en un plazo prudencial después de notificados.

Si los términos varían en el sentido de contradecirse, o sea, son diferentes, entonces la regla es el *knock out*. Se cancelan ambos términos y se omiten de las versiones originales de la oferta y de la aceptación. Si hay términos diferentes o adicionales y una parte es un comerciante pero la otra es un consumidor, la regla es que se entenderán a estos términos como "meras propuestas" (*mere proposals*) para añadirlos al contrato.

Por su lado la Convención señala en su artículo 19 que cuando la aceptación contiene elementos que varían de los establecidos en la oferta adicionando, limitando u otras modificaciones "(1) […] se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contra-oferta[75].

VI. CONCLUSIÓN.

Analizar estas reglas en el idioma español, de manera clara y precisa para estudiantes y profesionales que se acerquen al mundo del derecho de contratos estadounidense, ha sido uno de los propósitos del trabajo.

El cuerpo normativo del derecho de contratos en los Estados Unidos está compuesto por tres grupos de "normas" sistemáticamente agrupadas: el Código Uniforme, el derecho común de contratos, y la Convención. Ya existe un sistema organizado y sistemático de precedente en la aplicación de

[73] Se reconocen que materialmente alteran el contrato cláusulas donde hayan cambios significativos en los usos del comercio o prácticas comerciales establecidas por las partes, o cuando se suprimen garantías estándares de los productos.

[74] §2-207 (2), comentario 4. Código Uniforme de Comercio-Ventas

[75] Sin embargo el apartado (2) señala que [no] obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. (3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

los preceptos de la Convención, y los tribunales están cada vez más familiarizados con el texto de la misma.

La tendencia es hacia la objetividad a la hora de analizar el consentimiento como elemento esencial de la existencia y validez de un contrato. La libertad para contratar y la autonomía de la voluntad son los pilares del derecho de contratos en los Estados Unidos. En la formación contractual en sí, se enrumba el derecho al reconocimiento de modernas prácticas y a la flexibilización de las teorías de formación clásicas en un intento por adaptarlas a nuevas modalidades contractuales.

Las ofertas para que sean reconocidas válidamente deben hacerse con la intención de contratar, ser certeras y comunicarse efectivamente al potencial aceptante. Las aceptaciones también deben comunicarse efectivamente al oferente y son efectivas cuando se envían, excepto puntuales casos tratados en la doctrina y recogidos en la ley.

Por lo que es la teoría del envío o *mailbox rule* la acogida en tanto la comunicación implique una demora entre el envío y el recibo. Las ofertas, revocaciones, rechazos, y contraofertas son efectivas cuando se reciben, siguiendo la teoría de la recepción. En la práctica jurídica sobre las nuevas tendencias contractuales el volumen de casos examinando estas teorías no ha sido abundante.

Continuar el estudio de estas reglas en las nuevas tendencias contractuales (la contratación electrónica, los mundos virtuales, entre otras) es necesario pues de ello dependerá el fortalecimiento y desarrollo de intereses competitivos como la competencia por existentes y nuevos mercados; la eficiencia y la productividad por un lado, y la protección de los derechos y libertades individuales por el otro.

IL *TRUST* AUTODICHIARATO E IL *TRUST* ONLUS. REGIME DI PUBBLICITÀ E SOGGETTIVITÀ GIURIDICA

THE SELF-DECLARED TRUST AND THE TRUST ONLUS. RULES ON REGISTRATION AND LEGAL SUBJECTIVITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 261-286

Fecha entrega: 02/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dr. ANDREA LEPORE
Professore Associato in Diritto privato
Seconda Università degli Studi di Napoli
andrea.lepore@unina2.it

RIASSUNTO Il lavoro sottopone a revisione critica le posizioni di letteratura e giurisprudenza in tema di trust autodichiarato e trust Onlus, sia sotto il profilo del regime di pubblicità, sia sotto il profilo della soggettività giuridica del trust, negata dalla dottrina civile dominante, nonostante recenti interventi legislativi e nuove applicazioni della prassi negoziale.

PAROLE CHIAVE: trust autodichiarato, trust onlus, pubblicità, soggettività.

ABSTRACT: The work revises critical positions of literature and case-law on self-declared trust and on no-profit trust (so called trust Onlus), both in terms of the rules on registration, both in terms of the legal subjectivity of the trust, denied by the civil dominant doctrine, despite recent legislative actions and new applications of negotiating practices.

KEY WORDS: self-declared trust, non-profit trust, registration, subjectivity.

SOMMARIO: I. INTRODUZIONE.- II. *TRUST* INTERNI E *TRUST* AUTODICHIARATI. LA RECENTE POSIZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE. – III. *SEGUE*. IL REGIME DI PUBBLICITÀ DEL *TRUST* AUTODICHIARATO. IL RAPPORTO CON L'ART. 2645 *TER* C.C. – IV. IL *TRUST* A SCOPO BENEFICO E PER PUBBLICI INTERESSI: IL *TRUST* ONLUS. INQUADRAMENTO NORMATIVO. – V. *SEGUE*. IL PROBLEMA DELLA SOGGETTIVITÀ GIURIDICA DEL *TRUST* ONLUS SOTTO IL PROFILO CIVILE.

I. INTRODUZIONE.

Il fenomeno del *trust* si presenta da anni al centro di vivaci dibattiti, sia in letteratura[1] che in giurisprudenza. Condizione tipica di quelle figure di importazione straniera che nella dogmatica del sistema italiano trovano enormi difficoltà di collocazione e, conseguentemente, di qualificazione.

Si è proceduto, così, ad una stratificazione di orientamenti e di provvedimenti a carattere alluvionale che, nel tentativo di colmare lacune interpretative ed applicative, ha prodotto interventi non sempre precisi, ma confusi e, soprattutto, poco armonici e decisivi.

L'indagine che si propone sarà circoscritta a due aspetti in particolare: al *trust* c.d. autodichiarato e al *trust* a scopo benefico, anche detto *trust* Onlus.

Nello specifico, appare indispensabile compiere un breve *excursus* sulle figure di *trust* oggidì presenti in Italia.

[1] La letteratura sul *trust* è assai ampia. Per una bibliografia sui temi che saranno affrontati nel presente contributo, *ex plurimis*, cfr. LUPOI, M.: "Il *trust* nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10/07/1985", *Vita not* (1996), p. 966; PICCOLI, P.: "La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai *trusts*", *Riv. not.* (1990), p. 62 ss.;. CHESHIRE, C.G.: *Il concetto del* trust *secondo la* Common Law *inglese*, Torino (1993); LUPOI, M.: *Introduzione ai* trusts*: diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Milano (1994); DE NOVA, G.: "*Trust*: negozio istitutivo e negozi dispositivi", *Trusts* (2000), p. 162 ss.; LUPOI, M.: *Trusts*, Milano (2001); LUZZATTO, R.: "'Legge applicabile' e 'riconoscimento' di *trusts* secondo la Convenzione dell'Aja", *Trusts* (2000), p. 7 ss.; BUSANI, A.: "Il Tribunale di Bologna dichiara la legittimità dei *trust* 'interni'", *Dir. prat. soc.* (2003), p. 6 ss.; MARICONDA. V.: "Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità", *Corr. giur.* (2004), p. 76 ss.; ID., *Il* trust *interno*, Napoli (2005); GATT, L.: *Dal* trust *al* trust. *Storia di una chimera*, 2ª ed., Napoli (2010); DI LANDRO, A.C.: Trusts *e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Napoli (2010); ID., Trust. *Viaggio nella prassi professionale tra interessi privati, fini pubblici e benefici*, Napoli (2011); BANCONE, V.: *Il* trust *dalla Convenzione de L'Aja al* Draft Common Frame of Reference, Napoli (2012); DI COSTANZO, L.: *Il* trust *e le sue applicazioni*, Napoli (2014).

Il primo fronte del dibattito si è aperto riguardo alla possibilità di configurare nel nostro Paese i c.dd. *trust* interni, ai quali il *trust* autodichiarato e il *trust* Onlus si relazionano in un rapporto di genere a specie.

Il *trust* è figura di origine anglo-americana, introdotta nel nostro ordinamento in base alla convenzione de L'Aja del 1985, recepita in Italia dalla legge n. 364/89, in vigore dal 1 gennaio 1991.

L'art. 2 della suddetta legge definisce il *trust* come "quell'atto con cui il costituente, c.d. *settlor*, pone determinati beni sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario, c.d. *beneficiary,* (a volte coincidente con lo stesso costituente) o per un'altra finalità specifica".

Il *trust* può essere costituito per contratto o per testamento, ossia per atto unilaterale. I beni sono originariamente di proprietà del costituente che li conferisce al *trustee* essenzialmente perché li amministri.

Di regola il *trust* coinvolge cittadini appartenenti a stati diversi o i cui beni si trovano in altri Stati (c.d. *trust* internazionale o esterno).

Le problematiche sorgono, invece, in relazione ai *trusts* c.dd. domestici, realizzati da cittadini italiani e su beni che si trovano in Italia, su cui la convenzione de L'Aja non appare chiara.

È bene precisare, a scanso di equivoci, che l'ammissibilità del *trust* interno, prima negata, è stata accolta in dottrina e in giurisprudenza maggioritaria, ma ha subìto un duro attacco pochi mesi orsono da una dirompente pronuncia della Corte di cassazione, sulla quale ci intratterremo più avanti.

La fattispecie tradizionale prevede una struttura trilaterale. In tal caso il diritto di proprietà sui beni oggetto del negozio viene acquisito dal *trustee* e dal *beneficiario*, senza però che tra questi si formi una comunione: ciascuno è infatti titolare degli stessi beni.

Sono noti i problemi che nell'immediato nacquero con riguardo a tale fattispecie. Il *trust*, in buona sostanza, risultava in contraddizione con il concetto di proprietà radicato nel nostro Paese: un diritto esclusivo*,* riferibile ad un unico centro di interessi. Situazione diversa in Inghilterra, ove le due figure titolari del bene sono tutelate da regimi legali diversi: il *trustee*, infatti, è proprietario "per legge comune", il beneficiario lo è per *equity*.

Parte della dottrina, così, nel tentativo di giustificare il *trust* nel nostro ordinamento, ricondusse tale figura alla fondazione; mentre altri studiosi

ricorsero alla fattispecie del mandato ad alienare o all'usufrutto; là dove, altri ancora richiamarono la figura del negozio fiduciario o il fedecommesso.

Tralasciando le ulteriori ipotesi, in ragione dello specifico oggetto della trattazione, è da sottolineare che per la qualificazione del *trust* risulta maggiormente corrispondente la medesima del negozio fiduciario, là dove, diversamente, rispetto al fedecommesso, quale modello sovente richiamato, si evidenzia innanzitutto che in quest'ultimo non si attua alcuna separazione ed autonomia patrimoniale tipicamente insite nel *trust*, e, soprattutto, che il fedecommesso assolve ad una funzione tipicamente ed esclusivamente assistenziale, mentre il *trust*, assolve ad una funzione principalmente di beneficenza. Questa impostazione ha influenzato in particolare le prime pronunce giurisprudenziali sul tema, tra le quali si ricorda quella del tribunale di Lucca nel 1997[2].

II. *TRUST* INTERNI E *TRUST* AUTODICHIARATI. LA RECENTE POSIZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

Ripercorse velocemente le vicende del *trust*, dall'entrata in vigore della Convenzione de L'Aja ampio è stato il dibattito sui c.dd. *trusts* interni. Fulcro della questione è rappresentato dall'art. 13 della Convenzione citata, là dove si afferma che nessuno "Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione".

Il ginepraio delle polemiche si sviluppa sulla locuzione "elementi importanti", sulla quale diverse sono state le interpretazioni proposte. Parte della letteratura[3] li riconduce alle ipotesi inserite nel secondo comma dell'art, 7, che non sono oggetto di una esclusione specifica. Ne deriva che "elementi importanti" *ex* art. 13 dovranno essere considerati il luogo nel quale i beni sono ubicati e lo scopo del *trust* ed il luogo nel quale esso deve essere perseguito, come disposto dalle lettere b) e d) del secondo comma dell'art. 7.

[2] Trib. Lucca, 23 settembre 1997, *Foro it.* (1998), II, c. 2007 ss., con commento di E. Brunetti; e c. 3391 ss., con commento di M. Lupoi.

[3] LUPOI, M.: *Trusts*, cit., p. 538 s.; LUZZATTO, R.:"'Legge applicabile' e 'riconoscimento' di trusts secondo la Convezione de l'Aja", cit., p. 16. Più in generale, cfr. CONTALDI, G.: *Il* trust *nel diritto internazionale privato italiano*, Milano (2001), *passim*; BARTOLI, S.: *Il* trust, Milano (2001), p. 500 ss.

Come osservato[4], la conseguenza è che sarà possibile costituire un *trust* senza elementi di internazionalità sottoponendolo ad una legge di uno Stato che "conosca" il *trust*; là dove, per altro verso, sarà ammissibile un *trust* con elementi di internazionalità, scegliendo quale legge regolatrice quella di un altro Stato che "conosca" il *trust*.

È opportuno sottolineare che la letteratura, ma, soprattutto, la giurisprudenza maggioritaria hanno accolto la tesi favorevole[5], rispetto ad altra posizione – pur autorevolmente sostenuta[6] e suffragata da alcune corti di merito – che, diversamente, si pone in contrasto ad una simile apertura.

La discussione verte sulla portata da assegnare all'art. 13 della Convenzione.

In particolare, coloro che negano la possibilità di ammettere un *trust* c.d. interno sostengono, per certi versi, che l'espressione "nessuno Stato è tenuto a riconoscere" andrebbe interpretata in modo letterale, come un espresso divieto di riconoscimento di un *trust* di questo tipo; per altri, come anticipato pocanzi, la tipicità e, dunque, il *numerus clausus* dei diritti reali, riferendosi all'art. 2740 c.c., impedirebbe aperture non motivate sotto il profilo legislativo; ed infine si sostiene che, trattandosi di un fenomeno che importa

[4] BARTOLI, S.: "Omologazione di una separazione consensuale prevedente l'istituzione di un *trust* interno autodichiarato", nota a Trib. Milano, 23 febbraio 2005, *Corr. merito* (2005), p. 669.

[5] In letteratura, *ex plurimis*, LUPOI, M.: *Trusts*, cit., p. 533 ss.; BARTOLI, S.: *Il* trust, cit., p. 597 ss. In giurisprudenza Trib. Milano, 27 dicembre 1996, *Società* (1997), p. 585; Trib. Genova, 24 marzo 1997, *Giur. comm.* (1998), II, p. 759; Trib. Chieti, 10 marzo 2000, *Trusts* (2000), p. 372; Trib. Bologna, 18 aprile 2000, *Trusts* (2000), p. 372; Pret. Roma, 13 aprile 1999 e Trib. Roma, 2 luglio 1999, *Trusts* (2000), p. 83; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, *Trusts* (2002), p. 241; Trib. Milano, 29 ottobre 2002, *Trusts* (2003), p. 270; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, *Trusts* (2003), p. 409; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, *Trusts* (2003), p. 580; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, *Trusts* (2004), p. 73; Trib. Firenze, 23 ottobre 2002 e Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, *Trusts* (2003), p. 406; Trib. Roma, 4 aprile 2003, *Trusts* (2003), p. 411; Trib. Roma, 5 marzo 2004, *Trusts* (2004), p. 406; Trib. Perugia, Giud. tutelare, 16 aprile 2002, *Trusts* (2002), p. 584; Trib. Perugia, Giud. tutelare, 26 giugno 2001, *Trusts* (2002), p. 52; Trib. Bologna, 3 dicembre 2003, *Trusts* (2004), p. 254; Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, *Trusts* (2004), p. 67; Trib. Firenze, Giud. tutelare, 8 aprile 2004, *Trusts* (2004), p. 567; Trib. Trento, Sez. dist. Cavalese, 20 luglio 2004, *Trusts* (2004), p. 573; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, *Trusts* (2005), p. 83.

[6] GAZZONI, F.: "Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su *trust* e trascrizione)", *Riv. not.* (2001), p. 11; ID.: "In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi su *trust* e su altre bagattelle", *Riv. not.* (2001), p. 1247; CASTRONUOVO, C.: "*Trust* e diritto civile italiano", *Vita not.* (1998), p. 1323 ss.; ID.: "Il trust e 'sostiene Lupoi'", *Eur. dir. priv.* (1998), p. 441 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Belluno, 25 settembre 2002, *Trusts* (2003), p. 255; Trib. S.M. Capua Vetere, 14 luglio 1999, *Trusts* (2000), p. 51; Trib. Napoli, 18 ottobre 2003, *Trusts* (2004), p. 74; App. Napoli, 27 maggio 2004, *Trusts* (2004), p. 570.

una separazione patrimoniale non ammessa normalmente dalla normativa italiana, l'ambito di applicazione della Convenzione dovrebbe essere limitato al solo campo internazionale.

Diversamente, si è correttamente osservato che l'art. 6 della Convenzione non limita la libertà del disponente nella scelta della legge regolatrice; che l'art. 13 va inteso non come fonte di un divieto, ma quale precisazione volta ad escludere che sussista in capo agli Stati un obbligo di riconoscimento; e ancora che molteplici appaiono gli esempi di segregazione patrimoniale riconosciuti nel nostro sistema: si pensi al fondo patrimoniale, all'eredità beneficiata, alla segregazione del patrimonio *ex* art. 2645 *ter* (sul quale v., *infra*, par. III)[7].

In ragione di ciò è condivisibile l'orientamento[8] che sottolinea come lo Stato italiano, in sede di ratifica della Convenzione, si sia limitato a riprodurre il contenuto dell'art. 13, senza specificare alcun divieto in tal senso. Con la ratifica – è questo ciò che si vuole sostenere – l'Italia ha dimostrato che potenziali ostacoli al recepimento della figura del *trust* nel sistema domestico sono scongiurati, in quanto l'istituto in questione non si pone in contrasto con principi di ordine pubblico.

In realtà – come poi il tempo ha dimostrato –, il problema dell'accoglimento del *trust* interno poteva e può essere superato a prescindere da dati strettamente normativi, mediante un procedimento interpretativo, sistematico

[7] Sul punto la dottrina è sterminata, tra i più convincenti, cfr. PERLINGIERI, G.: "Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c.", *Foro nap.* (2014), p. 71; FEDERICO, A.: *La trascrizione degli atti di destinazione*, in CALVO R. e CIATTI A. (a cura di): *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Torino (2014), p. 617. *Ex plurimis*, D'AMICO G.: "La proprietà "destinata"", *Riv. dir. civ.* (2014), p. 525; ALCARO, F.: *Gli effetti strumentali della destinazione: l'(eventuale) effetto traslativo e gli effetti obbligatori in ordine al profilo gestorio*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione. Guida alla redazione*, p. 87, consultabile sul sito *www.notariato.it*; BARTOLI, S.: "Riflessioni sul "nuovo" art. 2645 *ter* c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e *trust*", *Giur. it.* (2007), p. 1309; BIANCA, M.: "L'atto di destinazione: problemi applicativi", *Riv. not.* (2006), p. 1176; DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645 *ter* c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata", *Rass. dir. civ.* (2007), p. 964; DORIA, G.: "Il patrimonio 'finalizzato'", *Riv. dir. civ.* (2007), p. 507; DI LANDRO, A.C.: "I vincoli di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c.", cit., p. 740; GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", *Riv. dir. civ.* (2007), p. 335; LA PORTA, U.: "L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c.", *Riv. not.* (2007), p. 1069; GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-*ter* c.c.", *Giust. civ.* (2006), p. 166; LUPOI, M.: "Gli 'atti di destinazione' nel nuovo art. 2645-*ter* cod. civ quale frammento di *trust*", *Trusts* (2006), p. 169; PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", *Riv. dir. civ.* (2006), p. 165; QUADRI, R.: "L'art. 2645 *ter* e la nuova disciplina degli atti di destinazione", *Contr. impr.* (2006), p. 1740.

[8] BARTOLI, S.: *Omologazione di una separazione*, cit., p. 670.

ed assiologico, dinamico, e non ancorato a concetti oramai obsoleti che costringono in dogmi figure assolutamente innovative rispetto a quelle previste dai nostri codificatori settanta anni or sono, e che mirano a tutelare, in forme diverse, interessi diversi. La liceità e la meritevolezza degli interessi dedotti nel regolamento negoziale rappresentano i criteri ai quali stringersi per riconoscere ammissibili il *trust* interno e i suoi corollari applicativi, come il *trust* a scopo benefico (vedi, *infra*, par. IV) o il *trust* autodichiarato.

In merito al *trust* autodichiarato è possibile affermare che, nonostante ritrosie paventate nel passato, in tempi recenti tale figura è stata ammessa con maggiore frequenza dalla letteratura – pur sempre con dei limiti ben precisi – e da parte della giurisprudenza, la quale tuttavia, non di rado, si è mostrata ondivaga, per non dire confusa, sulla natura e sul regime operativo.

Nondimeno, a fronte delle (oramai numerose) pronunce delle corti di merito, favorevoli al *trust* autodichiarato[9], in questa sede pare opportuno soffermarsi sul recente arresto della Corte di cassazione[10], che nel febbraio scorso ha negato in maniera apodittica l'ammissibilità di questa figura, con motivazioni sulle quali è necessario compiere alcune riflessioni.

Nella fattispecie giunta all'esame della Suprema corte due coniugi proprietari di immobili si erano autodichiarati *trustee* di se stessi con l'intento di realizzare una destinazione di beni vincolati in *trust*, analoga a quella che si ottiene stipulando un fondo patrimoniale. La Cassazione, senza che questa fosse la materia del giudizio, si intrattiene sulla natura di tale categoria di *trust*, affermando che "il regolamento realizzato dai coniugi, benché sia denominato *trust* non ne ha la fisionomia, e manca di fatto uno dei tratti tipologicamente caratteristici ossia il trasferimento a terzi del *settlor* dei beni costituiti in *trust*". Prosegue ancora la Suprema corte: "presupposto coessenziale alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio".

In altri termini per la Cassazione la stessa figura del *trust* autodichiarato può essere messa in discussione nella sua validità. Una simile impostazione

[9] Cfr. App. Venezia, decr., 10 luglio 2014, *Vita not.* (2014), p. 1279 ss.; Trib. Torino, 10 marzo 2014, *Trusts* (2014), p. 430; Trib. Udine, ord., 4 novembre 2013, *Trusts* (2014), p. 437; Trib. Firenze, 11 aprile 2013, *Trusts* (2013), p. 533.
[10] Cass., ord., 25 febbraio 2015, n. 3886, *Fisco* (2015), p. 1097 ss.

smentisce quanto ampiamente ribadito fino ad ora, ragionando nella maniera più discutibile che si possa immaginare.

La Corte sostiene che la "tipologia" del *trust* sarebbe quella strutturata soltanto su un modello a schema trilaterale, sbagliando per molteplici motivi. In primo luogo, perché non si può ritenere il *trust* una figura tipica, posto che le innumerevoli variabili di questo istituto impediscono una *reductio ad unitatem* della fattispecie. Sì che si è addirittura indotti a pensare che la Corte di legittimità confonda, stranamente, un contratto nominato, come il *trust*, da uno tipico, posto che una disciplina specifica, organica, per tale istituto non è stata ancora creata, prova ne è l'ampio dibattito sulla natura del *trust*, sul suo ambito operativo, sulla sua disciplina in tema di trascrivibilità, di cui daremo conto a breve. In secondo luogo, perché contraddice innumerevoli sentenze delle corti di merito. In terzo luogo, perché si scontra con nutriti esempi nella nostra legislazione di vincoli auto-istituiti, come indicato pocanzi, nonché con la prassi internazionale, che consente sia la configurabilità di un *trust* autodichiarato – come avviene nei paesi di *common law* –, sia, anche, un'applicazione di quest'ultimo, molto in voga nel commercio transnazionale, come l'*escrow account*[11].

A più riprese, inoltre, la letteratura ha ampiamente ribadito l'ammissibilità di un'autodestinazione unilaterale, una volta verificata la meritevolezza e l'altruità dell'interesse. Il costituente, infatti, può anche restare nella titolarità del bene, là dove è sufficiente che sia ravvisabile il soddisfacimento di un interesse esterno alla propria sfera giuridica.

Se dunque è vero che una presunzione iniziale di illiceità o non meritevolezza di un'autodestinazione può essere consentita all'interprete, è ancor più vero che un simile atteggiamento non può assolutamente condurre a sanzionare in maniera indiscriminata un'intera categoria di atti, senza accertarne scrupolosamente la funzione e il contesto operativo per il quale sono costituiti[12].

[11] Il termine "*escrow*" deriva dalla parola francese "*escroe*", che letteralmente significa "rotolo di pergamena". Dal punto di vista giuridico, la locuzione indica in generale un "deposito in garanzia", come indica LUCIANI, A.M.: "*Escrow*", *Contr. impr.* (2005), p. 801. L'*escrow* può essere definito "come un'operazione per cui un soggetto deposita un atto o un altro documento scritto presso un depositario, che si impegna a consegnarlo ad un altro soggetto (diverso dal depositante), dopo l'adempimento di una certa prestazione o al verificarsi di un determinato evento", così LUCIANI, A.M.: "*Escrow*", cit., p. 802, nota 3, che richiama la definizione a sua volta di PROVAGGI, G.: *Agency escrow*, in AA.VV., *Fiducia,* trust*, mandato ed* agency, Milano, 1991, p. 291.

[12] Cfr. PERLINGIERI, G.: "Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c.", *Foro nap.* (2014), p. 67. Tra gli altri, cfr. GENTILI, A.: "La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale alla studio della fattispecie", *Riv. dir.*

III. *SEGUE*. IL REGIME DI PUBBLICITÀ DEL *TRUST* AUTODICHIARATO. IL RAPPORTO CON L'ART. 2645 *TER* C.C.

Una delle problematiche maggiori in merito all'applicazione del *trust*, in senso generale, e al *trust* autodichiarato, in particolare, attiene al regime di pubblicità applicabile a tale figura.

L'inserimento del *trust* nel nostro sistema, oltre a dubbi sulla natura e sull'ambito applicativo dell'istituto, ha determinato accese discussioni anche sul regime di trascrizione da impiegare per rendere opponibile sia il contratto di *trust* in senso stretto, sia l'atto o gli atti di destinazione di beni in *trust*.

Tali dubbi si sono poi trasferiti sulla fattispecie particolare del *trust* autodichiarato, in merito soprattutto all'efficacia traslativa dell'atto di destinazione e alla sua compatibilità con l'art. 2645 *ter* c.c.

Con riferimento agli atti di destinazione dei beni riferiti ad un *trust* autodichiarato, la letteratura e – ciò che più conta in un'ipotesi del genere – la giurisprudenza hanno sostenuto, costantemente negli ultimi tempi, la possibilità di una loro trascrizione.

Nel 2003 il tribunale di Milano e quello di Verona, pur se in maniera differente, si pronunciarono in senso favorevole. Parte della dottrina[13], tuttavia, a ben ragione, sollevò alcune perplessità in merito all'*iter* argomentativo proposto dai due giudici, criticando soprattutto la posizione del tribunale lombardo. Quest'ultimo, infatti, aveva affermato sia la validità del *trust*, sia, conseguentemente, dell'atto di trascrizione, che era stato rifiutato dal conservatore dei registri. Diversamente, appare condivisibile sottolineare la superficialità di analisi mostrata nella sentenza in commento, poiché altro è discorrere della validità del *trust* autodichiarato – fino ad oggi, prima della richiamata sentenza della Corte di cassazione, non in discussione –, altro è affermare che qualsiasi atto di trascrizione sia legittimo, senza

priv (2010); ID., "Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 *ter* c.c.", *Rass. dir. civ.* (2007), spec. p. 27. Sulla nullità dell'atto di autodestinazione v. CALVO, R.: "Vincoli di destinazione", Bologna (2012), p. 159 ss.; MEUCCI, S.: *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano (2009), pp. 162; PRIORE, C.: *Redazione dell'atto di destinazione: struttura, elementi e clausole*, in AA.VV., *Negozio di destinazione, percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, I, Milano (2007), p. 188; TRIMARCHI, G.A.M.: *Gli interessi riferibili a persone fisiche*, in AA.VV., *Negozio di destinazione, percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., p. 274; SPADA, P.: *Conclusioni*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto di destinazione, L'art. 2645* ter *del codice civile*, Milano (2007), p. 204.

[13] Commenta le due pronunce STEIDL, F.: "*Trust* auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità", *Trusts* (2003), p. 376 ss.

procedere ad una valutazione concreta della fattispecie, e dunque senza valutarne la meritevolezza e la non contrarietà a norme imperative.

Nel caso di specie, inoltre, il tribunale di Milano, mostrandosi confuso sul punto, sostenne che il *trustee* avesse esclusivamente una gestione fiduciaria dei beni, anche nel *trust* autodichiarato, oggetto della controversia. Al contrario, proprio nel *trust* autodichiarato la natura della fiducia viene definita statica, in ragione del fatto che disponente e *trustee* sono la stessa persona. Ciò posto il giudice lombardo concluse che "il *trust* non può essere assimilato ad un atto di trasferimento della proprietà o ad uno di quelli elencati dall'art. 2643 ovvero di cui all'art. 2645 c.c.", accomunando, dunque, di buon grado il contratto del *trust* all'atto di destinazione del bene, l'uno strumentale all'altro, ma indiscutibilmente, sul piano ontologico, diversi. Il potere del *trustee* di trascrivere l'atto – concluse il tribunale – discenderebbe dunque dalla possibilità di sovrapporre la sua figura a quella del gestore di un fondo patrimoniale. Teoria, come noto, non certo pacifica.

In senso opposto e grazie ad un approccio più rigoroso, mediante ricorso all'art. 12 della Convenzione de L'Aja, il tribunale di Verona, affermò la legittimità della trascrizione compiuta dal *trustee*, non riscontrando divieti di sorta nel nostro sistema e senza la necessità di richiamarsi agli artt. 2643 o 2645 c.c. La fonte di tale legittimità – secondo il giudice scaligero – andava rintracciata proprio nella disposizione contenuta nella Convenzione internazionale, divenuta legge dello Stato al momento della ratifica.

La posizione apprezzabile assunta dal tribunale di Verona è stata condivisa anche di recente. Con decreto, la Corte di appello di Venezia[14] ha infatti ordinato la trascrizione dell'atto istitutivo di *trust* "non essendoci nel nostro ordinamento, fatta salva la condizione di liceità e compatibilità prevista dall'ultima parte dell'art. 12 della Convenzione de L'Aja, alcuna disposizione o principio che, ponendosi come limite interno all'applicabilità dell'art. 12 stesso, configuri un divieto di trascrizione del *trust* neanche qualora esso sia di una tipologia che non comporti effetti traslativi dei beni".

[14] App. Venezia, decr., 10 luglio 2014, cit. Nella stessa direzione anche Trib. Torino, 10 marzo 2014, cit.; *contra*, Trib. Udine, 4 novembre 2013, cit., secondo il quale alla "trascrizione di un atto istitutivo di un *trust* autodichiarato, costituendo un mero vincolo sui beni ricompresi nel fondo e non un soggetto di diritti, si applicano, per analogia, le modalità prescritte dall'art. 2647 cod. civ. per la trascrizione del fondo patrimoniale, cioè trascrivendo "contro il" e "a favore del" disponente/trustee, risultando così inequivocabilmente – nel quadro A (eventualmente integrato e specificato nel quadro D) della nota – la costituzione del vincolo e soddisfatte le esigenze di trasparenza del sistema delle trascrizioni nonché le disposizioni generali a tutela dei creditori, dei terzi in buona fede e degli incapaci richiamate dall'art. 15 della Convenzione de L'Aja".

In ultima analisi, pare opportuno soffermarsi sulla compatibilità tra il *trust* e l'art. 2645 *ter*. c.c.

Letteratura e giurisprudenza sul tema non sono unanimi. Interessante appare una pronuncia del tribunale di Reggio Emilia del 2012[15], la quale sostiene che l'accordo di separazione personale tra coniugi non può essere omologato "nel caso in cui, con lo scopo di adempiere l'obbligo alimentare come ascendenti nei confronti dei nipoti, sia stato dai coniugi posto in essere un "negozio destinatorio puro", ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645 *ter* c.c., su un immobile senza accompagnare al vincolo il negozio traslativo della proprietà del bene". Aggiunge poi che "[n]on può essere creato un vincolo di destinazione "autoimpresso" essendo l'art. 2645 *ter* c.c. una norma sugli effetti complementari rispetto a quelli traslativi e obbligatori delle singole figure negoziali cui accede il vincolo di destinazione. L'accordo di separazione non può essere ricondotto all'istituzione di un *trust* autodichiarato in ragione della diversa essenza dei due istituti".

Da questo intervento si scorgono le perplessità maggiori sull'accostamento delle due figure. Tuttavia, l'approccio in letteratura sembra in alcuni casi sensibile al campanilismo, una sorta di tentativo di alcuni di salvaguardare la legislazione domestica, tentando di conferire, forse, più peso all'art 2645 *ter* di quanto in realtà non abbia, creando una categoria italiana di atti di destinazione che possa contrastare quella straniera del *trust*. Questa almeno è l'impressione quando si legge che l'art. 2645 *ter* rappresenta una "dignitosa alternativa italiana al *trust* angloamericano"[16] o che tale norma abbia introdotto un "*trust* all'italiana"[17].

Sia chiaro, l'art. 2645 *ter* ha sicuramente una portata ampia[18], e non può essere considerato, come condivisibilmente sostenuto da parte della dottrina, una norma sugli effetti, ma una norma sulla fattispecie[19], una norma che

[15] Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, *Trusts* (2013), p. 57.

[16] BIANCA, M.: "*Trustee* e figure affini nel diritto italiano", *Riv. not.* (2009), p. 557 ss.

[17] Così RISSO, L.F. e MURITANO, D.: "Il *trust*, diritto interno e Convenzione de L'Aja, ruolo e responsabilità del notaio", in *Studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 10 febbraio 2006*, *Trusts* (2004), p. 466 e p. 633.

[18] *Contra*, Trib. Trieste, 7 aprile 2006, *Giust. civ.* (2006), p. 187, con nota di BIANCA, M.: "Il nuovo art. 2645 ter c.c. notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste".

[19] Sul punto cfr. le condivisibili affermazioni di FEDERICO, A.: *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 574, secondo il quale per un verso l'art. 2645 *ter* c.c. "è prima ancora che norma sulla pubblicità, e quindi sugli effetti, norma sulla fattispecie, che avrebbe meritato una diversa posizione nel codice civile", e per altro, va sottolineato che "la specifica collocazione legislativa di una disposizione non può condizionarne il relativo procedimento ermeneutico in presenza di un contenuto precettivo che trascende lo specifico contesto normativo nel quale è inserita". Sulla irrilevanza della collocazione topografica di una

presenta un contenuto sostanziale e alla quale non è possibile negare tale contenuto, argomentando dalla collocazione topografica della disposizione. Tuttavia, quello che si intende affermare in questa sede è che bisogna necessariamente rifuggire ancora una volta da impostazioni generalizzanti e ritenere il *trust* e l'art. 2645 *ter* in ogni caso incompatibili o assolutamente sovrapponibili. Giustificata appare la posizione di parte della letteratura che ha inteso definire l'art. 2645 *ter* un "frammento di *trust*"[20]. Può essere. Ma può essere anche che ci siano, in ragione delle molteplici figure riconducibili al *trust*, maggiori o minori assonanze tra i due istituti. Si afferma[21] che l'art. 2645 *ter* c.c. non si occupa di amministrazione e gestione di patrimoni, ma soltanto di destinazione; oppure che il *trust* comporterebbe il trasferimento della proprietà, cosa che non fa apertamente la nostra norma; nel negozio previsto dall'art. 2645 *ter* c.c. il disponente ha possibilità di intervenire affinché lo scopo sia raggiunto, là dove, nel *trust*, il disponente si defila ed il rapporto si instaura tra *trustee* e beneficiario; *ex* art. 2645 *ter* c.c. è possibile conferire soltanto beni immobili, mentre nel *trust* anche beni mobili e mobili non registrati; il *trust* può essere perpetuo, mentre l'art. 2645 *ter* c.c. impone vincoli temporali (novanta anni o la vita del beneficiario); il *trust* sarebbe soggetto ad un controllo di liceità, che, secondo alcuni, in una prospettiva non condivisibile, non dovrebbe essere consentito su di un atto di cui all'art. 2645 *ter*, per il quale dovrebbe essere ammesso un controllo "solamente" di meritevolezza, come se le due valutazioni fossero incompatibili.

Sono queste obiezioni insuperabili? Pare di no, proprio se ci si riferisce all'ipotesi di *trust* autodichiarato. Nel *trust*, se le persone del *trustee* e del *settlor* coincidono, non abbiamo per forza una particolare gestione del bene oltre la semplice destinazione; sempre nel *trust* autodichiarato non si riscontra un trasferimento della proprietà, il *settlor* ha infatti la disponibilità del bene; in un *trust* senza destinazione traslativa, il *settlor* non si estranea alla gestione in quanto, come abbiamo già ribadito, può coincidere con il *trustee* ed è legittimato a tutelare i beni in *trust*.

disciplina per la qualificazione della relativa fattispecie molto apprezzabili sono le osservazioni di PERLINGIERI, G.: "Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi", *Rass. dir. civ.* (2008), p. 155, il quale evidenzia che dare esclusivo valore alla collocazione di una disposizione "sarebbe come attribuire ad una clausola di un negozio una qualificazione ed una funzione diversa secondo il "luogo" nel quale è inserita all'interno di un documento. Ancor più in un'epoca caratterizzata dal pluralismo delle fonti e da una delocalizzazione del potere legislativo che incide sulla stessa struttura del codice civile e sulla funzione originaria dei singoli istituti".

[20] LUPOI, M.: "Gli 'atti di destinazione' nel nuovo art. 2645 *ter* cod. civ. quale frammento di *trust*, *Trusts* (2006), p. 169; sullo stesso tenore, DI SAPIO, A.: "I *trust* interni auto destinati: misura negoziale complementare o alternativa alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia", *Dir. fam.* (2010), p. 834 ss.

[21] L'elencazione delle dissonanze sono così ben individuate da BONINI, R.S.: *Destinazioni di beni ad uno scopo. Contributo all'interpretazione dell'art. 2645* ter *c.c.*, Napoli (2015), p. 34.

Si rinvengono poi altri tratti più generalmente accomunanti i due istituti, la segregazione del patrimonio, il vincolo di atto pubblico, la durata temporale (pur se variabile). Unica forte differenza sarebbe rinvenibile nella impossibilità per il *settlor* di muovere azione contro il *trustee*, là dove tale potere viene di regola accordato soltanto al beneficiario o al guardiano (*protector*). Tuttavia, non si può non considerare il fatto che nella prassi negoziale, tramite apposizione di clausole specifiche, tale limitazione viene il più delle volte superata.

In definitiva, anche su questo punto appare con estrema evidenza che approntare soluzioni valevoli per tutte le stagioni non può essere la strada giusta. Diversamente, la via corretta è quella di affrontare ogni questione in maniera problematica.

IV. IL *TRUST* A SCOPO BENEFICO E PER PUBBLICI INTERESSI: IL *TRUST* ONLUS. INQUADRAMENTO NORMATIVO.

Molteplici appaiono le applicazioni del *trust* in materie di pubblico interesse sulla scorta anche dell'esperienza britannica dei c.dd. *trusts charitable* e *purpose trusts* a livello internazionale. Tale impiego ha condotto pochi anni or sono ad un intervento normativo, che può essere inteso come una sollecitazione del legislatore ad adottare il meccanismo del *trust* per costituire un'Onlus.

Tale svolta si è avuta negli ultimi anni. Guardiamo in questo senso sia al d.lgs. n. 460 del 1997, c.d. legge Onlus, sia all'atto di indirizzo dell'Agenzia del Terzo settore, nel 2011, la quale ha aperto alla figura specifica del *trust* Onlus.

L'art. 10 della legge Onlus afferma che possono essere considerate organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e – in particolare – "gli altri enti di carattere privato".

Nell'atto di indirizzo si specifica che "il *trust* che rispetti i requisiti prescritti dall'art. 10 del d.lgs. n.460/97 potrà legittimamente assumere la qualifica di Onlus".

Secondo i criteri individuati dall'Agenzia, l'istituzione del *trust* deve rispettare particolari formalità, deve prevedere clausole dalle quali risulti il suo scopo sociale, deve avere una particolare denominazione e vengono previste norme in caso di cessazione del *trust*.

È bene ricordare che, discorrendo di tale Atto di indirizzo, ci troviamo di fronte ad un provvedimento dal contenuto normativo, posto che esso è in

attuazione, come anche indicato nel frontespizio del documento, di un regolamento ministeriale, il d.p.c.m. 21 marzo 2001, n. 329, ("Regolamento recante norme per l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale"), e più nello specifico dell'art. 3, comma 1, lett. a) del predetto regolamento.

Leggendo il documento si nota che l'Agenzia del terzo settore arriva ad indicare nel *trust* c.d. opaco anche quale, tra le tante, sia la fattispecie di *trust* più confacente alle finalità solidaristiche, indirizzando in tal senso gli operatori. Con tale termine, come noto, si intende un *trust* che non presenta beneficiari determinati, là dove, al contrario, il *trust* c.d. trasparente individua i soggetti beneficiari.

L'atto di indirizzo del 2011 è soltanto l'ultimo provvedimento a valenza normativa posto in essere dal legislatore e dalla pubblica amministrazione. Non vanno, infatti, dimenticati la l. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, commi da 74 a 76, la legge finanziaria del 2007, e le successive circolari dell'Agenzia delle Entrate n. 48/E, del 6 agosto 2007, n. 3/E, del 22 gennaio 2008 e la n. 61/E del 27 dicembre 2010. Tutti questi provvedimenti vengono impiegati per qualificare il *trust* quale soggetto autonomo di imposta.

Le obiezioni che si muovono alla qualificazione del *trust* a scopo benefico come ente sono incentrate principalmente, se non esclusivamente, sulla impossibilità secondo alcuni di poter creare figure ulteriori ed alternative a quelle degli enti "tipizzati" nel primo libro del codice civile.

Questa prospettiva, in realtà, appare assai miope e ricade nello stesso errore che in precedenza si è già avuto modo di sottolineare con riferimento alla riconoscibilità nel diritto italiano del *trust* interno, in senso più ampio. Non basterebbero nemmeno i riferimenti normativi testé indicati in quanto si sostiene che questi ultimi siano riconducibili esclusivamente alla materia fiscale, e non, dunque, al profilo civilistico della questione. Si giunge così, anche in questo ambito, a voler considerare un fenomeno sociale e giuridico come il *trust*, ampiamente impiegato nella prassi professionale nazionale ed internazionale, giudicandolo o con le lenti del tributarista o con le lenti del civilista, a graduazione variabile. Niente di più sbagliato.

Ben conosciamo come la qualificazione di una fattispecie sotto il profilo civile possa influire sotto quello fiscale. Definire un accordo quale vendita o locazione comporta attribuire al bene alienato o dato in godimento una disciplina assolutamente diversa, assoggettandolo o no all'imposizione del valore aggiunto (IVA). Problemi del genere se ne riscontrano in continuazione e, molto spesso, con riguardo a beni di nuova generazione, che chiedono, anzi pretendono risposte, tutele diverse dall'ordinamento e non

certo standardizzate[22]. Perché allora non pensare che una legge di matrice tributaria, come nel caso di specie, possa aiutare l'interprete sotto il profilo civile?

Un simile discorso, ricondotto alla fattispecie che ci occupa, deve guidare il giurista a rimeditare le categorie del diritto civile, non a sconvolgerle, ma a plasmarle al fine di potere individuare una soluzione al caso concreto. A questo ragionamento non si deve sottrarre il *trust* interno e, nello specifico, il *trust* Onlus. A questo ragionamento non si sottrae, nemmeno, una rimeditazione dell'idea della soggettività giuridica, come fino ad oggi intesa.

V. *SEGUE*. IL PROBLEMA DELLA SOGGETTIVITÀ DEL *TRUST* ONLUS SOTTO IL PROFILO CIVILE.

Si è potuto riscontrare che uno dei maggiori problemi per il riconoscimento della soggettività al *trust* sia quello di considerare quest'ultimo come un soggetto giuridico al pari di un'associazione, una fondazione o un comitato.

Volendo sgombrare fin da subito il campo da dubbi, è concepibile ammettere con estrema cautela una simile possibilità, in particolari casi. Vediamo perché. La valutazione della soggettività giuridica non deve e non può essere limitata agli istituti dogmaticamente precostituiti e presenti all'interno del codice civile. La maturazione di particolari figure deve essere contestualizzata all'epoca di riferimento. Nel 1942 – anno nel quale fu promulgato il codice civile italiano attualmente in vigore – non si sarebbe certo potuto discorrere né di *leasing*, di *factoring*, di *merchandising*, di multiproprietà, di nullità relativa o di protezione ed ovviamente di *trust*.

Se poi, addirittura, esiste un'ampia legislazione speciale sulla figura che ci occupa, la quale all'opposto dimostra una tendenza volta in tutt'altra direzione, restare legati a simili vincoli concettuali conduce il giurista a proporre soluzioni anacronistiche, che lo portano ad impiegare congegni oramai in parte obsoleti, se non riletti in chiave sistematica, confrontandosi con la produzione normativa italiana, europea e internazionale, come proprio per il *trust*.

[22] Come ad esempio avviene nel commercio elettronico, dove, superando il binomio beni-servizi, si opta per una distinzione tra commercializzazione diretta o indiretta di un bene convertito in forma digitale che viene consegnato o *on line* oppure *off line*. Sul tema cfr. FIORENTINO, S.: *Aspetti tributari dell'*e-commerce, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, 2ª ed., Napoli (2011), p. 453.

Ciò consente, senza timori di sorta, di impiegare – nel contesto attuale – la disciplina dei soggetti giuridici, *cum grano salis*, al *trust* ed in particolare al *trust* a scopo benefico o *trust* Onlus e, dunque, le forme di tutela predisposte dall'ordinamento. Due restano i limiti, invalicabili, per un interprete: che tali enti perseguano interessi leciti e meritevoli secondo i principi costituzionali.

È dunque condivisibile l'opinione di parte della letteratura[23] che, anche se con prudenza, si è spinta a sostenere che "l'utilizzo della qualifica di Onlus […] consente di ridiscutere l'idea di soggettività senza visioni dogmatiche precostituite", facendo proprie le intuizioni, assolutamente di avanguardia, che autorevole dottrina, molti anni orsono, sosteneva, là dove affermava che un'entità sociale entra "nel diritto come autonomo potenziale di interessi giuridici" e deve essere "riconosciuto come punto di collegamento di tutte quelle norme del sistema che disciplinano quegli interessi"[24].

Ad avviso di chi scrive, riconoscere soggettività al *trust* Onlus era già prima una scelta nella disponibilità dell'interprete moderno e dinamico, ma lo è a maggior ragione oggidì dopo l'Atto di indirizzo del 2011, se si mostra conforme ai rigidi parametri imposti dal legislatore.

A volte, in maniera eccessiva, si teme che allargare la cerchia della soggettività giuridica, come concetto, conduca a conseguenze negative, come, ad esempio, quello di estendere privilegi a centri di interesse che non sono persone fisiche. Tuttavia, proprio in questo timore si annida una visione poco lungimirante, la quale anni or sono è stata rimarcata da prestigiosa letteratura. "Il diritto, con l'introduzione dell'istituto della personalità degli enti collettivi, ha voluto ampliare la categoria generale dei soggetti giuridici, e non dei soggetti umani"[25]. Senza paura.

Ancora. Altra autorevole dottrina[26] osservava negli anni '60 che una certa frattura si stesse "determinando anche fra l'esperienza di stampo ottocentesco e l'esperienza contemporanea. Come si è visto, all'impiego di una nozione astratta e onnicomprensiva di persona giuridica si va ormai sostituendo – e felicemente – un'analisi sempre più articolata delle varie situazioni, alla quale si accompagna la ricerca delle soluzioni più pertinenti ad ognuna, fuor d'ogni apriorismo. Risulterà sacrificata l'idea di sistema, ma ne uscirà arricchita la nostra esperienza".

---

[23] DI LANDRO, A.C. "Applicazioni dei *trust* in materie di pubblico interesse", *Trusts* (2011), p. 498.
[24] FALZEA, A.: "Capacità (teoria generale)", *Enc. dir.*, VI, Milano (1960), p. 13.
[25] FALZEA, A.: *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano (1939), p. 64.
[26] ORESTANO, R.: *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, I, Torino (1968), p. 7 ss.

Opinione senza dubbio apprezzabile, se non per un banale errore commesso, a mio avviso, da un'assuefazione della letteratura di allora ad alcuni metodi di ragionamento non del tutto condivisibili. Mi riferisco in particolare alla posizione di chi ritiene che contraddire concezioni dogmatiche sia da considerarsi come un attacco al sistema. È, in vero, l'esatto contrario. Il sistema assiologicamente interpretato consente di superare dogmi, che legano in pastoie l'approccio scientifico e impediscono soluzioni appropriate. È "l'idea di sistema" che va adeguata, anche se può sembrare un controsenso, ma che forse può essere superato se si considera il sistema non come un'idea astratta, ma come uno strumento operativo concreto. Il sistema non può essere considerato un "magma" di dogmi, bensì un "fiume" di fattispecie concrete disciplinate da molteplici regole, fattispecie che scorrono, si modificano nel tempo, con le quali è necessario confrontarsi, senza pregiudizi, come con il *trust*.

Vi è chi in letteratura si oppone alla possibilità di considerare il *trust* un soggetto giuridico. Alcuni[27] affermano addirittura che considerare il *trust* come un ente – indubbiamente atipico – sul modello delle associazioni, fondazioni o comitati sarebbe "quanto di più aberrante si possa ritenere in materia". Altri ammettono una spiccata prossimità tra fondazioni e *trust*, soprattutto a scopo benefico, ma ne contestano l'assimilazione[28].

Tale posizione viene argomentata riferendosi soprattutto ad una parte della dottrina straniera, segnatamente anglo-americana, e ad una rilettura delle norme internazionali, come l'art. 8 della Convenzione de L'Aja, unitamente a quelle italiane del codice civile.

Più nello specifico, ci si intende riferire a quella letteratura straniera secondo la quale "[p]erhaps the two most fundamental mistakes that people make in regard to trusts are to think of a trust as if it was a company, or some other form of legal entity, capable of ownership or external direction, and a trust instrument as if it were a contract capable of saying whatever the parties want it to say"[29]. La c.d. entificazione del *trust* sarebbe dunque un grossolano errore, al quale – ciononostante – parte della dottrina più progressista incorre sempre più di frequente, ed in maniera inesorabile.

---

[27] VALAS, I.: "La responsabilità del *trustee* che contratta con i terzi, la sua successione e le controversie giudiziarie", *Trusts* (2006), p. 549.

[28] Cfr., tra gli altri, ZOPPINI, A.: "Fondazioni e *trusts* (spunti per un confronto)", *Giur. it.* (1997), p. 1 ss., il quale, tuttavia, a più riprese rimarca l'equivalenza funzionale tra le due figure.

[29] WADHAM, J.: *Willoughby's Misplaced Trust*, II, Saffron Walden (2002), p. 19, ripreso testualmente da VALAS, I.: "La responsabilità del *trustee* che contratta con i terzi, la sua successione e le controversie giudiziarie", cit., p. 459, nota 3.

Come accennato, poi, ci si richiama così – sotto il profilo normativo – alla convenzione de L'Aja. Il *trust*, *ex* art. 2, non sarebbe altro che un rapporto giuridico in base al quale dei beni vengono amministrati da un soggetto, cui sono intestati, secondo quanto disposto dall'accordo.

Anche dalla disciplina applicabile al *trust*, si percepirebbe, dunque, la mancanza di soggettività. Due le ipotesi prese a sostegno di questa posizione: la sostituzione del *trustee* e la conseguente disciplina sulla responsabilità per le obbligazioni assunte del *trustee* nei confronti dei terzi.

Sotto il primo profilo, si pone in evidenza che qualora si intendesse riconoscere al *trust* la qualifica di ente si dovrebbe giungere alla conclusione che la successione nell'ufficio del *trustee* dovrebbe condurre quale immediata conseguenza a subentrare nella titolarità, e, più nello specifico, nella proprietà del patrimonio in *trust*, oltre che nei rapporti obbligatori posti in essere dal precedente *trustee*, secondo la disciplina tipica applicabile agli amministratori di società o, *mutatis mutandis*, agli amministratori di un condominio. Cosa che di regola non si riscontrerebbe nella prassi.

Sotto il secondo profilo, quello inerente alla responsabilità per le obbligazioni del *trustee* nei confronti dei terzi, si sottolinea che tali vincoli obbligatori permarrebbero sempre in capo al *trustee* che li ha assunti e non si trasferirebbero al successore, salvo esplicito accordo.

Il problema maggiore che si riscontra nell'approccio allo studio di questo istituto è imporre soluzioni generalizzanti da applicare a qualsiasi fattispecie, senza distinzione. Diversamente, se per un verso, in senso ampio è condivisibile la posizione di coloro i quali, in letteratura e giurisprudenza, negano la possibilità di riconoscere soggettività giuridica al *trust*, per altro, ciò non significa che questo sia un orientamento da applicare a tutte le diverse figure di *trust*, come il *trust* Onlus.

Correttamente parte della dottrina, in ragione delle varietà e delle molteplici declinazioni di tale rapporto, suggerisce di non ricondurre ad un'unica fattispecie l'istituto che ci occupa, ma di discorrere di più meccanismi contrattuali, di diversi *trusts*.

Sì che con riferimento al *trust* Onlus si fa strada in parte della letteratura e della prassi negoziale la possibilità di ritenere applicabili norme funzionalmente destinate agli enti del libro primo.

Ciò che dunque appare decisivo non è la qualifica *a priori* di una fattispecie, ma la sua attività. Un *trust* che svolga interessi sociali secondo i requisiti predisposti dall'art. 10 del d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, a giusta ragione

potrebbe essere considerato un ente e vedersi applicata la disciplina dei soggetti giuridici c.dd. entificati.

In questa prospettiva non pare condivisibile qualificare "aberrante" una sovrapposizione tra fondazione e *trust* Onlus, soltanto perché figura non ancora "tipica" sotto l'aspetto della disciplina, quanto meno in maniera completa.

Sia concesso un parallelismo. La figura del *trust* paga il suo lato esotico, come allo stesso modo pagarono gli enti non riconosciuti negli anni '40, considerati al limite della legalità in ragione di un retaggio storico che inquadrava tali organizzazioni alla stregua di associazioni sovversive, e dunque pericolose per l'ordine costituito. Corsi e ricorsi.

Non è possibile negare l'evoluzione dei tempi e degli istituti rispetto al contesto socio-economico, non è possibile negare, ad esempio, che fino al 1942 un ente era considerato tale soltanto se avesse ottenuto la personalità giuridica. Si trattava, a ben vedere, di un vero e proprio ostracismo nei confronti delle organizzazioni non riconosciute. Attenta letteratura[30] ricorda come il soggetto collettivo "non personificato" non avesse accesso al mondo del diritto. Va altresì sottolineato, al fine di comprendere il clima degli anni '40, che, durante i lavori preparatori del primo libro del codice civile, si formò una corrente di pensiero fortemente contraria alla possibilità di introdurre nella nuova codificazione una disciplina per le associazioni non riconosciute e per i comitati che non avessero acquisito la personalità giuridica, "sul presupposto che essa avrebbe scalfito l'unità sistematica tra soggetto e persona giuridica"[31]. Gli enti non personificati non furono considerati soggetti fino agli anni '70, in questo senso deponeva una tenace e – sia consentito – testarda giurisprudenza, anche di legittimità, la quale affermava che "le associazioni non riconosciute non costituiscono soggetti autonomi di diritto", ragion per cui "la titolarità dei rapporti giuridici spetta non già all'associazione come entità giuridica a sé stante, ma al gruppo degli associati considerati *uti singuli*: e lo stesso patrimonio dell'associazione, cui pure la legge imprime una certa autonomia, forma oggetto di un rapporto di comproprietà di cui sono partecipi i singoli associati. Di conseguenza, la legittimazione negoziale degli amministratori si inquadra nello schema della rappresentanza anziché in quella del rapporto organico; e l'estensione dei loro poteri va determinata non già alla stregua delle norme che regolano la rappresentanza organica delle persone giuridiche, ma secondo quelle generali sul mandato, tra le quali figura la norma per cui il mandato concepito in

[30] DEL PRATO, E.: "L'ente privato come atto di autonomia", *Riv. dir. civ.* (2009), p. 451 ss.
[31] DEL PRATO, E.: "L'ente privato come atto di autonomia", cit., p. 453, nota 14.

termini generali non legittima il mandatario al compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione"[32].

Questo atteggiamento è perdurato negli anni. Radicata è stata la convinzione che gli enti di fatto fossero organizzazioni che potessero sviluppare la propria attività ed efficacia soltanto al loro interno. La percezione di soggetto giuridico è stata assegnata a questi enti, come viene ricordato, molto dopo l'entrata in vigore del codice del 1942. Si è visto che soltanto dagli anni '70[33] la giurisprudenza ha iniziato a riconoscere a tali enti la connotazione di soggetto giuridico, articolato in organi. Lo stesso è a dirsi con i comitati, ai quali soltanto negli anni '80[34] è stata concessa piena cittadinanza tra i soggetti giuridici.

Così si spiega perché il legislatore italiano solamente nel 2000 è potuto intervenire con le riforme degli artt. 600 (in tema di acquisti *mortis causa*), 782 e 786 (in tema di donazioni), e 17 c.c., che fino ad allora avevano letteralmente discriminato simili enti da quelli riconosciuti.

Il dubbio, in merito al tema che ci occupa, è dunque di un altro tipo. Ossia se il contratto, come il *trust*, abbia attitudine a creare un soggetto di diritto.

Sul tema è possibile mutuare il ragionamento sugli enti non riconosciuti, proposto qualche anno fa da sensibile letteratura, e proiettarlo al *trust* di scopo (Onlus).

Questi i termini della questione. Se il contratto crea un centro di interessi e se l'accordo associativo crea a sua volta un centro di interessi collettivo, bisogna comprendere se "la creazione del soggetto collettivo coincida con la creazione del centro di interessi"[35].

Secondo parte della dottrina, l'attenzione deve spostarsi sul modo in cui l'organizzazione si pone nell'attività giuridica, non guardando al dato formale della personalità. Ci si richiama alla prassi delle società: l'iscrizione nel registro delle imprese, da cui deriva l'acquisto della personalità giuridica, non caratterizza le sole società di capitali, ma tutte le società commerciali, anche quelle "prive dell'etichetta della personalità. Ne segue che, una volta eliminato il momento dell'omologazione e rimessa al notaio rogante la

[32] Cass., 26 aprile 1960, n. 927, *Giur. it.* (1961), I, 1, c. 185 ss., superata soltanto da Cass., 16 novembre 1976, n. 4252, *Foro it.* (1977), I, c. 1482 ss., come riportato da DEL PRATO, E.: "L'ente privato come atto di autonomia", cit., p. 454, spec. nota 16.

[33] Cass., 16 novembre 1976, n. 4252, *Foro it.* (1977), I, c. 1482 ss.

[34] Cass., 12 giugno 1986, n. 3898, *Giust. civ.* (1986), I, p. 2786 ss.; Cass. 23 giugno 1994, n. 6032, *Foro it.* (1995), I, c. 1268 ss.

[35] DEL PRATO, E.: "L'ente privato come atto di autonomia", cit., p. 459.

valutazione circa il rispetto dei requisiti normativi delle società di capitali, l'attitudine alla creazione del soggetto è integralmente attribuita al contratto"[36].

Altro tema ostativo potrebbe essere l'attitudine del contratto a costituire un soggetto giuridico con efficacia *erga omnes*. Nello specifico i dubbi muovono dalla posizione secondo la quale il contratto costituirebbe l'ente, ma non sarebbe in grado di rendere opponibile ai terzi la sua struttura organizzativa. In realtà, ciò che sarebbe limitato è soltanto la rappresentanza organica dell'ente e non l'applicabilità delle comuni regole di rappresentanza (si pensi agli artt. 1387 ss., derogato dagli artt. 2384, comma 2, e 2475 c.c.), ammettendo così di opporre ai terzi gli atti dell'ente[37]. In tal modo il citato orientamento giunge ad affermare che "il fondamento dell'opponibilità risiede nell'atto di autonomia privata, il quale costituisce il primo momento dell'attività in cui si sostanzia il gruppo organizzato"[38].

In definitiva, secondo questa impostazione non sarebbe peregrino affermare che il soggetto collettivo è effetto del contratto associativo e dunque che il contratto associativo è efficace *erga omnes*: un effetto del tutto peculiare, estraneo alla disciplina generale del contratto *ex* art. 1372 c.c., e solo induttivamente ricavabile dal regime dei gruppi organizzati.

L'ultima questione che rimane aperta attiene espressamente alla possibilità di ritenere gli atti unilaterali idonei a creare un soggetto giuridico. I dati normativi e gli istituti disseminati nel sistema, tuttavia, rendono possibile rispondere in maniera affermativa all'interrogativo.

Le fondazioni originano da un atto unilaterale, altrettanto è ammesso per la società per azioni (art. 2328, comma 1, c.c.) e per la società a responsabilità limitata (art. 2463, comma 1, c.c.). Inoltre la costatazione offerta dalla letteratura summenzionata secondo la quale l'iscrizione nel registro delle imprese, da cui deriva la personalità giuridica, non incide sull'atto di autonomia privata, depone nel senso che il medesimo atto possa realizzare la nascita di un soggetto entro i diversi modelli approntatati dal legislatore. Si spiega così perché parte della dottrina[39] e della giurisprudenza, in maniera acuta, considerano possibile creare un comitato con un atto unilaterale[40], che

[36] DEL PRATO, E.: "L'ente privato come atto di autonomia", cit., p. 460.

[37] DEL PRATO, E.: "L'ente privato come atto di autonomia", cit., p. 460. ID., "Organizzazione associativa e rappresentanza sostanziale", *Quadr.* (1991), p. 410 ss. Cfr. anche PERSICO, G.: "Sui poteri degli organi delle associazioni non riconosciute", *Riv. dir. civ.* (1962), II, p. 84 ss.

[38] DEL PRATO, E.: "L'ente privato come atto di autonomia", cit., p. 461.

[39] DEL PRATO, E.: "L'ente privato come atto di autonomia", cit., p. 462.

[40] Cass., 23 giugno 1994, n. 6032, cit.

costituisce un modello affine alla fondazione[41], ed anche un'associazione non riconosciuta, quando l'atto unilaterale costitutivo dell'ente sia delineato in modo funzionale all'adesione di terzi (art. 1332 c.c.), come avviene per le società unipersonali di capitali, la cui vigenza prescinde dal numero dei soci. L'atto unilaterale allora a ben ragione può possedere la medesima attitudine creativa del contratto (art. 1324 c.c.). Sì che non vi sono ragioni per non considerarlo funzionalmente utile per costituire un centro di interessi, un soggetto giuridico, per il quale non è tassativamente previsto un contratto, come avviene, almeno di regola, per altre figure quali le società di persone, dove la componente personalistica appare, per la natura della fattispecie, indispensabile e fortemente caratterizzante l'istituto.

Se, dunque, è vero che estendere tale soggettività al *trust* unilaterale autodichiarato appare forse più una provocazione, è altrettanto vero, in virtù degli orientamenti richiamati, che non è possibile negare, in maniera aprioristica, a particolari ipotesi di *trust*, la soggettività giuridica, come nel caso di *trust* Onlus. Nel *trust* Onlus, che ha struttura principalmente bilaterale, è possibile rintracciare la componente prettamente patrimoniale, più che personale, lo scopo solidaristico, tutti elementi che rendono assimilabile questa figura ad enti, quali la fondazione.

Ciò comporta che se da un lato è comprensibile la posizione, dalla quale siamo partiti, di coloro che negano la soggettività al *trust*, è pur vero, per altro verso, che un simile orientamento non può essere generalizzato ed applicato in maniera indiscriminata, là dove, diversamente, mediante la verifica dei requisiti richiesti dalla legge – come quelli previsti dall'art. 10, d.lgs. n. 460/97 –, delle modalità di costituzione del *trust* Onlus, della sua funzione volta a perseguire un interesse solidaristico, si possa giungere, senza timori di sorta, all'assimilazione di questa figura a quelle tipicamente disciplinate nel codice civile.

Muovendo da questa prospettiva, torniamo, nuovamente, su alcuni dei requisiti che il *trust* deve rispettare per ottenere la qualifica di Onlus ed analizziamoli nello specifico.

In primo luogo, l'istituzione del *trust* deve avvenire per atto pubblico o scrittura privata autenticata, come richiede l'art. 14 c.c. sugli enti "tipici"; il *trust* deve perseguire scopi di solidarietà sociale, operando per esempio nel settore della beneficenza, come previsto questa volta dall'art. 16 c.c., in tema di associazioni e fondazioni; la sua denominazione deve recare l'acronimo "Onlus", anche nei rapporti con i terzi, ossia un'indicazione simile a quella prevista per gli enti sempre dall'art 16 c.c.; l'atto istitutivo di *trust* a scopo

[41] Cfr. Cass., 12 giugno 1986, n. 3898, cit.

benefico deve contenere delle clausole che prevedano il perseguimento di finalità sociali, allo stesso modo dell'art 16 c.c.; nell'atto istitutivo di *trust* deve essere previsto il divieto per il *trustee* di distribuire utili o avanzi di gestione e l'obbligo di redigere un bilancio o un rendiconto annuale, come prescrive l'art. 16, il quale, in tema di amministrazione degli enti, rimanda all'art. 1713 c.c. sul mandato; ancora, in caso di cessazione del *trust* a scopo benefico – aspetto questo molto interessante –, il patrimonio deve essere devoluto ad altre Onlus o a fini di pubblica utilità, come similmente prevede l'art. 32 c.c.

Va altresì rimarcato, che tutti gli adempimenti formali indicati consentono di riconoscere tali "enti" dalla Direzione Regionale dell'Agenzia delle Entrate come idonei a soddisfare i requisiti della legge Onlus, determinandone la conseguente iscrizione nella relativa Anagrafe, con effetti innegabili anche di pubblicità, come parimenti disposto dall'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000 (art. 34 c.c. abrogato).

Oltre a questi parallelismi, è utile, infine, un richiamo alla prassi negoziale. Nel caso in cui il *trustee* chiamato all'eredità amministri un *trust* Onlus, nelle clausole del *trust*, è sempre più frequente la consuetudine di riferirsi all'art 473 c.c., secondo il quale – come è noto –, in ossequio all'art. 17 c.c., l'accettazione delle eredità "devolute alle persone giuridiche o ad associazioni, fondazioni ed enti non riconosciuti non può farsi che col beneficio d'inventario". Diversamente, la disposizione testamentaria con la quale si istituisce erede un *trust* tradizionale deve essere letta nel senso che chiamato non è il *trust* come soggetto, ma il *trustee*, persona fisica, come erede che, dunque, può in caso di accettazione decidere se redigere inventario o no[42]. Opzione questa, negata, lo ripetiamo, per il *trust* Onlus. Una spia, dunque, l'ennesima per avvicinare il *trust* Onlus alla disciplina degli enti.

Tutto ciò premesso, sorgono, dunque, alcuni quesiti: è opportuno o no interrogarsi quanto meno sulla possibilità di assimilare la figura del *trust* Onlus a quella della fondazione, considerandolo un soggetto giuridico[43]? Possono queste disposizioni, appena elencate, qualificarsi di diritto tributario e non di diritto civile? Quando l'art. 10 della legge Onlus discorre di associazioni, comitati, fondazioni, società cooperative e di "altri enti di carattere privato", nel cui significato si fa rientrare anche il *trust* a scopo benefico, si riferisce a categorie di diritto tributario o di diritto civile? Se nella formazione di un contratto di *trust* Onlus, come indicato da alcuni autori[44],

[42] LA TORRE, G. e SARRO, R.: "Il *trust* chiamato all'eredità", *Trusts* (2011), p. 328.
[43] In questa direzione cfr. DI LANDRO, A.C.: "*Trusts* Onlus", *Trusts* (2010), p. 570 ss.; MOLINARI, M.: "Il *trust* Onlus: un'applicazione pratica", *Trusts* (2010), p. 575 ss.
[44] MOLINARI, M.: "Il *trust* Onlus: vince ancora la prassi virtuosa dei trust interni", *Trusts* (2012), p. 26.

vengono rispettate le disposizioni legislative ed amministrative in materia di Onlus, testé citate, che prevedono tali rigidi controlli (sul bilancio, sulla gestione del patrimonio etc.), appare davvero così peregrino immaginare di considerare questa specifica figura di *trust* come un ente di diritto privato? Perché allora non iniziare a riconcepire le discipline al di là delle categorie in base agli interessi perseguiti?

Il meccanismo del *trust* Onlus, avvicinabile a quello *charitable* di matrice inglese, dovrebbe imporre soluzioni particolari, diverse dalle altre ipotesi di *trust*. La prassi internazionale, altresì, reclama un scelta di campo di questo tipo. Ad esempio, i *public interest trusts*, i *public charitable trusts* e i *trusts implied by law*, soltanto per citarne alcuni, comportano l'impossibilità di approcciarsi a tali fattispecie alla stessa maniera. Anche parte della letteratura inglese evidenzia come l'avvicinamento di queste figure particolari alla "categoria" dei *trusts* e degli enti *latu sensu* determinano la "corporatisation of trusts in modern trusts law practice"[45].

Nel nostro Paese si fanno strada ipotesi di *trust* di pubblico interesse, anche in senso ampio. Si pensi all'ipotesi paventata per salvare aziende come Alitalia con un *trust* nazionale, alla possibilità di utilizzare il *trust* nelle università italiane, proprio al posto delle fondazioni, o per la tutela del patrimonio culturale e artistico, o si pensi al ricorso al *trust* in funzione antimafia per la gestione dei patrimoni confiscati[46].

È dall'attività del soggetto, dagli interessi perseguiti che si deve ripartire per ricercare la qualificazione e, così, la disciplina della fattispecie, non limitandosi a categorie precostituite lontane dalla prassi nazionale ed internazionale. In questa prospettiva, va condivisa appieno quella letteratura che afferma come un soggetto giuridico nasca "dalla forza dell'effettività: un fenomeno, questo, che segna una non timida rivincita della giuridicità naturale su quella positiva"[47], a volte – sia concesso – troppo statica.

---

[45] Cfr. HUDSON, A.: *Equity & trusts*, London (2001), *passim*, anche in *www.alastairhudson.com*, richiamato con puntuali osservazioni da DI LANDRO, A.C.: "Applicazioni dei *trust* in materie di pubblico interesse", cit., p. 491.

[46] Ipotesi queste di DI LANDRO, A.C.: "Applicazioni dei *trust* in materie di pubblico interesse", cit. p. 492 e MOLINARI, M.: "Il *trust* Onlus", cit., p. 26. In merito al *trust* come strumento per gestire patrimoni appartenenti alla mafia, cfr. Trib. Crotone, 29 settembre 2008, *Trusts* (2009), p. 37; Trib. Crotone, 26 maggio 2009, *Trusts* (2009), p. 650. V., anche, BANCONE, V.: "Tecniche di filantropia: il ruolo del *trust* nel modello delle fondazioni di comunità", *Trusts* (2010), p. 46.

[47] DEL PRATO, E.: "L'ente privato come atto di autonomia", cit., p. 463, che sottolinea la posizione, in senso contrario, di FERRARA SR., F.: *Le persone giuridiche*, in *Tratt.* Vassalli, 2ª ed., con note di F. Ferrara jr., Torino (1956), p. 409, il quale affermava che gli enti non riconosciuti dovevano avere una posizione che "è e deve essere inferiore a quella delle

In conclusione, questo breve contributo sul tema del *trust* autodichiarato e del *trust* Onlus prova a ribadire che il diritto non va studiato per settori – tributario, civile etc.[48] – ma per problemi. "La disciplina si costruisce per ipotesi simili, la norma richiede un interprete ragionevole che sappia seguire il modello, adattando dalla figura legale la regola per la figura analoga, per la propria fattispecie, non un interprete che sia un imitatore servile della norma; tanto più che sovente la normativa da applicare è frutto di collegamenti tra più disposizioni, o tra frammenti di disposizione"[49].

persone giuridiche", una "posizione precaria, fragile, incresciosa, [...] inadeguata e non corrispondente all'intenzione delle parti. […] Farebbe meraviglia se non fosse così!".

[48] Per un'interessante lettura delle fattispecie nell'ottica del rapporto tra diritto civile e diritto tributario, v. PERLINGIERI, G.: *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli (2012), pp. 7 ss. e 38 ss.

[49] PERLINGIERI, P. e FEMIA, P.: *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Napoli (2004), p. 169.

MATERNITÀ SURROGATA E TUTELA DELL'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE: UNA LETTURA CRITICA ALLA LUCE DI UN RECENTE INTERVENTO DELLA CORTE EDU·

SURROGATE MOTHERHOOD AND BEST INTEREST OF THE CHILD: A CRITICAL READING IN THE LIGHT OF A RECENT JUDGMENT OF THE COURT EDU

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 287-312.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

· Progetto di ricerca MINECO DER2013-47577-R, "Impacto social de las crisis familiares".

Dr. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Borsista presso la Scuola di Specializzazione
in Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino
giobertidemarinis@libero.it

RIASSUNTO: Il lavoro si propone di analizzare le problematiche connesse alla difficoltà di riconoscere l'instaurazione di validi vincoli di filiazione nella maternità surrogata alla luce di un recente intervento della Corte EDU. Viene evidenziato come l'esigenza sicuramente irrinunciabile di proteggere l'interesse del minore, non può portare a riconoscere -anche se indirettamente- la tutelabilità di condotte illecite praticate dalla coppia committente.

PAROLE CHIAVE: Procreazione medicalmente assistita; maternità surrogata; filiazione; interesse superiore del minore.

ABSTRACT: The paper aims to analyze the issues related to the difficulty of recognizing the creation of valid parental relationship in case of surrogate motherhood with regard a recent intervention of the Court of Human Rights. Is highlighted as the essential requirement of protecting the interests of the child, can not lead to recognize - even indirectly - the protectability of illegal conduct practiced by the couple.

KEY WORDS: Medically assisted procreation; surrogate motherhood; filiation; best interest of the child.

SOMMARIO: I. LA MATERNITÀ SURROGATA: IL QUADRO NORMATIVO ED IL CASO PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA.- II. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ITALIANI IN TEMA DI MATERNITÀ SURROGATA.- III LA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA EDU IN TEMA DI MATERNITÀ PER SOSTITUZIONE.- IV. LE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA EDU PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA. – V. CONSIDERAZIONI CRITICHE. – VI. VONTÀ E FILIAZIONE: INOPPORTUNITÀ DI RICONOSCERE - PUR INDIRETTAMENTE – GLI EFFETTI PRODOTTI DA GESTAZIONI PER SOSTITUZIONE.

"*Dance me to the children who are asking to be born*"
Leonard Cohen, *Dance me to the end of love*

I. LA MATERNITÀ SURROGATA: IL QUADRO NORMATIVO ED IL CASO PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA.

L'avvento di nuove tecnologie utilizzabili in ambito procreativo ha prodotto non secondarie problematiche in relazione alla creazione artificiale non solo della vita umana ma anche dei relativi rapporti di filiazione che derivano dalla stessa[1]. Ciò si percepisce in tutta la sua evidenza in relazione alla c.d. maternità surrogata[2] in funzione della quale una coppia committente si avvale di altra donna che porta a termine il parto al fine di mettere al modo un figlio[3].

[1] In una prospettiva generale, v. PERLINGIERI, P.: "Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica", in ID.: *La persona e i suoi diritti*. Napoli (2005): ESI, pp. 174 ss.; ID., "L'inseminazione artificiale tra princípi costituzionali e riforme legislative", in ID.: *La persona e i suoi diritti*, cit., pp. 183 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed. Napoli (2006): ESI, pp. 773 ss.

[2] Si veda, fin d'ora, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Reprodución humana asistida", *Rev. Boliviana de Derecho* (2009), pp. 207 ss.

[3] Per qualche considerazione preliminare, CLERICI, D.: "Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di maternità: problemi giuridici", *Dir. fam. pers.* (1987), pp. 1011 ss.; SISTO, F.P.: "Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione", *Dir. fam. pers.* (1987), p. 1467; BALDINI, G.: "Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità", *Dir. fam. pers.* (1999), pp. 579 ss.; CASSANO, G.: "Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?", *Fam. dir.* (2000), pp. 162 ss.; SESTA, M.: "Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?", *Nuova giur. civ. comm.* (2000) II, pp. 203 ss.; ZATTI, P.: "Maternità e surrogazione", *Nuova giur. civ. comm.* (2000) II, pp. 202 ss.; CORTI, I.: *La maternità per sostituzione*. Milano (2000): Giuffrè; ID.: "La maternità per sostituzione", in AA.VV.: *Trattato di Biodiritto*, II, *Il governo del corpo*, 2. (a cura di S. RODOTÀ e P. ZATTI). Milano (2011): Giuffrè, pp. 1479 ss.; ROSSI CARLEO, L.: "Maternità surrogata e status del nato", *Familia* (2002), pp. 377 ss.; CASSONE,

Va subito segnalato che tale fenomeno, lungi dal configurarsi in maniera unitaria, assume diverse sfaccettature che comportano l'emersione di distinte problematiche coinvolgendo una molteplicità di interessi e di soggetti che, a seconda dei casi, partecipano al processo procreativo in varia misura e con diversa rilevanza[4]. Basti pensare che la madre surrogata può risultare coinvolta solo quale gestante senza contribuire geneticamente alla creazione dell'embrione che, in tali casi, potrà essere generato attraverso i gameti della coppia committente o attraverso quelli di terzi donatori; ovvero potrà partecipare con il proprio materiale genetico alla creazione dell'embrione che poi porterà in grembo fino al parto. Nel caso in cui si usufruisca di donatori esterni, inoltre, il materiale genetico che forma l'embrione potrà provenire parzialmente dalla coppia committente (sia per parte paterna che materna) o totalmente da soggetti estranei[5].

Come pare evidente dalla breve introduzione, quello della maternità surrogata è un problema di estrema complessità e delicatezza e che, proprio per le diverse sembianze nelle quali si presenta, non può che ricevere un distinto giudizio in ambito giuridico. Va subito precisato che sembra opportuno, al fine di analizzare in maniera il più possibile coerente ed equilibrata tale problematica, scindere le vicende attinenti la maternità surrogata in due profili che, nonostante connessi, risultano però separati: da un lato la liceità e meritevolezza degli accordi fra coppia committente e donna gestante e,

F.: "La surroga materna tra tutela dell'integrità e diritto alla salute", *Riv. crit. dir. priv.* (2008), pp. 103 ss. Per la prospettiva spagnola v., da ultimo, BATALLER I RUIZ, E.: "Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sostitución", *Actualidad Juridica Iberamericana* (2015), 2, pp. 777 ss. In chiave comparatistica, v. TORINO, R.: "Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia", *Familia* (2002), pp. 179 ss.

[4] Tutto trae origine dalla evoluzione sociale e scientifica che ha caratterizzato la nostra epoca storica. Si vedano, sul punto, le riflessioni di MARINELLI, F.: *Scienza e storia del diritto*, 3ª ed. Roma-Bari (2012): Laterza, p. 206, ove fa notare: "Un tempo, infatti, la vita e la morte erano sostanzialmente rimesse al caso o al volere di Dio, o quantomeno venivano accettate come situazioni che per lo più sfuggivano al controllo umano, poiché la medicina non si era ancora sviluppata compiutamente. Oggi non è più così, in quanto gli uomini pretendono di decidere essi stessi se e quando far nascere una vita e quando e come farla finire".

[5] Appare evidente la profonda differenza fra le ipotesi prospettate che vanno dalla "meno problematica" in cui l'embrione viene generato con i gameti dei committenti e "semplicemente" portato in grembo dalla madre surrogata (c.d. affitto d'utero), a quella più complessa in cui due genitori committenti ottengono l'impianto di un embrione nel ventre di una madre surrogata il quale, però, è formato con il materiale genetico di soggetti terzi. In tale ultimo caso, come pare evidente, i soggetti coinvolti sono ben cinque e, paradossalmente, coloro che chiedono l'instaurazione di un rapporto di filiazione con il nato sono proprio coloro che in nulla hanno contribuito alla produzione del feto se non attraverso la mera volontà di iniziare un procedimento procreativo utilizzando materiale genetico e capacità riproduttiva di terze persone.

dall'altro, l'individuazione della maniera corretta attraverso la quale un ordinamento evoluto debba rapportarsi al fatto che un bambino sia nato – pur se in violazione di un eventuale divieto - da surroga di maternità[6].

Sotto tale profilo, prima di passare ad analizzare i punti centrali della problematica alla luce dei più recenti interventi giurisprudenziali interni ed europei, sembra opportuno soffermarsi per un attimo sui dati normativi che disciplinano la materia in Italia. Come noto, infatti, le tecniche di procreazione medicalmente assistite sono state disciplinate in Italia attraverso la l. 19 febbraio 2004, n. 40[7] che all'art. 12, comma 6, vieta in maniera espressa la maternità per sostituzione facendola, peraltro, oggetto di sanzioni di natura penale e pecuniaria[8]. Per quanto concerne, invece, la creazione di rapporti di filiazione, centrale appare la disposizione contenuta nell'art. 269, comma 3, c.c. che disciplina i rapporti di filiazione fra la madre ed il nascituro in funzione dell'evento "parto" attribuendo la qualità di "madre" alla donna che materialmente ha dato alla luce il figlio[9]. Ed è proprio sotto tale ultimo aspetto che si è concentrata in maniera maggiormente attenta l'attenzione degli interpreti per il semplice fatto che la disposizione di riferimento appare evidentemente il frutto di un'epoca storica nella quale non poteva assolutamente ipotizzarsi una scissione fra figlio e genitori genetici[10]. Come pare evidente, però, oggi tale scissione è tecnicamente possibile e, tutto ciò, ha portato ad interrogarsi su chi debbano essere considerati "genitori" nel caso di procreazione attraverso tecniche di maternità surrogata nella quale, lungi dal poter affermare l'unicità della figura genitoriale, vi sono una molteplicità di potenziali "mamme" e/o "padri" che, ciascuno per via

[6] Il problema riguarda, prevalentemente, la possibilità di riconoscere efficacia all'interno dell'Italia ad atti di nascita formati all'estero nei confronti di un minore nato da maternità surrogata. Su tale profilo generale, TONOLO, S.: "La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", *Riv. dir. int. priv. proc.* (2014), pp. 81 ss. Nella prospettiva spagnola, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sostitución", *Diario La Ley* (2010), núm. 7501.

[7] Per qualche riferimento generale sul punto, si veda, volendo, BERTI DE MARINIS, G.: "Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita", *Resp. civ., prev.* (2014), pp. 1716 ss.; ID.: "La jurisprudencia italiana en materia de reproducción asistida", *Actualidad Juridica Iberoamericana* (2015), núm. 2, pp. 761 ss.

[8] "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

[9] "La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre".

[10] V., sul punto, PORCELLI, M.: "La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo", *Dir. fam. pers.* (2012), pp. 1765 ss.

diversa, potrebbe richiedere l'istaurazione di un vincolo di filiazione con il nascituro[11].

Ed è proprio all'interno di tale problematica che va inquadrata la recente sentenza della Corte EDU del 17 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia[12], che si pronuncia su una vicenda che riguarda i due coniugi Paradiso e Campanelli i quali si erano recati in Russia e, dietro pagamento della somma di 50.000 euro, avevano individuato una madre surrogata la quale avrebbe condotto a compimento la gestazione di un embrione formato attraverso gameti assolutamente non riconducibili alla coppia committente in quanto appartenenti a terzi donatori. Nato il bambino, la coppia committente ottiene il riconoscimento della filiazione in Russia – in cui tali tecniche sono legali – ma non riesce ad ottenere l'iscrizione del certificato di nascita in Italia stante il divieto di maternità surrogata e la totale assenza di qualunque derivazione genetica del figlio rispetto alla coppia che ne reclama la genitorialità. Il figlio, privo dunque di genitori, viene dichiarato in stato di abbandono, viene prontamente allontanato dai coniugi Paradiso e Campanelli e, successivamente, affidato ad altra famiglia per l'adozione. Nonostante si tornerà diffusamente in seguito sul punto, giova da subito segnalare che la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU poiché i provvedimenti dei giudici interni con i quali era stato allontanato il minore dalla coppia committente hanno concretizzato una illegittima e sproporzionata intrusione nella vita privata e familiare dei ricorrenti. Tali atti, infatti, sarebbero stati assunti dallo Stato italiano senza tenere nella debita considerazione il superiore interesse del minore.

Il modesto scopo del presente lavoro è quello di analizzare la pronuncia in parola alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali nazionali ed europei al fine di individuare le sue possibili ricadute pratiche sulla concreta disciplina della maternità surrogata.

---

[11] DELL'UTRI, M.: "Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione", *Resp. civ. prev.* (2010), p. 361, il quale, notando le distinte conformazioni che può assumere la c.d. maternità surrogata, evidenzia come "le diverse ipotesi rassegnate inducono all'articolazione di altrettante nozioni di «maternità»: potendo riservarsi, alla donna cui risale l'ovocita fecondato, la qualità di madre «genetica»; a quella che ha condotto la gestazione, la nozione di madre «biologica»; ed infine alla donna che ebbe a determinare il procedimento procreativo, con l'originaria scelta della maternità, e ad esprimere la volontà di assumere, in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato (la c.d. madre «committente»), la nozione di madre «sociale»".

[12] La sentenza è disponibile sul sito http://hudoc.echr.coe.int ed in *Foro it.* (2015) IV, c. 117, con nota di CASABURI, G.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata".

II. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ITALIANI IN TEMA DI MATERNITÀ SURROGATA.

In quest'ottica, partendo dal panorama nazionale, va immediatamente segnalato come questo appaia non univoco in relazione alla tutela giuridica da riconoscere alla coppia committente[13]. Celebre è il caso deciso dal Tribunale di Monza[14] nel quale una coppia si rivolge ad una madre surrogata che acconsente dietro corrispettivo a sottoporsi ad una inseminazione artificiale con il seme del marito della coppia committente. Nata la figlia, però, la madre surrogata si rifiuta di consegnare la minore e, quindi, la coppia committente agisce per l'esecuzione del contratto di maternità surrogata. Nel caso di specie il Tribunale ritiene nullo il contratto di maternità surrogata poiché, oltre ad individuare una violazione dell'art. 269 c.c. che attribuisce la maternità alla donna che ha partorito il figlio, prospetta anche un contrasto con l'art. 5 c.c. che nel disciplinare gli atti di disposizione del proprio corpo,

[13] Anche parte della dottrina ha avallato, pur con giustificazioni diverse, tale soluzione in relazione all'impossibilità di riconoscere alcun rapporto giuridico fra madre committente e nato. Si veda, a tal proposito, TRABUCCHI, A.: "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Riv. dir. civ.* (1986) I, p. 501, il quale, in relazione alla posizione assunta dalla partoriente, pur distinguendo l'ipotesi della "madre in affitto" (che, oltre a portare a termine la gestazione, contribuisce geneticamente alla formazione del feto) dall' "affitto del ventre" (in cui la madre surrogata si limita a portare a termine la gestazione), afferma che "il risultato ci darà sempre la maternità riconosciuta alla partoriente. Corrispondentemente, ogni diritto viene escluso per la datrice del germe vitale. A questa conclusione si arriva, non per negare valore di elemento primo della nuova vita ma per una necessaria valutazione comparativa, fatta dall'ordine giuridico nel presupposto che a ciascuno una madre soltanto può venire riconosciuta nella premessa di un elementare rapporto di vita". Nessun rapporto, quindi, si creerebbe con la coppia committente. Su posizioni sostanzialmente analoghe, AULETTA, T.: "Fecondazione artificiale: problemi e prospettive", *Quadrimestre* (1986), pp. 55 ss. Si veda, pure, quanto affermato da LIPARI, N.: "La maternità e la sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive", *Rass. dir. civ.* (1986), pp. 575 ss.; D'ADDINO SERRAVALLE, P.: *Ingegneria genetica e valutazione del giurista.* Napoli (1989): ESI, pp. 99 ss., i quali fondano la propria posizione sul fatto che la stessa Costituzione, all'art. 31, parla di "maternità" intendendola su di un piano relazionale ricavabile dal "rapporto" che si crea fra figlio e donna che lo porta in grembo. Sotto un profilo più generale, poi, altra parte della dottrina ha evidenziato come l'impossibilità di riconoscere la nascita di qualsivoglia vincolo giuridico fra coppia committente e minore trova ulteriore giustificazione alla luce della sua efficacia deterrente che sarebbe necessaria al fine di consolidare il divieto di praticare tali forme di gestazione previsto dalla l. n. 40 del 2004. In questo senso, BARELA, V.: "La regolamentazione delle strutture autorizzate e la disciplina dei divieti e delle sanzioni", in AA.VV.: *Procreazione assistita* (a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE). Milano (2004): Giuffrè, p. 200. Sul punto, da ultimo, v. le riflessioni di VESTO, A.: "Maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam. dir.* (2015), pp. 309 ss.

[14] Trib. Monza, 27 ottobre 1989, *Dir. fam. pers.* (1991), pp. 191. Su cui, v. PALMERI, G.: "*Maternità «surrogata»: la prima pronuncia italiana"*, *Giur. it.* (1990) I, p. 296 ss. Si vedano, pure, le riflessioni di POLIDORI, S.: "Illiceità della funzione negoziale e reato", *Rass. dir. civ.* (2012), p. 521.

ne vieta la legittimità in tutti i casi in cui comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o siano contrari all'ordine pubblico ed al buon costume. Ciò evidenzia come un atto di disposizione sui propri gameti, oltre a porre problemi in termini di contrarietà all'ordine pubblico ed al buoncostume, dovrebbe sempre risultare revocabile poiché sarebbe qualificabile quale atto dispositivo di un diritto della personalità.

Molto più recente è invece la sentenza pronunciata dalla Corte d'Appello di Bari[15] che, in un caso del tutto simile, si è invece dimostrata favorevole al riconoscimento di un legame di filiazione nei confronti della madre committente. La vicenda trae origine, questa volta, da una surroga di maternità avvenuta in Inghilterra con la quale una coppia (moglie italiana e marito inglese) ottiene l'impegno da parte di una cittadina inglese – poi integralmente adempiuto dalla stessa – di portare a termine una gravidanza generata con il proprio materiale genetico e quello del marito della coppia committente. Nato il figlio, lo stesso viene consegnato alla coppia che ottiene dalle Corti inglesi il riconoscimento del vincolo di filiazione (*parental order*). Il problema sorge, però, quando la coppia chiede il riconoscimento del *parental order* inglese in Italia dove gli viene rifiutato. La Corte barese, tuttavia, non rinviene nel caso di specie una violazione dei principi di ordine pubblico che vieterebbero il riconoscimento di efficacia interna ai provvedimenti stranieri poiché ritiene che tale nozione vada necessariamente valutata alla luce del caso concreto e, in particolare, per quello che qui interessa, in relazione al c.d. *best interest of the child* che verrebbe leso dal mancato riconoscimento del vincolo di filiazione fra il bimbo e la coppia con la quale vive stabilmente ormai da anni[16].

Tale orientamento maggiormente accondiscendente verso la possibilità di riconoscere un vincolo di filiazione fra nato e coppia committente[17], trova

[15] Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009, *Resp. civ. prev.* (2010), p. 349. In senso parzialmente analogo, più di recente, Trib. Napoli, 1 luglio 2011, *Corr. merito* (2012) I, p. 13.

[16] V., sul punto, DE TOMMASI, M.C.: "Riconoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004", *Fam. dir. (*2010), pp. 277 ss.

[17] Va segnalato come anche tale posizione non sia rimasta priva di riscontri dottrinali uniti dall'intento di riconoscere, pur se in misura diversa e con diversa estensione, la possibilità di individuare la nascita di un vincolo di filiazione fra nato e coppia committente. In questo, infatti, una parte della dottrina ha fatto riferimento al concetto di "maternità responsabile" che dovrebbe portare ad attribuire il legame parentale ad i soggetti che non solo abbiano in qualche misura partecipato al processo procreativo, ma che sommino a tale dato materiale, anche quello psicologico di voler essere genitori. Si veda, in tal senso, SANTOSUOSSO, F.: *La fecondazione artificiale umana*. Milano (1984): Giuffrè, pp. 57 ss.; ZATTI, P.: "Artificio e "natura" nella procreazione (Note a margine dei progetti legislativi)", *Riv. crit. dir. priv.* (1986), p. 698; GORASSINI, A.: "Procreazione (dir. civ.)", *Enc. dir.*, XXXVI, Milano (1987): Giuffrè, p. 963; VERCELLONE, P.: "La fecondazione artificiale", *Pol. dir.*

ulteriore conferma in un caso in cui la Corte d'Appello di Torino[18], non discostandosi dalla precedente pronuncia della Corte d'Appello di Bari, riconosce il rapporto di filiazione fra il nato, la madre genetica e la moglie di quest'ultima che lo ha partorito. Questo il caso: una coppia di donne sposate in Spagna ottiene la fecondazione dell'ovulo di una di queste attraverso il seme di un donatore esterno e l'embrione così formato viene impiantato nell'utero dell'altra donna che forma la coppia la quale porta a termine la gravidanza e partorisce il figlio. Ottenuta l'iscrizione dell'atto di nascita in Spagna, la coppia chiede che lo stesso venga registrato anche in Italia e, avverso un primo rifiuto, ricorre al giudice il quale valorizza il superiore interesse del minore a vedersi legalmente attribuito il diritto di essere riconosciuto figlio di entrambe le donne. Essendosi formato legittimamente tale stato di filiazione all'estero, i possibili profili di contrasto con l'ordine pubblico devono cedere di fronte all'esigenza di garantire una piena tutela al minore.

Sempre per la validità dei contratti di maternità surrogata – e, di conseguenza, per la sua produttività di effetti anche sotto il profilo del rapporto di filiazione - sembra propendere, pur in una vicenda del tutto diversa dalle precedenti, il Tribunale di Roma[19] che è chiamato a pronunciarsi sulla tematica poiché una coppia – prima dell'emanazione della l. n. 40 del 2004 - aveva concluso con un medico l'accordo con il quale quest'ultimo si era obbligato a praticare la surrogazione di maternità non appena la coppia fosse risuscita a trovare una gestante disponibile. Avvenuta la fecondazione

(1986), pp. 384 ss.; CLARIZIA, R.: *Procreazione artificiale e tutela del minore*. Milano (1988): Giuffrè, p. 142. Sulla stessa linea di pensiero sembra inquadrabile la recente opinione di altra dottrina che sembra aprire alla possibilità di individuare la nascita di un vincolo di filiazione sulla base di un mero atto di volontà che, nel caso di specie, porterebbe ad individuare nella coppia committente che esprime la volontà di essere genitori i soggetti ai quali è opportuno assegnare una responsabilità genitoriale. Così DI MASI, M.: "Maternità surrogata: dal contratto allo status", *Riv. crit. dir. priv.* (2015), p. 646, ove afferma: "Oggi le nuove tecniche procreative portano a riconsiderare ancora una volta il paradigma ed a rivalutare una realtà che da sempre è stata alla base dell'adozione: la verità biologica, tutto sommato, non è un requisito indispensabile per svolgere il ruolo genitoriale, ed anzi, è possibile distaccarsi totalmente dall'*imitatio naturae*. Ed allora, quello che giuridicamente rileva è l'autodeterminazione procreativa, la quale implica l'intenzionalità di divenire responsabile per l'educazione, il mantenimento e l'istruzione di un figlio voluto e fatto nascere anche con l'ausilio biologico di terzi estranei al progetto genitoriale".

[18] Si tratta di Corte d'Appello di Torino, 29 ottobre 2014, *www.altalex.it*, con nota di VASSALLO, G.: "Minore nato da due madri: si alla trascrizione dell'atto di nascita spagnolo"; ed anche in *www.articolo29.it,* con commento di GATTUSO, M.: "Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia".

[19] Trib. Roma, 27 marzo 2000, *Giur. it.* (2001) I, p. 300, con nota di NATOLI, R.: "La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto" ed in *Rass. dir. civ.* (2000), p. 199, con nota di CAPOBIANCO E. e PETRUCCI, M.G.: "La maternità surrogata in un recente provvedimento del Tribunale civile di Roma".

dell'embrione, la coppia non riesce a trovare immediatamente una gestante rendendosi pertanto necessaria la crioconservazione dell'embrione. Una volta trovata la gestante, i coniugi chiedono al medico l'esecuzione del contratto il quale, però, si rifiuta poiché nel frattempo, pur in assenza di un espresso divieto legale, erano state emanate le norme deontologiche mediche le quali proibivano la praticabilità di tali forme di procreazione. Il Tribunale, accoglie l'istanza della coppia committente valorizzando sia il profilo della volontarietà dell'atto da parte della coppia e della gestante sia, soprattutto, la gratuità del rapporto dal momento che la madre surrogata non avrebbe ricevuto alcun compenso. Proprio l'evoluzione tecnologica, secondo il giudicante, impone di guardare la genitorialità in maniera diversa e, quindi, non necessariamente ancorata a dati genetici o all'evento gestazione-parto[20].

Tali ultimi casi paiono accomunati da un dato che non sembra assolutamente secondario e, cioè, il fatto che, almeno in parte, il prodotto del parto sia riconducibile geneticamente ad uno dei membri della coppia committente. Sotto tale profilo, quindi, appare riscontrarsi in Italia la tendenza a riconoscere – pur con le peculiarità dei singoli casi - la creazione di vincoli di filiazione fra il nato e la coppia committente nel caso sussista un vincolo genetico minimo fra gli stessi[21].

Non sembra un caso, infatti, che nel momento in cui i giudici italiani si siano trovati a dover decidere in merito a surroghe di maternità nelle quali non si riscontrava nessun rapporto genetico fra coppia committente e nato, la soluzione adottata dai giudici sia stata diversa. In questo senso si è espressa recentemente la stessa Corte di Cassazione[22] che ha confermato le sentenze di merito con le quali veniva dichiarato lo stato di abbandono di un minore generato attraverso una maternità surrogata il quale non presentava alcun

[20] V., DELL'UTRI, M.: "Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione", cit., p. 367.

[21] Si veda, sul punto, DI MASI, M.: "Maternità surrogata: dal contratto allo status", cit., p. 631, il quale, analizzando la più recente evoluzione giurisprudenziale in materia, fa notare opportunamente come "emerge la tendenza della giurisprudenza a tutelare il *best interest* dei minori in conformità alla scelta genitoriale espressa nel ricorrere alla maternità per sostituzione – seppur corrispondente ad una pratica da noi ritenuta illecita – purché vi sia alla base della filiazione un substrato biologico minimo". V., tuttavia, Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, *www.dejure.it*, ove, in un caso di maternità surrogata effettuata in Kenya dalla quale erano nati due gemelli, si riconosce il vincolo di filiazione solo nei confronti del padre che aveva fornito il proprio materiale genetico per la formazione degli embrioni ma non nei confronti della madre che, al contrario, non aveva dato alcun apporto alla nascita dei gemelli.

[22] Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, *Foro it.* (2014) I, c. 3408 con nota di CASABURI, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata"*;* ed in *Nuova giur. civ. comm.* (2015) I, p. 235, con nota di BENANTI, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore".

vincolo genetico con la coppia committente. La coppia italiana, infatti, si era recata in Ucraina dove aveva utilizzato gameti di terzi donatori ed impiantato l'embrione all'interno di una gestante. Nato il figlio, la coppia torna in Italia dove però, come detto, i giudici dichiarano lo stato di abbandono dello stesso. Il rifiuto di riconoscere il vincolo di filiazione fra nato e coppia committente viene giustificato dalla Suprema Corte a causa della violazione dell'ordine pubblico che comporterebbe riconoscere all'interno del nostro ordinamento un vincolo di filiazione completamente sprovvisto di legami biologici[23].

Proprio tali considerazioni sono alla base per una diversa valutazione del c.d. *best interest of the child* che, utilizzato nelle altre pronunce per giustificare il riconoscimento in Italia di un vincolo di filiazione formato all'estero, viene qui visto sotto un diverso profilo: nel caso in cui un minore sia privo di genitori, il suo *best interest* si realizza attraverso l'apertura di una procedura di adozione che, con le garanzie che la stessa presenta, è l'unico mezzo previsto al fine di selezionare la famiglia migliore per un minore che non ne ha una. Il *best interest*, infatti, non consiste nell'essere affidati a chiunque, ma nell'individuare i soggetti che siano maggiormente idonei ad assicurare un ambiente familiare ad un minore che ne è sprovvisto.

Ciò, però, può avvenire solo dopo una accurata selezione e non affidando *sic et simpliciter* il minore alla coppia committente il cui unico dato caratterizzante è quello di aver pagato per mettere al mondo attraverso un'altra donna un essere umano composto dai geni di soggetti terzi[24]. Non si vede, infatti, per

[23] Afferma la Corte: "Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato. Le aperture, registrate in dottrina, verso alcune forme di maternità surrogata solitamente non riguardano la surrogazione eterologa, quella cioè realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, che è priva perciò anche di legame genetico con il nato, com'è pacifico nel caso in esame; né tantomeno riguardano le ipotesi in cui neppure il gamete maschile appartiene alla coppia committente, come nella specie è risultato all'esito degli accertamenti disposti dal Tribunale".

[24] Prosegue infatti la Corte affermando: "Neppure può sostenersi che il divieto in discussione si pone in contrasto con la tutela del superiore interesse del minore, da considerare preminente "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi" ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di New York richiamata nel ricorso. Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e

quale motivo si dovrebbe assegnare una posizione di preminenza nell'affidamento del minore a tale coppia a scapito di tutte le altre coppie che, al contrario, si sono sottoposte al lungo e tortuoso *iter* burocratico dell'adozione che, è bene ricordarlo, ha proprio la funzione di assicurare che il minore venga a trovarsi in un ambiente familiare ottimale. Aggirare tale *iter*, equivale a porre in pericolo proprio quel *best interest of the child* che, al contrario, dovrebbe assumere centrale rilevanza nella decisione del caso concreto.

III. La più recente giurisprudenza EDU in tema di maternità per sostituzione.

Ulteriori elementi di riflessione giungono, poi, dai precedenti emessi su tali tematiche da parte della stessa Corte EDU[25] che, è bene ribadirlo, in nessuna sentenza ripotata si pronuncia in astratto sulla legittimità o meno di un eventuale divieto interno circa la possibilità di accedere ad una maternità per sostituzione[26]. Su tale materia, infatti, sembra regnare quell'ampio margine di apprezzamento che deriva dalla totale assenza al livello europeo di principi ed orientamenti consolidati. Ciò su cui interviene la Corte è, invece, il profilo delle modalità attraverso cui i singoli Stati aderenti sono chiamati a comportarsi di fronte al riconoscimento dei legami parentali fra coppie committenti e figli nati da surroga di maternità.

In due importanti e recenti sentenze la Corte di Strasburgo[27] si trova a dover verificare la sussistenza di una illegittima intrusione nella vita privata e familiare – come tale vietata dall'art. 8 CEDU – da parte della Francia che si era rifiutata di trascrivere nei registri di stato civile il vincolo di filiazione che due coppie francesi – i coniugi Labassee ed i coniugi Mennesson – avevano legittimamente formato in due distinti Stati degli U.S.A. ricorrendo a tecniche

affidando, come detto, all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto".

[25] In generale, MEDINA, G.: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tema de reproducción", *Actualidad Juridica Iberoamericana* (2014), núm. 1, pp. 53 ss.

[26] Sulla profonda incidenza della CEDU in ambito familiare, v. CHIAPPETTA, G.: "I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio", in AA.VV.: *Lo stato unico di figlio* (a cura di G. CHIAPPETTA). Napoli (2014): ESI, pp. 23 ss.; DE GAETANO, V.A.: "L'incidenza della CEDU nel diritto di famiglia", in AA.VV.: *Lo stato unico di figlio* (a cura di G. Chiappetta), cit., pp. 37 ss.

[27] Corte EDU, 26 giugno 2014, Labassee c. Francia, *www.dejure.it*; Corte EDU, 26 giugno 2014, Mennesson c. Francia, *ivi*. Sui quali, diffusamente, DI MASI, M.: "Maternità surrogata: dal contratto allo status", cit., p. 621 ss.

di maternità surrogata. In entrambi i casi la madre surrogata era chiamata a portare a termine la gravidanza di un feto formato in vitro con il gamete del marito di ciascuna coppia[28]. Contro il rifiuto di trascrivere l'atto di nascita nei registri francesi - il cui ordinamento vieta la surroga di maternità, propende per l'indisponibilità degli *status* personali e considera tali pratiche nulle poiché contrarie all'ordine pubblico[29] – i coniugi ricorrono alla Corte EDU al fine di veder accertata e dichiarata una lesione della vita privata e familiare sia propria che dei figli poiché il mancato riconoscimento del vincolo parentale non permette agli stessi di ottenere il riconoscimento di uno *status* legittimamente formato all'estero con incidenza negativa in termini di sviluppo della propria personalità.

Nei casi di specie la Corte, se da un lato ritiene non violato l'art. 8 CEDU nei confronti dei genitori, condanna però lo Stato francese per violazione della stessa norma nei confronti dei figli delle coppie. Mentre verso i genitori l'intrusione nella loro vita privata e familiare risulta giustificata dall'esigenza di ordine pubblico derivante dalla necessità di adottare misure deterrenti verso pratiche vietate, la discrezionalità dello Stato viene fortemente compressa quando il *best interest of the child* imponga di privilegiare la posizione dei minori rispetto agli interessi collettivi. Il diniego di trascrivere il vincolo di filiazione nei registi di stato civile comporterebbe, quindi, una lesione della vita privata e familiare dei figli che non vedrebbero riconosciuto in Francia il loro *status* con la conseguenza di non veder accertata con chiarezza la propria identità personale.

[28] Tale elemento sembra di estrema rilevanza nella decisione della Corte EDU. In questo senso, v. il § 100 della sentenza Mennesson c. Francia, dove si afferma: "Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation".

[29] Cfr., PRINCIGALLI, A.M.: "Maternità surrogata nella esperienza francese: frode alla legge e interesse dei figli", *Riv. crit. dir. priv.* (2005), pp. 519 ss. Per una comparazione fra modello francese e modello italiano, v. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de procreación y libertad de investigación", *La Ley* (2005), pp. 1510 ss.

Non deve però pensarsi che, alla luce di tale orientamento, sia costante nelle sentenze della Corte EDU l'affermazione di un obbligo per gli Stati aderenti alla CEDU di riconoscere automaticamente validità ai vincoli di filiazione formati all'estero attraverso una maternità per sostituzione. Infatti, in un diverso caso[30] nel quale una coppia belga si era recata in Ucraina al fine di ottenere attraverso una maternità surrogata un figlio che era stato formato con gameti provenienti da terzi donatori, la stessa Corte di Strasburgo ha negato che potesse concretizzare una violazione dell'art. 8 CEDU la condotta del Belgio che aveva negato alla coppia i documenti validi a trasportare il figlio dall'Ucraina al Paese di residenza della coppia committente. Tale iniziale diniego – alla luce della stessa condotta della coppia committente - viene ritenuto del tutto giustificato rientrando nel margine di apprezzamento concesso agli Stati. La suddetta scelta comporta, infatti, una intrusione nella vita privata e familiare della coppia che appare del tutto giustificata alla luce della superiore esigenza di prevenire condotte criminali – quali la tratta di esseri umani – nonché di tutelare i diritti della madre surrogata e del minore.
Sembra – o meglio sembrava – che anche all'interno dei precedenti specifici emessi dalla Corte di Strasburgo[31] potesse notarsi una sorta di distinzione di disciplina a seconda del fatto che il minore presentasse o meno vincoli biologici con uno dei genitori.

IV. Le motivazioni della sentenza EDU Paradiso e Campanelli c. Italia.

Ma tale conclusione pare essere oggi posta in discussione dall'ultimo recentissimo caso in tema di maternità surrogata che, dunque, offre spunti critici anche alla luce degli stessi precedenti emessi dalla Corte di Strasburgo. Si sta parlando del già menzionato caso Paradiso e Campanelli c. Italia del quale si è dato atto in principio.

Andando per gradi, va precisato che, come nelle precedenti sentenze, anche in questa pronuncia la Corte non si sofferma sull'astratta legittimità o meno di un divieto interno di accesso alla maternità per sostituzione ma, al contrario, viene passata sotto setaccio la condotta interna dello Stato italiano in relazione ad una maternità surrogata praticata all'estero (nel caso di specie in Russia) e al relativo riconoscimento degli effetti giuridici prodotti dalla stessa all'interno del nostro Paese. Contrariamente ai casi precedenti, però,

[30] Corte EDU, 8 luglio 2014, D. e altri c. Belgio, *www.dejure.it*.
[31] Va segnalato che, sulla specifica tematica, sono ad oggi pendenti ulteriori giudizi che potranno meglio chiarire qual è la posizione della Corte EDU su tale problematica. Si vedano i casi Laborie e altri c. Francia (ric. 44024/13); Folulon c. Francia (ric. 9063/14) e Bouvet c. Francia (ric. 10410/14).

l'attenzione della Corte di Strasburgo si concentra sulla legittimità della condotta dello Stato italiano che, riscontrata l'assenza di qualunque legame biologico fra la coppia committente ed il figlio, dichiara lo stato di abbandono dello stesso e lo sottrae ai coniugi Paradiso e Campanelli – dopo 6 mesi circa di convivenza - per affidarlo ai servizi sociali al fine di iniziare una procedura di adozione.

Va detto che i coniugi Paradiso e Campanelli agiscono di fronte alla Corte EDU per far valere una presunta violazione dell'art. 8 CEDU sia in proprio sia per conto del minore. Tale secondo profilo, però, viene considerato irricevibile dalla Corte poiché i due coniugi, non essendo i genitori del bambino - né geneticamente né ai sensi della legge italiana che gli aveva revocato la responsabilità genitoriale -, risultano sprovvisti della necessaria legittimazione ad agire[32]. La Corte, quindi, si sofferma esclusivamente sulla presenza di una eventuale violazione della vita privata e familiare della coppia committente per effetto dell'allontanamento del bambino.

Ebbene, come anticipato all'inizio, la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU avallando, in primo luogo, una concezione della vita privata e familiare ampia e tale, cioè, da inglobare anche tutti quei rapporti di fatto che, anche se non sorretti da un formale riconoscimento giuridico, concretizzano comunque la nascita di sentimenti di affetto e di vicinanza fra esseri umani[33]. Sotto tale profilo, quindi, la Corte riconosce l'applicabilità dell'art. 8 CEDU anche al caso di specie e, tutto ciò, nonostante la creazione di tale "vita privata e familiare" non si basi sulla

[32] V., § 49: "la Corte osserva anzitutto che i ricorrenti non hanno alcun legame biologico con il minore. Indipendentemente dalla questione di stabilire se il certificato di nascita redatto in Russia abbia prodotto effetti in Italia e quali, il minore è stato posto sotto tutela dal 20 ottobre 2011 ed è stato rappresentato dal tutore nei procedimenti interni. La procedura ai fini del riconoscimento del legame di filiazione in Italia non ha avuto esito positivo e il minore ha una nuova identità e un nuovo certificato di nascita. Il procedimento avviato dai ricorrenti ai fini dell'adozione del minore si è concluso negativamente. La procedura volta a dare in adozione il minore a un'altra famiglia è in corso, e il minore è già stato affidato a una famiglia. Non è stata firmata alcuna procura in favore dei ricorrenti affinché gli interessi del minore siano da loro rappresentati dinanzi alla Corte. Ciò implica che i ricorrenti non possiedono, da un punto di vista giuridico, la qualità necessaria per rappresentare gli interessi del minore nell'ambito di un procedimento giudiziario".

[33] Cfr., § 69: "Pertanto, la Corte ha il dovere di tenere conto dei legami famigliari de facto. A questo riguardo, essa osserva che i ricorrenti hanno passato con il minore le prime tappe importanti della sua giovane vita: sei mesi in Italia, a partire dal terzo mese di vita del minore. Prima di tale periodo, la ricorrente aveva già passato alcune settimane con lui in Russia. Anche se il periodo in quanto tale è relativamente breve, la Corte ritiene che i ricorrenti si siano comportati nei confronti del minore come dei genitori e conclude in favore dell'esistenza di una vita famigliare de facto tra i ricorrenti e il minore. Pertanto nel caso di specie si applica l'articolo 8 della Convenzione".

presenza di un vincolo genetico e si sia generata da una condotta che, ai sensi delle disposizioni interne, è del tutto illecita e riprovevole[34].

In tale contesto, il fondamento sul quale la Corte EDU condanna l'Italia è quello secondo il quale le autorità italiane non hanno tenuto in considerazione il *best interest of the child* la cui corretta valutazione avrebbe portato a ritenere l'allontanamento del minore quale *extrema ratio* da adottare esclusivamente nel caso di pericolo per il minore conseguente a condotte della coppia che incidano negativamente sul suo stato fisico e psichico[35]. Siccome ad avviso della Corte tale giudizio non è stato effettuato da parte dei giudici interni con sufficiente specificità, il provvedimento di allontanamento è illegittimo in quanto lesivo dell'interesse superiore del minore e dunque – passaggio questo che, come si vedrà, avrebbe necessitato forse una maggiore ponderazione da parte dei Giudici - si concretizza in una irragionevole intrusione nella vita privata e familiare della coppia. Precisa la Corte che, perché una intrusione nella vita privata e familiare sia qualificabile come illegittima, devono ricorrere cumulativamente tre circostanze la cui sussistenza deve essere dimostrata dallo Stato resistente: deve trattarsi di una intrusione prevista dalla legge; deve perseguire uno scopo legittimo e deve essere necessaria in una società democratica. Tale ultima circostanza deve poi essere valutata attraverso il filtro della proporzionalità dell'ingerenza rispetto allo scopo perseguito[36]. Nonostante la Corte riconosca la sussistenza di un intervento previsto dalla legge che persegue uno scopo legittimo, ciò che sembra mancare a giudizio dei Giudici di Strasburgo è la proporzionalità della misura adottata da parte dello Stato italiano volta ad allontanare il minore dalla coppia committente[37].

---

[34] Circostanza, questa, ampiamente evidenziata al § 3 dell'Opinione parzialmente dissenziente comune ai Giudici Raimondi e Spano, dove affermano: "Riteniamo che la Corte, in situazioni come quelle che ha dovuto esaminare nella presente causa, debba tenere conto delle circostanze nelle quali il minore è stato dato in custodia alle persone interessate nel momento in cui deve stabilire se si sia o meno sviluppata una vita famigliare de facto. Sottolineiamo che l'articolo 8 § 1 non può, secondo noi, essere interpretato nel senso di sancire una «vita famigliare» tra un minore e delle persone prive di qualsiasi legame biologico con lo stesso quando i fatti, ragionevolmente chiariti, suggeriscono che alla base della custodia vi è un atto illegale con cui si è contravvenuto all'ordine pubblico".

[35] V. § 80, dove la Corte afferma che "l'allontanamento del minore dal contesto famigliare è una misura estrema alla quale si dovrebbe ricorrere solo in ultima ratio. Affinché una misura di questo tipo sia giustificata, essa deve rispondere allo scopo di proteggere il minore che affronti un pericolo immediato per lui".

[36] Cfr., § 71.

[37] Così la Corte motiva la propria posizione (§§ 82 – 87): "Anzitutto, il solo fatto che il minore avrebbe sviluppato un legame affettivo più forte nei confronti dei suoi genitori intenzionali qualora fosse rimasto presso di loro, non basta per giustificare il suo allontanamento. Inoltre, per quanto riguarda il procedimento penale avviato nei confronti dei ricorrenti, la Corte osserva anzitutto che la corte d'appello di Campobasso aveva ritenuto che non fosse necessario attenderne l'esito in quanto la responsabilità penale degli

La sentenza, quindi, si conclude con una condanna dello Stato italiano a pagare la somma di € 20.000 a titolo di "danno morale" in favore della coppia committente ma non con l'obbligo di riaffidare il minore agli stessi ricorrenti. Anche sotto tale profilo, la ragione giuridica va rintracciata nella necessità di tutelare il *best interest of the child* che, essendo stato affidato ad altra famiglia, aveva ormai iniziato a intrattenere rapporti affettivi con la stessa. Un eventuale ulteriore allontanamento dal nucleo familiare in parola avrebbe determinato una ingiustificata lesione degli interessi del minore che la Corte ha inteso evitare[38].

V. CONSIDERAZIONI CRITICHE.

Alla luce di quanto detto, qualche considerazione critica si impone in relazione alla scelta fatta nel caso di specie da parte della Corte EDU.

Un primo elemento che desta qualche perplessità attiene la maniera in cui la Corte combini il rilievo dell'assenza di una legittimazione ad agire della coppia nell'interesse del minore, con la presunta lesione della loro vita privata e familiare posta in pericolo da un provvedimento che sarebbe illegittimo poiché contrario all'interesse del minore. Il "danno" illegittimamente prodotto dal provvedimento, cioè, affligge un interesse del minore e non

interessati non svolgeva alcun ruolo (paragrafo 25 *supra*), cosicché nemmeno i sospetti che gravavano sugli interessati sono sufficienti per giustificare le misure controverse. Secondo la Corte non è comunque possibile prevedere quale sarebbe l'esito del procedimento penale. Inoltre, solo in caso di condanna per il reato previsto dall'articolo 72 della legge sull'adozione i ricorrenti sarebbero divenuti legalmente incapaci di adottare o accogliere il minore in affidamento. A quest'ultimo riguardo, la Corte osserva che i ricorrenti, giudicati idonei ad adottare nel dicembre 2006 nel momento in cui ricevettero l'autorizzazione (paragrafo 12 *supra*), sono stati giudicati incapaci di educare ed amare il figlio solamente in quanto avevano aggirato la legge sull'adozione senza che fosse stata disposta una perizia da parte dei tribunali. Infine, la Corte osserva che il minore ha ricevuto una nuova identità soltanto nell'aprile 2013, il che significa che è stato inesistente per più di due anni. Ora, è necessario che un minore non sia svantaggiato per il fatto che è stato messo al mondo da una madre surrogata, a cominciare dalla cittadinanza o dall'identità che rivestono un'importanza primordiale (si veda l'articolo 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3). Tenuto conto di questi fattori, la Corte non è convinta del carattere adeguato degli elementi sui quali le autorità si sono basate per concludere che il minore doveva essere preso in carico dai servizi sociali. Ne deriva che le autorità italiane non hanno mantenuto il giusto equilibrio che deve sussistere tra gli interessi in gioco. In conclusione, la Corte ritiene che vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione".

[38] Così, il § 88: "Tenuto conto che il minore ha certamente sviluppato dei legami affettivi con la famiglia di accoglienza presso la quale è stato collocato all'inizio del 2013, la constatazione di violazione pronunciata nella causa dei ricorrenti non può dunque essere intesa nel senso di obbligare lo Stato a riconsegnare il minore agli interessati".

della coppia. Il ragionamento della Corte sembra, cioè, essere il seguente: siccome il provvedimento è illegittimo in quanto lede un interesse del minore, riconosco il risarcimento a due soggetti - che non sono legittimati ad agire nell'interesse del minore in quanto non sono i suoi genitori - poiché se lo Stato italiano avesse agito nell'interesse del minore non sarebbe avvenuta la separazione del piccolo dalla coppia committente. Da ciò si dovrebbe desumere che secondo la Corte i coniugi erano legittimati a trattenere presso di sé il nato e che tale allontanamento abbia illegittimamente leso una loro situazione giuridica soggettiva.

Sembra, però, che tale ragionamento si ponga in contrasto, in primo luogo, con gli stessi precedenti Labassee e Mennesson c. Francia nei quali, si badi bene, viene sì riscontrata l'illegittimità dell'intrusione nella vita privata e familiare poiché il provvedimento adottato dalle autorità francesi non rispettava il superiore interesse dei minori, ma è anche vero che tale illegittimità viene riscontrata nei confronti dei minori mentre nessuna illegittima intrusione nella vita privata e familiare viene riconosciuta in capo alle coppie committenti (nelle quali i rispettivi mariti erano, peraltro, anche i padri genetici dei figli). Anzi, nei due casi in questione, la Corte EDU afferma che il margine di discrezionalità degli Stati aderenti in relazione alla lesione della vita privata e familiare dei "genitori" è molto più ampio e tale, quindi, da giudicare il medesimo intervento (mancata trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero) non lesivo della vita privata e familiare della coppia ma illegittimo nei confronti dei minori in quanto lesivo dell'interesse superiore degli stessi. Perché in questo caso la Corte, una volta pervenuta alla illegittimità del diniego di trascrivere l'atto di nascita (che, si badi bene, incide sicuramente anche sulla situazione giuridica dei genitori poiché impedisce agli stessi di vedersi riconosciuto un vincolo di filiazione nei confronti del minore), non ha concluso con una condanna anche in favore dei genitori? È vero che nei casi francesi non c'è stato alcun allontanamento del minore dalla coppia ma, se il diniego di trascrivere l'atto risulta illegittimo, perché non viene riscontrata una violazione dell'art. 8 CEDU nei confronti della coppia? La risposta è che se si vuole parlare di intrusione giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 8 CEDU è solo ed esclusivamente nei confronti del minore il cui interesse superiore è stato leso da un provvedimento che si assume essere illegittimo.

Se ciò è vero nei casi francesi, lo è ancor di più nel caso italiano nel quale nessun interesse giuridicamente rilevante della coppia viene ad essere illegittimamente leso e, dunque, del tutto fuori luogo appare l'affermazione di una lesione della loro vita privata e familiare[39].

[39] Nota tale contrasto, CASABURI, G.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata", cit., c. 125: "Si noti

Ed allora sembra che colgano pienamente nel segno le Opinioni dissenzienti espresse da due giudici del collegio quando evidenziano che nonostante il concetto di vita privata e familiare sia ampio e tale da ricomprendere anche situazioni di fatto, lo stesso non può inglobare anche tutte quelle circostanze nelle quali il legame si crei illegalmente. Nel caso di specie, infatti, la situazione di fatto viene *arrogantemente* ad essere *imposta* alla società civile quale *fatto compiuto* che deriva da un condotta completamente *illegale*. Ma anche ove si volesse riconoscere astratta tutela a tali vicende, non può comunque trascurarsi che nel valutare una eventuale lesione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo della proporzionalità dell'intervento dello Stato, deve tenersi in considerazione la condotta che ha portato quei soggetti a trovarsi in quella situazione della quale ora chiedono tutela[40]. In poche parole, la domanda da porsi era: sono i coniugi Paradiso e Campanelli meritevoli di tutela?

Si badi bene, infatti, che oggetto del giudizio non è l'eventuale lesione della vita privata e familiare del minore che la coppia non può far valere, ma la situazione in cui si trovano i coniugi Paradiso e Campanelli. Che il minore sia sempre meritevole di tutela – qualunque sia la tecnica con la quale viene messo al mondo - è una dato scontato che nessuno mette in discussione ma che rimane completamente al di fuori della problematica trattata dalla Corte EDU nel caso di specie che, però, pare si lasci abbagliare dal *best interest of the child* senza rendersi conto che non è quello il profilo caratterizzante la vicenda giuridica ed umana che gli è stata sottoposta.

Ma anche nella valutazione del *best interest of the child*[41] nel caso di specie la Corte sembra trascurare il fatto che quell'essere umano non ha genitori e compito di uno Stato culturalmente evoluto è quello di attivarsi in maniera tale da fare in modo che lo stesso passa averne al più presto. La procedura – cha passa attraverso la dichiarazione di stato di abbandono per accedere poi all'*iter* che porta all'adozione del minore – è sicuramente travagliata ma sarà tanto meno invasiva dell'interesse del minore quanto più rapidamente si acceda alla stessa.

I giudici italiani sanno bene che allontanare un minore è una eventualità quanto mai da evitare e che, come afferma l'art. 8 della l. 184/1998 come modificato dalla l. 149/2001, sono dichiarati in stato di abbandono "i minori

che, ben diversamente, le «sentenze gemelle» citate avevano tenuta distinta la situazione della coppia committente, di per sé non ritenuta meritevole di tutela, quanto al rispetto della vita familiare, e quella dei figli nati da maternità surrogata, questa sì da tutelarsi (sotto il profilo dei rispetto della vita privata), a fronte però di un rapporto ben altrimenti e più stabilmente consolidato".

[40] V. § 3 dell'Opinione parzialmente dissenziente comune ai Giudici Raimondi e Spano.

[41] Su cui, diffusamente, PARISI, M.R.: "L'interesse superiore del bambino", in AA.VV.: *Lo stato unico di figlio* (a cura di G. CHIAPPETTA), cit., pp. 155 ss.

di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi", ma tale regola ha quale fondamento che vi siano "genitori o parenti tenuti a provvedervi"[42]. Ma tale presupposto manca completamente nel caso di specie in cui il piccolo non ha né genitori né pareti che siano "tenuti a provvedervi".

La Corte EDU, a ben vedere, sembra voler fare in modo che lo Stato italiano riservi ai coniugi Paradiso e Campanelli disposizioni a loro inapplicabili: vuole che vengano trattati, cioè, come se fossero realmente i genitori del minore pur non essendolo.

Si pone quindi il problema di trovare qualcuno che non solo voglia provvedere al minore – o magari lo stia già facendo – ma, in maniera più concreta, qualcuno che sia "tenuto" per l'ordinamento a farlo. L'unico strumento perché ciò avvenga è l'adozione che necessita, però, di un *iter* che è incompatibile con la permanenza del minore in ambienti familiari nei quali, con tutta probabilità, non è destinato a rimanere. Ed allora il distacco assume tutte le sembianze di un passaggio gravoso per il minore ma necessario al fine di realizzare quel diritto ad avere dei genitori che non saranno sicuramente geneticamente il papà e la mamma ma che, quantomeno, sono stati giudicati dall'ordinamento idonei ad assolvere nei confronti di quell'essere umano l'obbligo di assistenza materiale e spirituale.

Sarebbe stato maggiormente sensato, allora, domandarsi con maggiore attenzione qual è realmente nel caso di specie il *best interest of the child* e se l'intervento delle autorità italiane sia stato veramente lesivo di tale interesse o se, al contrario, nella drammaticità degli eventi, sia stata la soluzione più giusta ed oculata proprio per permettere che l'interesse del minore si realizzasse in maniera definitiva e stabile – come di fatto è poi avvenuto -[43].

Peraltro, a ben vedere, le autorità italiane hanno analizzato la situazione nella quale si è trovata la coppia committente con un giudizio che evidenzia la ritenuta incapacità della stessa di dare un apporto positivo alla crescita di quel minore[44]. Un giudizio che sicuramente può essere opinabile ma che la Corte

[42] Il *favor* del legislatore verso la permanenza del minore all'interno del proprio nucleo familiare è ancor più evidente dall'art. 1 della l. 4 maggio 1983, n. 184, come modificata dalla l. 28 marzo 2001, n. 149 che, nel disciplinare l'adozione, afferma: "Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia".

[43] Si vedano, sul punto, le riflessioni di MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?", *Nuova giur. civ. comm.* (2015) II, pp. 152 ss.

[44] Cfr. § 79: "La Corte osserva al riguardo che il tribunale per i minorenni di Campobasso ha ritenuto che il minore fosse privo di un ambiente famigliare adeguato ai sensi della legge sull'adozione internazionale. Per giungere a una tale conclusione, i giudici nazionali hanno tenuto conto del fatto che il minore era nato da genitori biologici sconosciuti e che la

EDU ritiene insufficiente senza in alcun modo spiegarne le ragioni. Si ritiene l'opinione dei giudici italiani sommaria ed incompleta attraverso l'esposizione di motivazioni ancor più sommarie ed incomplete[45].

Sembra, quindi, che il *best interes of the child* nasconda con sempre maggior evidenza un malcelato intento di tutelare interessi che nulla hanno a che vedere con quelli del minore[46]. L'interesse del minore, infatti, se è elemento che necessita di attenta e ponderata valutazione al fine di verificare la situazione del minore stesso ed una eventuale illegittima ingerenza dello Stato nella sua vita privata e familiare, non può in nessun caso essere utilizzato per

madre surrogata aveva rinunciato a lui. Essi hanno inoltre attribuito una grande importanza alla situazione nella quale versavano i ricorrenti: questi ultimi avevano condotto il minore in Italia facendo credere che si trattasse del loro figlio e avevano così violato il diritto italiano, in particolare la legge sull'adozione internazionale e la legge sulla riproduzione assistita. Inoltre, dal fatto che i ricorrenti si erano rivolti alla Rosjurconsulting i giudici avevano dedotto una volontà di scavalcare la legge sull'adozione malgrado l'autorizzazione ottenuta e hanno ritenuto che questa situazione risultasse da un desiderio narcisistico della coppia o che il minore fosse destinato a risolvere alcuni problemi della coppia stessa. Pertanto, si poteva dubitare della loro capacità affettiva ed educativa. Era dunque necessario porre un termine a tale situazione allontanando il minore dal domicilio dei ricorrenti ed escludere qualsiasi possibilità di contatto con lui. La prospettiva seguita dai giudici nazionali rispondeva evidentemente alla necessità di porre fine alla situazione di illegalità".

[45] Si veda, quale esempio, l'apodittica affermazione, priva di qualunque spiegazione, contenuta al § 82 dove la Corte afferma: "Anzitutto, il solo fatto che il minore avrebbe sviluppato un legame affettivo più forte nei confronti dei suoi genitori intenzionali qualora fosse rimasto presso di loro, non basta per giustificare il suo allontanamento". Verrebbe da chiedersi il perché tale circostanza non è di per sé sufficiente. Al contrario sembra che tale profilo sia di fondamentale importanza proprio nell'ottica della concreta tutela del *best interest of the child*. Sarebbe cioè stato lesivo dell'interesse del minore lasciare che lo stesso generasse sentimenti di affezione ed amore verso una coppia alla quale, con tutta probabilità, non poteva essere affidato. Sul punto, v. le riflessioni di CASABURI, G.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata", cit., c. 125, che, riflettendo sulle decisioni prese dai giudici interni circa l'inidoneità della coppia a dare un contributo positivo alla crescita del minore, afferma che "la (nuova) valutazione di inidoneità genitoriale non appare certo irragionevole; e davvero non si vede in cosa hanno mancato i giudici molisani, sotto il profilo istruttorio e motivazionale. La Corte europea, di fatto sostituendosi a questi ultimi, reputa che quanto da questi argomentato non basta e sembra ritenere che non avrebbe dovuto darsi alcuno spazio ai profili relativi all'illegalità della condotta dei due (quasi che sulla stessa possa pronunciarsi solo il giudice penale) e che si sarebbe dovuto comunque disporre una consulenza (riconoscendo a tale mezzo istruttorio un'obbligatorietà che non trova altri riscontri)".

[46] Cfr., ancora, CASABURI, G.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata", cit., c. 125, ove nota: "È qui sottesa una concezione davvero astratta dell'interesse del minore, che poi si risolve (in realtà) nella tutela effettiva di quello, ben diverso, della coppia «committente», come appunto avvenuto nella specie".

giustificare e legittimare – pur se in maniera indiretta - pratiche procreative vietate.

Il *best interest*, infatti, presuppone che un *child* esista e solo in quel momento si porrà il problema del suo superiore interesse. Se si utilizza l'interesse superiore del minore al fine di giustificare di fatto gli effetti derivanti da qualunque forma di procreazione si entra su un terreno scivoloso che rende difficile fare una qualche distinzione fra le diversissime e sempre nuove (ma non sempre meritevoli) modalità artificiali di procreare. Se così fosse, attraverso l'individuazione di una astratta prevedibilità di mezzi di tutela, si giustifica la creazione in qualunque modo possibile ed immaginabile del titolare di quella tutela. Bisogna però rendersi conto che non ci sono bambini che chiedono di essere messi al mondo ma, più semplicemente, adulti che vogliono soddisfare il proprio desiderio di essere genitori di un figlio che nasce per loro, per mezzo di un esercizio della loro volontà ed in loro esclusiva funzione.

VI. VOLONTÀ E FILIAZIONE: INOPPORTUNITÀ DI RICONOSCERE – PUR INDIRETTAMENTE – GLI EFFETTI PRODOTTI DA GESTAZIONI PER SOSTITUZIONE.

La sentenza, in ultima istanza, sembra rappresentare un primo ed indiretto passo verso il riconoscimento della possibilità di creare vincoli di filiazione attraverso la semplice volontà. Questa, però, non pare di per sé sola sufficiente a creare un vincolo di filiazione fra soggetti estranei. Tutto ciò, non perché si introduce un elemento (la volontà di creare un figlio) che non è rilevante neanche nella filiazione naturale (in cui a prescindere dal fatto che il figlio sia voluto o meno, una volta concepito è di coloro che lo hanno concepito) ma piuttosto perché, così ragionando, attraverso un atto di mera volontà si attribuisce ad un soggetto terzo (il minore che, peraltro, subisce passivamente gli effetti di quella decisione) uno *status* che è fatto non solo di obblighi coercibili (assistenza materiale), ma anche di obblighi incoercibili (assistenza morale). La situazione si presenterebbe, per certi versi, in maniera del tutto simile a ciò che avviene nel matrimonio. In tale circostanza, è vero che il nostro ordinamento fa discendere dalla mera volontà la costituzione di rapporti personali fatti non soltanto di pretese coercibili ma è altrettanto vero che, nel momento in cui venga meno la volontà di mantenere quei rapporti viene concessa alle parti la possibilità di sciogliere quel vincolo. Ciò è del tutto ragionevole alla luce del fatto che appare illusorio autoconvincersi che un soggetto possa essere obbligato ad amare, rispettare, assistere ed avere cura di un essere umano estraneo, anche se quel rapporto si sia costituito con una espressione di volontà che, al momento della sua manifestazione, era pienamente ed integralmente genuina.

Ma la filiazione è qualcosa di profondamente diverso. Ciò di cui non si tiene conto, è il fatto che anche in questi casi la volontà – per i più disparati eventi – potrebbe mutare nel tempo e lascar emergere la pericolosità per il minore di una dissociazione fra dato genetico e dato sociale. Attribuire alla volontà – di per sé sempre volatile – la possibilità di creare tali vincoli sembra possa creare difficoltà nella piena realizzazione dell'interesse del minore che si sommano a quelle che già normalmente caratterizzano i rapporti genitori-figli. Ed infatti, se da una manifestazione di volontà di tal genere – che dovrà essere necessariamente irrevocabile - l'ordinamento può tranquillamente far discendere l'obbligo per i genitori di assolvere i propri doveri di assistenza materiale nei confronti di un soggetto che giuridicamente è diventato loro figlio, come potrà obbligarli – dopo che si siano "pentiti" della manifestazione di volontà prestata – ad assolvere correttamente i propri doveri morali nei confronti del minore? Come potrà garantire che gli stessi continueranno ad essere dei buoni genitori nei confronti di un figlio che, se in un primo momento hanno voluto come figlio proprio, adesso non lo considerano più tale (perché tale, di fatto, non è)?[47] E se nel corso della gestazione muta la volontà della madre surrogata che, eventualmente, abbia fornito anche il proprio materiale genetico per la creazione dell'embrione?

Chi è la madre?[48] Sarebbe legittimo sottrarre il minore alla partoriente o, al contrario, sarebbe anche questa attività qualificabile come una illegittima intrusione nella vita privata della stessa?[49]

Non sembra che a ciò si possa obiettare con il rilievo che neanche il vincolo biologico assicura la capacità dei genitori di prendersi cura dei figli poiché a tale aspetto, sicuramente possibile, non può che conferirsi una posizione del

[47] Si pensi al caso di una maternità surrogata (ma l'esempio risulterebbe valido anche in un caso di fecondazione eterologa) nel quale una coppia commissioni la gestazione di un figlio prodotto con il patrimonio genetico di uno solo dei committenti ad una madre surrogata. Nato il figlio, la coppia si separa eliminando, così, anche uno dei legami che avvicinava il genitore "non genetico" al figlio. Siamo così sicuri che l'amore per il figlio da parte del genitore "non genetico" non possa in qualche modo essere turbato da tale evento in maniera più incisiva rispetto al coniuge "genetico"?

[48] Si vedano, sul punto, le riflessioni di D'ADDINO SERRAVALLE, P.: "Ingegneria genetica e valutazione del giurista", cit., pp. 100 s., dove, criticando le teorie che affermano la possibilità di individuare la nascita di un vincolo di filiazione in funzione della volontà e propendendo per il criterio del parto, afferma: "La soluzione appare farraginosa e non riesce comunque a criterio del parto quando sorge un conflitto e ciascuna delle donne, avendo offerto un contributo, reclami il nato come figlio o a converso neghi il rapporto col nato. [...] Il criterio psicologico non appare risolutivo perché al piú darebbe ragione delle motivazioni che hanno indotto la donna a rivolgersi alle tecniche fecondative artificiali".

[49] Non credo possa essere negato il fatto che fra gestante e feto si crei un rapporto di simbiosi estremamente forte soprattuto nel caso in cui la gestante sia anche madre genetica del feto.

tutto patologica e marginale nella maniera in cui normalmente si sviluppano i rapporti parentali tanto che, ove ricorra la suddetta ipotesi, sicuramente l'ordinamento reagisce attivando una procedura di adozione del minore in stato di abbandono. Allo stesso tempo, però, trascurare la potenza del vincolo genetico in termini di vicinanza, e di trasporto sia affettivo che emotivo alle vicende dell'altro, equivale a trascurare un dato di fatto che è la natura stessa ad imporre[50].

Allo stesso modo, non sembra calzante paragonare una maternità surrogata ad una procedura di adozione poiché la differenza sostanziale – oltre che nella funzione assolta[51] - sta proprio nel controllo che viene esercitato sulla coppia che vuole accedere all'adozione circa la sua concreta capacità a svolgere correttamente la propria funzione genitoriale nei confronti di un figlio con il quale non ha alcun vincolo genetico. Tale controllo non esiste nel caso di maternità surrogata in cui tutto è rimesso ad un autogiudizio – quantomeno parziale e, perciò, non del tutto attendibile - di idoneità della coppia committente a svolgere il proprio ruolo di genitori per l'intera vita di un essere umano che non è riconducibile geneticamente a loro.

Ma "non sempre ciò che vien dopo è progresso"[52] e, quindi, spetta alla sensibilità del giurista utilizzare filtri corretti al fine di non lasciarsi abbagliare della luce accecante di interessi che sono sicuramente di primario rilievo ma che, se mal gestiti, non permettono di discernere i contorni di ciò che ci circonda. Affermare che non sia corretto sottrarre ad una coppia un minore con il quale non ha alcun legame – accezion fatta per quello creato attraverso un fatto qualificabile come reato consistente nel pagamento di una controprestazione di 50.000 euro in favore di una donna per farsi generare un bimbo poi portato in Italia[53] - a meno che la stessa coppia si comporti in

[50] Si narra la vicenda delle due madri che, contendendosi un unico figlio, si recano al cospetto del Re Salomone affinché lo stesso decida chi delle due fosse la madre: "Allora il re ordinò: «Prendetemi una spada!». Portarono una spada alla presenza del re. Quindi il re aggiunse: «Tagliate in due il figlio vivo e datene una metà all'una e una metà all'altra». La madre del bimbo vivo si rivolse al re, poiché le sue viscere si erano commosse per il suo figlio, e disse: «Signore, date a lei il bambino vivo; non uccidetelo affatto!». L'altra disse: «Non sia né mio né tuo; dividetelo in due!». Presa la parola, il re disse: «Date alla prima il bambino vivo; non uccidetelo. Quella è sua madre». Tutti gli Israeliti seppero della sentenza pronunziata dal re e concepirono rispetto per il re, perché avevano constatato che la saggezza di Dio era in lui per render giustizia". Pezzo tratto dalla Bibbia, Libro dei Re, 3, 24 – 28.

[51] L'adizione ha la funzione di dare una famiglia ad un soggetto che già è nato e che si trova in uno stato di abbandono; la maternità surrogata, invece, ha lo scopo di dare un figlio ad una coppia che vuole averne uno.

[52] Alessandro Manzoni, *Del romanzo storico.*

[53] Sulla evoluzione che ha portato a considerare la vita come un "bene" commercializzabile, v. MARINELLI, F.: *Scienza e storia del diritto*, cit., pp. 206 s., il quale, dando atto dei progressi

maniera tale da porre in serio ed attuale pericolo l'integrità psico-fisica del minore, equivale di fatto a legittimare la maternità surrogata svolta all'estero[54] poiché, di fatto, si va a riconoscere nei confronti della coppia committente il diritto a trattenere presso di sé il minore così generato[55]. Ma l'interesse di un minore che non ha nel mondo alcun vincolo rintracciabile di sangue - a meno che non lo si voglia a condannare a "cent'anni di solitudine" - non si realizza attraverso la temporanea ed instabile permanenza presso il "miglior offerente" con il quale, magari, inizia a stabilire legami che poi andranno recisi. Sembra, al contrario, che l'effettiva tutela del minore, se si vuole dare

sociali e scientifici, fa notare che "la vita è divenuta un bene, e come tale essa ha un valore patrimoniale perché si scambia con il denaro e quindi corrisponde ad un prezzo. [...] Chiunque può farsi curare in qualsiasi parte del mondo, può sfruttare insieme la miseria dei paesi meno sviluppati per ottenere organi del corpo umano a pagamento e la ricchezza delle nazioni più sviluppate per realizzare modernissimi trapianti; qualunque donna, se ciò gli è impedito in patria, può trasferirsi in una clinica dove l'inseminazione artificiale sia permessa e tornare a casa per terminare la gestazione; ciascun individuo può recarsi in Olanda o in Svizzera dove confortevoli cliniche permettono una «buona» morte".

[54] CASABURI, G.: "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata", cit., c. 125 s., dove nota che "la decisione qui in rassegna finisce per incidere pesantemente proprio sul divieto di maternità surrogata (di cui pure, come detto, mostra di non occuparsi), sostanzialmente paralizzando in ogni caso e per ogni stato che ha ritenuto di prevederlo, a fronte della tutela, pressoché sempre e comunque, delle situazioni di fatto comunque determinatesi (ciò in contrasto con le sentenze gemelle citate, le quali avevano riconosciuto che gli stati nazionali possono introdurre un tale divieto, salva sempre la concreta tutela dei figli). I rapporti di fatto suscettibili di ricomprensione nell'ambito dell'art. 8 cit., e quindi tutelabili, possono allora essere anche solo embrionali (e agevolmente rimuovibili nell'interesse del minore) e soprattutto – giova ribadirlo – illegalmente costituiti. Si pensi proprio al caso delle maternità surrogate realizzate in Russia, come nel caso di specie. [...] In definitiva, attraverso la facile soluzione dell'effettività del rapporto (anche brevissimo, anche nato illegalmente) si finisce per legittimare quello che è «il lato oscuro» della maternità surrogata, fatto di sfruttamento di soggetti e di reificazione (anzi, commercializzazione) di gameti e addirittura bambini".

[55] Non va infatti dimenticata la forte incidenza esercitata dalle sentenze della Corte EDU non solo sul diritto interno ma anche sui giudici nazionali che, alla luce del principio sopra enunciato, dovrebbero propendere per il lasciare il minore presso la coppia committente, magari non riconoscendo il vincolo parentale, e rimandare la decisione a quando il minore sia in grado di percepire in tutta la sua drammaticità un eventuale distacco. Evidenzia la possibile incidenza delle sentenze della Corte EDU in termini di legittimazione delle pratiche di procreazione per surroga di maternità, VESTO, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", cit., p. 312, ove afferma che "sebbene la legge italiana preveda espressamente il divieto del contratto di maternità surrogata, è lecito domandarsi se gli orientamenti della Cedu aprano un varco verso forme di legittimità di simili accordi e, dunque, se il diritto interno dei Paesi che non ammettono queste tecniche di procreazione subirà modifiche o conferme dalla regola stabilita". In generale, sulla rilevanza interna delle sentenze della Corte di Strasburgo, v. CAVALLO, M.: "La rilevanza delle decisioni EDU sulle sentenze dei tribunali italiani e sulla normativa interna", in AA.VV.: *Famiglia e minori* (a cura di G. CHIAPPETTA e G. VECCHIO). Napoli (2013): ESI, pp. 43 ss.

allo stesso "una seconda opportunità sulla terra"[56], sia quella di venir affidato ad una coppia che, dopo essersi sottoposta al vaglio dell'ordinamento, sia stata giudicata dalla società civile e democratica nella quale ancora viviamo, idonea a prendersi cura di quel soggetto in maniera stabile e definitiva.

[56] "[...] perché le stirpi condannate a cent'anni di solitudine non avevano una seconda opportunità sulla terra"; verso conclusivo del celebre romanzo *Cent'anni di solitudine*, di Gabriel García Márquez.

EL RESPETO A LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS EN DERECHO CIVIL ARAGONÉS

LIVING WILL IN ARAGONESE CIVIL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 313-330.

Fecha entrega: 18/06/2015
Fecha aceptación: 01/07/2015

Dra. AURORA LÓPEZ AZCONA
PROFESORA TITULAR (ACREDITADA) DE DERECHO CIVIL
Universidad de Zaragoza
alopaz@unizar.es

RESUMEN: Una cuestión de indudable actualidad es la referente a los diversos instrumentos que articula el Derecho para proteger la voluntad anticipada de la persona para el caso de que en un futuro no pueda tomar decisiones por sí ni gestionar sus asuntos personales ni patrimoniales. Ciertamente, esta materia no es singular del Derecho civil aragonés y ni siquiera del Derecho español. Sin embargo, su regulación en Derecho civil aragonés presenta unos caracteres singulares, en coherencia con la amplitud con que se configura en el mismo el principio de autonomía de la voluntad, hasta el punto de ser uno de sus principios inspiradores (el principio *standum est chartae*).

PALABRAS CLAVE: voluntad anticipada, autotutela, mandato de autoprotección, declaración de voluntades anticipadas.

ABSTRACT: A question of today is the reference to the various instruments that articulates the right to protect the will advance for the event that in the future can't make decisions for themselves or manage their personal or economic affairs. Certainly, this area is not unique in the Aragonese Civil Law and even the Spanish Law. However, its regulation in Aragonese Civil Law presents some unique characters, in consistency with the amplitude with which is set in the same the principle of autonomy of the will, to the point of being one of its guiding principles (the principle *standum est chartae*).

KEY WORDS: living will, self-guardianship, self-protection mandate, advance directives.

SUMARIO: 1. Planteamiento. - 2. La autotutela.- 3. El mandato de autoprotección.- 4. La declaración de voluntades anticipadas.

1. Una cuestión de indudable actualidad, vinculada al importante aumento de la esperanza de vida en los últimos años, tiene que ver con los instrumentos que articula el Derecho para proteger la voluntad anticipada de la persona para el caso de que en un futuro no pueda tomar decisiones por sí ni gestionar sus asuntos personales ni patrimoniales.

Ciertamente, esta materia no es singular del Derecho civil aragonés y ni siquiera del Derecho español, ya que desde hace unas décadas existe una tendencia de Derecho comparado en el ámbito sanitario y no sanitario, en la esfera personal y patrimonial, basada en la toma en consideración de la voluntad manifestada con anterioridad por el propio interesado, cuando todavía es plenamente capaz [PARRA LUCÁN, M.A.: "Voluntades anticipadas (autonomía personal: Voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)", en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2006): El Justicia de Aragón, p. 79]. Sin embargo, no puede negarse que, tal y como se regula en Derecho civil aragonés, presenta unos caracteres singulares, en coherencia con la amplitud con que se configura en Derecho aragonés el principio de autonomía de la voluntad, hasta el punto de ser uno de sus principios inspiradores (el principio *standum est chartae*).

En cualquier caso, este respeto a la voluntad anticipada se considera expresión del respeto a la dignidad y a la libertad del individuo y lo cierto es que tanto en España como en los países de nuestro entorno, está inspirando la protección de los adultos. Por lo demás, se articula a través de tres instrumentos complementarios, en cuanto persiguen diferentes fines:

a) la autotutela: con la que se trata de autogestionar la protección de la persona para el caso de que sea incapacitada judicialmente.

b) el mandato de autoprotección: con el que se pretende autosolventar la situación en que una persona puede encontrarse cuando sus facultades físicas y/o psíquicas disminuyan considerablemente, en principio hasta la constitución de la tutela o curatela.

c) la declaración de voluntades anticipadas: que se dirige a garantizar la dignidad de la persona en los momentos finales de su existencia.

Al análisis individualizado del régimen jurídico de cada uno de estos instrumentos en Derecho civil aragonés se dedican los epígrafes siguientes. No obstante, con carácter previo al análisis de cada uno de estos instrumentos, interesa clarificar cuando se rigen por la ley aragonesa, para lo que debemos necesariamente acudir a las normas conflictuales de los arts. 9 y ss. CC. Así, tratándose de la autotutela, es de aplicación el régimen del CDFA para aquellos que tengan vecindad civil aragonesa (criterio del art. 9.6 CC para las instituciones tutelares); y en lo que atañe a la declaración de voluntades anticipadas, para aquellos que tengan la residencia en Aragón (art. 3 Ley de Salud de Aragón). No obstante, en lo que hace al mandato de autoprotección, la cuestión se revela más compleja habida cuenta de la naturaleza hibrida de este instrumentos, a medio camino entre las instituciones tutelares y el contrato de mandato. Ante ello, son varias son las posibilidades que se barajan en orden a su ley aplicable: si se defiende que es un instrumento de protección, se regirá por la ley personal del sujeto (art. 9.6 CC); si se considera medida de protección provisional, por la ley del lugar de residencia del mandante (art. 9.6 CC); y si se considera una forma representación voluntaria, por la ley de la Comunidad Autónoma donde se ejerciten las facultades conferidas (art. 10.11 CC) (PARRA LUCÁN, M.A.: Voluntades anticipadas", cit., pp. 107-109).

2. La *autotutela* puede definirse, en una primera aproximación, como la facultad que se reconoce a una persona capaz para que, en previsión a su futura incapacitación, configure su régimen tutelar del modo que estime más oportuno [PARRA LUCÁN, M.A.: "Voluntades anticipadas", cit., p. 98; y GARCÍA CANO, T.: "Autonomía y poderes preventivos", en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2006): El Justicia de Aragón, p. 117].

No es una figura estrictamente aragonesa, sino que se encuentra también regulada tanto en el art. 223.2 CC como, por lo que hace a los Derechos civiles territoriales, en el art. 222-4 CC de Cataluña [en adelante CCC] y en el art. 42 Ley del Derecho Civil de Galicia. Por lo que hace al Derecho civil aragonés, no fue incorporada al mismo hasta 2006 en virtud de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona. Con todo, el legislador aragonés le ha dotado de unos caracteres singulares, en consonancia con el principio *standum est chartae* del art. 3 CDFA.

La figura de la autotutela responde a la preocupación del Derecho por dotar a aquellas personas que sufren una merma de sus capacidades de un sistema de protección más flexible y respetuoso con su propia voluntad que el que se venía conociendo tradicionalmente ya no sólo en nuestro sistema jurídico sino en el de otros países de nuestro entorno. En otras palabras, tiene su

fundamento en el respeto a la voluntad y libertad de la persona (PARRA LUCÁN, M.A.: "Voluntades anticipadas", cit., p. 96).

A este respecto interesa recordar que Derecho español una persona no puede ser privada de su capacidad de obrar sino en virtud de sentencia y siempre que concurra alguna de las causas de incapacitación previstas legalmente (arts. 199 y 200 CC). Por añadidura, el sistema tutelar español obedece al modelo de tutela de autoridad, de tal manera que corresponde a la autoridad judicial la constitución de las instituciones tutelares, a fin de dotar de la debida protección a los incapacitados (art. 231 CC). Sólo están excluidos de esta regla los menores e incapacitados que hayan sido declarados en desamparo por la Administración, los cuales quedan sujetos automáticamente a la tutela *ex lege* o automática de la Administración (art. 172 CC).

Por lo que hace al CDFA, estas previsiones se encuentran recogidas en los siguientes preceptos:

1º. El art. 34 que dispone que la capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre.

2º. El art. 38 que dispone que nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección al que quedará sometido el incapacitado.

El mismo precepto especifica que son causas de incapacitación aquellas enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Lo esencial, por tanto, no es padecer una determinada enfermedad física o mental sino que sea permanente en el tiempo, ya se manifieste de modo persistente o cíclicamente (STS 10 febrero 1986); y que, como consecuencia de la misma, la persona sea incapaz de gobernarse por sí misma, entendiendo por tal la falta de idoneidad de la persona para gestionar sus intereses tanto materiales como personales, lo que incluye desde un punto de vista médico: la falta de autonomía en la actividad socioeconómica, la incapacidad de afrontar los problemas de la vida diaria y la incapacidad de atender sus necesidades físicas más elementales, como son la alimentación, la higiene y el autocuidado [GIL NOGUERAS, L.: "La disposición de bienes de menores e incapacitados", en *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (1999): El Justicia de Aragón, pp. 356-358].

3º El art. 103 que atribuye la constitución de las instituciones tutelares a la autoridad judicial, quien habrá de nombrar y dar posesión del cargo a la persona designada, ya sea por el propio interesado o los titulares de la

autoridad familiar o, en su defecto, por el Juez. Sólo se exceptúa de esta regla la tutela automática de la Administración, en cuanto se constituye "ex lege" o por imperativo legal, como consecuencia de la declaración administrativa de desamparo de un menor o incapacitado.

Ahora bien, a la hora de designar la persona concreta a ejercer el cargo tutelar (la delación), el Ordenamiento Jurídico español atribuye preferencia a la delación voluntaria, esto es, a la designación efectuada ya sea por el propio interesado a través de la autotutela o por sus progenitores (art. 223 CC). Sólo en su defecto, corresponde a la autoridad judicial, ya no sólo constituir la institución tutelar, sino la designación de su titular, esto es, entra en juego la delación dativa (art. 234 CC).

Así resulta, por lo que se refiere al Derecho aragonés, de la lectura conjunta de los arts. 102 y 115 CDFA. Así, el art. 102.1, a la hora de enunciar los modos de delación, menciona el primer lugar la delación voluntaria u operada en virtud de disposición voluntaria en instrumento público; para referirse a continuación a la delación dativa o en virtud de resolución judicial; y en tercer lugar, a la delación legal o en virtud de la ley que se circunscribe a los menores e incapacitados declarados en desamparo. El mismo art. 102 en su aptdo. 2º precisa que la delación voluntaria es subsidiaria y complementaria de la voluntaria, lo que debe entenderse, de acuerdo con el art. 115, en el sentido que sólo en defecto, total o parcial, de delación voluntaria y eficaz, corresponde al Juez designar al titular de la institución tutelar y, en su caso, completar su régimen.

A partir de ahí, el CDFA admite dos modos de delación voluntaria: de una parte, la delación hecha por uno mismo o autotutela a que se refiere el art. 108; y de otra, la delación hecha por los titulares de la autoridad familiar –ya sean los padres o personas distintas; por este orden: padrastro/madrastra, abuelos y hermanos mayores-, incluso prorrogada o rehabilitada, delación que contempla el art. 110.

En particular, la delación hecha por uno o mismo o autotutela consiste en la facultad reconocida al propio interesado para que, en previsión a su futura incapacitación, configure su régimen tutelar de forma distinta a la prevista legalmente. De este modo, de acuerdo con el art. 108, el propio interesado puede:

a) "Designar a la persona o personas a desempeñar el cargo tutelar y sus sustitutos"

En caso de pluralidad de designados (máximo dos), corresponde, asimismo, al propio interesado concretar su forma de actuación, pudiendo ser

simultánea, -y en este caso, solidaria o conjunta- o sucesiva, según precisa el art. 112 CDFA. Complementario del art. 112, el art. 113 CDFA establece unos criterios de resolución para el caso de que concurran varias delaciones voluntarias incompatibles entre sí. En concreto, en su aptdo. 1º prevé que en caso de pluralidad de disposiciones de una misma persona prevalecerá la posterior en caso de que sean incompatibles.

b) "Excluir de las funciones tutelares a ciertas personas"

Esta facultad tiene una importante excepción en el art. 108.2 CDFA que prohíbe excluir del cargo tutelar a la entidad pública competente en protección de menores e incapacitados (el Instituto Aragonés de Servicios Sociales).

c) "Dispensar al cargo tutelar de algunas de las causas de inhabilidad".

Las causas de inhabilidad se enumeran en el art. 125.1 CDFA e impiden ocupar cargos tutelares a personas por no considerarlas el legislador idóneas para desempeñarlo. Pueden responder a motivos muy variados: falta de preparación o de condiciones para el cargo, falta de confianza, falta de recursos económicos, conducta inapropiada, intereses incompatibles, etc.

En cualquier caso, con arreglo al art. 125.2 CDFA, el interesado sólo podrá dispensar las siguientes causas de inhabilidad:

- Las personas condenadas por cualquier delito que haga suponer fundamentalmente que no desempeñarán bien la tutela.

- Las personas que por su conducta puedan perjudicar a la formación de la persona protegida o que no dispongan de medios de vida conocidos.

- Las personas que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida, en particular, que mantengan con ella pleito o actuaciones sobre el estado civil (p.ej. caso del titular del cargo tutelar que impugna, como heredero del padre, la filiación de la persona protegida) o sobre la titularidad de los bienes. O que tengan pendiente con la persona protegida una deuda de cuantía considerable.

- Las personas que hayan sido inhabilitadas para administrar bienes ajenos como consecuencia de un proceso concursal en el que el concurso haya sido declarado culpable, mientras dure la inhabilitación (de dos a quince años).

d) "establecer órganos de fiscalización para los cargos tutelares", se entiende que complementarios a los previstos legalmente

Sobre esta previsión interesa aclarar que las funciones de vigilancia y control de los cargos tutelares se atribuyen por el art. 103 CDFA al Juez y al Ministerio Fiscal. Pero ello no obsta para que el interesado, a la hora de configurar su autotutela, establezca mecanismos de control adicionales de la actuación tutelar (en particular, mediante la constitución de la Junta de Parientes *ex* arts. 170 a 182 CDFA), ya que así se lo permite el art. 108 CDFA. Lo que no podrá hacer será excluir o limitar las funciones de vigilancia que competen legalmente al Juez y al Ministerio Fiscal [PARRA LUCÁN M.A. y LÓPEZ AZCONA, A.: "Las relaciones tutelares", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés,* 4ª ed. (director J. DELGADO ECHEVERRÍA). Zaragoza (2012): El Justicia de Aragón, p. 210; y GARCÍA CANO, T.: "Autonomía", cit., p. 121].

e) En general, "cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes".

De este modo, el interesado podrá fijar una retribución al cargo tutelar, siempre que su patrimonio lo permita y sin exceder el 20% de su importe líquido (art. 105 CDFA). Igualmente, podrá autorizar a quien desempeñe el cargo tutelar a realizar aquellos actos patrimoniales a que se refieren los arts. 15, 16 y 17 CDFA sin necesidad de autorización de la Junta de Parientes o, en su defecto, del Juez (ex art. 107.3 CDFA, referido al administrador voluntario designado por el disponente a título gratuito). Y, asimismo, podrá nombrar un administrador de sus bienes distinto del cargo tutelar (art. 112 CDFA) (GARCÍA CANO, T.: "Autonomía", cit., p. 122).

En cualquier caso, como precisa el art. 108 CDFA, la autotutela constituye una manifestación del principio *standum est chartae*, uno de los principios inspiradores del Derecho aragonés y, por ende, una de sus fuentes del Derecho, según resulta del art. 3 CDFA (SAP Zaragoza 8 abril 2010). Ahora bien, ello no significa que el interesado puede configurar su régimen tutelar sin límite alguno. Por el contrario, el contenido de la autotutela está sujeto a ciertos límites, tanto los derivados del *standum est chartae* de acuerdo con el art. 3 CDFA, como los específicos que fija el art. 108 del mismo cuerpo legal al regular la autotutela.

Así, en aplicación de los límites genéricos del *standum est chartae* el interesado no podrá incluir en su autotutela disposiciones que sean de imposible cumplimiento, que vulneren la Constitución Española o que sean contrarias a normas imperativa del Derecho aragonés.

Junto a estos límites genéricos derivados del *standum est chartae*, el art. 108 CDFA prohíbe específicamente a aquél que haga uso de la autotutela:

a) "Excluir al cargo tutelar de la función de vigilancia y control atribuidas al Juez y Ministerio Fiscal"

De acuerdo con esta previsión, el interesado no podrá: 1.- prohibir al Juez ni al Ministerio Fiscal recabar periódicamente informes sobre su situación personal y patrimonial, una vez incapacitado (art. 103.3 CDFA); 2.- suprimir la autorización judicial requerida legalmente para su internamiento en un establecimiento de salud mental o formación especial contra su voluntad (art. 36 CDFA); 3.- impedir al Juez la exigencia de prestación de fianza al cargo tutelar antes de su toma de posesión (art. 140 CDFA); 4.- eliminar la rendición de la cuenta general de la tutela al cese de la misma (art. 145 CDFA).

b) "Designar o excluir del cargo tutelar a la entidad pública competente en protección de menores e incapacitados"

Sobre esta previsión interesa recordar que la entidad pública competente en materia de protección de menores e incapacitados (el IASS) desempeña un doble papel en materia de tutela, debiéndose distinguir a tal efecto entre la tutela ordinaria y la tutela automática (PARRA LUCÁN M.A. y LÓPEZ AZCONA, A.: "Las relaciones tutelares", cit., p. 211).

Así, en lo que hace a la tutela ordinaria, cuando entre en juego la delación dativa en defecto de delación voluntaria, el art. 116.1 CDFA la incluye en último lugar entre las personas que el Juez debe preferir para designar al titular del cargo tutelar. Ahora bien, tal designación por el Juez de la entidad pública sólo es posible, en principio (salvo que el Juez considere más adecuado alterar el orden legal para el interés de la persona protegida: art. 116.2), cuando no existan parientes o allegados. De este modo, resulta razonable que no se le permita al interesado derogar una competencia que la Administración tiene atribuida por ley ni tampoco alterar el orden de prelación fijado legalmente mediante la designación a la Administración como cargo tutelar con prevalencia a parientes y allegados.

En segundo lugar, el propio CDFA atribuye a la entidad pública la tutela automática de los menores o incapacitados declarados en desamparo por carecer de la necesaria asistencia moral o material (arts. 118 y 130.2). Por ello, parece sensato que, producida la situación de desamparo, no sea eficaz la exclusión voluntaria por el propio interesado de la tutela automática de la Administración.

Por añadidura, el otorgamiento de la autotutela está sujeto a unos determinados requisitos de forma y capacidad.

En lo que atañe a la forma, la autotutela sólo puede otorgarse en escritura pública, lo que, sin duda, permite una adecuada apreciación de la capacidad del otorgante por parte del notario autorizante, el correspondiente asesoramiento y es coherente con el sistema de publicidad ideado por el CDFA para la autotutela (GARCÍA CANO, T.: "Autonomía", cit., p. 119). Queda excluido, por tanto, el documento privado y el testamento, aún el notarial.

Partiendo de la forma pública del otorgamiento, la eficacia *erga omnes* de la autotutela requiere que ésta goce de una adecuada publicidad, que en el CDFA se articula a través del Registro civil. A tal objeto, el art. 111 CDFA -de modo coincidente con el art. 223 CC- impone al notario autorizante el deber de comunicar de oficio la escritura al Registro Civil (remitir copia autorizada) para su "indicación" al margen de la inscripción de nacimiento del interesado -"inscripción" conforme al art. 77 LRC 2011, cuya vigencia está suspendida hasta julio 2015-. De este modo, el Juez, a la hora de declarar la incapacitación y constituir la tutela, habrá de recabar información al Registro civil a fin de comprobar si existen (o no) disposiciones sobre autotutela (art. 133.2 CDFA).

El documento de autotutela no es susceptible de delegación en terceros, no pudiendo otorgarse mediante apoderados, ya que se trata de una facultad personalísima a ejercitar por persona capaz (GARCÍA CANO, T.: "Autonomía", cit., p. 118). A este respecto el art. 108 CDFA sólo permite su otorgamiento a "los mayores de edad con capacidad de obrar suficiente", en vista a su posible incapacitación. Quedan excluidos, por consiguiente, los menores de edad (aún mayores de catorce años) y, asimismo, los mayores carentes de capacidad de obrar suficiente, esto es, aquellas personas que no estén en condiciones de entender y querer las implicaciones de la autotutela.

De cualquier modo, dado que la autotutela sólo puede constar en escritura pública, corresponderá al notario autorizante dar fe de que a su juicio el interesado tiene la capacidad legal requerida (art. 145 Reglamento Notarial). Aquí la cuestión que se plantea, muy polémica, es la relativa a si el notario puede negarse a autorizar una escritura de autotutela si considera que el otorgante carece de la capacidad necesaria o, por el contrario, debe autorizarla a sabiendas de la falta de capacidad del otorgante, como así parece resultar de la cuestionada STS 20 mayo 2008.

La cuestión de la capacidad requerida legalmente al otorgante se ha planteado en la jurisprudencia en la SAP Zaragoza 8 abril 2010: En el caso de autos, otorgada la escritura de autotutela por la interesada tras habérsele diagnosticado un alzheimer en fase moderada, podría cuestionarse su validez,

si bien la intervención del notario autorizante goza del valor de presunción *iuris tantum* favorable a la capacidad de la otorgante.

Por último, la eficacia de la autotutela se supedita a la incapacitación del interesado en virtud de sentencia (art. 108 CDFA), momento en que el Juez habrá de determinar la concreta institución tutelar al que debe ser sometido el incapacitado (tutela o curatela, en atención a su grado de discernimiento) y nombrar a la persona o personas concretas a desempeñarlo (art. 760 LEC).

Ahora bien, desde el momento en que hay una autotutela, el Juez quedará vinculado por la voluntad del interesado expresada la misma, salvo que considere "por alteración sustancial de las circunstancias" el interés del menor o incapacitado exige otra cosa (art. 114 CDFA). En otras palabras, la sentencia de incapacitación y constitución de la institución tutelar deberá respetar, como regla, las previsiones del interesado en su documento de autotutela, de tal manera que el Juez sólo podrá apartarse de las mismas mediante decisión motivada cuando haya habido una alteración sustancial de las circunstancias entre el otorgamiento de la autotutela y la constitución judicial de la tutela; y siempre que así lo aconseje el interés del menor e incapacitado, circunstancias que, en cualquier caso, quedarán al arbitrio judicial. Esta previsión resulta coherente con el principio del *standum est chartae*. Por lo demás, viene a coincidir con lo dispuesto en el art. 178 CCC, no así con el sistema del CC (art. 234) donde la elección del cargo tutelar corresponde en última instancia al Juez.

3. Una figura distinta de autotutela, pero estrechamente relacionada con ésta, es la del *mandato de autoprotección o apoderamiento preventivo*, a que el art. 109 CDFA se refiere con la expresión "mandato que no se extingue por la incapacitación o incapacidad".

Al igual que la autotutela, no es una figura exclusivamente aragonesa, toda vez que se contempla, asimismo, en el art. 1732.2 CC.

En Derecho aragonés, tal y como se configura por el art. 109 CDFA, consiste en un mandato otorgado por el interesado en previsión de una futura situación de incapacidad, a fin de permitir que una persona (ya sea física o jurídica) de su confianza gestione todos o parte de sus asuntos cuando él no pueda actuar por sí mismo, ya sea por una minusvalía física o psíquica. No debe olvidarse al respecto que no toda pérdida de capacidad es inmediata e irrevocable, sino que en algunos casos, -piénsese en la enfermedad del Alzheimer-, tal pérdida se produce de forma progresiva y, en consecuencia, la situación intermedia entre la plena capacidad y la incapacitación se prolongan en el tiempo. Igualmente, existen casos donde la

pérdida de capacidad es transitoria por lo que resulta poco útil acudir al mecanismo de la incapacitación. En todos estos casos resulta justificado acudir al apoderamiento como instrumento de previsión de la propia incapacidad.

En cualquier caso, el contenido concreto de esta figura no viene predeterminado por la ley a diferencia de las instituciones tutelares, sino que dependerá de las facultades que el mandante o poderdante quiera atribuir al mandatario o apoderado en cada caso. Así, puede configurarse como un mandato general (lo que implica encomendar al mandatario una gestión con alcance general, esto es, que comprenda la totalidad de los asuntos que incumben al mandante) o como un mandato especial (referido a uno o varios actos concretos). Asimismo, puede formar parte del contenido de tal mandato tanto la gestión del patrimonio del mandante como todo lo que afecte a su esfera personal, ya sea relativo a su cuidado personal (alimentos, acogimiento familiar, internamiento en una residencia geriátrica, o de salud mental, cuando las circunstancias así lo aconsejen), como a la aplicación de determinados tratamiento médicos o la realización de determinadas intervenciones sanitarias.

Otra diferencia con las instituciones tutelares radica en que el mandatario no está sujeto a los controles de vigilancia que fija el legislador para los cargos tutelares, lo que pueda resultar arriesgado cuando se atribuya con carácter general y no para un asunto concreto, desde el momento en que va a entrar en juego en caso de incapacidad del poderdante y, por tanto, cuando éste no pueda revocarlo. Con todo, de una parte, el mandante podrá establecer sus propias medidas de control; y de otra, el Juez tiene la facultad de extinguirlo al constituir la tutela o curatela o después a instancia del cargo tutelar.

Por lo demás, la singularidad de este mandato radica en las siguientes notas:

1ª. "se otorga preventivamente": se confiere al mandatario en previsión de que el mandante no pueda actuar por sí, pero sin que exista todavía encargo de actuar. En otras palabras, a diferencia del mandato ordinario, esta modalidad de mandato no produce efectos desde su otorgamiento, sino sólo en caso de que el otorgante pierda la capacidad para actuar por sí. Esta circunstancia deberá apreciarse en su momento conforme lo dispuesto por el otorgante, bien haciendo constar en el mandato que sea el propio mandatario el que la aprecie, bien dejando a otras personas su apreciación p.ej. al notario autorizante o un médico (GARCÍA CANO, T.: "Autonomía", cit., 124). A partir de ahí, el mandato de autoprotección puede configurarse de dos maneras [GARCÍA CANO, T.: "Autonomía", cit., pp. 124-125; y BERROCAL LANZALOT, A.I.: "El apoderamiento o mandato preventivo como medida de

protección de las personas mayores", *Portal Mayores* (2008), núm. 78, pp. 8-10].

Ya sea como un mandato que surta efectos sólo provisionalmente desde que la pérdida de capacidad del otorgante hasta su incapacitación en virtud de sentencia, siendo en ese momento sustituido por la representación legal correspondiente al tutor o curador. Esta es la fase natural del poder preventivo ante la necesidad de que alguien defienda los intereses de una persona, que por un lado, carece de capacidad y, por otro, carece de un representante legal porque todavía no se le ha incapacitado y no se le ha nombrado tutor.

O bien como un mandato que surta efectos desde la pérdida de capacidad pero con voluntad de que perviva después de la incapacitación, coexistiendo en este caso con la tutela o curatela.

2ª. De acuerdo con el art. 114.2 CDFA, "no se extingue por la incapacidad ni tampoco, en principio, por la declaración de incapacitación del otorgante" (a diferencia del mandato ordinario: art. 1732.2 CC).

No obstante, en caso de que el mandante sea incapacitado judicialmente, el mismo art. 114.2 faculta al Juez a declarar la extinción de tal mandato ya sea en el momento de la declaración de incapacitación y constitución de la institución tutelar, ya sea en un momento posterior a instancia del cargo tutelar.

De este modo, parece lógico que el Juez haga uso de esta facultad y revoque el mandato si éste se otorgó con alcance general, ya que, en caso contrario, ello implicaría la coexistencia de dos personas con facultades idénticas de representación, pero sometidas a un estatuto jurídico diferente, lo que no parece muy factible en la práctica: el tutor -en su condición de representante legal- y el mandatario -en su condición de representante voluntario-.

En cambio, en caso de haberse otorgado un mandato especial, será posible la coexistencia del tutor o curador con el mandatario especial, incluso en ocasiones ello será conveniente. Pensemos en el caso de un mandato de autoprotección otorgado por un empresario a una persona de su confianza para continuar una actividad empresarial concreta.

Asimismo, también puede defenderse la coexistencia de ambas figuras, en caso de que al mandatario se haya atribuido exclusivamente la gestión de los asuntos patrimoniales, correspondiente en este caso el nombramiento de un tutor persona al que corresponderá únicamente el cuidado de la persona del mandante (GARCÍA CANO, T.: "Autonomía", cit., p. 128).

Con todo, para evitar estos problemas, lo habitual será que el interesado designe en un único instrumento a la misma persona como mandatario hasta su incapacitación y como tutor a partir de entonces.

3ª. A mi juicio, "no cabe la renuncia sin más de este mandato" (frente a la regla general del art. 1736 CC), debiendo, en su caso, el mandatario comunicar tal renuncia al Juez a fin de que adopte la medida de protección oportuna, en caso de que todavía no haya nombrado tutor o curador.

En otro orden de cosas, interesa advertir que el otorgamiento de esta modalidad de mandato requiere los mismos requisitos de capacidad y forma que la autotutela, esto es, de una parte, mayoría de edad y capacidad de obrar suficiente -entendiendo por tal, la aptitud de querer y entender el mandato otorgado-; y de otra escritura pública.

Partiendo de la forma pública del otorgamiento, el CDFA supedita la eficacia de este instrumento frente a terceros a su inscripción en el Registro Civil, al igual que la autotutela. A tal objeto, su art. 111 impone al notario autorizante el deber de remitir de oficio copia autorizada de la escritura al Registro Civil para su "indicación" al margen de la inscripción de nacimiento del otorgante del poder - a raíz de una Resolución DGRN 4/11/2013 que admite el asiento de los apoderamientos preventivos frente a la regla general del art. 284.3 RRC que impide el acceso al Registro Civil de los apoderamientos voluntarios; novedosamente el art. 77 LRC 2011 prevé su "inscripción"-. De este modo, el Juez, a la hora de declarar la incapacitación, recabará información al RC sobre la existencia de un mandato de este tipo, a fin de decidir si subsiste o no (art. 133.2 CDFA, en relación con el art. 109.2 CDFA).

4. Una última manifestación del respeto a la voluntad anticipada del propio interesado circunscrita al ámbito sanitario viene constituida por la *declaración de voluntades anticipadas* que regula, de una parte, el art. 15 Ley 6/2002 de Salud de Aragón y, de otra el art. 19 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. También se contempla, bajo diferentes terminologías, en la Ley estatal Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como en las diversas normas sanitarias de ámbito autonómico (a saber: la Ley andaluza 5/2003, la Ley cántabra 7/2002, Ley catalana 21/2000, la Ley balear 1/2006, la Ley canaria 11/1994 y su Decreto de desarrollo 13/2006, la Ley 8/2003 de Castilla León, la Ley 6/2005 de Castilla-La Mancha, Ley extremeña 3/2005**,** ley gallega 3/2001, la Ley 9/2005 de La Rioja, la Ley 3/2005 madrileña, el Decreto núm. 80/2005 murciano, la Ley navarra 11/2002, la Ley valenciana

1/2003 y su Decreto de desarrollo 168/2004 **y** la Ley 7/2002 vasca).

Como su nombre indica, voluntades anticipadas es la expresión anticipada de los cuidados y tratamientos sanitarios que desea recibir una persona, llegado el caso de que se encuentre en situación de no poder expresar personalmente su voluntad.

Como regla, cuando el paciente no está situación de prestar su consentimiento al respecto, éste se emite por representación por otras personas, en concreto el cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad o el pariente más próximo o allegado que se ocupe de él; y, en defecto de las anteriores, el Juez (art. 10 Ley aragonesa 10/2011). Sin embargo, con el otorgamiento de la declaración de voluntades anticipadas se permite prescindir de ese consentimiento por sustitución y que sea el propio interesado el que especifique las instrucciones precisas acerca del tratamiento médico que desea (o no) recibir cuando ya no pueda manifestar su voluntad (PARRA LUCÁN, M.A., "Voluntades anticipadas", cit., p. 80).

Por consiguiente, el contenido esencial de la declaración de voluntades anticipadas se integra por las "instrucciones sobre el tratamiento médico a recibir por el interesado; instrucciones que el personal sanitario habrá de respetar". Así, el art. 19.3 Ley aragonesa 10/2011 dispone, como regla, que "los profesionales sanitarios tienen obligación de respetar las instrucciones contenidas en la declaración de voluntades anticipadas". No obstante lo anterior, tales instrucciones no habrán de ser tenidas en cuenta por los facultativos cuando concurra algunas de las circunstancias previstas en el art. 5.2 Decreto 100/2003 del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas, a saber [OLIVAN DEL CACHO, J.: "Limites a las voluntades anticipadas", en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2006): El Justicia de Aragón, pp. 131-139]:

a) En caso de que "sean contrarias a la ley": En particular, no resulta vinculante una instrucción consistente en la práctica la eutanasia activa -entendiendo por tal aquellos actos ejecutivos que suponen un acortamiento de la vida del paciente-, aunque ésta sea la voluntad del paciente, ya que en nuestro país se encuentra tipificada penalmente (art. 143.4 Código Penal). Sí se admite, en cambio, la instrucción consistente en la práctica de eutanasia pasiva, consistente en la no iniciación o interrupción de un tratamiento que contribuya a la prolongación artificial e innecesaria de la vida humana; y asimismo, la solicitud de suministro de los fármacos necesarios para atenuar el sufrimiento, aunque puedan producir un acortamiento de su vida.

b) Cuando sean "contrarias a la ética médica", entendiendo por tal las normas deontológicas aprobadas por las respectivas corporaciones profesionales.

c) Y por último, "si no se adecúan al supuesto de hecho planteado en la realidad", ya que sería contrario a la buena práctica clínica aplicar un tratamiento inadecuado, en cuanto previsto para otro supuesto de hecho, a una determinada patología. No obstante, en la práctica se predica una interpretación flexible de este límite, dado que no se puede exigir al otorgante del documento una previsión exacta respecto a su futura situación.

Como contenido complementario a las instrucciones sobre su tratamiento médico, el interesado podrá "designar de un representante" que actuará como interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que le sustituya en caso de no poder expresar su voluntad. En cualquier caso, personalmente entiendo que la función de este representante se limitará a vigilar el cumplimiento de las instrucciones del otorgante y a resolver las dudas que pueda plantear la interpretación de su voluntad expresada en la declaración de voluntades anticipadas, sin que pueda sustituir dicha voluntad ni modificarla; esto es, será un mero *nuntius* (en contra PARRA LUCÁN, M.A.: "Voluntades anticipadas", cit., p. 84).

También podrá hacer constar, en su caso, "su voluntad de donar todos o parte de sus órganos para el caso de que fallezca", siempre que cumpla los presupuestos de la Ley estatal 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos. Y finalmente, podrá especificar, si así lo desea, "los valores vitales que sustenten sus decisiones y preferencias", lo que no es muy habitual en la práctica.

En cualquier caso, el otorgamiento de la declaración de voluntades anticipadas se supedita a unos determinados requisitos de edad y capacidad, así como de forma.

En cuanto a los requisitos de edad y capacidad, el art. 15.1 Ley aragonesa 6/2002 exige:

a) ser mayor de edad, menor emancipado o menor mayor de catorce años, en cuyo caso deberá actuar con la debida asistencia a que se refiere el art. 23 CDFA.

b) tener capacidad de obrar suficiente, en el sentido de estar en condiciones de entender y querer lo que implica el documento, independientemente de que se esté (o no) incapacitado judicialmente. Tratándose incapacitados judicialmente, el art. 15.3 Ley aragonesa 6/2002 les faculta expresamente para

otorgarlo, salvo que la sentencia de incapacitación diga lo contrario. Ahora bien, el mismo precepto prevé que "si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida".

En lo que atañe a la forma requerida legalmente, según resulta de la lectura conjunta del art. 15.5 Ley aragonesa 6/2002 y del art. 3 Decreto 100/2003 del Gobierno de Aragón, puede otorgarse por escrito a través de tres vías diversas:

a) ante notario, en virtud de acta notarial. No precisa testigos.

b) en documento privado otorgado ante dos testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales uno no puede tener relación de parentesco hasta segundo grado ni estar vinculado por relación patrimonial con el otorgante.
c) en documento privado ante el personal habilitado por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón.

Ya se otorgue por una vía u otra, "en el documento deberá constar la identificación de su autor, su firma, así como fecha y lugar de otorgamiento" (art. 15.2 Ley aragonesa 6/2002).

En cualquier caso, su eficacia se supedita a un doble presupuesto. Uno de índole formal que radica en su presentación, no necesariamente por el propio interesado, ya sea en el Registro de Voluntades Anticipadas (un registro administrativo dependiente del Servicio Aragonés de la Salud) o en el propio Centro sanitario donde va a ser atendido (art. 4 Decreto aragonés 100/2003). Y otro de índole material o sustantivo que consiste en la necesaria valoración por parte de las Comisiones de Valoración constituidas a tal efecto en los centros asistenciales de la Comunidad Autónoma, a fin de verificar que el documento cumple con los presupuestos legales. En cualquier caso, según clarifica el art. 15.2 Ley aragonesa 6/2002, la inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas no es obligatoria, pero sí recomendable para facilitar el acceso a los facultativos a tales documentos.

Finalmente, interesa señalar que, una vez otorgada la declaración de voluntades anticipadas, es susceptible tanto de revocación como de modificación ulterior, siempre que concurran los mismos requisitos requeridos para su otorgamiento, según dispone el art. 6.1 Decreto aragonés 100/2003). En caso de otorgamiento de un documento posterior, el mismo precepto en su aptdo. 2º formula la siguiente regla interpretativa, similar a la

que rige en materia de testamentos, según la cual "un declaración de voluntades anticipadas otorgado con posterioridad a otro revoca al anterior salvo que en el mismo se infiera la voluntad de que el anterior subsista, en todo o en parte".

LA PECULIARIDAD DEL RÉGIMEN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN EXAMINADA POR EL TEDH

SPECIAL FEATURES ON THE LEGAL REGIME OF CATHOLIC RELIGION PROFESSORS UNDER ECHR RECENT CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 331-344.

Fecha entrega: 29/06/2015
Fecha aceptación: 05/07/2015

Dra. MARÍA JOSÉ REDONDO ANDRÉS
Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia
m.jose.redondo@uv.es

RESUMEN: Se comenta el caso de un profesor de religión católica al que no se le renovó el contrato de trabajo por realizar unas declaraciones en contra de la doctrina de la Iglesia. Se indica, sucintamente, el derecho interno y se incide, fundamentalmente, en la decisión que adoptó la Gran Sala, finalizando con una serie de consideraciones.

PALABRAS CLAVE: profesor religión católica, vida privada y familiar, libertad de expresión, autonomía de las confesiones, derecho de los padres a la formación religiosa de sus hijos, celibato opcional, libertad religiosa de la Iglesia Católica, lealtad a las confesiones.

ABSTRACT: This article deals with the case of a catholic religion professor whose employment contract was not renewed, apparently because he made some statements against Catholic Church doctrine. It briefly analyses Spanish internal law on this subject matter and focuses on the decision adopted by the ECHR. Finally, some general, remarks will be given.

KEY WORDS: catholic religion professor, familiar and private life, freedom of expression, religious confessions autonomy, parent´s right regarding to religious education of their children, optional celibacy, Catholic Church religious freedom, loyalty to religious confessions.

SUMARIO: 1. Supuesto de hecho.- 2. Normativa aplicable sobre la enseñanza de la religión católica en los centros docentes.- 3. Instancias internas.- 4. El caso ante el TEDH.- 5. La Gran Sala.- 6. Fundamentos del fallo.-7. Consideraciones finales.

1. El origen del caso se encuentra en una demanda que interpuso el Sr. Fernández Martínez contra el Reino de España por estimar que el despido (la no renovación de su contrato) como profesor de religión y moral católica en un Instituto público constituía una intromisión injustificada en el ejercicio de su derecho a la vida privada.

El demandante, ordenado sacerdote en 1961, había solicitado dispensa del celibato en el año 1984, no recibiendo respuesta inmediata al respecto. Un año después contrajo matrimonio civil del que nacerían cinco hijos. A partir de octubre de 1991 comenzó a impartir enseñanza religiosa católica en un instituto Público de Murcia en base a un contrato de trabajo anual renovable. Cinco años más tarde, en noviembre de 1996, apareció el y su familia en un reportaje que publicó un diario de Murcia sobre el Movimiento pro celibato opcional (MOCEOP). En el artículo se reproducían las declaraciones de varios participantes, en las que reclamaban a las autoridades eclesiásticas un celibato opcional, una Iglesia democrática y además mostraban una actitud contraria a la Iglesia en temas como el aborto y el control de la natalidad, entre otros.

El demandante recibió la dispensa del celibato el 15 de septiembre de 1997, es decir transcurridos trece años desde su solicitud. En el Rescripto se establecía que ya no podía impartir la enseñanza de la religión católica en establecimientos públicos a menos que el Obispo decidiera otra cosa y siempre que no se produjera escándalo. Al mes siguiente, el Obispo de Cartagena comunicó al Ministerio de Educación la intención de no renovar el contrato del demandante para el curso escolar 1997/98; por lo que esta medida surtió efecto desde septiembre de 1997, fecha aproximada del inicio de un nuevo curso escolar.

Este hecho fue justificado en noviembre de dicho año por el propio Obispo en una nota oficial en la que expuso que una vez se hizo pública y notoria la situación del demandante y en base al Rescripto recibido no podía acreditarlo para impartir la enseñanza religiosa católica, entre otros motivos, por la sensibilidad de muchos padres de familia que se encontrarían contrariados, concluyendo que esperaba que los hechos se valoraran desde un punto de

vista laboral o profesional. Por otra parte, el Director del Instituto emitió un comunicado mostrando su apoyo y el del Claustro de Profesores al demandante.

2. El art. 27.3 de la Constitución española garantiza el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. El precepto, se refuerza en el mismo sentido con el artículo 2.1 c) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa.

En nuestro Ordenamiento se ha optado porque sea en la escuela pública/privada donde se imparta la enseñanza religiosa de aquellas confesiones que han suscrito Acuerdos con el Estado esto es, Iglesia Católica, Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas y Comisión Islámica española.

Cuando suceden los hechos se encuentra vigente la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema educativo (LOGSE) que en su Disposición Adicional Segunda establecía que la enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español el 3 de enero de 1979. El art. III de este precepto señala que: "… la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquéllas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza…". Al respecto resulta oportuno comentar, sucintamente, algunas cuestiones:

En primer lugar, la relativa a la duración del contrato. La denominada para unos "missio canonica" o para otros el "mandato" para ocupar el puesto de profesor de religión venía delimitada temporalmente sólo a un curso escolar con la posibilidad de renovación expresa.

En la actualidad, la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, remite igualmente al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales no existiendo disposición normativa de desarrollo. Ahora bien, entre tanto se lleve a término, el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión, ha introducido alguna novedad en la contratación del profesorado como es el establecimiento de su carácter indefinido (artículo cuatro).

La segunda cuestión que hay que plantearse, a tenor de lo dispuesto en el mencionado Acuerdo de cooperación, es que el Ordinario diocesano deberá de proponer a la autoridad académica la persona que estime idónea para desempeñar el trabajo. En este sentido, debemos acudir al Código de

Derecho Canónico que establece en su canon 804 § 2 que el profesor de religión debe destacar "… por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica". Complementando esta disposición, en 1995 la Conferencia episcopal española estableció unos criterios para la selección y permanencia de los profesores de religión. Entre ellos, unos indispensables, como ser católico y estar en posesión de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad; además, el tener una formación permanente y un compromiso eclesial (como la participación en la pastoral eclesial o la inserción en movimientos de profesores cristianos). Asimismo señaló otros requisitos generales, como la antigüedad, precariedad económica, etc.

Hay que subrayar, en consecuencia, que la valoración de la idoneidad del profesor de religión, en base a la naturaleza confesional de la tarea a realizar, sólo puede ser efectuada por la confesión, apoyándose en la autonomía de las confesiones y en la neutralidad estatal. En efecto, según el art. 6 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad Religiosa, las confesiones gozan de una autonomía para establecer sus normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. Por otra parte, la aconfesionalidad que se desprende del art. 16-3 de la Constitución implica que la Administración es incompetente para valorar la idoneidad religiosa del docente.

Ahora bien, ello no significa que se pueda vulnerar la tutela judicial efectiva ya que cabe un control jurisdiccional que examine si la no renovación del contrato se fundamenta en criterios religiosos o no y más concretamente es tarea de los órganos jurisdiccionales el ponderar el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa acorde con sus convicciones en relación con la autonomía religiosa para elegir al personal idóneo y los derechos del profesor, en este caso, su derecho a una vida privada y familiar y su libertad de expresión.

Por último, interesa mencionar el régimen laboral al cual están sujetos los profesores de religión. En este sentido y con el fin de aclarar la abundante polémica que se cernía sobre su situación, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social introdujo un nuevo párrafo a la mencionada Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica General del Sistema educativo aclarando que estos profesores serán contratados en régimen de contratación laboral. Esta idea fue recogida igualmente por el Convenio suscrito el 26 de febrero de 1999 entre los Ministros de Educación y Cultura y de Justicia y el Presidente de la Conferencia Episcopal Española.

Es evidente que aun sometiéndose a un régimen común se observan ciertas peculiaridades por cuanto los profesores de religión se tienen que someter a dos ordenamientos, al estatal y al confesional o lo que es lo mismo pueden

ser despedidos si vulneran tanto derechos confesionales como constitucionales. Por otra parte, en el supuesto caso de despido resulta también complejo el indagar sobre la responsabilidad, habida cuenta de la "trilateralidad" de la relación, pues en ella confluyen la Administración, la confesión y el trabajador.

3. Retomando el comentario del supuesto, veamos en el ámbito interno las instancias que se sucedieron:

El demandante ante la no renovación de su contrato acudió en primer término a la vía administrativa, desestimándose su petición en base a que la decisión de formalizar el cese de sus funciones había sido "la única opción que se abría a las autoridades administrativas" tras la decisión del Obispado de no proponer su nombramiento.

Posteriormente, se dirigió a la Jurisdicción laboral, alegando despido improcedente. En este caso, el juez estimó que el demandante había sido discriminado por razón de su estado civil y pertenencia a un Movimiento pro celibato opcional, ordenando la reincorporación a su puesto de trabajo.

El Ministerio de Educación, La Dirección General de Educación de la Comunidad Autónoma de Murcia y el Obispado de Cartagena presentaron recurso de suplicación que fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia. En sentencia de 26 de febrero de 2001 se estimó el recurso concluyendo, entre otros motivos, que cuando el demandante hizo de algún modo pública su situación (pues estuvo durante años contratado constante ésta) el Obispo se vio en la necesidad de no volverle a proponer conforme a las exigencias previstas en el Rescripto, aclarando además que no había existido propiamente despido sino que no se había procedido a la renovación del contrato.

El demandante decidió recurrir ante el Tribunal Constitucional invocando los arts. 14, 16, 18 y 20 de la Constitución. Al respecto, el Alto Tribunal estimaba que la elección de los profesores de religión, a diferencia de otras áreas de conocimiento, parece lógico que se funde sobre criterios religiosos. Además argumentaba que frente al derecho del demandante a su vida privada y familiar se encuentra la libertad religiosa de la Iglesia Católica en su dimensión colectiva en relación con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos.

Dos Magistrados formularon un voto particular alegando que la publicidad dada a un comportamiento ya conocido con anterioridad, no podía justificar la no renovación del contrato. Por otra parte, el demandante solicitó, sin

éxito, que fuera declarada nula la sentencia del TC en base a la posible falta de imparcialidad ya que dos de los Magistrados de la Sala que habían dictado sentencia eran conocidos por sus afinidades con la Iglesia Católica.

4. Agotada la vía interna, el demandante se dirigió en el año 2007 al TEDH, invocando el artículo 8 del Convenio de Roma de 1950, tanto aisladamente como en relación con el art. 14, alegando que la no renovación de su contrato constituía una intromisión injustificada en el ejercicio de su derecho a la vida privada. También consideró que resultaba de aplicación el art. 6 por haber dictado la sentencia personas condicionadas por sus fuertes convicciones religiosas católicas.

El TEDH en primer lugar, analiza la posible violación del art. 8 del Convenio: 1. "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". 2. "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

El Tribunal se cuestiona por una parte, la aplicabilidad de este artículo en la esfera del derecho del trabajo, y tras tener en cuenta las opiniones del Gobierno, del demandante y de los terceros intervinientes, concluye que la vida profesional forma parte de esta zona de interacción entre el individuo y los demás y puede atañer a la "vida privada" por lo que resulta de aplicación este artículo.

La siguiente cuestión que se plantea es si se ha cumplido o no el precepto. Al respecto valora las observaciones del Gobierno que manifiesta que la propuesta de los profesores de religión y moral católica corresponde al Obispo, debiendo el Estado adoptar una postura de neutralidad, encontrando razones suficientes para la no renovación del contrato ante la divulgación de sus circunstancias personales contrarias a la doctrina de la Iglesia Católica.

Por su parte, el demandante reitera que se ha producido una intromisión en su derecho a la vida privada y familiar. Respecto de los terceros intervinientes, como es la Conferencia Episcopal Española, esta recuerda, según la normativa, que el candidato a profesor de religión deberá de estar en posesión del título universitario adecuado, tener el certificado de aptitud expedido por la CEE, ser propuesto por el Obispo de la diócesis y firmar el contrato con la administración educativa del Estado o de la Comunidad

Autónoma. Además remarca que los criterios de aptitud son de naturaleza religiosa, de conformidad con lo establecido en el canon 804 § 2 anteriormente mencionado.

A partir de estas premisas comienza la apreciación del Tribunal focalizando la atención en si el Estado, a tenor del art. 8 del Convenio, estaba obligado a hacer prevalecer el derecho del demandante al respeto a su vida privada sobre el derecho de la Iglesia Católica a la no renovación de su contrato. Siguiendo los criterios del Tribunal Constitucional en su sentencia de 4 de junio de 2007 considera que la no renovación del contrato se debe a circunstancias de naturaleza estrictamente religiosas, añadiendo que las jurisdicciones competentes han demostrado que las obligaciones de lealtad eran aceptables en lo que tenían como objetivo preservar la sensibilidad del público y de los padres de los alumnos, argumentando que las autoridades eclesiásticas no han hecho más que cumplir con las obligaciones que les incumben, aplicando el principio de autonomía religiosa; y añade que sería irracional no tener en cuenta las convicciones religiosas como criterio de selección con el fin de preservar el derecho a la libertad religiosa en su dimensión colectiva. En conclusión, estima que no ha existido violación de este artículo.

Sobre la violación del art. 14 sólo o combinado con los arts. 8 y 10 del Convenio y sobre el art. 6 "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente…por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley que decidirá(…) sus derechos y obligaciones de carácter civil (…)" concluye que el demandante no ha utilizado todos los medios de los que disponía en derecho interno para impugnar la falta de imparcialidad de los Magistrados acusados.

El Tribunal declara, por unanimidad, el recurso admisible en cuanto a las quejas que dimanan de los artículos 8, 10 y 14, e inadmisible en cuanto al resto; dice por 6 votos contra uno, que no ha habido violación del art. 8 del Convenio y señala, por unanimidad, que no ha lugar a las quejas que dimanan del artículo 14, tomado por sí mismo, o combinado con los artículos 8 y 10 del Convenio.

El voto particular se apoya en que dado que era la Administración quien retribuía, debería de haber velado por los derechos constitucionales del demandante. Por otra en el hecho de que cuando el demandante fue contratado por la Administración a propuesta del Obispo ya era una persona casada desde hacía años y ese dato era conocido por la autoridad eclesiástica que sólo reaccionó ante una mera información periodística. Concluye, pues, que la no renovación ha otorgado a los derechos de la Iglesia Católica una prioridad absoluta respecto del derecho del interesado a su vida privada.

5. El demandante en el año 2012 solicita la remisión del caso ante la Gran Sala, manteniendo que ha existido una violación del art. 8 del Convenio, y en la misma se presentan los siguientes argumentos:

El demandante se refiere en varias ocasiones al "despido" que ha padecido en lugar de a la no renovación de su contrato, aduciendo que dado que era la Administración quien le pagaba su salario, ésta debería de haber hecho prevalecer sus derechos fundamentales, como el respeto a su vida privada. Manifiesta, por otra parte, que tanto el Tribunal Constitucional como la sentencia de la Sala introducen un nuevo motivo de despido como las críticas que presuntamente había realizado, mientras que en la nota del Obispado no se mencionaba nada más que la publicidad dada a su situación personal. En este sentido considera que se han modificado los hechos probados del Juzgado de lo laboral nº 3 de Murcia.

El Gobierno sostiene que en el momento en que se producen los hechos el profesorado de religión es remunerado por la propia Iglesia Católica con los fondos que el Estado abona a ésta. Pero que con independencia de quien retribuya, para poder trabajar es necesario obtener previamente el certificado de idoneidad de la confesión pertinente. En el caso de la Iglesia Católica recuerda las cualidades que debe reunir el candidato, que vienen establecidas en el canon 804 § 2. En el supuesto que se trata se observa que algunas de éstas se habían contravenido, por lo que resultaba inevitable que se quebrara la relación de confianza.

Se pregunta el Gobierno hasta qué punto una confesión religiosa está obligada a contratar o renovar un contrato a una persona que ha vertido públicamente unas declaraciones contrarias a su doctrina. En este caso, por ejemplo, el apoyo que el demandante presta al MOCEP, no cabe duda que forma parte de su derecho de libertad de expresión, pero está en contradicción palmaria con la doctrina de la Iglesia Católica y por tanto, con los requisitos de idoneidad para ser contratado como profesor de religión católica.

Por su parte, la Conferencia Episcopal, partiendo del modelo de contratación peculiar de los profesores de religión en base a la neutralidad del Estado, al derecho de los padres a la educación de sus hijos y a la autonomía de las confesiones, concluye que en el caso, la no renovación del contrato, no estaba ligada a la condición de sacerdote casado, sino a su actuación pública en contra de la Iglesia.

6. La valoración de la Gran Sala se asentó sobre estos pilares:

La posible modificación de los hechos por parte del Tribunal Constitucional y de la Sala según alega el demandante.

A juicio de la Gran Sala el contenido de la nota del Obispado detonante de la decisión de la no renovación no introduce nuevos hechos. En la nota se decía "Que una vez se hizo pública y notoria la situación del demandante este hecho impide al Obispo de la diócesis hacer uso de las referidas facultades…". En este sentido, la expresión "situación del demandante" puede razonablemente ser entendida como una referencia tanto a su estado civil, de hombre casado, como a su pertenencia al MOCEOP. Puede estimarse, por consiguiente, que estos dos elementos, tomados conjuntamente, podrían haber conducido a una situación susceptible de provocar el "escándalo" que impediría al Obispo renovarle de nuevo el contrato. En consecuencia, la Gran Sala estima que la Sala se basó en unos hechos probados ya anteriormente en las jurisdicciones internas.

Sobre la aplicabilidad del artículo 8.

La Gran Sala, como la Sala, estima que es de aplicación el artículo 8 en la medida en que entra en juego la esfera privada ya que existe una conexión directa entre la vida privada "stricto sensu" y la vida profesional en este tipo de trabajo en el que no sólo se exigen unas capacidades técnicas.

Sobre la observancia o posible injerencia del artículo 8.

La Gran Sala y aquí se encuentra la diferencia con respecto a la Sala, estima que por parte de los poderes públicos se ha producido una injerencia en el ejercicio del derecho del demandante al respeto a su vida privada. Al respecto viene a decir que en última instancia fue la Administración quien no renovó el contrato; es decir que si el Ministerio de Educación no hubiera puesto en práctica la decisión episcopal, el contrato del demandante hubiera sido renovado.

Partiendo, pues, de la existencia de una injerencia por parte de los poderes públicos procede a examinar según establece el art. 8 del Convenio si estaba prevista por la ley y constituía una medida que, en una sociedad democrática era necesaria para la seguridad nacional, pública, etc… ya que en estos supuestos no existiría conculcación de este artículo.

La Gran Sala, sobre si estaba prevista por la ley, estima que la injerencia litigiosa tenía como base legal el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979; así como la Orden

Ministerial de 11 de octubre de 1982; es decir que la injerencia litigiosa estaba prevista por la ley.

En cuanto a si se trataba de una medida necesaria en una sociedad democrática manifiesta que cuando entran en conflicto dos derechos igualmente reconocidos por el Convenio se debe hacer una ponderación de los intereses en juego. En este sentido, reconoce por una parte, el derecho a la vida privada y familiar que se puede concretar en el derecho de las personas a casarse y hacer pública su elección. Por otra, la obligación del Estado de proteger la autonomía de la Iglesia o el derecho de las confesiones a su autonomía, a su propio ser sin que pueda producirse injerencia alguna por parte del Estado. En este mismo ámbito, en caso de disidencia del fiel con la confesión se reconoce el derecho de éste a abandonarla; así como el derecho de la comunidad de exigir cierto grado de lealtad por parte de las personas que trabajan en ella.

Aplicando estos presupuestos al caso que nos ocupa, considera que el derecho a la vida privada y familiar del demandante se ha visto limitado cuando ha firmado un contrato en el que con conocimiento de causa y voluntariamente ha originado una especial lealtad hacia la Iglesia Católica; máxime cuando el demandante había sido sacerdote y director de seminario por lo que debía conocer bien sus obligaciones. Por otra parte, respecto a la publicidad dada por el demandante de su situación de sacerdote casado, estima la Gran Sala que pudiera dar la sensación de militar a favor de provocar un cambio en las normas de la Iglesia al apoyar ideas o doctrinas en contra. Y aunque le reconoce su derecho a la libertad de expresión encuentra un riesgo en las declaraciones que el demandante pudiera hacer al impartir sus clases a adolescentes que carecen de la suficiente madurez para ser capaces de distinguir las declaraciones personales de las que provienen de la doctrina oficial de la Iglesia Católica.

En cuanto a la autonomía de la Iglesia considera que esta no ha sido invocada de forma abusiva, es decir, que la decisión del Obispado de no renovar el contrato no ha sido insuficientemente motivada, arbitraria o tomada con un fin ajeno al ejercicio de la autonomía de la Iglesia Católica.

Por tanto, concluye que dado que la injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada no ha sido desproporcionada, no ha existido violación del art. 8 del Convenio y sobre la alegación del art. 14 en relación con el art. 8 y los arts. 9 y 10 tomados aisladamente o puestos en relación con el art. 14 del Convenio considera que no procede examinarlos por separado. Por estos motivos FALLA por nueve votos contra ocho que no ha habido violación del art. 8 y por catorce votos contra tres que no procede examinar por separado las quejas del artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del

Convenio y de los artículos 9 y 10 tomados aisladamente o puestos en relación con el artículo 14 del Convenio, presentándose cuatro votos particulares:

Un voto particular conjunto de 8 jueces que señalan que la violación del Convenio se da por parte del Ministerio de Educación que, en última instancia, es quien no ha renovado el contrato. Además consideran que aunque la mayoría vincula la vida profesional con la vida personal, el asunto para ellos no atañe a la primera sino que se ha puesto en entredicho su vida privada y familiar. Por otra parte, ratifican con la mayoría, que ha existido una injerencia por parte del Estado y que ésta estaba prevista en la Ley, pero se plantean si podía ser previsible por parte del demandante después de varios años en que su situación personal era la misma que cuando fue contratado. En todo caso concluyen que ha existido una violación del artículo 8 al producirse una injerencia desproporcionada por parte de las autoridades nacionales que resultaba innecesaria en una sociedad democrática para alcanzar el fin legítimo perseguido, a saber, el respeto de la autonomía de la Iglesia Católica.

Se presenta también un voto particular conjunto de tres jueces, considerando que se debería haber examinado la posible violación de los artículos 14, 9 y 10 del Convenio y por último, dos votos particulares de dos jueces por separado. Según uno de ellos se ha producido un despido improcedente por existir una injerencia injustificada en la vida privada y familiar del demandante. Además considera que los poderes públicos se podrían oponer a la contratación siempre que se vulnerara el orden público, así como que la autonomía de las confesiones no es absoluta porque no puede conllevar la violación de otros derechos garantizados por el Convenio. El otro voto viene igualmente a señalar que la privación de la vida familiar acarrea violación del Convenio y que no se puede justificar por ningún interés general, ni por la autonomía las confesiones religiosas.

7. En el caso que nos ocupa llama poderosamente la atención que en el año 1991, cuando el demandante ya había pedido la secularización y contraído matrimonio civil, fuera propuesto como idóneo para impartir enseñanza religiosa católica. Durante años, y sin que llegara la dispensa del celibato, se le sigue contratando para impartir clases de religión católica en un centro docente en una localidad pequeña en la que su situación era conocida por gran parte de la población. Partimos, pues, de una situación completamente anómala, que desde luego aunque se mantiene en el tiempo, no le confiere ningún derecho al demandante, y de la cual es responsable la autoridad eclesiástica que lo consideró idóneo durante años. La Administración tanto al

contratarlo, como al no renovarle el contrato, se limitó a respetar el derecho de las confesiones a su autonomía.

Se ha debatido en alguna de las instancias que la Administración fue responsable del despido en la medida en que formalmente fue ella quien contrató al profesor. La Jurisprudencia ha entendido, en alguna ocasión, que la Administración no está exenta de responsabilidad en supuestos de despidos, aunque se limite a "ejecutar" lo acordado por la confesión sobre la idoneidad del profesor. Considero, no obstante, que, aunque se pretenda entender de este modo, la Administración resulta incompetente para readmitir a quien no acredita la idoneidad confesional. Asimismo, los órganos judiciales no tienen competencia para forzar a los Obispados a emitir una determinada declaración de idoneidad.

Por otra parte, en supuestos semejantes, se ha planteado si la Administración actuaba como una empresa de tendencia. Por tal se podría entender aquella que está destinada, de manera especial, a la pública difusión de una cierta ideología, religión… Es evidente que la Administración interviene en la contratación del profesorado de religión, pero no con la finalidad de difundir un credo religioso, sino como medio para garantizar el derecho que asiste a los padres a elegir la formación religiosa de sus hijos. Es decir, la Administración en estos casos está actuando como instrumento mediante el cual se garantiza la cooperación con las confesiones religiosas. Entenderlo de otro modo podría suponer una violación de la laicidad estatal.

En el caso que analizamos resulta evidente que la circunstancia detonante que propicia un cambio por parte del Obispo para no proponer al demandante como profesor el siguiente curso escolar, es su aparición en un periódico local en una noticia de la que se desprende que comparte una ideología contraria a los postulados de la Iglesia Católica. Es a partir de entonces cuando la Iglesia rechaza la renovación de su contrato. Pero no es destituido de inmediato cuando se publica el artículo en prensa, sino que el Obispo esperó a que finalizara ese curso escolar y fue para el curso siguiente cuando le retiró la declaración de idoneidad.

En síntesis, se plantea en el supuesto una colisión de derechos. Por una parte, el derecho del demandante a una vida privada y familiar y su derecho a la libertad de expresión y por otra, el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos y la autonomía de las confesiones para designar a su personal. Tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se han preocupado por realizar una ponderación de los derechos en juego. En este sentido, comparto plenamente la decisión de la Gran Sala de este Alto Tribunal que concluye que efectivamente se produjo una injerencia en su vida privada o una

limitación en su libertad de expresión, pero que resultaba proporcionada o justificada por el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa por parte de personas que no sólo comparten los principios y valores de la Iglesia Católica sino que llevan un estilo de vida acorde con los mismos, circunstancias que no se dieron en el supuesto. Por otra parte, no hay que olvidar que esa posible injerencia la ha propiciado el mismo demandante dando publicidad a su situación y a su pertenencia a un grupo que no está en plena comunión con la Iglesia Católica; alejándose del deber de lealtad al que estaba sometido.

RESPONSABILIDAD POR EL USO INDEBIDO DE LA CÁMARA OCULTA EN EL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN. COMENTARIO A LA STS NÚM. 225/2014, DE 29 DE ABRIL

LIABILITY FOR THE MISUSE OF HIDDEN CAMERA IN THE INVESTIGATIVE JOURNALISM. COMMENT ON STS NO. 225/2014, OF APRIL 29

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 345-358.

Fecha entrega: 09/10/2014
Fecha aceptación: 1/03/2015

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de investigación F.P.U. en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Secretario General del IDIBE
pedro.chaparro@uv.es

RESUMEN: El uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación, aunque no es ilegítimo *per se*, sí debe prohibirse cuando el sacrificio de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen no va acompañado de la obtención de una información adecuada en términos cualitativos y cuantitativos.

PALABRAS CLAVE: cámara oculta, periodismo de investigación, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen, consentimiento.

ABSTRACT: The use of hidden camera in the investigative journalism, although it is not illegitimate *per se*, it should be banned when the sacrifice of the rights to honor, to privacy and to own image is not accompanied by obtaining adequate information in qualitative and quantitative terms.

KEY WORDS: hidden camera, investigative journalism, right to privacy, right to own image, consent.

SUMARIO: 1. Antecedentes de hecho.- 2. Consideraciones iniciales.- 3. La posible justificación del empleo de la cámara oculta en el periodismo de investigación de reconstrucción de hechos históricos.- 4. La consideración como "personaje público" de la persona cuya imagen es captada.- 5. Los diversos grados de proyección pública y la pérdida del carácter de personaje público con el paso del tiempo.- 6. La inaplicación de la excepción prevista en el art. 8.2 L.O. 1/1982.- 7. La información obtenida mediante el empleo de la cámara oculta.

1. En el reportaje emitido por cierta cadena de televisión, titulado "Especial Investigación. El crimen más oscuro de ETA (2ª Parte)", aparecía una grabación con imágenes y la voz de un individuo, propietario de una galería de arte y conocido por haber sido en su día miembro de la banda terrorista ETA. En la conversación mantenida y posteriormente emitida en televisión, el individuo es preguntado sobre su pasado en ETA y, en concreto, acerca de la desaparición de tres personas ocurrida en el año 1973 y la de un terrorista. Así, cuando el individuo es informado del propósito de los periodistas, reacciona con un, entre irónico y despectivo "¡Qué bonito!", reprochando a los reporteros que "a estas alturas" quieran revivir una "historia trasnochada", cuando él está "en otra onda", y que esa historia les interese únicamente por el morbo o por un "uso político en este momento", razón por la que les pregunta quién les manda o qué gente había venido con ellos y, en cualquier caso, remite su colaboración para el caso de que algún día se decidiera hacer "un testimonio, un buen documento, un documental", pues él había vivido con el terrorista desaparecido al lado, pero que de la forma en que los reporteros le habían abordado se iban a encontrar las puertas "requetecerradas". El reportaje concluía con una inquietante voz en *off* que decía: "una vez más nos encontramos con un ex miembro de ETA, atado al pacto de silencio de la banda terrorista".

2. La sentencia que es objeto de este comentario (STS núm. 225/2014, de 29 de abril) no escapa a la doctrina del Tribunal Supremo relativa al uso de cámaras ocultas en el periodismo de investigación. Sin embargo, tiene matices propios, que explicaré a continuación, derivados del hecho de que el periodismo de investigación no es, como en la práctica totalidad de los supuestos que han llegado al Tribunal Supremo, de denuncia social, sino de reconstrucción de hechos históricos; en este caso, el reportaje abordaba la desaparición de tres jóvenes gallegos y de un terrorista en el año 1973.

Ello propicia que la ponderación de algunos elementos sea ligeramente distinta a la que se efectúa en el periodismo de investigación de denuncia social. Así, en los casos de denuncia social, el estafador no tiene el carácter de personaje público, lo que supone un grave inconveniente para las productoras y cadenas de televisión a la hora de justificar su aparición en el reportaje. Por lo demás, en los casos de denuncia social el interés general de la información está más difuso que en los supuestos de reportajes de reconstrucción de hechos históricos, en los que, en buena medida, se presume.

Aunque la ponderación de estos elementos no se suele realizar en abstracto y separadamente, sino como un todo, a efectos pedagógicos distinguiré en este breve comentario los aspectos que me parecen cruciales en este asunto, a saber: a) la posible justificación del empleo de la cámara oculta en el periodismo de investigación de reconstrucción de hechos históricos; b) la consideración como personaje público de la persona cuya imagen es captada; y c) la información obtenida mediante el empleo de la cámara oculta.

3. Si en el periodismo de investigación de denuncia social la imagen de una persona es secundaria (importa más lo que se dice que quien lo dice), hasta el punto de que el uso de la cámara oculta desemboca prácticamente siempre en condena, en el periodismo de investigación de reconstrucción de hechos históricos la imagen de las personas cobra una nueva dimensión. Y es que, cuando se investiga algún suceso con relevancia histórica (o un supuesto de corrupción), importa tanto lo que se dice como quien lo dice.

En estos casos, a mi juicio, la ponderación es mucho más complicada y debe merecer un análisis más profundo de todas las circunstancias en juego. Ello es así porque aquí se entremezclan tanto personajes públicos como otros que no tienen tal carácter pero que igualmente pueden haber participado de los hechos. Entonces, el principal interrogante que se plantea es el siguiente: ¿puede un personaje público ver menoscabados sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en aras de obtener información de gran relevancia pública? ¿Debe sacrificarse un interés individual de especial protección constitucional, prevaleciendo en tal caso el interés público?

Para responder a lo anterior, debe partirse siempre de que la cámara oculta es un medio, como ha señalado el Tribunal Constitucional, especialmente invasivo en los derechos del art. 18 CE, lo que, a mi juicio, motiva que, en este tipo de periodismo, únicamente deba ser empleada para obtener información de gran relevancia pública que no pueda obtenerse de otra forma menos intrusiva, entendido dicho término, el de "gran relevancia o interés público", como expresivo de un plus de importancia. No debe

cobijar, por tanto, cualquier información que pueda tener un interés público difuso, abstracto o indeterminado.

Desde luego, la determinación de qué tipo de información pueda ser considerada como de gran relevancia o interés público queda al arbitrio del juzgador; sin embargo, puede aproximarse tal noción, entendiendo que la información de gran interés público es aquella que afecta a los intereses del Estado (y, por extensión, de sus ciudadanos). Desde esta perspectiva, lo serían supuestos como la investigación de casos de corrupción o de atentados terroristas, o incluso, como ocurre aquí, de desaparición de personas.

En el caso aquí analizado, es evidente que ese interés público cualificado concurre, pues se investiga sobre la desaparición de tres personas y de un terrorista que quedó sin esclarecer allá por 1973. Hasta tal punto, que ni siquiera el demandante lo discute en el proceso, aunque sí cuestiona la actualidad de los mismos. En relación a esto, el lapso de tiempo transcurrido desde el momento de sucesión de los acontecimientos hasta el momento de realización del reportaje tiene, a mi entender, ciertas consecuencias sobre las que luego volveré, pues hay personajes públicos que no ostentan tal condición eternamente.

Por tanto, la entrevista a los sujetos que intervinieron en aquellos hechos se antoja vital para esclarecerlos. Entrevista que, en muchos casos, será la única forma de obtener la información. Ocurre con frecuencia, sin embargo, que esta información no se suele conceder voluntaria y públicamente; en estos casos, el uso de la cámara oculta se hace necesario. Un uso que, con todo, deberá ser:

a) *Como último recurso*. Ello es así porque en el periodismo de investigación de reconstrucción de hechos históricos, o de corrupción de políticos, el personaje cobra vital importancia, por lo que no tiene sentido distorsionar su imagen ni su sonido cuando lo que se busca es precisamente imputarle un fraude o atribuirle determinado acontecimiento histórico; en cualquier caso, aun difuminándose su imagen y distorsionándose el sonido, del contexto podría llegar a deducirse quién es, si se trata de un escándalo público o de un suceso histórico muy conocidos, ya que, en ambos casos, se suelen conocer también los participantes de la trama o del acontecimiento.

b) *Lo menos intrusivo posible*. El Tribunal Supremo ha deducido en algunos casos, erróneamente a mi juicio, un especial plus de reproche por haber sido usada la cámara oculta sin el conocimiento ni el consentimiento de la persona filmada. Así, por ejemplo, en la sentencia aquí comentada, el Tribunal Supremo justifica la desestimación de los motivos del recurso de casación de las codemandadas que impugnan la declaración de intromisión ilegítima en el

derecho a la propia imagen aduciendo que "se grabó y difundió la imagen del demandante no sólo sin su conocimiento, y por tanto sin su consentimiento, sino incluso contra su manifiesta voluntad de no conceder ninguna entrevista a los reporteros que conversaron con él, mostrándose sus rasgos físicos de una forma que permitía identificarlo plenamente".

No obstante, tal elemento de engaño o ardid es inherente a la cámara oculta, que, precisamente, debe su nombre ('oculta') a que se encuentra fuera del ámbito de visión y de conocimiento del sujeto cuya imagen es captada. Por otra parte, resulta claro y meridiano que el sujeto filmado nunca va a dar su consentimiento a la grabación cuando lo que se pretende es destapar hechos que le imputen algún tipo de delito o de actividad irregular. Por tanto, aunque se suela utilizar como argumento de refuerzo por el Tribunal Supremo, considero que no debería tenerse en cuenta pues el desconocimiento de la grabación y la falta de consentimiento a la misma forma parte de la idiosincrasia de la cámara oculta, sin perjuicio de que, en cualquier caso, su uso deba ser lo menos intrusivo posible.

4. Una cuestión sobre la que inciden la productora y la cadena de televisión demandadas, y que es negada por el demandante, es que éste ostenta la consideración de personaje público, que, en principio, supone cierto relajamiento en la protección de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por estar más expuesto a la crítica de la sociedad, en general, y de los medios de comunicación, en particular.

La delimitación del concepto de 'personaje público' no es una cuestión sencilla [para más detalle, puede consultarse DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Las intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen autorizadas por la ley", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador): *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*. Cizur Menor (2007): Thomson Aranzadi, pp. 260-261; y, más recientemente, ID: "Intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la ley", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador): *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*. Cizur Menor (2011): Thomson Aranzadi, pp. 95-98], que ha tratado de ser resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Así, la STS núm. 621/2004, de 1 de julio (RJ 2004, 4844) afirma que "la referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio", proyección pública que puede provenir, bien "por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia

económica, por su relación social, etc." [STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9100)]; o bien por otras causas, en caso de que falte el cargo: "por sus relaciones amorosas, matrimonio, título nobiliario o belleza, etcétera", siendo lo anterior, en todo caso, una "enumeración ejemplificativa" [STS núm. 982/2000, de 25 de octubre (RJ 2000, 8486)].

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha sido más 'poético' a la hora de perfilar el origen de la proyección pública del personaje, afirmando, en su STC núm. 76/1995, de 22 de mayo (RTC 1995, 76), "que puede venirle dada por la condición intrínseca del puesto que ocupa en la estructura social y el papel que representa en este gran teatro del mundo, o puede ser sobrevenida, circunstancialmente, por razón de acaecimientos ajenos a su voluntad y en cierto modo, a la de los demás. Unos y otros, quienes voluntariamente se dedican a profesiones o actividades con una inherente notoriedad pública y actúan en el escenario, real o metafóricamente, bajo la potente cegadora luz de la publicidad constante, es claro que han de aceptar, como contrapartida, las opiniones aun adversas y las revelaciones de circunstancias de su profesión e incluso personales".

Como conclusión, podría decirse que es personaje público aquella persona que tienen proyección pública, bien por razón de ejercer un cargo público (v. gr. políticos) o una profesión que tiene notoriedad pública (por ejemplo, deportistas), o bien por haber adquirido dicha proyección pública por otros medios (muy especialmente, por aparecer en programas de televisión o en la prensa rosa).

A título de ejemplo, se han reconocido como personajes con proyección pública los siguientes: un magistrado [STC núm. 132/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995, 132)]; un comisario de policía [STS núm. 851/1996, de 24 de octubre (RJ 1996, 8579)]; el alcalde de La Coruña [STC núm. 192/1999, de 25 de octubre (RTC 1999, 192)]; una policía municipal [STS núm. 982/2000, de 25 de octubre (RJ 2000, 8486)]; un afamado periodista deportivo [STC núm. 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 49)]; un arquitecto municipal [SAP Girona núm. 490/2002, de 7 de octubre (AC 2003, 117)]; una concejal representante de un determinado partido político y diputada provincial [STC núm. 136/2004, de 13 de septiembre (RTC 2004, 136)]; un personaje que aparece con frecuencia en la denominada 'prensa rosa' o revistas del corazón [STS núm. 185/2006, de 7 de marzo (RJ 2006, 1579)]; el Ministro del Interior [STC núm. 216/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 216)]; un conocido 'matador de toros' [STS núm. 124/2009, de 25 de febrero (RJ 2009, 1624)]; etc.

Como se observa, muchos de los personajes anteriores son funcionarios públicos. Y es que en la noción de personaje público adquieren especial

relieve estos sujetos, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, al considerar que "En la categoría de «personajes públicos» deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos". V. en este sentido SSTC núm. 148/2001, de 27 de junio (RTC 2001, 148) y núm. 54/2004, de 15 de abril (RTC 2004, 54).

Hay que precisar, por otra parte, que existe una gran dificultad para discernir qué informaciones de las que afecten a un personaje público tienen relevancia social, y cuáles, aun afectando a un personaje público, carecen de la misma. En este sentido, lo que no podría hacerse en ningún caso, en mi opinión, es ampararse en el carácter público de un personaje para realizar un reportaje de investigación que tuviera por objeto únicamente sacar a la luz aspectos íntimos de la vida privada del mismo [ALMAGRO NOSETE, J.: "Más sobre el derecho a la intimidad de los «famosos»", *Diario La Ley* (2011), Año XXXII, núm. 7623, Sección Columna, 5 mayo 2011, p. 7, observa en este sentido que "siempre habrá un núcleo irreductible de su intimidad [hablando de los famosos] que, si no ha sido expuesto, por voluntad propia, a la curiosidad ajena, merece plena protección"], habiéndolo entendido igualmente así el Tribunal Constitucional. De esta forma, en relación con funcionarios, ha advertido que "en tanto lo divulgado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 CE. Por el contrario, fuera de tales supuestos, y cuando lo divulgado venga acompañado de expresiones formalmente injuriosas *o se refiera a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información, es evidente que el personaje público es, a todos los efectos, un particular como cualquiera*". V. en este sentido SSTC núm. 192/1999, de 25 de octubre (RTC 1999, 192) y núm. 54/2004, de 15 de abril (RTC 2004, 54).

Como conclusión de todo lo anterior, se ha de señalar que un personaje público, por la función que desempeña, es más vulnerable que un particular en lo referido a intromisiones en los derechos de la personalidad (que son los más susceptibles de colisión con el derecho a la libertad de información). Esto ha llevado a que, como pone de relieve MOLINER NAVARRO, R.: "El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *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*. Cizur Menor (2007): Thomson Aranzadi, p. 50, se haya de "aceptar una cierta presunción a favor

de la libertad de expresión e información cuando se trata de personalidades públicas y una presunción a favor del honor cuando se trata de personas no públicas".

Hay que matizar, en cualquier caso, que lo anterior tendrá validez siempre y cuando se considere la vertiente o faceta pública de dicho personaje público; en otro caso, es decir, en su vida privada, sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen deberán protegerse como si de un particular se tratara.

A este respecto, hay que advertir que hay personajes públicos que deben su condición de tales precisamente a las vicisitudes que experimenta su vida privada, lo que da idea de la dificultad de la ponderación. La protección de los derechos de la personalidad quedará delimitada, entonces, con relación al ámbito que, por sus propios actos, mantenga el personaje público reservado para sí mismo o su familia. No es lo mismo un famoso que viva de vender exclusivas de sus relaciones íntimas, que otro que, aun debiendo su condición de personaje público a los avatares de su vida privada, trate de mantener ésta al margen de los medios de comunicación.

Sobre esta cuestión se pronunció la STC núm. 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 83), manifestando al respecto que "la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el campo de las finanzas, no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno".

5. A la delimitación de la condición de personaje público realizada en el apartado anterior deben añadírsele algunas consideraciones, relativas a la permanencia de tal condición en el tiempo. Y es que, debe tenerse en cuenta que existen diversos grados de proyección pública, y que la condición de personaje público, en algunos casos (pensemos en funcionarios que se pasan al sector privado o que se jubilan), se diluye con el paso del tiempo hasta prácticamente desaparecer. Evidentemente, a nadie se le escapa que no tienen la misma proyección pública un presidente del gobierno, que un funcionario que trabaje diariamente en el anonimato. La importancia y el interés público de los acontecimientos relacionados con el primero perdurarán en el tiempo mucho más que en el caso de las personas que sean consideradas personaje público en sentido amplio.

Es en esta tesitura donde se ha de analizar si posee el carácter de personaje público el ex miembro de la banda terrorista ETA cuya imagen es filmada y emitida posteriormente en televisión. Ciertamente, la pertenencia a una banda terrorista armada, que se caracteriza precisamente porque la mayoría de sus miembros viven en el mayor de los anonimatos de cara a la sociedad en general (no así en determinados círculos locales y entre los cuerpos de seguridad del Estado), no permite deducir la condición de personaje público. Condición que si se tendría, en cambio, de ser un miembro dirigente de la misma y en caso de tener cierta proyección pública ante los medios de comunicación.

En el caso, parece que el ex miembro de ETA sí tuvo, en la década de los 70, cierta notoriedad y proyección pública, lo que autoriza a concluir que sí se está ante un personaje público; cuestión distinta es que deba intentar compatibilizarse tal condición de personaje público con el derecho al olvido de un individuo que fue amnistiado tiempo atrás y que, por tanto, saldó su deuda con la sociedad.

En relación con el derecho al olvido, resultan especialmente interesantes las aportaciones de DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*. Cizur Menor (2012): Thomson-Reuters Aranzadi, Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional, pp. 76-84.

6. La L.O. 1/1982 contiene un precepto, el art. 8.2.a), que permite la "captación, reproducción o publicación" de la imagen "cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público" [v. el comentario a este precepto de RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: "El derecho sobre la propia imagen de la persona que ocupa un cargo público o ejerce una profesión de notoriedad o de proyección pública (art. 8.2.a de la L.O. 1/1982)", *Revista de Derecho privado* (2011), año núm. 95, mes 2]. Este precepto se usa en el proceso por las codemandadas como habilitante de la filmación que se lleva a cabo, entendiendo que el sujeto filmado es un personaje público y que la galería de arte de su propiedad donde tiene lugar la filmación es un "lugar abierto al público".

Sin embargo, el precepto, en puridad, lo que está protegiendo es la captación de la imagen de personajes públicos que tenga lugar en actos o contextos públicos. Se trata, por tanto, de un precepto al servicio de la libertad de información, derecho que tiene un valor preferente dentro de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Las intromisiones en los derechos al honor,

intimidad y propia imagen autorizadas por la ley", cit., p. 259, señala que esta previsión legal [el art. 8.2.a) L.O. 1/1982] "descansa en la presunción de que, en tales casos, la intromisión en la imagen estará al servicio de la libertad de información protegida por el artículo 20.1.d) CE, la cual satisface un interés general de la sociedad, que debe prevalecer sobre el interés puramente particular de la persona, cuya imagen se capta, reproduce o publica".

Por tanto, a tenor de lo anterior, la situación aquí considerada difícilmente (por no decir que de ninguna manera) puede tener cabida en el art. 8.2.a) L.O. 1/1982. Y es que, a la luz de las circunstancias, no puede decirse que el lugar donde transcurre la entrevista con cámara oculta sea un lugar público, por más que se empeñen las codemandadas en justificar este extremo. Una galería de arte es un lugar público, no cabe duda; sin embargo, la conversación tuvo lugar, según parece, en el despacho del demandante, lugar que, aunque expuesto a la entrada de terceras personas, debe considerarse privado, por no formar parte del recorrido de las personas que visitan la galería de arte.

A este respecto, es muy ilustrativa la doctrina contenida en la STS núm. 1144/2008, de 28 de noviembre (RJ 2009, 1352), según la cual "no cabe entender como 'lugar abierto al público' todo aquél al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado -como, en el caso, una playa recóndita- sino el que resulta de uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada y que comporta que, en tal supuesto, la persona pública, despojada en tal caso de su derecho a disponer de la propia imagen, haya de soportar simplemente las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento".

Se observa, por tanto, que el concepto que el Supremo ofrece de 'lugar abierto al público' no es literal, en el sentido de que lo sean aquellos lugares a los que teóricamente cualquier persona pueda tener acceso, sino que es un concepto que atiende a criterios de utilidad, de forma que debe entenderse como 'lugar abierto al público' aquel que, según resulte de su uso, sea frecuentado por una generalidad de personas, y no aquel cuyo uso sea meramente esporádico u ocasional.

Volviendo al caso aquí analizado, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión afirmando que, de conformidad con la doctrina constitucional, "la ilegitimidad de la intromisión no resulta excluida por la circunstancia de que la grabación se hiciera en un lugar abierto al público como era la galería de arte del demandante, pues '[l]a intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado» (STC 12/2012, FJ 5), y la galería de arte del demandante, pese a

estar abierta al público, era su centro de trabajo en el que, por tratarse de un espacio bajo su control, podía manifestarse con toda espontaneidad, como ciertamente hizo al desconocer que estaba siendo grabado"'.

El Tribunal Supremo, por tanto, no entra en la cuestión de si el despacho del demandante debe considerarse como público o privado, sino que admite que las captaciones tomadas en lugares abiertos al público pueden ser también ilegítimas.

En relación con esto, el Tribunal Supremo consideró, en su STS núm. 518/2012, de 24 de julio (RJ 2012, 8371), respecto de un supuesto en que captaron fotografías en *top-less* de una famosa actriz y modelo española en una playa de Riviera Maya, que "el lugar en el que se tomaron las fotografías [la playa de un hotel de lujo de Riviera Maya] fue elegido por la parte recurrente para garantizar que el lugar fuera recóndito, apartado, para preservar su intimidad o determinados aspectos de su imagen, protegiendo así el reportaje pactado". Por tanto, no tiene excesiva importancia que la playa sea pública, pues sus características o difícil acceso pueden hacer de ella una playa recóndita o poco concurrida, que sea "buscada de propósito" por el personaje público para tener cierta intimidad (o, como dice el Supremo, para "sustraerse a la curiosidad ajena").

7. Habiendo admitido ya que el reportaje versaba sobre un tema con gran interés público, y que la persona filmada reunía los caracteres para ser considerada como un personaje público, resta ahora por valorar la calidad y la cantidad de la información obtenida mediante el empleo de la cámara oculta a fin de concluir si existió intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

En la sentencia aquí analizada, a mi juicio, existe un elemento fundamental que debe tenerse en consideración para concluir que sí existió lesión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Tal elemento no es otro que la escasa información que aporta la entrevista. En efecto, de la entrevista filmada con cámara oculta no se obtiene una información valiosa que pudiera justificar el sacrificio de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así lo entiende el propio Tribunal Supremo, cuando explica que "aunque la jurisprudencia de esta Sala, más que la doctrina del Tribunal Constitucional, permita entender que el procedimiento de la cámara oculta puede no ser ilegítimo si resulta proporcionado al interés público de los hechos registrados [...], pues no cabe descartar que mediante el mismo se descubran casos de corrupción política o económica al más alto nivel que deban ser conocidos y transmitidos a la opinión pública con la contundencia inherente a la grabación de la imagen y la voz, es indiscutible que esa

proporción entre fines y medios no se daba en el presente caso, como por sí mismo demuestra el pobre resultado de la grabación difundida".

Desde el momento en que la información que se desvela con la cámara oculta es nula o casi nula, el sacrificio de los derechos de la personalidad carece de sentido y, por tanto, deben primar en el juicio de ponderación respecto a las libertades de información y de expresión. Falla, en consecuencia, una de las incógnitas de la ecuación. Si se admite que el uso de la cámara oculta puede ser legítimo cuando sea ésta imprescindible para obtener la información, es evidente que si no hay información, o si es pobre, deberá concluirse que existió una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen, al tiempo que presumirse que la emisión se debió a otros motivos, seguramente a la conducta que tuvo el demandante, susceptible de generar el interés morboso de los telespectadores, al ser filmado, como dice el Supremo, "en unas actitudes y gestos, y empleando un lenguaje, que evidentemente, y para comprobarlo basta con el visionado de la grabación, no habría empleado nunca en una entrevista voluntariamente concedida por él".

Por tanto, la emisión de la captación con cámara oculta no aportó nada al reportaje, más allá de unas imágenes morbosas, lo que debe conducir a declarar como acertada la postura del Tribunal Supremo al considerar que existió intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

EL DERECHO DE COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES DEL CC Y EN LA LREMV: ANÁLISIS COMPARATIVO

THE RIGHT TO COMPENSATION FOR DOMESTIC WORK IN THE REGIME OF SEPARATION OF PROPERTY OF CC AND THE LREMV: COMPARATIVE ANALYSIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 359-374.

Fecha entrega: 30/03/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. Mª PILAR MONTES RODRÍGUEZ
Profesora TEU de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
pilar.montes@uv.es

RESUMEN: La dedicación exclusiva de unos de los cónyuges al trabajo doméstico le atribuye, en el Código civil español, el derecho a una compensación económica cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. En la LREMV el trabajo doméstico no sólo se considera contribución a las cargas del matrimonio sino que también da lugar a un derecho de compensación.

PALABRAS CLAVE: trabajo doméstico, separación de bienes, contribución a las cargas del matrimonio, derecho de compensación, pensión compensatoria.

ABSTRACT: Exclusive dedication of one of the spouses to domestic work attributed to him in the Spanish Civil Code, the right to financial compensation when the matrimonial property is separate property. In LREMV domestic work is not only considered contribution to the burdens of marriage but also gives rise to a right to compensation.

KEY WORDS: domestic work, separate property, contribution to the burdens of marriage, right to financial compensation.

SUMARIO: 1. La pensión compensatoria por trabajo doméstico. -2. La pensión compensatoria por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC. -3. La pensión compensatoria por trabajo doméstico en la LREMV.

1. La pensión compensatoria por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes es una figura jurídica que presenta, en la actualidad, un doble interés. Por un lado, la situación de crisis económica que afecta a nuestro país, con elevadas tasas de paro, ha provocado que la situación de dedicación exclusiva al trabajo doméstico por uno de los cónyuges (mayoritariamente una especialidad de mujeres) sea mucho más frecuente que en etapas de bonanza económica, y por tanto, sean cada vez más habituales las reclamaciones en los tribunales de compensación.

Además y tras siglos de aplicación del CC español, en cuyo art. 1438 se reconoce el derecho a una pensión compensatoria por trabajo doméstico en la separación de bienes, en la CCAA Valenciana disponemos, de momento (dado que hay pendiente un Recurso de Inconstitucionalidad sobre la misma), de una LREMV que articula como régimen supletorio la separación de bienes y en la que se reconoce tanto el trabajo para la casa como contribución a las cargas del matrimonio como un derecho de compensación por el mismo.

Por esta razón, el presente análisis se dividirá en dos partes. En primer lugar la regulación del Código civil, centrada en el art. 1438 y su interpretación jurisprudencial, y por otro el trabajo doméstico como contribución a las cargas en la LREMV.

2. El CC español regula el régimen económico de separación de bienes en los arts. 1435 a 1444. El llamado régimen de separación de bienes se produce cuando cada uno de los consortes tiene sus propios bienes y su propio patrimonio, de manera que no existe ningún tipo de unión o confusión y tampoco, por el mero hecho del matrimonio, ningún tipo de comunidad [DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*. Madrid, (2001): Tecnos, p. 212].

El art. 1437 CC señala al respecto que "en el régimen de separación de bienes pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Así mismo

corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes".

Por tanto nos encontramos ante una absoluta separación de titularidades jurídicas aunque ello no impida que, tal y como señala el art. 1318 CC, los bienes de los cónyuges estén sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Por ello, dentro del propio régimen de separación de bienes, el art. 1438 dispone que "los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo de la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

Lo cierto es que no es éste el único precepto que el CC dedica a la compensación por el trabajo doméstico porque el art. 97, al regular los efectos comunes a la separación y al divorcio, señala que el cónyuge, al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación la posición del otro, que implique un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges el Juez, en sentencia determinará el importe teniendo en cuenta entre otras circunstancias (ap. 4º), la dedicación pasada y futura a la familia.

Precisamente uno de los objetivos de estas reflexiones es conocer el significado y alcance de la regla del art. 1438 CC y su compatibilidad con la del art. 97 del mismo cuerpo legal. En línea de principio cabe afirmar que ambos preceptos regulan situaciones diversas. El primero circunscribe su ámbito de aplicación al régimen económico matrimonial de separación de bienes mientras que el segundo puede ser utilizado cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que rigiera el matrimonio. Este último está destinado a regular situaciones de crisis matrimonial, pero sólo en los supuestos en que ésta haya generado en uno de los cónyuges una posición de desequilibrio.

El art. 1438 CC regula el sostenimiento de las cargas del matrimonio en la separación de bienes, en la línea de lo establecido con carácter general en el art. 1319 del mismo cuerpo legal, en el que se señala que cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. El código civil español, a diferencia como veremos de la LREMV, no da un concepto de cargas.

Tras recordar tal obligación, concordante con la general del art. 1318 CC, el art. 1438 establece, de modo dispositivo, a través de que reglas debe regirse. El convenio entre los cónyuges (previo o posterior al matrimonio) será el mecanismo preferente de determinación de tales reglas. El pacto puede darse en capitulaciones o fuera de ellas.

A falta del mismo, el CC nos ofrece soluciones: contribución de ambos cónyuges. El criterio seguido para tal contribución es, a mi juicio justo. El reparto no se realizará por partes iguales (contra lo que pudiera parecer atendido el principio de igualdad del art. 39 CE) sino proporcional a sus respectivos recursos económicos. Y en esta contribución al sostenimiento de las cargas se introduce no sólo la estrictamente económica sino también su aportación en especie mediante el trabajo para la casa. En esta categoría amplia, que, de nuevo, el CC no define a diferencia de la LREMV, se deberán tener en cuenta las condiciones y circunstancias en que se presta, atendiendo a la posición de la familia y a los usos del hogar familiar, no incluyendo sólo la pura actividad material encaminada a satisfacer las necesidades de mantenimiento alimenticio, del arreglo del hogar o de atención a los componentes del grupo, sino también las labores de dirección, administrativas o burocráticas dirigidas a una adecuada gestión de los intereses familiares.

La realización de tal trabajo para la casa, de acuerdo con el art. 1438, se computará como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que, a falta de pacto, el juez señalará a la extinción del régimen de separación (que no necesariamente se produce con la extinción del matrimonio, aunque ciertamente sea lo más frecuente).

El precepto (también a diferencia de la LREMV) no dice que criterios han de tenerse presentes para valorar si cabe exigir esa compensación y su montante económico. Tampoco exige, como si hacia el Proyecto de reforma del CC de 1981 y algunas legislaciones autonómicas, el enriquecimiento del otro cónyuge. Serán pues los tribunales los que deban interpretar el precepto y delimitar tales características. Y en este sentido cabe citar dos recientes e importantes sentencias del TS.

La primera de ellas es la STS (Sala 1ª) 14 julio 2011(RAJ 2011, 5122). El litigio que trae causa recae sobre un proceso de divorcio en el que la esposa, Dª M, que era licenciada en derecho pero nunca había ejercido la profesión, ni había llevado a cabo ningún tipo de actividad económica remunerada y se dedicó al trabajo del hogar durante la convivencia, solicita tanto la pensión del art. 97 CC, con una suma mensual de 1.500 euros como una indemnización *ex art. 1438 CC* de 167.400 euros. La Sentencia del Juzgado de primera instancia admite ambas pretensiones, aunque reduciendo su cuantía a

1000 euros y 108.000. Los argumentos utilizados para ello son: "a) la actora nunca había trabajado fuera del hogar, a pesar de ser licenciada en derecho; por tanto, se había dedicado en exclusiva al cuidado de la hija y de la casa, sin haber tenido ayuda de servicio doméstico; b) reconoció una pensión compensatoria por el periodo de cinco años, para que pudiera ponerse al día y conseguir un empleo; c) la compensación económica, señalaba la sentencia, no permite una participación del cónyuge que aportó su trabajo doméstico en el patrimonio privativo del otro; "es una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares", y d) el cálculo de la cuantía habrá de hacerse no 'en función del incremento patrimonial que haya tenido el otro cónyuge durante el tiempo que duró la vida en común, pues el art. 1438 es claro y solo contempla una compensación por el trabajo prestado a la casa', porque éste no se retribuye en el seno de las relaciones familiares. La cantidad que se atribuyó fueron 108.000 €, 'que resulta de multiplicar 600€, que costaría una empleada del hogar al mes, por doce meses, y multiplicado por los 15 años de duración del matrimonio'."

Interpuesto recurso de apelación por el marido, la AP de Madrid revoca la pensión ex art. 1438 y limita la del art. 97 a 3 años. En esta ocasión las razones fueron*:* "en el caso que se examina estamos ante un régimen de separación de bienes libremente pactado y no se ha acreditado que la dedicación de la esposa a la familia, de la que forma parte una sola hija, haya permitido un incremento de beneficios a favor del esposo, toda vez que la mayor parte del patrimonio inmobiliario fue adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio y por lo tanto no entra en los parámetros del art. 1438 CC. Es decir, no cabe apreciar un incremento patrimonial injustamente adquirido por razón de la dedicación por parte de la esposa a las cargas de atención y cuidado de la familia".

Interpuesto recurso de casación por infracción del art. 1438 CC e interés casacional es estimado el recurso. Fue ponente la Magistrada Encarna Roca Trías. En el Fundamento 2º de la misma se concreta el problema planteado. El núcleo central de la discusión lo constituye la respuesta a la pregunta sobre si es necesaria o no la existencia de un incremento patrimonial a favor del cónyuge deudor, como consecuencia del trabajo realizado en el hogar por el cónyuge acreedor, para obtener la compensación del art. 1438 CC. O si, por el contrario, sería suficiente la dedicación pasada a la familia por parte del solicitante, que ha impedido la propia proyección personal y ha servido de base y ayuda, liberándose al otro cónyuge, que puede ejercer su carrera profesional.

La ponente señala que se han producido dos líneas de resolución a este problema en las sentencias: una objetiva, de modo que el derecho a la

compensación surge automáticamente cuando el cónyuge se dedica a las tareas del hogar, con fundamento en la pérdida de expectativas laborales o profesionales. Frente a esta tendencia, la segunda línea interpretativa entendería que para ello debería necesariamente concurrir el incremento o enriquecimiento en el patrimonio del otro esposo.

Ante tales posibilidades el Fundamento 7º de la sentencia dicta la siguiente doctrina jurisprudencial sobre el art. 1438: "El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge."

En los Fundamentos 3º, 4º 5º y 6 º de la misma sentencia la ponente, *obiter dicta,* da las razones que le llevan a tal conclusión. Para ello en primer lugar deslinda las reglas contempladas en el art. 1438 CC: Esta norma contendría, en realidad, tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos:

1ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir.

2ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 CE.

3ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Cómo debe interpretarse esta compensación es el objeto de este recurso en interés casacional.

Para realizar tal interpretación y, al amparo del art. 3.1 CC, la ponente utiliza diversos criterios. En primer lugar compara las diversas regulaciones del régimen de separación de bienes en el derecho civil español: Así, en Navarra, Aragón y en Baleares, donde se regula el régimen de separación de bienes, no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio (ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra; Arts. 187 y 189 del Código del

Derecho Foral de Aragón y art. 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares). En cambio sí lo recoge el Código civil catalán, en su art. 232-5 y, como veremos con posterioridad, el art. 13.2 LREMV (FD 4º).

Además, y como argumento para excluir la exigencia de enriquecimiento del cónyuge que trabaja fuera de casa, la sentencia recurre al criterio literal, pues el art. 1438 CC no lo menciona expresamente, y a los antecedentes legislativos: Las diferentes normas examinadas no hacen ninguna referencia a la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico, que si bien apareció en el Proyecto de reforma del Código civil en 1981, desapareció en el texto definitivo y que se encontraba también el Código de Familia catalán hasta la ley 10/2010 SIC , que aprobó el Libro segundo del Código civil catalán.

De lo expuesto deduce la sentencia que, para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC será sólo necesario: 1º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico (FD 5º). En cuanto a la determinación de la cuantía de la compensación, a falta de pacto, admite como una de las opciones posibles la determinación de acuerdo con el sueldo de una tercera persona aplicada por el juzgador de instancia (FD 6º).

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la Sentencia (Sala de lo civil, Sección 1ª) 16/2014, de 31 de enero (RAJ 2014, 813), en la que fue ponente J.A. Seijas Quintana. De nuevo el litigio surgió a partir de una demanda de disolución del matrimonio por divorcio presentada por la representación del esposo y, a la que la esposa reconvino, solicitando pensión compensatoria del art. 97 y la compensación del art. 1438. La sentencia de instancia estimó la reconvención admitiendo ambas peticiones y condenó al actor a abonar a la demandada, en relación con el art. 97, 300 euros mensuales y 21.097 como compensación ex art. 1438. El esposo recurrió en apelación ante la AP Valladolid que, en su sentencia, acordó fijar en 6 años el periodo de la pensión ex art. 97 y dejar sin efecto la pensión ex art. 1438 de 21.097 euros, por entender que el sueldo del marido se había dedicado en su totalidad al levantamiento de las cargas familiares y porque la mujer no había probado su dedicación esencial o significativa a las tareas familiares sin que pudiera "presumirse por el mero hecho de no haber trabajado fuera de casa, ni se ha producido una prueba de pérdida de expectativas profesionales o económicas que le hubiesen

proporcionado más recursos o tantos recursos al menos como los que pretende que se le compensen por la vía del art. 1438".

Planteado recurso de casación por infracción del art. 1.438 CC, el TS desestimó el recurso por entender que en la sentencia de apelación quedaba claro que no se había probado la dedicación exclusiva de la esposa a las tareas: "en ningún caso consta en este procedimiento debidamente acreditado que la esposa ahora apelante se hubiera encargado de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa, y de los trabajos domésticos habituales. Falta por ello la prueba de una dedicación esencial o significativa a dichas tareas". A ello añade que ha habido una "anticipada compensación pecuniaria" a favor de la esposa, compensación que puede tenerse en cuenta aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación.

Frente al reproche de la recurrente de que la SAP había infringido indirectamente la STS 14 julio 2011, al exigir que las remuneraciones del trabajo no sean aportadas todas al matrimonio para que exista compensación, el TS después de reproducir los FD 3º y 5º de la mencionada sentencia, rechaza tal argumentación señalando que la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de "desigualdad peyorativa", lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo supone reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir, que el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación.

De lo dispuesto en ambas sentencias cabe extraer en primer lugar la aplicación objetiva y automática del art. 1438, que ha sido muy criticada por MORENO-TORRES HERRERA [MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal* (2011), núm. 8, p. 3, en relación la STS de 14 de julio de 2011] al preguntarse si esta doctrina significa que el cónyuge que haya obtenido los recursos económicos para la familia mediante una actividad laboral retribuida, debe satisfacer una cantidad de dinero al que se ocupó mientras tanto del trabajo doméstico, con independencia de si ello le reporto o no algún beneficio económico exclusivo. Lo cierto es que ambos cónyuges en este caso se han beneficiado recíprocamente de la actividad del otro, ambos contribuyeron al levantamiento de las cargas del matrimonio sólo que

de distinta manera: uno mediante los recursos obtenidos a través de una actividad remunerada y el otro haciéndose cargo de los asuntos domésticos. Que esto sea así no parece razón suficiente (más allá de la necesidad de revalorizar el trabajo en la casa) que justifique el reconocer automáticamente al cónyuge que se ocupó del hogar un derecho de compensación económica. En todo caso más derecho tendría el cónyuge que, con una actividad laboral remunerada, se encarga también del trabajo en casa por lo que contribuye de dos maneras al levantamiento de las cargas, sobre todo si se entiende que la *ratio legis* del precepto es evitar el enriquecimiento de uno de los cónyuges en perjuicio de otro o la sobre contribución de uno de los cónyuges.

En segundo lugar y en cuanto a la posible compatibilidad entre la pensión ex art. 97 que se atribuye en los casos de desequilibrio derivado de una crisis familiar y la pensión del art. 1438, que surge tras la liquidación del régimen de separación de bienes para compensar el trabajo dedicado a la casa, cabe observar que en los dos casos analizados se solicitan ambas pensiones y los tribunales admiten sin problemas tal práctica. Como ya se dijo la *ratio legis* de ambas es diversa, tal y como señala PÉREZ CONESA [PÉREZ CONESA, C.: "Otra oportunidad para sentar jurisprudencia. ¿Cómo se compensa la dedicación a la familia en régimen de separación de bienes? Doctrina jurisprudencial a partir de la Sentencia de 14 de julio de 2011 en relación con el art. 1438 CC", *Aranzadi Civil-Mercantil,* (2012), núm. 11, p. 3], lo que trata de compensar el art. 1438 CC es la contribución a las cargas de la familia con el trabajo en el hogar, en la liquidación del régimen de separación de bienes mientras que el derecho a la obtención de la pensión del art. 97 CC se justifica en el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la separación o el divorcio que implique un empeoramiento en relación con la situación mantenida durante el matrimonio. No obstante, como ha señalado la SAP de Castellón 22 octubre 2002, "debe cuidarse el no incurrir en un duplicidad de prestaciones derivadas de la misma razón de ser", en nuestro caso, el trabajo para la casa.

3. Desde mediados de 2008 se encuentra vigente la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat valenciana, de Régimen económico matrimonial valenciano, con las modificaciones introducidas en su texto por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre. Ello supone que la Comunidad valenciana dispone, en la actualidad y tras siglos de vigencia de aplicación del Derecho común, de una específica regulación de su régimen económico matrimonial. Su efecto práctico más conocido es la aplicación, en defecto de pacto y como régimen legal supletorio, del régimen económico de separación de bienes a los matrimonios celebrados a partir de dicha fecha entre valencianos.

El art. 4 dedicado a la génesis del régimen económico matrimonial valenciano

señala: "El régimen económico matrimonial valenciano, con los objetivos y el fundamento señalados en el artículo anterior, se acordará por los cónyuges con total y entera libertad civil en la carta de nupcias que otorguen a este efecto sin otras limitaciones que las establecidas en esta ley, anteriormente al matrimonio o bien con posterioridad, constante el mismo".

Esta libertad no sólo se produce al celebrarse el matrimonio sino que perdura durante toda la vida de éste. En este sentido, el art. 5 permite la modificación del régimen económico matrimonial valenciano, atendiendo a los posibles efectos frente a terceros: "1. Los cónyuges podrán modificar su régimen económico matrimonial con la misma libertad con que lo configuraron. 2. La modificación del régimen económico matrimonial valenciano en ningún caso perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros antes de su efectivo conocimiento o, en todo caso, de la publicación oficial en el registro público competente." Este segundo apartado del art. 5 es sustancialmente semejante al contenido del art. 1317 CC: "La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros."

Por último, la DF 3ª afirma que "en ejercicio de la libertad de pactos que consagra esta ley, los cónyuges podrán acogerse en bloque a cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales que regula el Código civil en lo que no sea incompatible con las disposiciones imperativas contenidas en esta ley." Pues bien, si los cónyuges valencianos no han hecho uso del pacto, algo que ocurrirá en la mayor parte de las ocasiones, la ley establece un régimen económico matrimonial supletorio, por defecto: La separación de bienes. En efecto, el art. 6 LREMV establece el Régimen legal supletorio valenciano: "A falta de carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales, o cuando estas sean ineficaces, el régimen económico aplicable será el de separación de bienes, sin que la celebración del matrimonio tenga otra trascendencia económica para los consortes que la de afectar a sus respectivas rentas y patrimonios al levantamiento de las cargas del matrimonio."

El Título III se dedica al régimen legal supletorio valenciano: el régimen de separación de bienes. Sólo contiene 3 artículos tras la derogación de los arts. 47 y 48 por la Ley 8/2009. Es, por tanto, mucho más reducido que el correspondiente del CC (arts. 1435 a 1444) aunque semejante en cuanto a su contenido.

El primero de ellos, el art. 44 LREMV dispone, tras la rúbrica el régimen legal supletorio del matrimonio: "Si no hay pacto entre los cónyuges respecto del régimen económico al que debe sujetarse su matrimonio o si tal pacto es o deviene ineficaz, el régimen económico matrimonial será el de separación de bienes, de manera que la celebración de las nupcias, excepto lo que resulte

de las normas imperativas de esta ley y de lo que se ha convenido por los contrayentes, no afectará, por sí sola, ni a la composición de sus patrimonios respectivos ni a los derechos ni facultades que ostenten sobre los mismos, que quedarán, sin perjuicio del principio de responsabilidad patrimonial universal, afectos especialmente al levantamiento de las cargas del matrimonio en la proporción que los cónyuges convengan y, a falta de acuerdo, en proporción a la cuantía de sus patrimonios y rentas que los formen."

El artículo siguiente, el 45 LREMV perfila la responsabilidad patrimonial individual de cada cónyuge: "De las obligaciones y responsabilidades que contraiga cada cónyuge en el ejercicio de su libertad civil patrimonial y sin relación con el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, responderá el mismo exclusivamente con todos sus bienes presentes y futuros" Se trata de un precepto semejante al art. 1440 CC que señala: "Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este Código."

A lo que creo, el fin de estas normas es que el matrimonio no afecte más allá de lo imprescindible a la esfera patrimonial de los cónyuges (ambos esposos mantienen su propio patrimonio) sin perjuicio de que los bienes, derechos y facultades incluidos en los mismos estarán afectos, sujetos al levantamiento de las cargas del patrimonio la que haremos referencia a continuación [MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: "El régimen de separación de bienes en la LREMV", *Revista Boliviana de Derecho* (2014), núm. 17, p. 66]

Por último, el art. 46, en paralelo al art. 1.441 CC, regula la atribución por mitad de los bienes poseídos por los cónyuges sin título. En efecto, cuando no se pueda acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho poseído por ellos, les corresponderá por mitad, respetando siempre el mejor derecho que sobre el citado bien pueda corresponder a terceras personas. Si se trata de bienes muebles que sean de uso personal o estén directamente destinados al desarrollo de la actividad de uno de los cónyuges y no sean de extraordinario valor, teniendo en cuenta las circunstancias económicas del cónyuge usuario, se presume que pertenecen a éste.

Las cargas del matrimonio, respecto de las que se encuentran afectos los patrimonios de ambos cónyuges, aparecen reguladas en el Capítulo II del Título I. Es precisamente a esta afección a la que hace referencia el primero de sus preceptos el art. 8: "1. Con independencia del régimen económico matrimonial, los cónyuges están obligados a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.2. La forma y medida en la que cada uno de los

cónyuges contribuya al levantamiento de las cargas del matrimonio será la que resulte del acuerdo entre los dos, y en defecto de tal acuerdo, en la forma y medida que resulte proporcional a sus respectivas rentas y patrimonio.3. Los bienes agermanados y, en su caso, las donaciones por razón del matrimonio están especialmente afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de los cónyuges".

Parece claro que ambos cónyuges están obligados al levantamiento de las cargas del matrimonio. En qué medida lo estén se determinará bien mediante el pacto.

Tal acuerdo debe tener como límite el principio de igualdad de los cónyuges y eso impediría la admisión de un pacto Que exonerara a una de las partes de tal obligación [CLEMENTE MEORO, M.: "La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano", www.derechocivilvalenciano.com, p. 3].

En defecto del mismo, la ley da una solución justa, semejante a la del CC (art. 1348): La obligación no se reparte por partes iguales sino en proporción a sus rentas y patrimonio.

La obligación de contribución al levantamiento de las cargas va unido, en la LREMV y a diferencia del CC, de un deber recíproco de información económica, contemplado en el art. 10. "1. A los efectos de cumplir con la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, los cónyuges deberán informarse recíprocamente sobre la composición de sus respectivos patrimonios y sobre los rendimientos de sus respectivas actividades. No obstante lo anterior, los cónyuges podrán dispensarse expresamente de dicha obligación de información patrimonial.2. En todo caso, los cónyuges están obligados a informarse recíprocamente sobre los actos de administración que, en su caso, lleven a cabo sobre el patrimonio común, si lo hay, y sobre los gastos que lleven a cabo para satisfacer las cargas del matrimonio".

Esta obligación de información si es eludible por pacto expreso, excepto en las materias contempladas en el apartado 2, aunque si la dispensa es previa puede plantear problema en los supuestos de crisis familiares, cuando con posterioridad se pierda la confianza entre los cónyuges [MONFORT FERRERO, Mª J.: "El levantamiento de las cargas del matrimonio", en AA.VV.: *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana* (coord. Mª D. MAS BADÍA). Madrid (2010): Tecnos, p. 89].

El concepto de cargas, que no ofrece el CC, sí aparece en el art. 9 LREMV: "Tienen la consideración de cargas del matrimonio los gastos necesarios

para el mantenimiento de la familia, con la adecuación a los usos y el nivel de la vida familiar, y en especial: 1. Los gastos necesarios para cumplir el deber alimenticio entre los cónyuges y de éstos para con sus hijos comunes o los de cualquiera de ellos que convivan con el matrimonio, los hijos discapacitados, así como para con los ascendientes que, conviviendo o no con la familia, estén bajo su dependencia económica y/o asistencial, o cuyos propios recursos sean insuficientes a tal fin. 2. Las atenciones de previsión, adecuadas a los usos y circunstancias de la familia, referidas a las personas relacionadas en el párrafo anterior. 3. Los gastos de adquisición, conservación y mejora de los bienes y derechos de titularidad conjunta y los mismos gastos en relación con los bienes de titularidad privativa de alguno de los miembros de la familia, pero sólo en proporción al valor de su uso, cuando este corresponda a la familia y se ejercite efectivamente por ella. 4. No tienen la consideración de cargas familiares los gastos derivados de la gestión y la defensa de los bienes privativos, exceptuando los establecidos en el apartado anterior. Tampoco serán consideradas cargas familiares los gastos que corresponden al interés exclusivo de uno de los cónyuges."

CLEMENTE MEORO, M.: "La Ley 10/20072, cit., p. 5, entiende por atenciones de previsión la contratación de seguros (vivienda, enseres) como los seguros de daños, seguros de vida, médicos escolares etc.

Además los arts. 12 y 13 delimitan el concepto de trabajo para casa, algo que hemos visto que el CC no hacía. El art. 12, tras la rúbrica El trabajo para la casa y conceptos asimilados, señala "1. El trabajo para la casa será considerado como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. 2. La misma consideración tendrá la atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes, que vivan en el hogar familiar o en el suyo propio o en otro establecimiento de acogida, pero en régimen de dependencia económica y asistencial, en su caso, del matrimonio. 3. También se considerará trabajo para la casa la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional".

Por su parte, el art. 13 establece los criterios de valoración del trabajo para la casa a efecto de la compensación por el mismo que no se circunscribe sólo al régimen de separación de bienes como en el CC: "1. Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o

los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos. 2. La consideración de los servicios previstos en este artículo como colaboración para el levantamiento de las cargas del matrimonio determina la obligación de compensarlos al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, atendiendo a los criterios de valoración señalados en el apartado anterior".

Además, el art. 14 incluye una serie de excepciones a la compensación del trabajo para la casa: "1. Salvo pacto en contrario, la compensación a que se refiere el artículo anterior no tendrá lugar cuando, de otra forma, el cónyuge con derecho a ella haya obtenido ventajas patrimoniales equiparables a tal compensación, como consecuencia precisamente del régimen económico que ordenó su matrimonio.2. No obstante, tal compensación será compatible con otros derechos de carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge que pueda exigir aquella y que tengan causa jurídica diferente de la del derecho a obtener la compensación como la pensión compensatoria."

Y por último, el art. 15 LREMV establece una serie de reglas para la compensación del trabajo doméstico y asimilados: "1. El pago de la compensación por el trabajo para el hogar se hará en la cuantía, forma, plazos y con las garantías, en su caso, que acuerden las partes, cumpliendo siempre lo establecido en el artículo 13.1 de la presente ley. Todo ello sin perjuicio de lo que, a falta de acuerdo, decida el juez.2. La acción para reclamar el pago de la compensación prescribe en el plazo de cinco años. Este plazo comenzará a correr desde que se pudo exigir el pago de la compensación".

Desde luego la normativa valenciana en relación con el trabajo doméstico resulta mucho más detallada y concreta que la del CC, añadiendo criterios legales de valoración, entre los que sí incluye los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario, en la medid en que el trabajo del otro (que no ha de ser en exclusiva) le ha permitido obtenerlos. Pero sobre todo, no circunscribe el derecho de compensación por el trabajo en casa al régimen de separación de bienes sino que permitiría reclamarla en cualquier otro régimen económico cuando éste se disuelva.

COMENTARIOS "A VUELA PLUMA" EN MATERIA DE CAPACIDAD Y FORMA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, TRAS LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

QUICK NOTES REGARDING MARRIAGE CAPACITY AND FORM OF CELEBRATION OF MARRIAGE AFTER THE REFORM INTRODUCED IN THE SPANISH CIVIL CODE BY THE NON-CONTENTIOUS JURISDICCTION ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 375-394.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

ALMUDENA CARRIÓN VIDAL
Abogada
almudenacarrionvidal@hotmail.com

RESUMEN: En este artículo, se ha tratado de llevar a cabo un comentario de urgencia a gran parte de los artículos del Código civil español, que reciben nueva redacción por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: aquellos que regulan la capacidad, el consentimiento y la forma de la celebración matrimonial.

PALABRAS CLAVE: edad para contraer matrimonio, dispensa judicial, impedimento de crimen, forma de celebración matrimonial y funcionarios autorizantes de la misma, entrada en vigor.

ABSTRACT: This article makes an urgent commentary to great part of the Spanish Civil Code articles, which adopt a new formulation after the reform introduced by the Non-Contentious Jurisdiction Act ("Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria"): those that regulate marriage capacity, consent and form of celebration of marriage.

KEY WORDS: minimum age for marriage, judicial dispensation, crime impediment, form of celebration of marriage, marriage officiant, entry into force.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Elevación de la edad para contraer matrimonio a través de la supresión de la dispensa judicial a partir de los catorce años.- 3.- Incidencia sobre la figura de la emancipación: desaparición de la emancipación "por matrimonio".- 4. La nueva redacción del artículo 47.3 del CC: el llamado "impedimento de crimen".- 5. El nuevo régimen de dispensa del "impedimento de crimen".- 6. Modificaciones introducidas en cuanto a la forma de celebración del matrimonio (breve comentario a los artículos 49, 51, 52, 53. 55, 56, 57, 58, 60, 62, 63, 65 y 73 del CC, en su redacción por la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

1. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, (BOE del 3), modifica casi un centenar de artículos del Código civil. El elevado número de preceptos afectados conlleva, como ineludible consecuencia, que su incidencia dentro del articulado de aquél afecte a muy diversas áreas temáticas. Circunscribiéndonos, aquí y ahora, a la propia de la legislación matrimonial personal, las modificaciones inciden en la capacidad para contraerlo; dispensa de impedimentos; forma civil de celebración; elenco de funcionarios competentes para autorizarla; formulación de "retoques" que apuntan a una disminución en el grado de reconocimiento civil del matrimonio celebrado "según las normas del Derecho canónico"; notable ampliación en el elenco de "formas religiosas" admitidas (que pasan de tres a siete); simplificación de presupuestos exigidos en orden a la atribución de eficacia civil a las formas religiosas de celebración propias de confesiones que gocen de "notorio arraigo en España". En el ámbito de la separación y disolución del matrimonio por divorcio, la reforma no lo es desde luego de los presupuestos mismos, o de fondo, de ambas figuras jurídicas, si bien tratándose de divorcio o de separación "de mutuo acuerdo", se hace posible su tramitación ante Secretario judicial o Notario, produciéndose entonces los "efectos" propios de cada una de las figuras "desde la firmeza del decreto que así lo declare, o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública" (artículos 83.2 y 89, respectivamente, del Código civil, en la redacción surgida de la reforma objeto de este comentario).

A su vez, la Disposición final vigésimo primera de la Ley 15/2015, apartado tercero, demora la entrada en vigor de algunos de los preceptos del Código objeto de reforma, señalándose el 30 de junio de 2017 para la entrada en vigor de las modificaciones de los artículos 49. 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 62, 65 y 73 del Código Civil, haciéndolo los restantes a los veinte días de su publicación oficial en el "Boletín Oficial del Estado"

Por razones de espacio, en el presente artículo se ha optado por limitar el análisis a la nueva regulación que la Ley 15/2015 introduce en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, extendiéndolo en un momento posterior a su incidencia en materia de separación y disolución por divorcio.

2. En puridad, la nueva ley no ha modificado la edad requerida para contraer matrimonio, sino que simplemente ha suprimido la controvertida "dispensa" del (llamado) "impedimento de edad" "a partir de los catorce años" que, con anterioridad, se recogía en el segundo párrafo del artículo. 48, y en el que se atribuía la competencia para la concesión de tal dispensa al Juez de Primera Instancia.

La norma ahora suprimida, ciertamente, nació "lastrada" por la polémica. La oposición parlamentaria a su introducción allá por 1981 fue desde luego más que notable, y las razones que llevaron a la entonces mayoría de la UCD a lograr su establecimiento en el Código parecían responder a "razones" ya obsoletas en la España de aquél momento (tratar de dar una "solución" normativa, se entiende, a los llamados "matrimonios de reparación").

El camino ahora elegido por el legislador ha sido simplemente proceder a la modificación del artículo 48, atribuyendo al Juez nuevas competencias en orden a la concesión de la dispensa de determinados impedimentos y, suprimiendo de su texto la referencia a la llamada "dispensa del impedimento de edad" (*rectius*, requisito de capacidad) "a partir de los catorce años". Aunque el parecer de los padres o guardadores del menor no era preceptiva para el Juez, sí lo era (en la norma ahora derogada) la audiencia de los mismos en los expedientes de dispensa de edad.

La supresión, pues, sólo plácemes puede merecer. Y ello por múltiples razones: de un lado, la edad de catorce años no es desde luego edad "adecuada" en orden a la asunción del complejo de derechos-deberes que dimanan de la relación jurídico-matrimonial; de otro, la actual situación de grave crisis económica y sus terribles secuelas, no parece se ofrezca en consonancia con la permisividad legislativa de un matrimonio a edad tan temprana; finalmente, la norma anterior se ofrecía ciertamente difícil en su aplicación al caso concreto, por cuanto, aun presupuesta la concurrencia de "justa causa", el juez podía denegar la concesión de la dispensa con apoyo y fundamento en otras circunstancias (por ejemplo, la inexistencia de una voluntad seria, y consciente, en orden a la constitución de una familia y a la asunción de las responsabilidades de ello derivadas).

3. En relación "causa" a "efecto" con la supresión de la dispensa del impedimento de edad, a que acaba de hacerse referencia, se ofrece la modificación que ahora recibe el art. 314 CC, referido a los tipos de emancipación, que pasa de cuatro apartados a tres, como consecuencia de la supresión de su anterior apartado 2º ("La emancipación tiene lugar: 2º. Por el matrimonio del menor"). Y es que se trataba esta (la emancipación "por matrimonio") de la única modalidad de emancipación que podía obtenerse con edad inferior a los dieciséis años. Se trataba de un verdadero "atajo" para lograrla: obtenida la dispensa de edad con catorce años cumplidos, y celebrado el matrimonio, al producir este último "de derecho" la emancipación, el sujeto quedaba efectivamente emancipado dos años antes de la edad fijada con carácter general para la emancipación. Bueno es también que la reforma "unifique" la edad para la obtención de aquélla (dieciséis años, en todo caso), y ello al margen de la más que dudosa utilidad práctica de la figura, en buena medida carente de sentido con una mayoría de edad fijada en dieciocho años.

Con todo, quizá hubiera debido aprovecharse la reforma para suprimir del art. 314 la referencia a "la mayor edad" como tipo o forma de emancipación, siendo así que aun admitiendo, con muchas reservas desde luego, que la mayor edad sea un tipo de emancipación, es obvio que sus efectos (los de la edad de la mayoría) distan mucho de asemejarse a los propios de la emancipación "en sentido estricto". Ello parece habría aconsejado su supresión.

4. En el art. 47, que en puridad contempla "impedimentos matrimoniales", y por ello obstáculos "relativos" y no "absolutos" en orden a la celebración del matrimonio, recibe nueva redacción su número 3º:

"Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 3º. Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal".

Se trata, pues, de un endurecimiento en el tratamiento legislativo del conocido tradicionalmente como impedimento "de crimen", o de "conyugicidio", siquiera ahora la segunda de estas denominaciones se ofrezca altamente problemática (y proceda simplemente proceder a su olvido, en la medida en que deja de coincidir con su ámbito de aplicación), por cuanto la norma contempla asimismo la muerte dolosa del conviviente "no cónyuge". Se toman en consideración ahora, como constitutivas del impedimento, todas las formas de participación criminal (autoría, complicidad y encubrimiento), siendo así que en la anterior redacción sólo se hablaba de "autores" y "cómplices", quedando consiguientemente fuera del ámbito de aplicación de

la norma la participación criminal por encubrimiento. De otra parte, el impedimento deja de estar circunscrito al "cónyuge", extendiéndose asimismo al supuesto en el que la víctima de la muerte dolosa fuere "persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal". Ninguna sorpresa puede causar, ciertamente, esta extensión legislativa, que hace superfluo cualquier comentario.

Ninguna duda puede caber asimismo en cuanto a que la operatividad del impedimento presuponía en la norma derogada, y presupone en la actual, carácter firme de la sentencia condenatoria recaída, si bien ahora también por encubrimiento. De otra parte, resulta obvio por evidente que la referencia al carácter "doloso" de la muerte, excluye (al igual que en la legislación derogada) todo supuesto en el que el resultado de muerte se produzca al margen de una conducta dolosa.

Por lo demás, la figura quizá siga planteando, en cuanto a su propia delimitación, cuestiones que vienen de antiguo, amén de otras añadidas por la nueva redacción. Por cuanto a lo primero, es obvio que en orden a la apreciación de la existencia misma del impedimento es irrelevante que el propósito de contraer entre sí NO existiera entre los participantes en el acto criminal al tiempo de llevar a cabo su acción, sino que sobrevenga después. La norma no exige que esa intervención en el acto criminal se lleve a cabo con la "precisa intención" de luego contraer entre sí. Aunque esa intención no exista al tiempo de la comisión del delito, el impedimento surge y, por ello, obstaculizará un proyectado matrimonio posterior entre los intervinientes y que quizá responda a un propósito surgido con posterioridad al momento de la comisión del delito, e inexistente al tiempo de la comisión.

Por cuanto atañe al segundo de los ámbitos, la inclusión en el ámbito de aplicación del impedimento de la muerte dolosa del conviviente "no cónyuge", erige en decisiva, en orden a apreciar la existencia del obstáculo, prueba cumplida de la denominada *affectio maritalis*. Mientras cuando se trata de "cónyuges" bastará probar la existencia del vínculo, tratándose de una unión de hecho (al margen, claro es, de la diversidad sexual o no de sus miembros), la circunstancia verdaderamente decisiva se desplaza, como se ha dicho, a la existencia o no de esa "relación de afectividad análoga a la conyugal", de cuya probanza dependerá la existencia del obstáculo. De otro lado, quizá cabría pensar que la "función" misma de la figura en estudio presuponga de algún modo la existencia de un "vínculo matrimonial" (art. 46.2 CC: "No pueden contraer matrimonio: 2º. Los que estén ligados con vínculo matrimonial"). Es, pues, esa imposibilidad *legal* de contraer una segundo unión, subsistiendo la primera, la que como corolario llevó al legislador a la digamos "tipificación" del crimen como "impedimento" matrimonial. Tratándose de una unión de hecho, en línea de principio al

menos, no puede sostenerse exista absoluta identidad en el planteamiento, aunque sí "similitudes" que, sin ningún género de duda, tienen mucho que ver con la normativa "cuasi matrimonial" albergada en la profusa legislación autonómica (trece leyes autonómicas, que sepamos) sobre uniones de hecho existente en la actualidad.

5. En el nuevo texto del art. 48 surgido de la reforma, presupuesta (como se ha dicho) la supresión de la dispensa del requisito de la edad a partir de los catorce años, cuya competencia venía atribuida a los Jueces de Primera Instancia, subsiste inalterada, de un lado, la competencia del Juez para dispensar "con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria. . .el impedimento "de parentesco de grado tercero entre colaterales" (tío y sobrina, o con identidad de sexo), y, de otro, la eficacia retroactiva de la dispensa ulterior a la celebración del matrimonio. La novedad viene, pues, constituida por la atribución al Juez (privando de ella al Ministro de Justicia, art. 48.1, redacción de 1981) de la competencia para dispensar ("podrá dispensar") asimismo "con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria" del impedimento "de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal".

La dispensa del impedimento de crimen ha venido suscitando controversia desde la fecha misma de su previsión en la reforma de 1981. Fue objeto de severa crítica el hecho mismo de que se previera la posibilidad de dispensarlo, quizá por ello se atribuyó tal posibilidad al Ministro de Justicia, al parecer "configurándolo" como un acto de gracia (dada la falta de referencia alguna a la "justa causa" en el párrafo primero del art. 48 en su redacción del 81). Posteriormente, la doctrina fue progresivamente orientándose hacia la necesidad de que, pese a la falta de mención literal, la concurrencia de "justa causa" venía exigida (siquiera implícitamente) para la concesión de la dispensa. Se arguyó entonces por algunos la dificultad, o mejor, imposibilidad, de "imaginar" cual pudiera ser esa "justa causa", en orden a la obtención de la dispensa, a lo que a su vez se replicó con la inadmisibilidad de las penas "perpetuas" en nuestro ordenamiento. Ahora, el legislador se ha decidido al fin por hacer mención expresa de la "justa causa" (siquiera esta siga siendo difícil de imaginar), atribuyendo al Juez la competencia para su dispensa, quizá con el propósito de privar al acto de ese presunto carácter "graciable", despojándolo (siquiera no se sepa bien cómo) de su veste de pura discrecionalidad.

6. Las modificaciones introducidas en sede de forma de celebración del matrimonio constituyen, sin duda, el núcleo esencial de la reforma objeto de este comentario referido, como se apuntó, al Derecho matrimonial personal. Y es que la mayor parte de los artículos que ven modificada su redacción tienen que ver con la forma de celebración (artículos 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 63, 65 y 73), siquiera de imponga constatar que, en la gran mayoría de los preceptos afectados, las alteraciones de redacción obedecen simplemente a la necesidad de "insertar" en su texto la posibilidad de que la celebración matrimonial tenga lugar ante "El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración" (art. 51.2.2º CC), funcionarios estos que ahora se añaden al "Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien este delegue" (art. 51.2.1º) y al "funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero" (art. 51.2.3º).

Artículo 49. Frente a la redacción anterior, que aludía "al Juez, Alcalde o funcionario, señalado por este Código", la nueva redacción ha optado por una redacción "unificadora", ahorrándose así de paso la mención a los funcionarios ahora asimismo competentes para autorizar matrimonios (Secretarios judiciales y Notarios). Todo ello se logra mediante la utilización de una fórmula genérica, que engloba a todos ellos: "En la forma regulada en este Código", permaneciendo inalterado el resto del precepto.

Artículo 51. Consecuente con la modificación del art. 49, la "Sección Segunda" del Capítulo III, Título IV, Libro I del Código, lleva ahora por rúbrica "De la celebración del matrimonio", a diferencia de la anterior ("De la celebración ante el Juez, Alcalde o Funcionario que haga sus veces"). A su vez, el art. 51, que abre la Sección, gana notablemente contenido por cuanto pasa a albergar ahora no solamente la enumeración de los funcionarios competentes para la celebración del matrimonio, sino también la competencia de casi todos los enumerados en orden a la comprobación de los requisitos de capacidad matrimonial. Quizá hubiere resultado más razonable "mantener" esta segunda competencia en el art. 56, y recoger en el 51 únicamente la antedicha mención de los funcionarios competentes para su celebración. La opción escogida por el legislador convierte así, en buena medida, en reiterativo el contenido del nuevo art. 56, por cuanto repite algo que ya está dicho en un artículo anterior (el 51).

Es significativa la sustitución del término "autorización" por el de "celebración" del matrimonio, que parece responda al designio de "reducir" el alcance de la presencia misma del funcionario en el acto de contraer aquél, acentuándose así su carácter de acto de "autonomía privada" (al menos, claro es, en cuanto a la posibilidad de contraerlo o no por parte de los individuos, y al margen desde luego de que el "contenido" de la relación jurídica-

matrimonial esté digamos "sustraída", por su carácter imperativo, a la voluntad contraria de quienes lo celebran).

A los funcionarios competentes para la celebración se les atribuye asimismo, como se ha indicado, la competencia para "constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio…".

En puridad, la enumeración de los funcionarios competentes para la celebración del matrimonio coincide, casi en su totalidad, con la de los que lo son para constatar la capacidad de los contrayentes, sin más excepción que la referida al "Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quién éste delegue", que, siendo competente en orden a la celebración, no lo es sin embargo por cuanto se refiere a la constatación de la capacidad matrimonial.

Dos consideraciones se imponen efectuar aquí: de un lado, la exactitud legislativa de "diferenciar", a través de su mención separada, entre "requisitos de capacidad", e "impedimentos", por cuanto si bien la carencia de capacidad matrimonial impide contraer con cualquiera, la concurrencia de algún impedimento sólo impide hacerlo con personas determinadas; de otro lado, la referencia que ahora se hace (por completo inexistente en la legislación anterior) a "cualquier género de obstáculos" para contraer matrimonio. Presupuesto, como es lógico, que la aludida referencia no pueda entenderse reiterativa ni de los requisitos de capacidad, ni de la existencia de impedimentos, parece se imponga desembocar en que lo pretendido por el legislador presente un amplio espectro: de un lado, tratar de impedir la celebración de "matrimonios de complacencia", "simulados" o "ficticios", y ello mediante el previo descubrimiento y desarticulación de maniobras fraudulentas o engaños encaminadas a la consecución de tales propósitos; y de otro, "ubicar" ahora en el art. 51 el juicio del funcionario celebrante sobre la "aptitud psíquica" de alguno (o de ambos contrayentes), supuesto que tal "aptitud" de suyo no parece quepa "reconducirla" ni al ámbito de "la capacidad", ni al propio de "los impedimentos".

La constatación de los requisitos de capacidad, ausencia de impedimentos, u obstáculos para contraer, vendrá contenida en "acta" o "expediente". Se trata, obviamente, de documentos distintos, cuya procedencia (de uno o de otro) estará en función del funcionario que, en cada caso, haya constatado la capacidad matrimonial (en sentido amplio) de los contrayentes.

En cuanto al número 2 del art. 51, sin duda alguna la "novedad" de la reforma se centra en la atribución de competencia en orden a celebrar el

matrimonio al "Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración". Dos son, pues, las circunstancias que, en principio, y a salvo lo dispuesto en el art. 53, habrán de concurrir cumulativamente: de una parte, el mutuo acuerdo de los contrayentes en cuanto a la elección (de no darse esa "conformidad" de ambos en cuanto a la elección, parece se impondría concluir acerca de la carencia de competencia del funcionario en cuestión); de otra, la libre elección a su vez habrá de recaer sobre funcionario "hábil" (con terminología propia del Notariado) "en el lugar de celebración".

Importancia menor parece presente la referencia que ahora se hace al "Juez de Paz", a diferencia de la legislación anterior que lo hacía al "Juez encargado del Registro Civil"

Artículo 52.- Varios son los retoques del citado artículo, siquiera de desigual alcance. Al margen ya de la sustitución del término "autorizar" por el de "celebrar", aludida en precedencia, y a la inclusión asimismo (entre los funcionarios competentes) del "Secretario judicial" y "Notario", se refuerza de algún modo la competencia del "Oficial o Jefe superior inmediato respecto de los militares en campaña", y ello por cuanto ahora dicha competencia no viene ya subordinada a la inexistencia del "Juez encargado del Registro Civil" (art. 52.2, en su anterior redacción). Subsiste prácticamente idéntico el contenido del número 3º, en el que, por simples razones de estilo, se ha optado por iniciarlo ahora con la referencia al "Capitán o Comandante", en tanto que con anterioridad la referencia inicial venía hecha a "los matrimonios celebrados a bordo de nave o aeronave" para, a continuación, referirse a quienes eran competentes para autorizarlos.

Mayor importancia presentan las modificaciones introducidas en el último de los párrafos del precepto en análisis: presupuesta la exención para su celebración de la previa tramitación "del acta o expediente matrimonial", en clara continuidad por lo demás con la legislación anterior, parece venga a reforzarse notoriamente la presencia en aquella "de dos testigos mayores de edad", y no ciertamente porque el precepto en su anterior redacción no exigiera asimismo la presencia de los mismos, sino porque, acreditada la imposibilidad de la presencia de aquellos, el matrimonio era válido aún sin tal presencia, en tanto que en el precepto surgido de la reforma no hay excepción alguna por cuanto a la presencia de los testigos se refiere, de lo que no cabe sino inferir que la no presencia de testigos acarreará la nulidad del matrimonio "del que se halle en peligro de muerte", al no quedar amparado el supuesto por el art. 53, y sí por el contrario hallarse por completo incluido en el número 3º del art. 73 CC. Conduce, necesariamente, a tal interpretación la circunstancia de que la salvedad "salvo imposibilidad acreditada" viene referida, exclusivamente, al supuesto en el que derivando el peligro de muerte

"de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes", no sea posible emitir "dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación".

La exigencia legislativa, por cuanto al dictamen médico se refiere, cubre ahora dos extremos: de un lado, la "capacidad para la prestación del consentimiento"; de otro, "la gravedad de la situación", circunstancia esta última que a todas luces tiene que ver con la inminencia misma del fallecimiento, de manera que, no concurriendo esa inminencia, no cabría la celebración. A su vez, el peligro de muerte ha de derivar "de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes", con lo que las anomalías psíquicas parece deban ser reconducidas a la "enfermedad", en tanto que el "estado físico" aludiría, por ejemplo, a la existencia de secuelas incompatibles con la vida, y derivadas (por ejemplo) de un accidente de tráfico. En cualquier caso, el ámbito de lo puramente "físico" exigirá un cierto grado de precaución, por cuanto una de dos: o se tratará de supuestos en su mayor parte reconducibles a la "enfermedad", o en otro caso, no resulta del todo fácil admitir que lo puramente "físico" pueda erigirse en obstáculo para la celebración del matrimonio, siempre claro es que el consentimiento pueda emitirse de modo consciente, lo cual es perfectamente compatible, como es obvio, con la posible existencia de anomalías físicas incluso graves. El derecho a contraer matrimonio, la libertad nupcial, reconocida en el art. 32.1 CE, obliga de suyo a concluir que las barreras al *ius connubi* sean las menores posibles.

Art. 53.- Los retoques en el art. 53 son ciertamente mínimos y responden, de un lado, a la necesidad de enumerar a los funcionarios ahora competentes para celebrar el matrimonio (Secretario judicial y Notario) junto a los que ya venían siéndolo con anterioridad; y, de otro, a cuestiones puramente de estilo: no parece quepa atribuir otro alcance a la supresión del adjetivo "legítimo" referido al nombramiento de los funcionarios luego enumerados en el precepto.

Art. 55.- El legislador quizá debiera haber aprovechado la reforma para extraer del marco de la forma de celebración matrimonial la figura del llamado "matrimonio por apoderado", y ello por cuanto en puridad el matrimonio "por poder" NO es una forma de "celebrar" el matrimonio, sino una forma de "emitir el consentimiento matrimonial". La inercia legislativa pesa demasiado y quizá ello sea la causa de que haya optado por la "continuidad".

Al margen ya de la referencia o mención, por demás obligadas, al Secretario judicial y al Notario, de la nueve redacción se infiere que, presupuesta la necesaria asistencia personal de uno de los contrayentes, la posibilidad de

contraer "por apoderado" deja ahora de estar subordinada a la circunstancia de que el contrayente que así lo celebre "no resida en el distrito o demarcación del Juez, Alcalde o funcionario autorizante" (art. 55, en su anterior redacción). Cabría pensar, con todo, que quizá no se haya considerado necesario hacer referencia a esa circunstancia por su misma obviedad, aunque más probable parece desde luego que la omisión obedezca a lo dispuesto en el nuevo artículo 57, y tenga necesariamente que ver con la posibilidad misma de que esa "elección" del funcionario realmente no haya sido tal, o presente dificultades. La posibilidad entonces de contraer matrimonio "por apoderado" se ofrecería así como una vía de solución ante la dificultad de elegir un funcionario que, por razón del lugar, "venga bien" a ambos contrayentes. Por ello, me inclino a pensar que la circunstancia de la "no residencia" seguirá estando ahí, pese a su supresión literal. Y ello porque la utilización "por simple capricho" del matrimonio por apoderado no resulta fácil de imaginar.

Novedosa resulta, aunque quizá superflua, la adición ahora al párrafo segundo del precepto del inciso "debiendo apreciar su validez (la del poder) el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente matrimonial previo al matrimonio". Dicha atribución de competencia en orden a apreciar la validez del poder se infería, siquiera implícitamente, de la anterior redacción. Lo contrario desemboca en el absurdo. De ahí que no se sintiera la necesidad de referencia alguna a aquélla.

Tampoco puede decirse aporte novedades sustanciales la nueva redacción que ahora recibe el inciso final del precepto, referido (al igual que en el anterior) a la notificación de la revocación del poder, y que vendría a distinguir "dos momentos" por cuanto a la notificación de la revocación se refiere (siempre claro es, anteriores a la celebración misma): aquél en el cual la notificación de la revocación se lleve a cabo "en el curso" de la tramitación del expediente matrimonial, y por tanto aún no concluido este, y aquél otro en el que la notificación de la revocación acontece una vez ya finalizada dicha tramitación, supuesto en el cual la nueva norma precisa que la notificación de la revocación deberá hacerse "a quien vaya a celebrarlo" (el matrimonio). Es obvio que ambas hipótesis tenían perfecta cabida en la redacción anterior, quizá preferible por su mayor brevedad ("La revocación se notificará de inmediato al Juez, Alcalde o funcionario autorizante").

Art. 56.- Su párrafo primero es calco casi literal del anterior (surgido de la reforma de 1981). El que ahora se mencione, por separado, la necesidad de concurrencia de los "requisitos de capacidad", y la "inexistencia de impedimentos o su dispensa", en orden a la celebración del matrimonio, constituye una precisión que no por exacta venga a mejorar sensiblemente la

anterior redacción, que se refería a la necesaria concurrencia en quienes desearen contraer matrimonio de "los requisitos de capacidad establecidos en este Código". Y ello porque, al menos en un sentido amplio, la doctrina científica nunca cuestionó que el término "requisitos de capacidad" englobaba tanto a los requisitos de capacidad en sentido estricto (edad, vínculo matrimonial anterior), que impedían contraer con cualquiera, como a los impedimentos (obstaculizadores del matrimonio con personas determinadas). El que ahora esa capacidad haya de acreditarse "en acta" o "expediente", deriva obviamente de la posibilidad de que el funcionario ante el que haya de acreditarse pueda ser, a su vez, Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil.

Tampoco cabe decir que el contenido del párrafo segundo conlleve novedades sustanciales: donde antes se decía "deficiencias o anomalías psíquicas", ahora se dice: "deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales", exigiéndose para todas ellas "dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento". El elenco es más preciso, pero con todo quizá resulte aventurado sostener que la nueva redacción venga a cubrir supuestos que, en la legislación anterior, no lo estuvieren.

No parece asimismo quepa duda alguna, al igual que tampoco la había con anterioridad, a que el dictamen médico que, en su caso, se emita, siendo preceptiva su emisión, no resultará vinculante para el (los) funcionario(s) enumerado(s), quien (quienes) podrá (n) decidir se lleve a cabo la celebración, pese al dictamen en contra del facultativo.

Art. 57.-.Novedosa, y asimismo criticable en algunos aspectos, resulta la nueva redacción del apartado primero del artículo. ¿Tiene sentido referirse al "matrimonio tramitado por…"? ¿Se "tramita" el matrimonio, o se "tramita" el expediente previo que, en su caso, hará posible la celebración del matrimonio? El apartado segundo diríase "corrige" en alguna medida esta imperfección gramatical, por cuanto alude ya al "Notario (que) hubiere extendido el acta matrimonial", de un lado, y, de otro, a que "los contrayentes podrán otorgar el consentimiento…", diferenciando así dos fases o momentos en modo alguno susceptibles de confusión: el de la tramitación del expediente y el de la prestación del consentimiento.

El precepto viene a establecer una (digamos) correlación entre el (los) funcionarios ante quienes se haya llevado a cabo la tramitación del expediente previo al matrimonio, y el (los) que posteriormente resultan competentes en orden a la celebración. El principio que parece inspire la regulación es el de la autonomía de los contrayentes, por cuanto se refiere a la "elección" del funcionario que haya de presidir aquella. Con todo, esta autonomía, siendo amplia desde luego, se ve reducida en alguna medida

cuando la tramitación del expediente previo haya corrido a cargo del "Encargado del Registro Civil", puesto que en tal caso "el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien éste delegue, que designen los contrayentes" (art. 57, párrafo primero, inciso final), no siendo posible entonces que aquellos manifiesten el consentimiento ante Notario.

Por el contrario, en el caso de que la dicha tramitación del expediente previo haya tenido lugar ante "Secretario judicial o funcionario consular o diplomático", el margen de elección de los contrayentes se ve ampliado. Y otro tanto ocurre cuando esa tramitación haya corrido a cargo de Notario, "si fuera el Notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo Notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien éste delegue".

La referencia a dos testigos "mayores de edad", contenida anteriormente en este artículo, se ve ahora desplazada al nuevo artículo 62 (regulador del "acta o escritura pública de celebración del matrimonio"), y en el que se omite la referencia al requisito de la mayoría de edad de aquellos, de lo que no cabe sino deducir su supresión.

Art. 58.- Mínimos son aquí los retoques: en puridad, y excepción hecha (claro es) de la mención de los funcionarios ahora competentes para la celebración (Secretario judicial o Notario), así como de la referencia específica al "Concejal" (a diferencia de la redacción anterior, que sólo se refería al "Alcalde"), sólo cabe apreciar una ligerísima modificación impuesta por puras razones de estilo, sustituyendo la expresión en plural ("si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen") por la expresión en singular ("si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto"), más correcta desde luego, por cuanto se parte de que la pregunta que el funcionario formula va dirigida "a cada uno de los contrayentes", de lo que resultaba gramaticalmente incorrecto el referir después la respuesta a ambos. La concordancia gramatical se logra, ahora, haciendo coincidir el singular de la pregunta con el singular de la respuesta, que lo es asimismo de cada contrayente.

La mención a la extensión del "acta" o a la "autorización de la escritura" cubre asimismo la posibilidad de que la celebración acontezca ante Secretario judicial o Notario.

El carácter asimismo "nuclear" o "central" que el contenido del art. 58 presenta por cuanto se refiere a la descripción misma de "la causa" o "función" del negocio jurídico matrimonial, sobre la que necesariamente ha de proyectarse el consentimiento de los que lo celebran, obligaba de suyo a

mantener inalterada en lo fundamental su redacción anterior, a salvo (como se ha dicho) meros retoques de estilo, de un lado, y, de otro, la obligada inclusión de los funcionarios ahora competentes para la celebración.

Art.60.- Las alteraciones introducidas en el art. 60 son, ciertamente, sustanciales o de fondo, siquiera alguna de ellas venga formulada de modo sibilino, tratando de ocultar su verdadero alcance. De otra parte, el contenido del precepto gana notablemente en extensión, por cuanto el considerable incremento que, a su vez, experimenta ahora la celebración matrimonial según confesiones distintas de la católica, se deja sentir en la inclusión de reglas destinadas al reconocimiento de "efectos civiles" de esas nuevas "formas" matrimoniales.

La mención o referencia al "matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico" (por lo demás coincidente plenamente con la redacción anterior) viene "neutralizada" de inmediato por lo dicho a continuación, que viene a "reducir" el matrimonio canónico a una forma religiosa más ("o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles"). Si se compara la redacción transcrita con la que se contenía en el precepto surgido de la reforma de 1981, las diferencias son más que evidentes, y parece respondan al designio legislativo de "vaciar" al matrimonio canónico de toda dimensión material o sustantiva, reduciéndolo (como se ha dicho) a una forma religiosa más.

"El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles" (redacción de 1981).

"El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles" (redacción de 2015).

En la redacción de 1981, claramente se exceptuaba al matrimonio canónico del ámbito de las "formas religiosas". En la actual, clarísimamente, se le incluye entre ellas. Difícil concordancia, pues, entre esta nueva redacción y el art. 80 CC, que presupone una reglamentación sustantiva propia del matrimonio propio de la Iglesia católica. ¿Cómo explicar sino la competencia de los órganos jurisdiccionales de la Iglesia para conocer de las causas de nulidad de matrimonios canónicos? Y difícil asimismo se presenta el ajuste de la norma con el Acuerdo jurídico de 1979, que vincula al Estado español al reconocimiento civil del matrimonio "celebrado según las normas del

Derecho canónico", expresión esta que rayaría en el absurdo considerar que no va más allá de la simple "forma" canónica de celebración.

De otra parte, junto a las formas religiosas hasta ahora admitidas, las propias de aquellas confesiones que suscribieron acuerdos con el Estado (evangélica, judía e islámica), reciben ahora reconocimiento civil las formas religiosas previstas por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas" que, aún sin contar con acuerdos de cooperación con el Estado, estén "inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, (y) hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España". Ello afecta, por el momento, a cuatro confesiones: la llamada "Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días" (mormones); la Iglesia ortodoxa, Testigos de Jehová y Budistas. El elenco podría ampliarse en el futuro, por cuanto el reconocimiento de la forma viene ahora subordinada, únicamente, a la inscripción de la confesión en el Registro antedicho (dependiente del Ministerio de Justicia) y al reconocimiento de su "notorio arraigo" en España (dependiente, a su vez, del ámbito geográfico y número de adeptos), conseguido el cual, automáticamente, la confesión de que se trate verá reconocida civilmente su forma de celebración matrimonial.

Pese al propósito unificador, es lo cierto que, por el momento, existen "tres realidades" legislativas por cuanto se refiere al matrimonio religioso en el Código. De una parte, el "matrimonio canónico", dotado de una regulación sustantiva propia, cuyo reconocimiento (siquiera con salvedades) como "tipo" o "especie" matrimonial se contiene en el Acuerdo de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede (con rango de tratado internacional); de otra, las "formas religiosas de celebración" propias de aquellas confesiones (evangélica, judía e islámica) que cuentan con acuerdos de cooperación con el Estado (suscritos en 1992, y aprobados por leyes ordinarias), y, finalmente, aquellas "formas religiosas" propias de las confesiones que, aun careciendo de acuerdos con el Estado, figuren inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y hayan obtenido, además, el reconocimiento de "notorio arraigo en España", que son las que obtienen ahora el reconocimiento de los efectos civiles de su forma matrimonial respectiva.

"En este supuesto,…" Es decir, en el último de los tres a que acaba de hacerse referencia, y descrito en el apartado 2 del art. 60, "el reconocimiento de efectos civiles requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos", requisitos que, obviamente, se refieren a la comprobación de la capacidad matrimonial por parte del funcionario civil competente ("acta o expediente previo con arreglo a la normativa del Registro Civil"; y a la manifestación del consentimiento "ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad". Llama la atención que, tratándose de formas religiosas, se exija que los testigos hayan de ser mayores de edad, siendo así

que cuando se trata de la forma civil de celebración se hable genéricamente de "dos testigos", sin exigencia alguna por cuanto se refiere a la mayor edad de los mismos (y es que la referencia a la "mayoría de edad" de los testigos, que se contenía en el art. 57.1, en su anterior redacción, desaparece en la actual, sin que se recoja tampoco en la nueva redacción del art. 62, que se refiere simplemente a la firma del "acta" o "escritura" matrimonial por el funcionario "ante quien se celebre, los contrayentes y dos testigos").

De otro lado, que la condición de "ministro de culto" deba ser "acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento", se ofrece en lógica consecuencia, de una parte, con el reconocimiento civil del único ámbito en el que estas confesiones gozan de autonomía (el de designar a sus propios "ministros de culto"), y, de otra, con la necesidad de tomar en consideración (a los efectos antedichos) la propia estructura interna de las mismas. De ahí la referencia a las distintas modalidades de dicha estructura ("iglesia", "confesión", "comunidad", y a las "federaciones", como realidades confesionales "aglutinantes" de las anteriores).

Art. 62.1. "La celebración del matrimonio se hará constar mediante acta o escritura pública que será firmada por aquél ante quien se celebre, los contrayentes y dos testigos".

El documento en el que se recoge la celebración matrimonial viene constituido, pues, por "acta" o "escritura pública", diferencia terminológica claramente alusiva a los funcionarios "autorizantes" del matrimonio, limitándose lógicamente la "escritura pública" al supuesto en el que ese funcionario sea un Notario, y englobando entonces el "acta" los supuestos restantes (Juez de Paz, Secretario judicial, etc.). Significativa resulta, como ya se ha dicho, la falta de exigencia para los testigos que estos sean mayores de edad. La omisión no parece desde luego atribuible al olvido, por las razones que se apuntaron.

2.- El párrafo segundo del precepto establece que "Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración del matrimonio al Registro Civil competente, para su inscripción, previa calificación por el Encargado del mismo".

Obviamente, la norma parte de la no identificación entre "el autorizante" del matrimonio y el Encargado del Registro Civil competente, lo que sin duda hay que poner en relación con la existencia, o no, en el municipio de Jueces de primera instancia. Lo que, a su vez, obligará a distinguir en los Registros

Municipales entre "Registros principales", encomendados directamente al Juez de primera instancia allí donde lo haya, y "Registros subordinados o delegados", existentes en los municipios en que únicamente exista Juez de paz, quien actuará por delegación del Encargado, y con numerosas restricciones.

Art. 63.- Se trata, como es sabido, de un precepto clave en nuestra legislación matrimonial, surgido de la reforma de 1981, y objeto en su momento de enconadas controversias en lo atinente a su aplicabilidad al matrimonio canónico. Los retoques que recibe son ciertamente mínimos, afectan al párrafo primero, y tienen que ver con lo dicho en el art. 60 a propósito de la estructura organizativa propia de las confesiones religiosas que obtienen ahora el reconocimiento civil de sus formas de celebración. Junto a la mención de "la iglesia o confesión respectiva", que ya se contenía en la redacción anterior, se añade ahora la mención a la "comunidad religiosa o federación respectiva". Permanece intocado el párrafo segundo.

Art. 65.- Encomiable ciertamente era la redacción anterior del precepto, frente a la prolija e incluso confusa de la ahora surgida:

"En los casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, si éste fuera necesario, el Secretario judicial, Notario, o el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo".

El supuesto de hecho descrito es confuso, ilógico e incluso raya en el absurdo: se hace referencia al matrimonio celebrado sin tramitación previa del "correspondiente expediente o acta", lo que parece conduzca al celebrado "en peligro de muerte" (art. 52, párrafo segundo, CC). No acaba de comprenderse el inciso "si éste fuera necesario", inciso que parece haya de venir necesariamente referido al "expediente" aludido en precedencia. ¿Cómo entender entonces esa "necesidad"? ¿Acaso esa necesidad no se da siempre, aunque se aplace o demore su tramitación por razones de urgencia? ¿Es que existe algún supuesto en el que no exista esa "necesidad"? A continuación, la norma se refiere a los funcionarios autorizantes de ese matrimonio, celebrado sin tramitación previa del "expediente o acta", quienes deberán proceder (después de la celebración del mismo, y antes de las actuaciones de tales funcionarios encaminadas a la inscripción del matrimonio) a la tramitación de ese "acta" o "expediente".

"Si la celebración del matrimonio hubiera sido realizada ante autoridad o persona competente distinta de las indicadas en el párrafo anterior, el acta de aquélla se remitirá al Encargado del Registro Civil del lugar de celebración para que proceda a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el expediente correspondiente. Efectuada esa comprobación, el Encargado del Registro Civil procederá a su inscripción".

No cambia el supuesto de hecho, sino la "autoridad o persona competente" ante la cual hubiere tenido lugar la celebración del matrimonio. Podría tratarse, por ejemplo, del matrimonio "in articulo mortis" celebrado en alguna de las formas religiosas con eficacia civil. En tal caso, procederá la remisión del acta de la celebración al Encargado del Registro Civil, competente entonces para la tramitación del expediente de comprobación de la capacidad, y, en su caso, la inscripción posterior.

Art. 73, número 3º.- El artículo contempla los supuestos de nulidad del matrimonio. La alteración en su redacción afecta únicamente a la modificación que ahora experimenta el elenco de los funcionarios autorizantes: la anterior mención al "Juez, Alcalde o funcionario", viene sustituida por la del "Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse…".

DIVORCIO Y SEPARACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL TRAS LA REFORMA POR LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

DIVORCE AND LEGAL SEPARATION IN THE SPANISH CIVIL CODE AFTER THE REFORM INTRODUCED BY THE NON-CONTENTIOUS JURISDICCTION ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 395-412.

Fecha entrega: 07/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

ALMUDENA CARRIÓN VIDAL
Abogada
almudenacarrionvidal@hotmail.com

RESUMEN: En este artículo se trata de llevar a cabo un análisis de urgencia de la importante reforma introducida en el articulado del Código Civil, en materia de disolución por divorcio y separación matrimonial, por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

PALABRAS CLAVE: divorcio de mutuo acuerdo, separación de mutuo acuerdo, reconciliación, convenio regulador.

ABSTRACT: This article performs an urgent analysis on the important reform regarding dissolution of marriage by divorce and legal separation, introduced in the Spanish Civirl Code by the Non-Contentious Jurisdiction Act ("Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria").

KEY WORDS: Divorce by consent, legal separation by consent, reconciliation, maintenance agreement.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2.- La novedad fundamental en materia de divorcio y separación en la reforma del CC por la Ley 15/2015.- 3.- Un paso más en la progresiva, e imparable,-"privatización" del negocio jurídico matrimonial. 4.- La "formulación" del convenio regulador ante Secretario judicial, o en escritura pública notarial.- 5.-Efectos de la separación matrimonial. -6.- La reconciliación de los cónyuges separados.- 7.- Nueva redacción del artículo 87.- 8.- El momento de producción de los efectos de la disolución por divorcio.- 9.- Las modificaciones introducidas en el artículo 90.- 10.- El nuevo párrafo primero del art. 95.- 11.- Nueva redacción del último párrafo del art. 97.- 12.- Retoques de estilo en el art. 99.- 13.--Alteraciones sustanciales o de fondo en la nueva redacción del art. 100.

1. En materia de separación y disolución por divorcio del vínculo matrimonial, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, aun no afectando desde luego a los presupuestos sustantivos o de fondo de ambas figuras, incide de modo importante sobre ellas. Basta con reparar, de una parte, en el elevado número de preceptos atinentes al régimen de la separación o de la disolución por divorcio que ahora reciben nueva redacción (arts. 81, 82, 83, 84, 87, 89,90, 95 (párrafo primero), 97 (último párrafo), 99, 100 y 107 (apartado 2); y, de otra, en la circunstancia de que ninguna de las modificaciones a que acaba de hacerse referencia ve demorada su entrada en vigor al 30 de junio de 2017, como sí acontece por el contrario respecto a otros artículos del CC afectados asimismo por la reforma (como lo son (siquiera con excepciones) los referidos a la forma de celebración matrimonial).

2. La novedad fundamental en lo que atañe a la separación y al-divorcio viene constituida, sin duda, por la posibilidad de que los cónyuges, concurriendo determinadas circunstancias, puedan instar la separación o la disolución del matrimonio ante funcionarios distintos de aquellos que tienen atribuida la potestad jurisdiccional. La propia exposición de motivos de la Ley, siquiera con redacción nada encomiable, se refiere a lo anterior en los siguientes términos:

"…al tiempo que se introducen modificaciones que afectan a la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al Secretario judicial y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al Juez…"

Los presupuestos que necesariamente habrán de concurrir para que los cónyuges puedan acogerse a lo dicho en precedencia son: de un lado, que la separación o la disolución por divorcio lo sean "de mutuo acuerdo" (arts. 82.1 y 87 CC); de otro, que no existan "hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores" (art. 81, párrafo primero). La concurrencia de esta segunda circunstancia, obviamente, no excluye la posibilidad misma de que la separación, o el divorcio, lo sean "de mutuo acuerdo", sino-que el conocimiento y tramitación de aquellas pueda tener lugar ante Secretario judicial o Notario, viniendo entonces reservada en exclusiva la competencia al órgano jurisdiccional.

"Se decretará judicialmente la separación (obviamente en cualquiera de sus modalidades, "de mutuo acuerdo" o "contenciosa") cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio" (art. 81, párrafo 1).

Una vez más la dicción legislativa resulta cuanto menos "sorprendente", puesto que en una "primera" lectura diríase que la separación viniere impuesta "forzosamente" en el caso de que existan hijos en las circunstancias que el precepto describe. Lo disparatado de la consecuencia obliga a concluir de inmediato que lo que el legislador, con escaso acierto, quiere decir es que en el-supuesto descrito la separación (en cualquiera de sus modalidades) deberá tramitarse judicialmente, quedando así excluida la posibilidad de que los cónyuges, aun tratándose de una separación "de mutuo acuerdo", puedan acudir al Secretario judicial o al Notario.

De otro lado, el inciso relativo a que lo dispuesto en el art. 81 será de aplicación "cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio", resulta por completo innecesario puesto que, ya desde la reforma de la Ley 30/81, es claro que el régimen jurídico que para la separación conyugal se contiene en el CC es de aplicación con independencia de que el matrimonio lo sea canónico o en alguna de las formas religiosas admitidas.

El carácter fundamental de este aspecto de la reforma se deja sentir asimismo en el artículo siguiente, en el que tras facultar a los cónyuges para "acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario…" (art. 82.1), concluye reiterando la idea recogida ya en el artículo anterior:

"No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores" (art. 82.2).

Y es que una vez apuntado ya en el art. 81 que la separación deberá "decretarse judicialmente" cuando existan "hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores", no parece-necesario reiterarlo de nuevo en el 82.2. Y ello, porque de suyo la expresión "Se decretará judicialmente la separación" deja bien a las claras la exclusión de cualquier otra posibilidad distinta de la del conocimiento de aquella por los órganos jurisdiccionales.

Tratándose de la disolución por divorcio la regulación es sustancialmente idéntica, siquiera ahora con remisión del-art. 87 al contenido del art. 82:

"Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el art. 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él"

En consecuencia, y al igual que en el marco de la separación, existiendo hijos en la circunstancias anteriormente descritas, la disolución por divorcio (ya de mutuo acuerdo, ya contencioso) precisará en todo caso de la intervención de los órganos jurisdiccionales.

3. Ciertamente la circunstancia de que la disolución del matrimonio (déjese ahora al margen la separación) pueda ahora tener lugar "por decreto que así lo declare" (alusivo sin duda a la que tenga lugar ante el Secretario judicial), o "desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública" (alusivo sin duda a la que tenga lugar ante Notario), y aún sin olvidar desde luego que ambos supuestos presuponen la existencia de "mutuo acuerdo", quizá con todo no impida constatar un cierto grado de cambio en la configuración, y consideración, mismas del matrimonio por parte del legislador. Un paso más en ese progresivo "deslizamiento" de la figura hacia una digamos cada vez mayor "privatización". El matrimonio es, cada vez con mayor intensidad, un instituto en el que, progresivamente, como se ha dicho, los poderes públicos "van cediendo espacio" a la autonomía de los particulares (en este caso, claro es, de los contrayentes). Es en definitiva, el lento, pero imparable, desenlace de un proceso iniciado (siquiera tímidamente) con la reforma de 1981, acentuado después (con trazos enérgicos) con las reformas de 2005, y que ahora en alguna medida digamos se intensifica. ¿Qué queda en la actualidad de aquél punto de vista,

por demás autorizado, por demás generalizado, emitido a poco de la reforma de 1981?:

"…el divorcio se presenta en nuestro sistema como una decisión del Estado, adoptada a través de los órganos jurisdiccionales, previo el ejercicio de una acción, y tras un proceso contradictorio. En este tema, el art. 85 (la referencia hay que entenderla hecha al texto de la Ley 30/81) se ha de poner en relación con el art. 89, que expresamente declara que la disolución del matrimonio por divorcio, sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare" [MONTÉS PENADÉS, V.L: "Comentario a los artículos 85 y 89 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Volumen primero"*. Madrid-(1984): Técnos, p. 496].

El cambio se infiere incluso del distinto lenguaje legislativo utilizado en 1981 y en la reforma de 2015: frente al "Se decretará judicialmente la separación/ divorcio, a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro" (arts. 81 y 86, en su anterior redacción), los arts. 82 y 87 (en su actual redacción) optan por una redacción en la que se presenta a los cónyuges como los únicos protagonistas realmente importantes, por cuanto al divorcio/ separación "de mutuo acuerdo" se refiere: "Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo… mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o ante Notario" (art. 82.1). Tenor literalmente idéntico, el que se reproduce asimismo para la disolución por divorcio en el nuevo art. 87. Son, pues, los cónyuges, únicamente ellos, los que "acuerdan" divorciarse, o separarse, y la función básicamente "homologadora" de la intervención judicial (que, con anterioridad, no obstante ese-carácter, quedaba un tanto ensombrecida tras el "Se decretará judicialmente") en la actualidad queda aún más difuminada, por cuanto, en la nueva redacción se comienza afirmando son los cónyuges los que "acuerdan" disolver el vínculo, o dejar en suspenso el deber de convivencia.

Obviamente, y dado el carácter facultativo de los nuevos arts. 82 y 87-("los cónyuges podrán"), sigue siendo posible que los ciudadanos que así lo deseen puedan tramitar su divorcio o separación "de mutuo acuerdo" ante órganos jurisdiccionales, siquiera-la sobrecarga de trabajo que pesa sobre estos últimos haga prever un importante grado de desviación de tales asuntos hacia los funcionarios a los que ahora se les atribuye competencia para conocer de los mismos.

No cabría sostener ciertamente que Secretarios judiciales y Notarios-carezcan de la condición de funcionarios públicos. No puede, pues, concluirse que el Estado vaya a estar "por completo ausente" por cuanto-se refiere a la tramitación y resolución de las separaciones y divorcios que lo sean de mutuo acuerdo, y en que no existan hijos en las circunstancias aludidas con

anterioridad, pero no es menos cierto se desemboca (mírese como se mire) en un grado importante de "desjudicialización" de las crisis matrimoniales, siquiera de aquellas que presentan un grado de conflictividad sensiblemente menor.

4. En el nuevo art. 82 permanece invariado el plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio (instaurado por la reforma de 2005). Otro tanto cabe decir por cuanto se refiere a la esencialidad e importancia del convenio regulador en orden a la separación/divorcio "de mutuo acuerdo". Los nuevos arts. 82 y 87 se refieren a la "formulación" del convenio, a diferencia de la anterior redacción que empleaba la locución "propuesta". Se trata de una simple alteración terminológica carente de consecuencias prácticas, como se infiere del número 2, párrafo tercero, del nuevo art. 90, que contempla el supuesto en el que, advertidos los otorgantes por el Secretario judicial o el Notario, del carácter dañoso o gravemente perjudicial de alguna de las cláusulas del convenio, "la aprobación de la (nueva) propuesta de convenio" corresponderá ya, exclusivamente, al Juez. Se marca así una diferencia importante, a lo que creo, entre que la tramitación de la separación/divorcio "de mutuo acuerdo" se lleve a cabo ante el Juez o, por el contrario, ante el Secretario judicial o el Notario, puesto que en el primer caso cabrá formular nuevas "propuestas" hasta que, finalmente, recaiga la homologación judicial (art.90.2, segundo párrafo), mientras que en el segundo tal posibilidad-se excluye indudablemente: cuando el Secretario judicial o Notario "considerasen que, a su juicio, alguno de ellos (de los acuerdos) pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para. . . lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este segundo caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador"-(art. 90.2, párrafo tercero).

Aunque el art. 82 se refiera literalmente a la "formulación" del convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario", no parece probable desde luego que la discusión y, en su caso, redacción de sus cláusulas,-sea tarea que vaya a desarrollarse (al menos en su integridad) ante los funcionarios antedichos. La propia referencia que el precepto efectúa a renglón seguido acerca de la necesaria intervención personal de los cónyuges en el otorgamiento, "sin perjuicio de-que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio", parece obligue a concluir que los cónyuges comparecerán ante Secretario judicial o Notario con un texto (proyecto) de-convenio escrito (ya discutido y consensuado previamente,-en una labor en la que habrá resultado importante el asesoramiento de sus respectivos letrados), y será sobre ese texto previo sobre el que se desarrollará la labor "homologadora" del Secretario judicial o el Notario, prácticamente de modo idéntico a lo que ocurrirá en el caso de que la separación/divorcio "de mutuo acuerdo" se

tramite ante el Juez. Pensar, pues, que cuando se trate de tramitación judicial se tratará de "presentar" una propuesta de convenio, en tanto que cuando se-trate de tramitación ante Secretario judicial o Notario, la "elaboración o confección" mismas del convenio van a llevarse a cabo ante dichos funcionarios (como quizá podría inferirse de la expresión "formulación del convenio ante Secretario o Notario"), dista mucho de ofrecerse en consonancia con la realidad, y con el propio designio legislativo, que no ha sido otro sino el de "ampliar" esa función homologadora del convenio regulador a funcionarios distintos de los jueces, a fin de "agilizar" así la tramitación de las crisis matrimoniales cuando exista, claro es, "mutuo acuerdo" de los cónyuges. Lo que ciertamente es bien distinto del propósito de cambiar sustancialmente, ahora con referencia al Secretario judicial o el Notario, la función-que venían desempeñando los jueces por cuanto a la homologación del convenio regulador se refiere.

Otra cosa es, lógicamente, que el texto (ya definitivo) del convenio se incorpore o-plasme en la escritura pública notarial o en el documento autorizado por el Secretario judicial.

Por lo demás, el contenido mínimo del convenio regulador, en clara continuidad con la legislación anterior,-viene fijado en el art. 90, al que se hará referencia posteriormente.

De otro lado, que en-el convenio regulador se deban determinar-"las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación" es de todo punto obvio. Más extraño resulta que en él deba constar asimismo "la voluntad inequívoca de separarse", porque no acaba de entenderse del todo cuál es la realidad a la que se esté refiriendo el legislador. Y es que esa referencia a la "voluntad inequívoca", de un lado, no venía recogida en la legislación anterior y, de otro, no se sabe muy bien cómo podrá apreciarse su-existencia. Bastará, creo, con que exista un "propósito serio" de separarse/divorciarse, pero ese propósito serio, a su vez,-deberá inferirse del hecho mismo de la formulación del convenio regulador. Resultaría del todo insostenible mantener que los funcionarios ahora competentes en orden a la homologación del convenio deberán "indagar", "inquirir", "preguntar" o, de cualquier modo, "interrogar" a los cónyuges acerca de la existencia de esa "voluntad inequívoca", que incluso se ofrecería atentatorio a su derecho a la intimidad.-Luego en consecuencia, formulado el convenio, se inferirá sin más la existencia de esa "voluntad". De otra parte, es asimismo obvio que, aun concurriendo dicha "voluntad", ello no es óbice a una hipotética "reconciliación" posterior de los cónyuges separados (art. 84), que pondrá "término al procedimiento de separación (si este no hubiere concluido) y dejará sin efecto ulterior lo resuelto en él" (si ya hubiere finalizado).

La intervención de los cónyuges "en el otorgamiento" deberá llevarse a cabo "de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio". Es, pues, en-la propia comparecencia y en-la prestación del consentimiento ante el Secretario judicial o-Notario (actuaciones, las dos, integrantes o constitutivas del. "otorgamiento" al que se refiere el precepto) el marco de actuaciones-en el que no cabría el juego de la representación.

Asimismo, "deberán otorgar el consentimiento… los hijos mayores o-menores emancipados… respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar" (art. 82. 1, párrafo segundo, inciso final).

Se trata la anterior de una regla que desgraciadamente tiene que ver, y mucho, con la ya más que prolongada crisis económica que sufre el-país. Y es que el legislador parte ya del dato inexorable representando por los miles de jóvenes mayores de edad que, al carecer de trabajo y consecuentemente de ingresos propios, carecen asimismo de cualquier otra alternativa que no sea la de "convivir en el domicilio familiar". La referencia a los "menores emancipados" quizá se ofrezca innecesaria y responda en definitiva al prurito legislativo de referirse a ellos cuando, anteriormente, lo ha hecho a "los hijos mayores de edad". La figura de la "emancipación" quizá se mantenga más por razones de pura "tradición" que por su misma utilidad, altamente discutible en un sistema como el nuestro en el que la mayoría de edad se alcanza sólo dos años después de cumplida la edad requerida para obtener aquélla.

De otra parte, no parece quepa duda en cuanto a que el carácter preceptivo de la prestación de consentimiento por parte de los hijos mayores de edad (y, en su caso, emancipados), que conviven en-el domicilio familiar, respecto a "las medidas que les afecten", previsiblemente, constituirá en muchas ocasiones-fuente de conflictividad con sus progenitores, y que no en pocas de ellas es de temer llegue a impedir la homologación del convenio por parte del Secretario judicial o el Notario, a quienes además corresponde advertir, en su caso, a los otorgantes sobre el carácter "dañoso" o "gravemente perjudicial" de alguna de sus cláusulas para-esos hijos mayores o menores emancipados, supuesto en el cual, como es sabido, se "dará por terminado el expediente", y no cabrá ya más vía-sino la de acudir ante el Juez "para la aprobación de la propuesta de convenio regulador".

Una vez afirmado ya en el párrafo primero del art. 81 que existiendo "hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores", la única vía para la separación "de mutuo acuerdo" es la judicial, resultaba innecesario reiterarlo de nuevo en el párrafo segundo del art. 82.

5. Por cuanto se refiere al art. 83, gana notablemente en extensión con la nueva redacción,-siquiera como simple consecuencia de que la separación "de mutuo acuerdo" pueda ahora tener lugar ante funcionarios distintos de los investidos de potestad jurisdiccional. En este sentido, el-párrafo primero reproduce literalmente (a salvo, claro es, de la referencias al "decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine") el tenor del precepto surgido de la reforma del 81 ("La sentencia de separación produce la suspensión de-la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica"). Son esos mismos efectos, los que ahora se extienden al "decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine". Y, al menos desde una perspectiva puramente teórica, el único deber conyugal que queda en suspenso es el de convivencia, subsistiendo pues, en línea de principio, los de socorro y fidelidad (siquiera-contra-la opinión social más generalizada).

El párrafo segundo del precepto en análisis precisa que "los efectos de la separación… se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82".

Las prisas en la redacción parece conduzcan a una cierta contradicción, por cuanto a "los efectos" de la separación se refiere, entre los párrafos primero y segundo del precepto en análisis, puesto que en el primero se alude "en abstracto" a unos efectos que se producen por la sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública. Unos "efectos" que se producen ya, en tanto que en el párrafo segundo la producción de esos mismos efectos viene subordinada a "la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública". ¿Se demora, o no se demora,-la producción de esos "efectos" a la circunstancia de que la sentencia sea firme, o lo sea el decreto o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública"? La cuestión quizá carezca de relevancia práctica cuando se trate de separación "de mutuo acuerdo" tramitada ante Secretario judicial o Notario, pero posiblemente sí la tenga cuando se trate de separación judicial, puesto que en tal caso,-y ateniéndonos a la literalidad de la norma,-habría que esperar al carácter firme de la sentencia para entender "producidos" esos efectos, firmeza del fallo para cuya obtención deberá transcurrir un periodo de tiempo (siquiera sea breve),-durante el cual habría que entender aun "no producidos" los susodichos efectos.

Cuando la separación, como se ha dicho, se tramite ante Secretario judicial igualmente deberá ser "firme" el decreto expedido por aquél-que la declare, y

finalmente, cuando lo sea ante Notario la "producción" de esos efectos tendrá lugar "desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública". También en este supuesto, la dicción legislativa no deja de plantear dudas o interrogantes, porque mientras en el párrafo primero se habla del "otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador", en el párrafo segundo el legislador se refiere a "la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública". ¿Acaso cabría diferenciar aquí dos realidades, o dos momentos, plenamente diferenciadas, subordinando la "producción" de los efectos a que acontezca la segunda de ellas? ¿Hasta qué punto sería "separable" la fase de "otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador", de la referida a "la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública"? ¿Cabría un "otorgamiento de la escritura pública del convenio" separada de "la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública"? Sea de ello-lo que fuere, diríase que el propósito legislativo fuere efectivamente el de diferenciar dos "fases" o "etapas" cuando la separación se tramite ante Notario, distinguiendo la fase misma del otorgamiento, y un momento ya posterior, concluyente, en el cual el consentimiento de los cónyuges se proyecte ya sobre el contenido del documento redactado por el Notario. La "producción" entonces de los efectos de la separación arrancaría de este segundo.

A diferencia de la regulación anterior en la que, al menos de modo expreso y por cuanto a la separación se refiere, no se hacía referencia a la inscripción de la sentencia en el Registro Civil, en la nueva redacción el párrafo segundo, inciso final del art. 83 establece que: "Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe".

6. Escasas son ciertamente las novedades que aporta el nuevo art. 84, referido (al igual que en su redacción anterior) a la "reconciliación" de los cónyuges separados. La coincidencia del texto es total y absoluta por cuanto se refiere al párrafo primero,-precisando ahora el segundo que "Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones", añadiendo el párrafo tercero y último que "La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente". Nada nuevo, pues, en lo atinente a este último párrafo. La necesaria inscripción de la reconciliación se infería (aun sin formulación expresa) de la anterior regulación, dada la exigencia de "ponerla en conocimiento del Juez que entendiera o hubiera entendido en el litigio".

De otra parte, y tratándose de separación tramitada ante Secretario judicial o Notario, la reconciliación deberá venir formalizada, como se ha dicho, en "escritura pública o acta de manifestaciones". Es de suponer que la opción de los cónyuges por una u otra estará en función, muy probablemente, del coste respectivo que deban sufragar. De otra parte, mientras el otorgamiento de la escritura pública corresponderá, exclusivamente, a los Notarios, el "acta de manifestaciones" podrá formalizarse por comparecencia de los cónyuges ante Notario, o ante Secretario judicial. Y, obviamente, en ambos casos, el Notario que proceda al otorgamiento de la escritura (en su caso, del acta) o el Secretario ante el cual se formalice el acta, podrán ser, o no, aquéllos ante los cuales se tramitó la separación.

7. La redacción que ahora recibe el art. 87 (referido a la disolución por divorcio "de mutuo acuerdo"), es reproducción siquiera abreviada (por remisión al 82) de la de este último (referido a la separación "de mutuo acuerdo". Y puestos a abreviar, quizá se haya abreviado demasiado en la medida en que en el art. 82 se hacen constar, de modo expreso,-requisitos que, probablemente, hubiere resultado más adecuado hacerlos constar, expresamente, en el artículo referido a la disolución del matrimonio por divorcio: me refiero concretamente-al necesario transcurso de tres meses (contados desde la celebración del matrimonio) en orden a la separación o divorcio "de mutuo acuerdo", al que, como digo, se alude expresamente en el art. 82, en tanto que en el 87 la exigencia se deduce de la remisión que se efectúa al 82 ("debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en el él" (art. 87). Y ello por cuanto desde la reforma del CC de 2005, la separación conyugal ha pasado a ser-una figura "residual", como demuestran más que cumplidamente las estadísticas hechas públicas por el CGPJ. Y lo dicho para el plazo es extensible, asimismo, "a fortiori",-a la circunstancia "impeditiva" referida a la existencia de "hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores".

8. El artículo 89 sigue conservando, como no podría ser de otro modo, su carácter "nuclear" o "central" por cuanto se refiere a la disolución por divorcio. Claro es que, frente al inciso inicial de precepto en su redacción de 1981 (alusiva a la circunstancia de que la disolución del matrimonio "sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza"), en la actual "Los efectos de la disolución por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el art. 87". Y es que, precisado ya desde 1981, el momento de producción de los efectos del divorcio cuando

el procedimiento se tramita ante el Juez, ineludiblemente se imponía precisarlo ahora cuando la tramitación de-aquél-tenga lugar ante Secretario judicial o Notario. Lógicamente, siendo el carácter "firme" de la resolución sólo predicable de la "sentencia" o-del "decreto" que así lo declare, tratándose de divorcio ante Notario la producción de los efectos viene referida al momento de "manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública…".
A razones puramente gramaticales, derivadas de la necesidad-de referir ahora no sólo a la sentencia, sino también al "decreto" y a la "escritura pública", la inoponibilidad de aquellas a terceros de buena fe "sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil", obedece la inclusión del término "respectiva" referido a la inscripción registral de cualquiera-de ellas.

9. En cuanto se refiere al art. 90, las alteraciones introducidas en su texto se ofrecen asimismo tributarias de la idea central de la reforma por Ley 15/2015, la de posibilitar el divorcio o la separación "de mutuo acuerdo" ante funcionarios no investidos de potestad jurisdiccional. Comparando así la nueva redacción respecto a la anterior, se constatan las siguientes diferencias: permanece inmutado el número 1, afectando las modificaciones a los números 2, 3 y 4. En cuanto al número 2, párrafo primero, la alteración, por lo demás levísima, se traduce en una modificación de su redacción, impuesta por lo que, tras la reforma, pasa a ser una "posibilidad", y no ya una "necesidad": la de que "los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio (vengan) presentados ante el órgano judicial", manteniéndose idénticos el resto del párrafo primero y el segundo (atinente al régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos). Mucho más sustancial desde luego es-la redacción que ahora recibe el párrafo tercero del citado número 2, y de la que se infiere una clara primacía de la homologación judicial del convenio regulador, frente a la posibilidad de formalización de aquél ante el Secretario judicial o Notario. Y es que en este segundo supuesto si "éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos (literalmente "de ellos", de los acuerdos, "rectius", "de las cláusulas" del acuerdo) pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador". Hay que elogiar aquí la prudencia del legislador, prudencia que se deja ver asimismo en la inaplicabilidad del divorcio/separación "de mutuo acuerdo" ante Secretario judicial o Notario, en el caso de que existan "hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores".

El párrafo se cierra ahora con una referencia a la "aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública", momento a partir del cual "los acuerdos podrán hacerse efectivos por la vía de apremio".

Finalmente, en el número 3 del precepto,-presupuesta la posibilidad de alteración, en su caso, de las medidas adoptadas en los acuerdos formalizados-ante el Secretario judicial o en escritura pública, "cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges", "podrán (aquellas) ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código". La circunstancia de que el acuerdo originario se formalizare, por ejemplo, ante Secretario judicial, o, por el contrario, ante Notario, no empece lo más mínimo para que ese "nuevo acuerdo" de modificación del primero pueda, a su vez, venir formalizado ante funcionario distinto de aquél ante el cual se formalizó el acuerdo que ahora se modifica.

Ningún comentario merece, por ser asimismo, consecuencia obligada de la idea directriz de la reforma que, juntamente con el Juez, se mencione-a "las partes" en orden al establecimiento ("podrán establecer") de "las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio" (art. 90, número 4).

10. La modificación del art. 95 afecta únicamente a su párrafo primero, con una levísima alteración por razones de estilo en el segundo (sustituir la forma verbal en presente ("Si la sentencia de nulidad declara la mala fe…") por el condicional ("declarara").

El párrafo primero gana sensiblemente en contenido frente a la redacción surgida de la reforma de 1981. Y es que frente a la escueta declaración anterior que, lógicamente, se refería solo a la "sentencia firme" como productora de la disolución del régimen económico del matrimonio, la actual lo hace no sólo a "la sentencia firme", sino también al "decreto firme" o a "la escritura pública que formalicen el convenio regulador", que "producirán, respecto de los bienes del matrimonio,-la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto".

No acaba de verse la razón de que, ahora, y a diferencia de la redacción de 1981, la norma se refiera a "la disolución o extinción" del régimen. ¿Acaso "la disolución" no implica-"extinción" del mismo?,-¿Cabría pensar quizá en un cierto propósito "didáctico" o "pedagógico" del legislador, tendente a "dejar claro" que la "disolución" de un régimen económico matrimonial" implica el final del régimen? Si así fuera, carecería de toda lógica.

La nueva redacción del párrafo primero concluye ahora afirmando que "la sentencia, el decreto o la escritura" (prescindamos ahora del carácter "firme" de las dos primeras resoluciones), amén de producir la disolución del régimen económico matrimonial, "aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto". Es sabido que, si bien de ordinario, dicha liquidación procederá cuando se esté en presencia de un régimen económico de comunidad (sociedad de gananciales, participación en ganancias, etc.), de algún modo también habrá que practicarla cuando el régimen sea el de separación de bienes. Lo que sí resulta significativo en el texto surgido de la reforma de 2015, es la posibilidad misma de que la sentencia, el decreto o la escritura (todas ellas "firmes", déjese al margen la impropiedad de referir asimismo la "firmeza" a la escritura notarial), y que formalizan el convenio regulador, puedan dejar fuera de ese ámbito de formalización la "liquidación" del régimen, si no hubiere mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto. Y es que la "liquidación" del régimen económico matrimonial forma parte del "contenido mínimo" que en todo caso (por imperativo del art. 90.1, e) deberá reflejar el convenio. Es, pues, uno de los extremos a los que aquél deberá referirse. Luego en consecuencia no cabe sino deducir que, al menos en un primer momento, digamos el de elaboración, redacción y tramitación del convenio regulador ante cualquiera de los funcionarios competentes para su "formalización", hay que presumir necesariamente la existencia de mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto. Si posteriormente, en el momento de la "formalización" definitiva, quedase fuera de aquella "la liquidación" (por inexistencia de mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto), quiérese decir que, aun habiéndose formalizado el convenio, la "liquidación" del régimen vendrá demorada a un momento posterior: el momento en el que ese "mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto" exista o tenga lugar.

El legislador, pues, reconoce y admite la posibilidad misma de que la postura de cada cónyuge respecto a la liquidación del régimen pueda cambiar, o experimentar alteración, en el curso de la tramitación misma del convenio regulador, y que, en consecuencia, las posiciones iniciales (las de admisión a trámite del proyecto de convenio) no sean ya las existentes en el momento de la "formalización" definitiva de aquél. Para tal caso, la "disolución" del régimen no irá acompañada de su "liquidación", demorada (como se ha dicho) a un momento posterior.

De nuevo llama la atención la imperfección gramatical del legislador en este párrafo primero, refiriéndose en plural a la sentencia, decreto o escritura pública, que "producirán" la disolución del régimen, para a continuación, olvidando la necesaria concordancia, referirse ya en singular a "y aprobará su liquidación", siendo así que la aprobación, en su caso, se imponía referirla también en plural a las tres resoluciones anteriores ("y aprobarán su liquidación").

11. En el artículo 97, recibe nueva redacción el último párrafo, impuesta de un lado por la atribución al Secretario judicial y al Notario de funciones que hasta ahora correspondían al Juez, y de otro, por la oportunidad de llevar a aquél extremos que, o bien se inferían siquiera implícitamente de otros preceptos-(así la duración o el momento de cese de la pensión, cuya necesidad de fijación se deducía implícitamente del carácter temporal que, en su caso, tuviere aquélla), o convenía "reagrupar" conjuntamente.

"En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad".

12. Retoques puramente de estilo son los sufridos por el artículo 99, en el que la alteración se reduce, de un lado,-a suprimir la referencia "conforme al artículo 97", que se contenía inmediatamente después del inciso "la pensión fijada judicialmente" (redacción de 1981), y de otro, añadir ahora: "o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97". Es claro así que el art. 97 alberga los criterios que deberán ser tenidos en cuenta en la fijación de la compensatoria,-tanto si esa fijación se lleva a cabo por el Juez en el curso de un procedimiento contencioso, o de mutuo acuerdo, como si lo fuere en la tramitación de un convenio regulador ante Secretario judicial o Notario. Pero "remachar" esa proyección general del 97, quizá resulte superfluo, puesto que siempre que se pretenda fijar una compensatoria es claro que habrá que estar a tales criterios. De otra parte, referirse, como hace literalmente el legislador, al "convenio regulador formalizado conforme al artículo 97", es erróneo por completo. El convenio regulador "no se formaliza" conforme al artículo 97, sino que será la pensión compensatoria pactada, en su caso, en el marco de un convenio "formalizado" de conformidad con otros preceptos que no son, desde luego, el art. 97, la que deberá sus criterios de determinación a las reglas, no exhaustivas desde luego, que aparecen recogidas en el citado art. 97.

13. La nueva redacción del art. 100 gana en amplitud, por cuanto pasa de un párrafo a dos, y las alteraciones son aquí sustanciales o de fondo. El párrafo primero establece: "Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen".

Es evidente que se está contemplando un divorcio/separación ante el Juez, y es asimismo evidente que es indiferente que el divorcio/separación lo haya sido contencioso o "de mutuo acuerdo". En tal caso, la modificación en el

importe de la pensión exigirá "alteraciones" en la fortuna de alguno de los cónyuges. Significativamente, ha desaparecido en la nueva redacción el adjetivo "sustanciales" ("alteraciones sustanciales") que se contenía en el texto proveniente de 1981. La supresión, indudablemente,-se traducirá en una notable ampliación de los márgenes de apreciación de los jueces acerca de cuando existan, o no,-alteraciones que deban incidir en el importe fijado en su día.

A su vez, el párrafo segundo dispone que "La pensión y las bases de actualización fijadas en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o Notario podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código".

Es innegable que, mientras la pensión y bases para su actualización fijadas por sentencia, se presentan digamos con un elevado grado de rigidez. Las modificaciones precisarán en todo caso "alteraciones" (siquiera no ya necesariamente "sustanciales") en la fortuna de uno u otro cónyuge, no parece pueda predicarse esta característica en el caso de que la pensión, y bases de actualización de la misma, vengan fijadas en un convenio regulador ante Secretario judicial o Notario. Aquí el grado de autonomía de los interesados se ofrece notablemente mayor, por cuanto bastará un nuevo convenio, en orden a la introducción de modificaciones, sin que por lo demás aluda el legislador a causas algunas determinantes, o que deban ser tomadas necesariamente en consideración, en orden a tales alteraciones. De nuevo, una importante diferencia "cualitativa" o "de fondo" entre la figura del divorcio/separación judiciales y las tramitadas ante otros funcionarios.

LÍMITES A LA AUTONOMÍA PERSONAL DE LOS CÓNYUGES Y CONVIVIENTES EN EL RÉGIMEN MATRIMONIAL ARGENTINO

RESTRICTIONS TO SPOUSAL AND LIVING PARTNER PERSONAL AUTONOMY IN THE ARGENTINEAN MATRIMONIAL PROPERTY REGIME

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 413-428.

Fecha entrega: 07/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. MARIEL F. MOLINA DE JUAN[1]
Profesora de Doctorado en Derecho y Maestría en Gestión Judicial
Universidad Nacional de Cuyo
marielmoliina@estudiojuan.com.arg

RESUMEN: El presente ensayo analiza las principales reformas que el Código Civil y Comercial argentino introduce al Régimen patrimonial familiar. Definidas las bases constitucionales del nuevo sistema, se enuncian las posibles manifestaciones de la autonomía personal de los cónyuges y convivientes, y como contrapartida, se ponen de relieve las restricciones que la ley impone a las facultades de autorregulación de los efectos económicos del matrimonio o la unión convivencial, con fundamento en la solidaridad familiar.

PALABRAS CLAVE: matrimonio, uniones convivenciales, patrimonio, libertad, solidaridad familiar.

ABSTRACT: This essay analyzes the main changes that the Argentinean Civil and Commercial Code introduce to the family patrimony Regime. Once the constitutional bases of the new system are defined, the possible manifestations of spousal and cohabitation partners' autonomy are mentioned. As a counterpart, the legal restrictions to self-regulation faculties regarding marital or cohabitation economy, based on family solidarity, are exposed and highlighted.

KEY WORDS: Marriage, cohabitation, patrimony, freedom, family solidarity.

[1] Miembro integrante de la Subcomisión de Reforma del Código Civil y Comercial argentino de derecho familiar

SUMARIO: 1. Las bases constitucionales del nuevo régimen patrimonial familiar argentino.- 2. La esfera de libertad reconocida.- 3. Los "permisos" concedidos a los cónyuges.- 4. El derecho a la autorregulación de las uniones convivenciales.- 5. Tensiones entre autonomía personal y solidaridad.- 6.Restricciones de orden genérico.- 7. Restricciones específicas aplicables a los cónyuges.- 8. Restricciones específicas de toda pareja.- 9. Obligación de contribuir a los gastos del hogar.- 10. Responsabilidad solidaria por las deudas para el sostenimiento del hogar.- 11. Protección de la vivienda asiento del matrimonio o la unión convivencial.- 12. Breves conclusiones.

1. El Código Civil y Comercial argentino vigente desde el 1 de agosto (2015), recoge la realidad de las familias argentinas, que atraviesan un creciente proceso de democratización de sus estructuras asociado a la redefinición y flexibilización de su dinámica de organización.

Presenta un derecho patrimonial inclusivo de todas "las familias" ofreciendo un marco normativo asentado en los principios constitucionales – convencionales imperantes, que han alcanzado su ansiado correlato en el derecho patrimonial familiar, al tiempo que propicia el desarrollo de valores afincados en la igualdad, la libertad, la igualdad y la solidaridad familiar. Estos postulados jurídicos no constituyen categorías axiológicas cerradas, estáticas o independientes, sino que interactúan entre sí y se encuentran abiertas a las sucesivas necesidades que los hombres y mujeres asumen en el devenir de la historia.

La igualdad, reconocida y consagrada por el sistema de derechos humanos, exige idéntica protección de los derechos patrimoniales de ambos miembros de la pareja (matrimonial o convivencial). Este principio impone una doble restricción al legislador interno: por un lado prohíbe toda forma de discriminación tanto directa como indirecta (sea por razones de género sea por razones de orientación sexual), y por el otro, protege el derecho a la diferencia.

La autonomía personal involucra la defensa de la vida privada y la intimidad. Exige que el orden jurídico garantice a cada uno la posibilidad de diseñar y concretar su propio proyecto de vida sin injerencias arbitrarias por parte del Estado. La igualdad proclamada en los textos legales, confiere razonabilidad al ejercicio de la libertad para acordar cuestiones patrimoniales, pues presume que ambos integrantes de la pareja están en paridad de condiciones para realizar acuerdos [FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, A. ROVEDA, E.: *Régimen de*

bienes en el matrimonio. Buenos Aires (2001): La Ley, p. 12). Se observa aquí hasta qué punto el reconocimiento de la igualdad aniquila uno de los tradicionales argumentos en contra del respeto por la libertad personal: la debilidad de la mujer. Ya no se sustenta el fantasma del aprovechamiento del hombre sobre ella, aunque lo dicho no implique pensar que la mera formulación de normas haya "esfumado" completamente la discriminación de género de la vida real, que tanto ha marcado la historia de la humanidad.

Por eso, la solidaridad juega un rol protagónico y aparece como el contrapunto del sistema axiológico vigente. Más precisamente, desde la actual perspectiva constitucional, la solidaridad se redefine como "responsabilidad" con el otro, y especialmente con aquellas personas con los cuales se comparte la vida familiar. Este principio, que persigue la igualdad real, incide en el ejercicio de la autonomía a la cual limita, en tanto rescata la idea de contribución y colaboración y se proyecta en la búsqueda del bien de cada uno de los integrantes del grupo [MÉNDEZ COSTA, M.: *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Santa Fe (2006): Rubinzal Culzoni, p. 287].

Estos enunciados son las bases constitucionales que señalan las líneas fundamentales por las que transita la nueva regulación de las implicancias patrimoniales del matrimonio y de la unión convivencial en la Argentina. Según sea el tipo de organización familiar elegido, habrá mayor o menor espacio para la autonomía personal, e inversamente, más estrechos o más amplios serán los límites que el nuevo derecho impone a su ejercicio.

2. El análisis del espacio de libertad permitida por la ley argentina a cónyuges y convivientes trasciende la propia reforma del derecho familiar. En cierto sentido desborda lo jurídico, porque involucra lo cotidiano y lo doméstico, al tiempo que envuelve la concreción del proyecto de vida que se pone en marcha en cada caso.

El nuevo régimen regula de manera diferente la situación de los cónyuges y de los convivientes. Aunque entre los esposos se observa una mayor flexibilidad que en el régimen derogado, el reconocimiento de la autonomía en el matrimonio tiene sus matices y presenta todavía importantes restricciones. En cambio, la situación de las uniones convivenciales es distinta; el Código Civil y Comercial se preocupa por no invadir la esfera de su autodeterminación y respeta la autonomía personal para acordar los efectos de la unión. En consecuencia, para los convivientes, los límites a la libertad fijados por ley se encuentran mucho más acotados.

3. En relación con las parejas matrimoniales, los "permisos" que el nuevo Código concede a los esposos importan una revisión y revalorización de sus

potestades. Podría decirse que hay un renovado respeto por la capacidad de cada uno para comprender y decidir sobre aspectos centrales de su vida.

En esencia, la reforma argentina ofrece la posibilidad de acordar algunos efectos patrimoniales derivados del matrimonio mediante convenciones prematrimoniales por las cuales los futuros cónyuges optan por uno de los dos regímenes autorizados por la ley (art. 446 CC y C, o a través de convenciones matrimoniales por las que modifican el régimen elegido inicialmente, o el legal supletorio (art. 449 CC y C).

4. En relación con las uniones convivenciales, la cuestión es diferente. Su incorporación es uno de los cambios más notables del Código Civil y Comercial argentino en materia familiar. El art. 509 que comienza el título III llamado "Uniones Convivenciales" expresa: "Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo." Este articulado viene a salvar la omisión del texto derogado, que prácticamente las ignoraba como forma de organización familiar, y en muchos casos dejaba a sus miembros librados a su buena suerte, a la buena voluntad del otro, o a la discrecionalidad judicial, respuesta a todas luces inaceptable desde la visión humanista que subyace a la reforma. Debe recordarse que es doctrina consolidada de la Corte IDH que la familia protegida por la Convención no se limita a la de familia tradicional (Corte IDH Atala Riffo contra Chile, del 24/02/2012 y Fornerón contra Argentina del 27/04/2012, disponibles en www.corteidh.or.cr).

Esta nueva regulación tiene un doble sustento. Por un lado, el principio de realidad, que reconoce a las uniones convivenciales como una práctica social relevante en todos los estratos de la comunidad; por el otro, la constitucionalización del derecho familiar, que exige una respuesta equilibrada entre el respeto por la libertad de no casarse, y la necesaria presencia del orden jurídico cuando es necesario proteger a los más débiles de cada grupo familiar.

La figura legal intenta una "solución transaccional" [KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Tratado de derecho de familia*. Santa FE (2014) Rubinzal Culzoni, t 1, p. 73]. Lejos de proponer un matrimonio de segunda categoría o de imponer sus reglas y efectos a aquellos que lo rechazan porque reivindican la unión afectiva a expensas de toda formalidad, ofrece un conjunto de soluciones mínimas, respetuosas de la autonomía personal de sus miembros.

Es verdad que mientras la convivencia se desarrolla en forma armónica, se presume que sus integrantes resolverán pacíficamente los conflictos de naturaleza económica que puedan surgir; pero si esa armonía concluye y comienzan las discusiones en la pareja desavenida, no es poco frecuente que recurran a los tribunales para obtener una reivindicación de "derechos" que presumen nacidos del proyecto común. En forma francamente mayoritaria, la jurisprudencia argentina anterior a la reforma rechazaba la aplicación analógica del régimen patrimonial del matrimonio sin importar el tiempo que hubiese durado la relación (entre otros, SCBA, AyS: 1990-IV-305, CNCiv. Sala K, 18/06/09 JA 2009-IV – 46, CNCiv Sala C; 22/06/2009 "S., v. E. H", CNCiv Sala K 08-04-2010, "M., A. R. v. A., S. s/ Disolución de sociedad"; Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala III) Lomas de Zamora, (02- 03-2010), "G., J. M. C/ A., O. L. S/ Div. De Condominio"). Aquellos desarrollos jurisprudenciales, y el aporte de la doctrina y el derecho comparado, sirvieron de guía para la elaboración de un diseño normativo asentado en una serie de reglas esenciales en materia patrimonial, que denotan una clara diferencia con el matrimonio.

La ley no prevé un régimen patrimonial para los convivientes, pero los faculta – y en cierto sentido, estimula- a que pacten los efectos económicos de su unión (art. 518). Si no lo hacen, se aplican los principios e instituciones recogidas por el derecho civil, aunque en todos los casos rigen unos mínimos mandatos de orden público familiar.

En consecuencia, los pactos convivenciales son el eje del sistema. Se trata de acuerdos escritos, realizados por los convivientes para disciplinar los efectos de sus relaciones durante la vida en común, o para definir las consecuencias de la ruptura conforme a pautas o criterios definidos por ellos. Aparecen como una forma idónea para evitar futuros problemas al anticiparse al conflicto, y les permiten darse a sí mismos una respuesta más adecuada que la que probablemente puedan obtener del juez.

La ley atribuye a estos acuerdos un papel protagónico como mecanismo de autorregulación de las consecuencias económicas de las uniones convivenciales. Esta estrategia normativa fortalece las diferencias con el matrimonio, en el que la posibilidad de pactar –aunque mayor que antes- sigue estando francamente limitada (conf. art. 446 y 447 CC y C).

Otra distinción radical, es que el conviviente no tiene derechos sucesorios (a diferencia del cónyuge que no solo es heredero, sino también legitimario). Esta solución responde a la preocupación de la Comisión de Reformas por evitar equiparaciones que pudieran atentar contra la propia figura. Es de esperar que la reducción de la porción legítima prevista entre las normas del

derecho sucesorio, facilite las disposiciones testamentarias, aunque es cierto en la Argentina esta es una práctica francamente minoritaria.

5. El nuevo derecho argentino resuelve las tensiones entre la autonomía personal y la solidaridad familiar mediante una serie de límites impuestos por la ley, que no pueden ser dejados de lado por voluntad de las partes.

Por un lado, el ejercicio de las potestades de los miembros de cada pareja está condicionado por restricciones genéricas -aplicables con independencia de la naturaleza de la unión- Por el otro, hay límites específicos, dentro de los cuales se distinguen los que rigen solo para el matrimonio, y los impuestos en todos los casos, sea la unión matrimonial o convivencial.

6. Las restricciones de orden genérico son las que surgen de los principios generales del derecho, el orden público, la seguridad jurídica, la protección de las personas menores de edad, la prohibición de dañar a otros, etc.

Conforme el art. 9 CC y C, los derechos deben ser ejercidos de buena fe, al tiempo que el art. 10 CC y C prohíbe el ejercicio abusivo del derecho.

Las personas menores de edad o incapaces no pueden celebrar convenciones matrimoniales por las que acuerden el régimen aplicable, ni hacer donaciones prenupciales (art. 450 CC y C). Tampoco pueden pactar quienes, sin estar casados, convivan durante la menor edad, pues para el reconocimiento de los efectos de la unión convivencial se exige tener más de 18 años (conf. art. 510 CC y C).

7. La principal restricción específica aplicable solo al matrimonio, está dada por la limitación legal para el ejercicio de la opción. Solo se permite elegir entre el régimen de separación de bienes y el de comunidad de ganancias, ambos definidos íntegramente por la ley. En otras palabras, se ofrece un régimen "convencional" de libertad limitada, en el que los cónyuges deben sujetarse las reglas legales fijadas para uno u otro sistema.

No existe posibilidad de pactar modificaciones a lo dispuesto por la ley para cada régimen, ni de alterar la estructura interna del mismo.

Por otra parte, para el caso de silencio de los cónyuges, se prevé como supletorio el régimen comunitario. Ello responde, entre otras razones, a que este sistema de larga tradición en el país, es considerado mayoritariamente como el más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan, y el más adaptado a la realidad socioeconómica de las

familias de la Argentina en este momento (Fundamentos elaborados por la Comisión Redactora creada por decreto 191/11, integrada por Lorenzetti, R., Highton, E. y Kemelmajer de Carlucci, A.).

Por último, debe destacarse otra restricción impuesta por el sistema. Los cónyuges casados por el régimen de comunidad no pueden contratar. Esta cuestión merece algunas aclaraciones. En verdad, el texto presentado por la Comisión redactora había suprimido las prohibiciones para contratar entre cónyuges previstas en la regulación de los contratos especiales del Código derogado. No replicó las restricciones impuestas a la compraventa o a las donaciones, y las únicas disposiciones que se referían a los contratos entre cónyuges eran el art. 459 (mandato entre cónyuges) y la modificación al art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales que ahora les permite integrar entre sí sociedades de cualquier tipo. En consecuencia, en la propuesta originaria no existían limitaciones para contratar fundadas en la condición de cónyuges, sino que resultaban aplicables los principios y normas relativas a la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos. La visión constitucional del derecho familiar y el reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges aportaban fundamentos suficientes en contra de la prohibición contractual. Aunque no se había incorporado una regla expresa al estilo del art. 1321 del Código Civil español, la supresión de las prohibiciones en los contratos especiales debía entenderse como el fin de toda limitación para contratar fundada en la condición de cónyuge.

El sistema así pensado, sufrió una grave alteración durante el trámite parlamentario previo a su aprobación. En efecto, el artículo 1002 CC y C que enumera las inhabilidades especiales para contratar en interés propio, incorporó en el inc. d) la prohibición de contratar a los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad. El agregado es desafortunado y resulta difícil su interpretación sistémica.

8. Como se anticipó, también existe un conjunto de limitaciones específicas del derecho familiar, aplicables tanto a los cónyuges como a los convivientes. Es en este punto en el que la situación jurídica de ambas formas familiares se aproxima con mayor intensidad. La solución es lógica pues estas restricciones operan como el "reducto" del orden público familiar expresando una idea de asociatividad que es necesario preservar para proteger los derechos fundamentales de sus miembros, especialmente de aquellas personas más débiles del grupo [BASSET, U.: "Modificaciones al régimen económico del Matrimonio en el Proyecto", en AA.VV.: *Rev. Derecho Privado y Comunitario, 2012 – 2 Proyecto de Código Civil y Comercial*, Santa Fe (2012), Rubinzal Culzoni, p. 52].

9. La primera imposición legal aplicable a todas las formas de organización familiar, es la obligación de ambos adultos (cónyuges o convivientes), de contribuir a los gastos del hogar familiar, en proporción e sus recursos.

En el matrimonio, el deber de "cooperación" fijado entre los cónyuges (art. 431 CC y C) impone la obligación de aportar al sostenimiento del hogar común, compartiendo esfuerzos y sacrificios en consonancia con sus posibilidades concretas, cuestión que tiene una relevancia sustancial para el proyecto de vida común que está a la base de toda pareja.

El artículo 455 CC y C recoge esta obligación en forma expresa. Sigue los antecedentes del derecho comparado y consagra el principio de "proporcionalidad" para la contribución. Entre sus fuentes se enumeran, el Código de Paraguay que en el artículo 8 indica: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar y a solventar las necesidades de alimentación y educación de los hijos comunes, y de las de uniones anteriores que viviesen con ellos. Esta contribución será proporcional a sus respectivos ingresos, beneficios o rentas", el Código de Familia de El Salvador que en su artículo 38 afirma: "los gastos de familia deben ser sufragados en proporción a sus recursos económicos de los cónyuges". También se ha tenido a la vista la legislación chilena, que en su artículo 134 sostiene "El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie". La norma reconoce además los antecedentes locales anteriores a la reforma. Doctrina y jurisprudencia llegaban a la misma solución producto de una hermenéutica integradora de las normas constitucionales, con el derecho matrimonial y las reglas de la "patria potestad" (arts. 198, 265, 1300 Cód. Civil y 75 Inc. 22 CN).

Esta obligación no queda librada a la voluntad de los cónyuges; si uno no cumple, el otro puede demandarlo judicialmente para obtener la prestación. La norma tiene un alto valor pedagógico, pues además de aclarar la forma de proceder, procura asegurar la efectividad de las obligaciones que establece. El juez puede recurrir a las más amplias facultades para su concreción: disponer las medidas cautelares que estime convenientes, aplicar sanciones conminatorias de carácter pecuniario a los fines de la observancia del mandato judicial (conf. artículo 804 CC y C); ordenar medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria (artículos 550 al 553 CC y C), etc.

Otra importante novedad es que a partir de ahora, el trabajo doméstico será considerado como un aporte al sostenimiento del hogar. De este modo se reconoce que las tareas del hogar realizadas por uno de los cónyuges permiten ahorrar mayores gastos, que significarían la contratación de un

servicio sustitutivo rentado. Es una solución valiosa desde la perspectiva de género, porque si bien es cierto que en la sociedad contemporánea argentina, la redistribución de los roles familiares no permite localizar el trabajo doméstico exclusivamente en la mujer, tampoco puede negarse que generalmente es ella quien permanece más tiempo alejada del mercado laboral para cuidar a los hijos, y que las decisiones concernientes al reparto de roles durante el matrimonio la tornan particularmente vulnerable.

Todo lo explicado para los cónyuges se traslada con idéntica extensión para las uniones convivenciales.

El art. 520 CC y C consagra con carácter imperativo la obligación de ambos integrantes de colaborar en el sostenimiento del hogar en proporción a sus recursos. De este modo, aunque entre ellos puedan pautar la distribución interna de este deber recíproco (art. 514 CC y C), no están habilitados a renunciar a su cumplimiento, ni a asumir las cargas del hogar en una proporción diferente de la fijada por ley.

El deber de contribuir al hogar matrimonial o conviviencial comprende los siguientes rubros:

(a) Sostenimiento recíproco de los cónyuges y convivientes. Naturalmente, si obran en función de la comunidad de vida que importa el matrimonio o la unión convivencial, ambos miembros proveerán su sustento. Por eso durante la vida compartida "alimentos" como deber jurídico y "deber de sostenimiento recíproco" interactúan sin que sea fácil trazar un contorno nítido entre ambos.

(b) Los gastos del hogar. El concepto comprende todos los gastos requeridos para el desarrollo pleno del grupo familiar (salud, vivienda, servicios, mobiliario, conservación de los bienes, etc.), no solo los necesarios para la subsistencia, sino también los que persiguen hacer confortable la vida familiar. Por ejemplo, las erogaciones que conlleva el acondicionamiento e instalación de la vivienda, los desembolsos realizados durante las vacaciones o el tiempo libre, etc. Sin embargo, la composición y extensión de estos rubros depende en gran medida del nivel de vida de la familia.

(c) El sostenimiento de los hijos comunes o no. La obligación de contribuir incluye también todo lo necesario para satisfacer el deber alimentario derivado de la responsabilidad parental. En este sentido, el artículo 658 de CC y C establece como regla general que: "Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos", y el artículo 659 delimita el

contenido de la obligación de alimentos, que "comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio."

La obligación no solo atañe a los hijos comunes. También se extiende a los gastos que insume la crianza y educación de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o incapaces de uno u otro, siempre que integren el grupo familiar conviviente. En esta línea, el artículo 676 CC y C consagra el deber alimentario del progenitor afín (cónyuge o conviviente del progenitor que convive con el niño) respecto del hijo afín, dejando en claro el carácter subsidiario de este deber. La valiosa solución arroja luz a diferentes cuestiones relacionadas con la responsabilidad alimentaria en estos casos, que durante largos años no habían encontrado una solución clara.

Solo quedan excluidos –por razones de toda lógica, ya que se refiere a los "gastos del hogar común" – los alimentos debidos a los hijos de uno solo de los cónyuges aún menores de edad, incapaces o con capacidad restringida que no viven en el mismo hogar. La solución es correcta pues resultaría un abuso obligar al progenitor afín a una prestación alimentaria, cuando ni siquiera conoce al niño o no convive con él.

10. Otra norma indisponible es la responsabilidad solidaria por las deudas para el sostenimiento del hogar.

En el régimen argentino, cada cónyuge o conviviente responde por las obligaciones que asume con sus bienes y ninguno de ellos debe hacer frente a las deudas contraídas por el otro (conf. art. 461 y art. 518). Sin embargo, existen dos excepciones en las que la responsabilidad es solidaria: (i) cuando la obligación se contrae para satisfacer las necesidades ordinarias del hogar, y (ii) cuando se trata del sostenimiento y educación de los hijos.

Estamos ante un caso de solidaridad legal pasiva. En consecuencia, el acreedor puede exigir a cualquier codeudor (cónyuge o conviviente) el cumplimiento íntegro de la prestación. La nota que caracteriza este tipo de obligaciones anida en la estructura del vínculo jurídico, que hace surgir una suerte de frente común de deudores (art. 827 CC y C). Cada uno responde por la totalidad de la deuda como si fuera el único obligado, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren corresponderle contra el otro. Se trata de obligaciones con unidad de objeto y causa fuente.

Esta solidaridad pasiva legal tiene un doble propósito. Por un lado, protege al acreedor, quien tiene derecho a requerir el pago a uno o a ambos simultánea

o sucesivamente (art. 833 del CC y C). Por el otro, conforme a un criterio de justicia y equidad, evita hacer recaer el mayor peso económico solo sobre el que ha contratado; ambos miembros de la pareja pueden ser demandados por el cumplimiento de la obligación nacida en el sostenimiento del hogar, y ambos responden con todo su patrimonio, sin limitaciones. En razón de tratarse de obligaciones solidarias y a fin de no vulnerar el derecho de defensa, para hacerlas extensivas al que no contrajo la deuda, el acreedor debe necesariamente haber accionado en su contra.

Como la responsabilidad solidaria es de carácter excepcional, la enumeración legal de los supuestos a los que resulta aplicable es de interpretación restrictiva (sin perjuicio de la razonable flexibilidad en la comprensión de cada categoría).

El concepto de "necesidades de hogar" es siempre relativo a la realidad de cada grupo familiar; comprende todos los gastos requeridos para el pleno desarrollo de sus miembros, las erogaciones ordinarias del hogar y de los adultos y los hijos como por ejemplo, compra de comestibles, ropas para unos y otros, asistencia médica, hospitalaria, mobiliario doméstico, primas de seguros que cubren enfermedades o accidentes, salarios del personal de casa de familia, etc.

La solidaridad solo tiene lugar cuando la deuda fue contraída para responder a necesidades "ordinarias" determinadas por el nivel de vida que lleva la familia; se excluyen los gastos suntuosos o de lujo frente a los cuales solo responde aquel que ha tomado la deuda. La valoración de esta pauta debería ser realizada en forma cuidadosa para evitar que la excepción termine transformándose en regla y se desdibuje el mentado principio de separación de responsabilidades.

Ambos adultos responden también en forma solidaria por las deudas contraídas para el sostenimiento y educación de los hijos comunes y no comunes que convivan con ellos; siempre que sean menores de edad, o si son mayores, que sean personas con discapacidad o con capacidad restringida. En cambio, no se extiende a los gastos realizados para el sostenimiento del hijo de uno de que no convive con ellos.

La regla no contraría la vigencia del principio de subsidiariedad de la obligación alimentaria del padre afín (conf. art. 676 CC y C). Si quien celebró el negocio fue el progenitor con quien el hijo convive, el otro progenitor- aunque obligado alimentario- no podrá ser demandado por el tercero, pues carece de legitimación pasiva para ello. En cambio, sí podrá serlo el afín con quien vive, que será responsable solidario por esa deuda. En este caso, si el acreedor lo demanda y ejecuta, siempre tendrá la acción de repetición –no

solo frente a su cónyuge o conviviente- sino también frente al padre no conviviente.

Conforme los principios propios de la solidaridad, el que ha pagado la deuda originada en la satisfacción de las necesidades ordinarias del hogar o de la educación de los hijos, puede ejercer respecto del coobligado, la acción de regreso para obtener una contribución acorde con las posibilidades de cada uno. En el caso de las deudas comunes, la participación es proporcional a los recursos.

11. Por último, el núcleo duro e imperativo del derecho patrimonial familiar se compone de una serie de disposiciones que tienen por finalidad la protección de la vivienda asiento del matrimonio o la unión convivencial.

En realidad, en el nuevo derecho argentino existe un verdadero "sistema" tuitivo de la vivienda que va más allá del hábitat de la familia, para comprender la preocupación por la vivienda de todas las personas frente a las acciones de terceros, de alguno de los miembros del mismo grupo familiar o del propio titular del inmueble, que puedan perjudicar u obstaculizar el pleno goce del derecho reconocido (conf. arts. 244 y ss.; arts. 443, 456, 522, 526 CC y C). Este sistema de garantías cuenta con un amplio sustrato normativo en el derecho internacional, donde los estándares de reconocimiento han experimentado un considerable desarrollo en las últimas décadas.

Estas normas resultan de gran utilidad en el marco de un sistema de gestión separada de los bienes por parte de los cónyuges o convivientes como el que rige en la Argentina (arts. 469, 470, 505 CC y C). Dado que cada uno administra y dispone los bienes que son de su titularidad, es necesario imponer restricciones legales para evitar que ciertos actos del titular, afecten el goce de la vivienda en que habita el grupo familiar.

Recordemos que el régimen derogado ya contenía una restricción al poder de disposición mediante la exigencia del asentimiento conyugal para la realización de ciertos actos que podían comprometer los intereses de uno de los esposos o del grupo familiar (art. 1277 CC). En lo que aquí interesa, consagraba la indisponibilidad relativa del inmueble sede del hogar de la familia matrimonial, que no podía ser objeto de disposición o gravamen sin el asentimiento (conformidad) del cónyuge no titular, salvo que el juez lo autorice (siempre que el interés familiar no se encuentre comprometido). Para su operatividad requería que el inmueble estuviera habitado por hijos menores o incapaces. Esta norma fue objeto de cuestionamientos porque la protección quedaba a mitad de camino. Si se autorizaba la venta -en tanto el disponente no tenía obligación de adquirir otro inmueble que cumpliera el

mismo fin- podía dejar a su grupo familiar sin techo. Por otro lado, y como no se trataba de un supuesto de inejecutabilidad del inmueble, nada impedía que su titular contrajera deudas y que los acreedores ejecuten la vivienda, quedando desdibujada la protección dispensada. También se criticó la exigencia de hijos menores o incapaces que habiten el hogar, la falta de protección de los bienes muebles indispensables y la injusticia de dejar fuera de tutela a las familias fundadas en uniones no matrimoniales.

El Código Civil y Comercial argentino supera las deficiencias. En el caso del matrimonio, cualquiera sea el régimen patrimonial vigente, se aplican las disposiciones previstas en el art. 456 CC y C. En consecuencia, ampara la vivienda "ganancial" o "propia" así como la vivienda "personal" de cualquiera de los cónyuges que se encuentren casados bajo régimen de separación de bienes.

En todos los casos se impone el requisito del "asentimiento" para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables que integran en ajuar familiar. Debe aclararse que la norma prohíbe cualquier acto que implique atentar contra el pacífico goce del alojamiento de la familia, sea mediante el ejercicio de derechos reales, sea mediante el ejercicio de derechos personales (conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, Buenos Aires (1995): Hammurabi, p. 191]. Quedan comprendidas la venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o actos que impliquen desmembramiento del dominio, como también la locación, comodato, etc.

Una modificación relevante es que a partir de ahora se protege a la vivienda aunque no haya hijos menores o incapaces que habiten en ella. La solución es correcto, pues los principios constitucionales enunciados, el respecto por la dignidad y el pluralismo, imponen la protección de los derechos humanos de todas las personas, con independencia de que tengan hijos menores o incapaces.

En todos los casos, el acto realizado sin el asentimiento es nulo. La nulidad puede plantearse dentro un plazo máximo de caducidad reducido a seis meses a contar desde la fecha en que ha tenido conocimiento del acto de disposición, pero no más allá de la fecha de la extinción del régimen matrimonial.

Por último, la norma prohíbe ejecutar la vivienda por deudas posteriores a la celebración del matrimonio, siempre que no hayan sido contraídas por ambos cónyuges o por uno con la conformidad del otro. Con acierto, la fórmula empleada no habla de embargo sino de ejecución, a fin de evitar que

mediante la contracción de deudas —reales o simuladas— el propietario de la vivienda la comprometa sin intervención del otro.

La tutela se completa con la prohibición impuesta por el artículo 459 CC y C. A partir de la entrada en vigencia de la nueva ley, aunque los cónyuges pueden darse poder para representarse recíprocamente en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, no pueden otorgarse a sí mismos el asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar.

En cuanto a las uniones convivenciales, la vivienda familiar se encuentra amparada con una alcance similar, pero debe hacerse la salvedad que solo procede si la unión está registrada en los términos del art. 511 CC y C. De modo semejante que el art. 456 CC y C, el artículo 522 CC y C gravita sobre la vivienda sede del hogar convivencial y los muebles indispensables que integran en ajuar familiar. Exige la conformidad del no titular para disponer de los derechos sobre esos bienes; la omisión de este requisito autoriza el planteo de nulidad dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, cuestión que quedará sujeta a la prueba del conocimiento del acto realizado.

Tal como lo hace la norma análoga del derecho matrimonial, el último párrafo del art. 522 CC y C estipula la prohibición de ejecutar la vivienda por deudas contraídas por un conviviente a expensas del otro luego del comienzo de la unión; de este modo deja fuera de la esfera de agresión de los acreedores al hogar de la familia convivencial. La protección no opera si la deuda fue contraída por los dos, o por uno con la conformidad del otro. De este modo se pretende garantizar que ambos tengan conocimiento de los compromisos asumidos por el titular, que pueden poner en jaque la habitación familiar, con independencia de quien sea el dueño del inmueble.

12. El derecho familiar regulado en el Libro segundo del nuevo Código Civil y Comercial argentino responde a las cambiantes necesidades de las familias contemporáneas, al tiempo que materializa algunos reclamos de buena parte de la doctrina y jurisprudencia.

En este artículo he procurado sintetizar algunas de las principales reformas del derecho patrimonial familiar, y analizar cómo se resuelven las posibles tensiones entre la autonomía personal y la responsabilidad dentro de la familia.

La nueva ley argentina abandona el régimen económico del matrimonio imperativo y forzoso, que había caído en una suerte de "de

inconstitucionalidad sobreviniente" a causa de las modificaciones en las circunstancias sociales e históricas, y en las valoraciones de la comunidad. La pretensión de sostener artificialmente modelos desmentidos a diario por la realidad, tornaba en anacrónico e irrazonable aquel viejo sistema legal.

Este Código advierte que la realidad social no es uniforme ni única, sino que en ella coexisten múltiples proyectos familiares a los que el orden jurídico debe responder más que con una solución estereotipada, con una oferta normativa diversa que respete a cada uno en su especificidad.

La reforma reconoce el derecho de las personas para decidir la forma en que quieren organizar su vida familiar y los efectos económicos de sus uniones. Pero el reconocimiento de esa autonomía personal encuentra sus límites en la necesidad de evitar conductas abusivas y actitudes egoístas que ignoren las responsabilidades nacidas de un proyecto de vida común. Por eso impone ciertas restricciones, que operan a la manera de núcleo duro de orden público inderogable.

Como se ha visto, la solución difiere según el tipo de familia elegido. Se ha previsto una esfera de libertad más estrecha en el derecho matrimonial con una mayor presencia del orden público. En las uniones convivenciales, en cambio, la libertad de autorregulación es la regla. Por eso la nueva ley se limita a consagrar garantías mínimas, con el fin de evitar la afectación de los derechos fundamentales del miembro más vulnerable de la unión.

LÍMITES LEGALES A LA LIBERTAD DE PACTAR EL TIPO DE INTERÉS

LEGAL LIMITS OF CONTRACTUAL FREEDOM TO ESTABLISH INTEREST RATES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 429-448.

Fecha entrega: 12/05/2015
Fecha aceptación: 01/06/2015

Dr. Dr. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia
J.Ramon.de-Verda@uv.es

RESUMEN: El presente trabajo analiza, desde un punto de vista jurisprudencial, los límites legales a la libertad de pactar los tipos de interés en los contratos de préstamo. Se examinan los requisitos que deben concurrir en un préstamo para que pueda ser considerado usuario y se precisa cuándo los intereses moratorios son abusivos y las consecuencias de tal calificación.

PALABRAS CLAVE: préstamo, usura, cláusulas abusivas, intereses moratorios.

ABSTRACT: This paper examines according to case law the legal limits to the contractual freedom to stablish interest rates. It examines the requirements that must be presents in a usurious ion contract, the cases of unfair penalty interest and the consequences resulting of the unfair contract terms.

KEY WORDS: ion contract, usury, unfair contract terms, penalty interest.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 1.1. Los intereses remuneratorios.- 1.2. Los intereses moratorios.- 1.3. Los intereses procesales.- 2. Los préstamos usurarios.- 2.1 El interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.- 2.1.1. El término de comparación del tipo de interés.- 2.1.2. Las circunstancias del caso.- 2.1.3. La compraventa simulada con pacto de retro.- 2.2. El préstamo leonino.- 2.3. La suposición de entrega de una cantidad mayor que la recibida.- 2.4. La nulidad del préstamo usurario.- 3. Los préstamos a consumidores con intereses moratorios abusivos.- 3.1. La imposibilidad de moderación judicial de los intereses abusivos.- 3.2. La inaplicación del art. 1108 CC, como norma supletoria de la cláusula nula.- 3.3. Criterios para determinar el carácter abusivo de los intereses moratorios: el caso de los préstamos personales no garantizados con hipoteca.

1. Recientemente han aparecido una serie de normas y de fallos judiciales que han incidido sobre la cuestión de la libertad de pactos de los intereses generados por los préstamos, a los que no son ajenos la situación de crisis económica que se viene viviendo.

El objeto del presente trabajo es clarificar al alcance del principio de autonomía contractual en la determinación de la cuantía de los tipos de interés, con el fin de determinar los campos de aplicación de los límites imperativos proyectados sobre dicho principio, que pueden parecer un tanto confusos al estar contenidos en diversas normas, cuyo respectivo campo de aplicación hay que delimitar; me refiero básicamente a la vieja Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908 y al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDU).

Con carácter previo, parece oportuno recordar que los intereses pueden ser remuneratorios, moratorios y procesales.

1.1. Los intereses remuneratorios tienen carácter retributivo, siendo el "precio" del dinero que una persona presta a otra. Sólo se deben si han sido pactados, pues el art. 1755 CC configura el simple préstamo como un contrato naturalmente gratuito. Además, dicho pacto deberá respetar las previsiones de la Ley de 23 de julio de 1908, con el fin de no ser calificado como usurario, en los términos que posteriormente expondré.

1.2. Los intereses moratorios, como observa la STS 5 noviembre 2003 (Tol 324929), tienen "una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional consistente en una cantidad de dinero".

Este tipo de intereses tratan, pues, de compensar el perjuicio que experimenta el acreedor, por no poder disponer de la suma de dinero, desde el mismo momento en que le debía haber sido entregada, privándole de la facultad de usarla o invertirla (el prestamista la cantidad correspondiente a los intereses remuneratorios del capital prestado, o el vendedor el precio del bien entregado). La cuantía de estos intereses se corresponde, según prevé el art. 1108 CC, con el interés legal (que en la actualidad es del 4%), a no ser que se hubiera pactado otra superior, para el supuesto de impago de la suma debida, teniendo como límite lo dispuesto en el art. 82 TRLGDCU, lo que quiere decir que no podrán ser abusivos.

Hay que recordar que la situación de mora no surge automáticamente, sino que, como regla general, requiere la previa reclamación del acreedor, por lo que, si ésta se realiza judicialmente, se originará desde el momento de la interposición de la demanda, en la que se pida el pago de lo debido, momento, a partir del cual, se devengarán, pues, los intereses moratorios. La STS 16 noviembre 2007 (Tol 1221232) precisa que, a efectos de que surjan los intereses moratorios, basta con que en la demanda se solicite el pago de "los intereses correspondientes", sin aludir, específicamente, a esta clase de intereses, por lo que no puede entenderse que esa mención genérica, haya de entenderse referida, exclusivamente, a los intereses procesales del art. 576.I LEC.

En la práctica se plantea frecuentemente el problema de que el demandante reclame una cantidad de dinero, pero, en cambio, se le conceda otra inferior. Tradicionalmente, la jurisprudencia entendía que, en tal caso, la reclamación judicial no determinaba el pago de intereses moratorios, por no saberse, exactamente, la concreta cuantía debida hasta la fecha de la sentencia de condena. Véase en este sentido SSTS 15 febrero 1982 (RAJ 1982, 689), 30 noviembre 1982 (RAJ 1982, 6940), 21 junio 1985 (Tol 1736073).

Sin embargo, en la actualidad se admite que los intereses moratorios puedan generarse a partir de la interposición de la demanda (aunque sólo, evidentemente, respecto de la cantidad que se determine en la sentencia), como explican las SSTS 12 junio 2009 (Tol 1547676) y 6 noviembre 2009 (Tol 1649737), "en búsqueda de la más completa satisfacción del acreedor", cuando, según precisan las SSTS 30 noviembre 2005 (Tol 781277), 20 diciembre 2005 (Tol 795334), 31 mayo 2006 (Tol 952809) y 6 abril 2009 (Tol 1490808), la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se

le reclama hubiera sido razonable y no exista una diferencia "desproporcionada entre lo pedido y lo concedido". Véase en este sentido STS 8 octubre 2010 (Tol 1981623). La STS 7 noviembre 2006 (Tol 1009780) afirma, así, que basta con que "la existencia de la deuda fuera indiscutible y el principal pudiera determinarse mediante una simple operación aritmética".

Por lo tanto, según explica STS 22 julio 2008 (Tol 1353296), "sólo una considerable distancia entre lo postulado y lo concedido, según esta nueva orientación, ha de llevar a no reconocer el derecho al cobro de los intereses legales moratorios". Ahora bien, como observa la STS 8 marzo 2010 (Tol 1808713), la interposición de la demanda no genera los intereses moratorios, cuando no se reclama "una cantidad de dinero, sino el reconocimiento de un derecho a percibir una indemnización que se cuantificaría posteriormente".

Es ilustrativo el caso resuelto por la STS 6 abril 2009 (Tol 1490808), en el que un trabajador pedía una indemnización de 86.405.775 ptas., por haber quedado contagiado de brucelosis, al manipular, en su centro de trabajo, un envase que contenía una vacuna contra esta enfermedad del ganado ovino y caprino. En primera instancia se fijó la cuantía de la indemnización en 30.000.000 ptas., reduciéndose en segunda instancia a la cantidad de 90.151,82 euros. El Tribunal Supremo, revocando la sentencia recurrida, consideró improcedente imponer el pago de los intereses moratorios desde el momento de la interposición de la demanda, por entender razonable la oposición de la empresa a pagar el "elevado montante indemnizatorio reclamado", al haber argumentado, con apoyo en pruebas periciales, que la enfermedad no tenía carácter crónico, ni incapacitaba al demandante para el desarrollo de su actividad laboral.

1.3. Los intereses procesales (o de demora procesal) son los establecidos con la finalidad de fomentar el cumplimiento, por parte del deudor, de las sentencias de condena al pago de una suma de dinero, disuadiéndole de presentar recursos con el simple objetivo de retardar la ejecución del fallo condenatorio.

La STC 206/1993, de 22 junio, se refiere a esta clase de intereses como "medidas de fomento de la ejecución de Sentencias con un signo negativo y un contenido económico, que han sido utilizadas por el legislador más de una vez, como habrá ocasión de comprobar, con el fin de poner coto a la masificación de asuntos en los órganos judiciales por un uso abusivo del proceso, desviándolo de su fin institucional, para prolongar situaciones cuya ilicitud se ha comprobado ya judicialmente, con el correlativo beneficio económico del deudor moroso y el simétrico empobrecimiento del acreedor

que ha ganado el pleito. Se trataría, pues, de desalentar el abuso del derecho a la tutela judicial".

Están previstos en el art. 576.1 LEC, el cual dispone que "desde que se dicte en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida, devengará, en favor del acreedor, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición de la ley".

Los intereses procesales y los moratorios se diferencian, además de por su distinta finalidad, por lo siguiente:

En primer lugar, los intereses moratorios, como regla general (sin perjuicio, pues, de los supuestos de mora automática previstos en el art. 1110 CC), se deben desde el momento de la reclamación del acreedor, la cual podrá realizarse de forma judicial (interposición de una demanda) o extrajudicial (por ejemplo, a través de un requerimiento notarial). Por el contrario, los intereses procesales se deben desde la fecha en que se dicta la sentencia de condena (al pago de una cantidad de dinero perfectamente determinada), en primera instancia, momento en que absorberán o sustituirán a los moratorios. Véase en este sentido SSTS 22 abril 1982 (Tol 1739009) y 17 marzo 1987 (Tol 1739336).

En segundo lugar, el pago de los intereses moratorios ha de ser pedido por el acreedor en la demanda, lo cual no es necesario respecto de los procesales, que se generan "desde que se concreta la cuantía de lo debido y sin que se precise petición expresa, al generarse por mandato de la Ley". Por lo tanto, la sentencia de condena ha de incluir un pronunciamiento sobre los intereses procesales, aunque el demandante no hubiera solicitado su pago. Véanse en este sentido SSTS 29 febrero 1992 (Tol 1661528), 20 junio 1994 (Tol 1665324), 18 noviembre 1996 (Tol 1659187) y 21 marzo 2002 (Tol 161949).

En tercer lugar, en defecto de pacto sobre la cuantía de los intereses, la de los procesales es mayor que la de los moratorios, ya que, en los primeros, el interés legal del dinero (que es el propio de los segundos) se incrementa en dos puntos. No obstante, reiterada jurisprudencia afirma que, en el caso de mora del asegurador, los intereses procesales del art. 576.I LEC quedan subsumidos en los intereses moratorios del art. 20 LCS, en la medida en que son más elevados. Véase, así, SSTS 30 diciembre 1999 (Tol 52503), 13 junio 2007 (Tol 1106782), 16 abril 2009 (Tol 1499150), y 22 diciembre 2010 (Tol 2081304).

2. La libertad de pactar la cuantía de los intereses remuneratorios está limitada por la Ley de 23 de julio de 1908, la cual, en su art. 1, declara nulo el préstamo usurario, estableciendo tres supuestos en los que el contrato tiene dicho carácter.

Es cuestión discutida si se trata de supuestos distintos o de una mera expresión de parámetros que deben apreciarse conjuntamente, como sostiene la más reciente jurisprudencia, expresada, por ejemplo, en STS 2 diciembre 2014 (RJ 2014, 6872). Yo me inclino por la primera de las soluciones, por razones prácticas (facilidad probatoria); y ello, sin perjuicio de reconocer que, en no pocos casos, una misma hipótesis pueda incardinarse en varios de dichos supuestos.

2.1. En primer lugar, el precepto se refiere al préstamo en el que "se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso".

2.1.1. En este supuesto, como explican las SSTS 29 septiembre 1992 (Tol 1660889) y 30 junio 1998 (Tol 72794), el carácter usurario del préstamo depende de la desproporción del interés pactado en relación con el normal del dinero en el momento de la celebración del contrato. La STS 2 octubre 2001 (Tol 66078) precisa que "la comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso", estimando que el interés remuneratorio del 17% que se había pactado "no era notablemente superior al normal del dinero en la época del contrato".

La STS 18 junio 2012 (Tol 2652597) consideró que no era usurario un interés nominal anual del 20,5%, justificando tan elevada cuantía en el nivel de endeudamiento del prestatario, que conllevaba un alto riesgo de impago; y ello, a pesar de haber constituido como garantía un derecho real de hipoteca.

La SAP Cádiz (Sección 8ª) 29 mayo 2013 (recurso núm. 240/2012) tampoco consideró usuario un interés del 22,42% anual en un préstamo personal concedido en 2006, cuando el interés legal del dinero era de un 4%. Dice, así, que no se ha probado que "el interés pactado en el contrato, sea notablemente superior al normal o usual en la época de suscripción del contrato y desproporcionado a los precios medios de los productos financieros similares habituales del mercado, por lo que cabe concluir que el riesgo asumido justifica el tipo aplicable respecto del señalado como normal en el momento de concertarse, en la medida que se impone como ajustada contrapartida al período de aplazamiento en el pago en mensualidades, y sin

garantía alguna para la entidad financiera todo lo cual impide acoger este motivo de impugnación".

Por el contrario, la SAP Barcelona 30 mayo 2013 (AC 2013, 1486) sí consideró usuario un tipo de interés remuneratorio del 24%, por ser superior a más del doble del interés medio de los préstamos personales en el momento de la celebración del contrato (año 2008), que era del 10,48%. También la SAP Navarra (Sección 3ª) 21 marzo 2013 (recurso núm. 282/2012) consideró un préstamo con interés de 24,30%, superior al triple del interés previsto para las operaciones de crédito al consumo de la anualidad correspondiente y que "superaba casi en cinco veces los demás tipos del mercado, con lo que hay que concluir que el tipo aplicado por la demandante a la operación concertada con la demandada apelante era notablemente superior al normal en la fecha en la que se realizó la operación". En el mismo sentido se orientó la SAP Pontevedra 30 diciembre 2013 (JUR 2014, 22865), respecto de un interés mensual del 1,9%, correspondiente a un tipo de interés nominal anual del 22,8% (TAE 25,34%), que afirma que "por usurario debe tenerse el interés remuneratorio que rebasa en más de cinco veces el interés legal; y añade que "no basta con decir que se ha firmado libre y voluntariamente si no justifica la razón por la que se fijó, en el caso de la demandada, un interés desproporcionado, cuando a la época de celebración del contrato la demandada no era insolvente" (contaba con un trabajo fijo en empresa dedicada a actividades de limpieza.

Como se ha visto, si bien existe una consolidada jurisprudencia, según la cual el término de comparación es el interés normal (de mercado) al tiempo de celebrarse el contrato, y no el legal vigente en ese momento, lo cierto es que no suele ser inusual que, a mayor abundamiento, se haga referencia a este último tipo para justificar el carácter desproporcionado del interés remuneratorio pactado.

La SAP Tarragona 16 abril 2013 (AC 2013, 1442) va más allá, al afirmar que "para determinar si un préstamo es usurario se deberá tomar como referencia el interés del dinero al que el préstamo fue concedido, pudiéndose considerar que tal interés es usurario cuando sea muy superior a aquél [al interés legal]". En el caso juzgado –observa la sentencia- el interés pactado fue del 20,84% anual (TAE 22,95%), siendo el interés legal para el año 2007 del 5% Estamos, por tanto, delante de un interés que cuadriplica el legal, lo que hace que se deba calificar de usurario".

La SAP Albacete 1 marzo 2013 (JUR 2013, 139452) afirma que quien sostiene el carácter usurario de un préstamo debe probar el tipo de interés remuneratorio habitual en operaciones de financiación semejantes en el momento de concertarlo, para poder comparar dicho tipo de interés con el

pactado. Dice, así, que, en el caso enjuiciado, "carecemos de datos para efectuar el juicio comparativo, pues no se ha probado cuál era, en la fecha en que se celebró el contrato, el tipo habitual en operaciones del tipo de la que nos ocupa, por lo que, al faltar uno de los elementos necesarios, no podemos afirmar que la desproporción sea de grado tal que permita calificar el interés como usurario.

2.1.2. Entre las "circunstancias del caso", a las que se refiere el art. 1 de la Ley, deberá, sin duda, tenerse en cuenta si el préstamo es mercantil, pues nada impide que un comerciante, que no se encuentre en situación de necesidad, tome dinero a préstamo a un interés muy elevado, si con ello pretende realizar una operación comercial en la que prevé alcanzar grandes beneficios, por lo que la jurisprudencia se muestra más flexible al valorar el carácter usurario de este tipo de préstamos. Véase a este respecto STS 17 diciembre 1984 (Tol 1737363) y SAP Valencia 8 febrero 2006 (Tol 892485).

Además, habrá que ponderar el plazo de devolución del capital, esto es, si es excesivamente breve y, a su vencimiento, se prevé el pago de intereses moratorios excesivos.

En este sentido se orienta la STS 22 febrero 2013 (RJ 2013, 1609), que afirmó el carácter usuario de un préstamo con un interés remuneratorio semestral del 10% (notablemente superior al normal del dinero), cuyo plazo de vencimiento es un semestre, pasado el cual, en caso de impago, comenzaría el devengo de un interés moratorio del 22%. Afirma, así, que "un préstamo, cuyo vencimiento es a los seis meses, con un interés remuneratorio de 10% semestral (20% anual) cuyo semestre es el plazo de cumplimiento y si no devuelve el capital en este breve plazo, comienza el interés moratorio del 22%, esta Sala lo considera, como ha dicho el Tribunal 'a quo', 'notablemente superior al normal del dinero', no sólo teniendo en cuenta, como orientativo, el interés legal en aquel tiempo (5,50%), sino las 'circunstancias del caso' (urgencia, intermediación) que lo hacen 'manifiestamente' desproporcionado".

La SAP Madrid 27 marzo 2013 (JUR 2013, 209955) estimó usurario un préstamo, entre particulares, en el que "se establece para un plazo menor de cuatro meses un interés remuneratorio cercano al 20% anual en atención a la cantidad que se consigna como prestada en el contrato cuando en realidad el desplazamiento patrimonial fue menor, y en atención a los intereses de demora que se establecen en un 20% y que se pretenden aplicar con la reclamación de la demanda incurriendo en anatocismo, sin que tal cálculo de intereses se encuentre amparado por pacto alguno entre los litigantes".

2.1.3. Frecuentemente, el préstamo usurario se encubrirá a través de un contrato aparentemente distinto, por ejemplo, una compraventa ficticia con pacto de retro, en el que se hace figurar, como precio (ficticio), el importe de la cantidad prestada y de los intereses pactados, los cuales deberá pagar el "vendedor" (prestatario) al "comprador" (prestamista), si no quiere perder la propiedad del bien.

La STS 7 febrero 1989 (Tol 1732252) consideró, así, ser un préstamo encubierto la compra con pacto de retro, en la cual los prestamistas ("vendedores") se obligan a pagar 5.223.000 ptas., en el plazo de dos años, para poder "recuperar" la propiedad del bien, contando que la cantidad que el prestamista ("comprador") les había entregado era de 2.900.000 ptas., pactándose, además, la posibilidad de una prórroga por 6 meses, previo pago de 650.000 ptas. El Supremo consideró que un interés del 28% era "una cifra exagerada" y suponía un "interés superior al normal del dinero".

La STS 1 marzo 2013 (RJ 2013, 2280) confirmó la sentencia recurrida, la cual había afirmado el carácter simulado de una dación en pago con pacto de retro, que encubría un préstamo, cuyo interés era del 20% anual y con un exiguo plazo de vencimiento de tres meses; quien figuraba como acreedor era, en realidad, un prestamista que había levantado un embargo existente sobre una finca de la prestataria. Consideró, así, que se estaba ante un caso de usura, no sólo por el tipo de interés pactado, "sino también por las circunstancias en que la prestataria veía la subasta inmediata de la finca y la imposibilidad de obtener un préstamo bancario y aceptó el interés consignado porque no podía negarlo y ni siquiera discutirlo".

Hay que señalar que la Ley prevé, en su art. 9, un mecanismo para evitar el fraude de ley, consistente en equiparar al préstamo usurario "toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido".

En este sentido la STS 21 febrero 2003 (Tol 253616) declaró como operación equivalente al préstamo usurario una venta de chalet hipotecado a bajo precio, casi coincidente con el gravamen, seguida de un arrendamiento del chalet a los vendedores por quince años y elevada renta de pago trienal más una opción de compra penalizada si se ejercitaba antes de los quince años.

2.2. El contrato que se estipule "en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

Por lo tanto, aquí se tiene en cuenta, además de las condiciones del contrato, la situación de necesidad o debilidad de la persona del prestatario, que le lleva a aceptar un préstamo en condiciones desventajosas, entre las que puede estar la del pago de un interés elevado o circunstancias especialmente desventajosas.

La STS 29 septiembre 1992 (Tol 1660889) consideró usurario el préstamo con un interés del 18%, que en 1976, fecha de la conclusión del contrato, era superior al normal del dinero, encontrándose los prestatarios en situación angustiosa, como consecuencia de tener que pagar una serie de préstamos en cascada, situación de la que era conocedor el prestamista, "por sus relaciones personales y profesionales con los directores de las entidades que en ellos habían intervenido". El Tribunal se refiere, así, a "la concesión de unos préstamos para cancelar otros, aumentos de los tipos de interés, constitución de hipotecas, venta de fincas, concesión de poderes irrevocables para enajenar y utilización de los mismos", para concluir, "con criterios objetivos que la normalidad de las gentes vería afectadas sus facultades de decisión en situaciones semejantes".

Así mismo, recuérdese que la STS 1 marzo 2013 (RJ 2013, 2280) calificó como usurario el préstamo, "no sólo por el interés […] todo con la devolución del capital en el breve plazo de tres meses, sino también por las circunstancias en que la prestataria veía la subasta inmediata de la finca y la imposibilidad de obtener un préstamo bancario y aceptó el interés consignado porque no podía negarlo y ni siquiera discutirlo".

La SAP Zaragoza 17 enero 2003 (JUR 2003, 44860) consideró usurario el préstamo con interés remuneratorio del 20%, muy por encima del usual en el mercado, que, junto con las comisiones pactadas, suponía un TAE del 32% anual, aprovechándose el prestamista de la angustiosa situación económica del prestatario, que había entrado en contacto con él, en su calidad de asesor financiero, con el fin de obtener financiación para recuperar la vivienda de sus padres, que había sido subastada.

La STS 2 diciembre 2014 (RJ 2014, 6872) calificó como usuario un préstamo en el que se había pactado un interés remuneratorio del 4%, partiendo de una "valoración conjunta y sistematizada" del contrato. Tuvo, así, en cuenta las siguientes circunstancias: "a) la notable desproporción del interés de demora establecido (30%), reconocido expresamente por la sentencia recurrida. b) la constitución de una garantía hipotecaria muy superior a la cantidad garantizada. c) El cobro anticipado de los intereses ordinarios por todo el período antes de su respectivo vencimiento. 6 d) El exiguo margen del plazo de devolución del préstamo, 6 meses, reconocido expresamente por la

sentencia recurrida. e) La situación de angustia de la prestataria, circunstancia también reconocida expresamente por la sentencia recurrida". "Circunstancias -añade- a las que cabe sumar la promesa realizada, e incumplida, de obtención de un crédito bancario a largo plazo para la prestataria que aliviara la difícil situación económica que determinó la formalización del citado préstamo privado".

2.3. El contrato "en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias", sin exigirse ningún otro requisito, relativo a la cuantía de los interés implícitamente pactados o a la situación de necesidad del prestatario.

La STS 24 abril 1991 (Tol 1726984) explica que estamos ante un supuesto de "carácter objetivo", que entraña una presunción "iuris et de iure" de usura. Las SSTS 12 marzo 1958 (RAJ 1958, 1428), 23 septiembre 1958 (RAJ 1958, 2832) y 15 febrero 1964 (RAJ 1964, 1032), afirman igualmente que "el hecho de que figure en el contrato mayor cantidad que la verdaderamente entregada es una operación fraudulenta que acredita por sí sola el dolo, hasta excusar la presencia de cualquier otro elemento cuantitativo o circunstancial". La STS 14 junio 1984 (Tol 1737567) consideró nulo el contrato en el que la cantidad que se decía recibida era de 16.400.000 ptas., en vez de los 10.239.500 ptas. entregados; y la STS 7 abril 1997 (Tol 215823) hizo lo propio en un caso de un préstamo de 5.000.000 ptas., respecto del cual se había hecho un reconocimiento de deuda de 10.000.000 ptas.

No obstante, en la práctica este tercer supuesto concurrirá con alguno de los otros dos.

Así, la STS 30 diciembre 1987 (Tol 1738136) declaró nulo el préstamo, en el que el prestatario había declarado haber recibido 12.217.366 ptas., a pesar de que la cantidad entregada había sido de 8.206.053 ptas. El Tribunal constató que el interés resultante era del 22,65%, "unido a las circunstancias angustiosas del actor, ejecutado por los demandados por letras anteriores, e imposibilitado de pagar todas sus deudas generadas por la puesta en regadío de sus tierras, al no haber recibido todavía el préstamo del IRYDA, con el que contaba para hacerlo".

La STS 24 abril 1991 (Tol 1726984) conoció de un supuesto en que en documento privado el prestatario se obligaba a devolver al prestamista la cantidad de 4.200.000 ptas., como consecuencia de haber recibido dicha cantidad en concepto de préstamo sin interés. Sin embargo, el Tribunal llegó a la conclusión de que la cantidad efectivamente entregada había sido de

3.000.000 ptas., la cual figuraba en un justificante de abono en la cuenta del prestatario, efectuado por orden del prestamista.

Hay que tener en cuenta que el art. 2 de la Ley de Represión de la Usura quedó derogado por la LEC de 2000 (disposición derogatoria única, 2.4º), junto con otros preceptos de carácter procesal (arts. 8, 12 y 13). Concretamente, fue sustituido por el art. 319.3 LEC, a tenor del cual "En materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo" (sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos).
La SAP Valencia 9 marzo 2010 (JUR 2010, 208273) explica que en los préstamos usuarios "suele ocultarse por los prestamistas que el interés es desproporcionado utilizando el ardid de consignar en el documento que se entrega mayor cantidad que la realmente recibida por el prestatario apara aparentar que el interés que se fija en el mismo no es desproporcionado", de modo que de acuerdo con el art. 319.3 LEC, en relación con el art. 217.6 LEC, "que establece que el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes litigantes, debe estimarse que es la parte prestamista la que tiene a su disposición acreditar que entregó esa cantidad que refiere cuando, como en el presente caso ocurre, es el prestatario el que niega haber recibido la total suma que se dice entregada".

En el mismo sentido se orienta la más reciente SAP Valencia 24 mayo 2013 (JUR 2013, 323789), según la cual "La duda acerca de la cantidad verdaderamente entregada ha de perjudicar a la prestamista demandada, a quien incumbía la carga de la prueba, en virtud de las modernas orientaciones que, como matización a las reglas clásicas en esta materia, consideran que es necesario distribuirla atendiendo, más que a una serie de principios teóricos o a la posición que cada uno ocupa en el proceso, a criterios prácticos y, en concreto, atendiendo a la proximidad real a las fuentes de prueba, valorando las posibilidades probatorias concretas de las partes y desplazando la carga de una a otra según criterios de mayor facilidad o disponibilidad". En este caso, en la escritura de préstamo se decía haberse concedido por importe de 210.100 euros y que se ha recibido en ese mismo acto un cheque bancario de 150.000 euros y el resto en efectivo, y el apoderado que suscribió el préstamo afirmaba que, en realidad, sólo recibió 160.000 euros, si bien en la demanda su madre y hermanos dijeron que había recibido 180.000 euros. Observa que "No se explica el motivo por el cual sólo se haya documentado e incorporado en la escritura la entrega de 150.000 euros que es la única cantidad que acredita la demandada haber entregado [al apoderado de los prestatarios], y para justificar la entrega del resto del dinero, es insuficiente la acreditación de haber efectuado un reintegro de 60.000 euros tres días antes de otorgarse la escritura pues también existen reintegros en fechas

posteriores, también de cantidades importantes (46.000 y 23.000 euros el día 14 de agosto de 2.008), de manera que si el prestamista quiso documentar la entrega del dinero objeto del préstamo así como el contrato mismo, a través de la escritura, no se comprende el motivo de no documentar la total entrega de la cantidad que dijo haber sido objeto del contrato de préstamo, ni la entregó tampoco delante del Notario para que diera fe de la efectiva entrega de la suma en metálico". En conclusión, entiende "que en el contrato se hizo constar la entrega de una cantidad de dinero superior a la realmente prestada y como además las condiciones del contrato son leoninas, pues el plazo de devolución es de seis meses mediante un pago único del principal y los intereses (230.000 euros) cuyo impago devengaba a favor del prestamista unos intereses del 27% anual (…) no cabe duda de que se trata de un préstamo usurario".

2.4. El préstamo usurario es nulo, por lo que, a tenor del art. 3 de la Ley, "el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado". Por lo tanto, la sanción civil consiste en la pérdida, por parte del prestamista, del derecho a cobrar los intereses pactados o la restitución de los percibidos.

Siendo nulo el préstamo, como observa la STS 12 julio 2001 (Tol 230686), no puede convalidarse. En consecuencia, la STS 30 diciembre 1987 (Tol 1738136) negó validez a la novación del contrato, en virtud de la cual el hijo del prestatario había asumido la obligación de su padre de pagar el préstamo usurario. Así mismo, la STS 28 octubre 2004 (Tol 514234) afirma que la nulidad del préstamo afecta tanto al prestamista originario como al cesionario del crédito usurario.

Es dudosa la suerte de las garantías del préstamo declarado usurario. En principio, cabría pensar que, siendo aquéllas accesorias de éste, se verían afectadas por la declaración de nulidad, tal y como sostiene la STS 2 diciembre 2014 (RJ 2014, 6872). Sin embargo, la STS 6 marzo 1961 (RAJ 1961, 937) entiende que debe subsistir la fianza, aunque limitándose la misma al importe del capital pendiente de restitución, siguiendo la misma posición las SSTS 14 junio 1984 (Tol 1737567) y 8 noviembre 1991 (Tol 1728097), respecto de la hipoteca. Véase, sin embargo, en sentido contrario STS 20 junio 2001 (Tol 115301).

3. Aunque ha sido una cuestión discutida, la jurisprudencia actual, claramente expresada por la STS 18 junio 2012 (Tol 2652597) o la STS 2 diciembre 2014

(RJ 2014, 6872), considera que la Ley de 23 de julio de 1908 no es aplicable a los intereses abusivos, tesis ésta, que comparto, pues, en caso contrario, se podría llegar a declarar nulo un préstamo con intereses de demora elevados, aunque los remuneratorios fueran perfectamente razonables (recuérdese que el efecto de la calificación de unos intereses como usuarios es la nulidad del entero contrato de préstamo).

Ahora bien, en los casos en que el prestamista sea un consumidor, por aplicación del art. 82.1 TRLGDCU, son abusivos los intereses moratorios desproporcionados, debiendo considerarse como nulas y no puestas las cláusulas que los establezcan (art. 83 TRLGDU), habiendo sido frecuente que los Tribunales, aplicando el antiguo art. 83.2 TRLGDCU (derogado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo), moderaran la cuantía de los intereses moratorios abusivos.

Esto es lo que, por ejemplo, hizo la STS 23 septiembre 2010 (Tol 1994640), que declaró abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario, en la que se había pactado un interés de demora del 29%, aminorando el tipo mediante la aplicación de un interés anual equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero.

3.1. Sin embargo, esta práctica jurisprudencial no puede mantenerse, tras haber entendido la jurisprudencia comunitaria que, si el juez nacional constata la existencia de una cláusula abusiva, no es posible que modifique el contenido de la misma, sino que debe limitarse "a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

Tal es la doctrina que sienta la STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, asunto c-618/10 (TJCE 2012, 143), que resolvió una cuestión prejudicial sobre la interpretación, entre otros preceptos, del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, entendiendo con apoyo en dicho precepto que "los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible".

Añade el TJUE que, de admitir la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, se correría el riesgo de poner en peligro el objetivo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, consistente en el cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y

consumidores. Ello es así porque, según explica el TJUE, "la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores […], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales".

Esta jurisprudencia ha sido tenida en cuenta en la reciente modificación del TRLGDCU, que ha suprimido el número 2º del art. 83.2, cuyo tenor era el siguiente: "La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".

En consecuencia, la anterior práctica jurisprudencial ha quedado privada de cobertura legal, por lo que el juez únicamente debe limitarse a declarar el carácter abusivo de la cláusula que imponga unos intereses moratorios desproporcionados, sin que esté facultado para integrar el contrato, moderando la cuantía de éstos. De ahí que sea totalmente inadecuada la solución contraria seguida por la SSAP Albacete 1 marzo 2013 (JUR 2013, 139452) y Alicante 15 enero 2014 (JUR 2014, 103462). Son, en cambio, correctos los fallos de las SSAP Córdoba 22 enero 2013 (JUR 2013, 246597), Cádiz 29 mayo 2013 (AC 2013, 1994), Barcelona 27 junio 2013 (JUR 2013, 341659) y Barcelona 12 septiembre 2013 (JUR 2013, 355137), que, simplemente, consideran como no puesta la cláusula en la que se han pactado intereses moratorios abusivos.

En este sentido se ha orientado, como no podía ser menos, la reciente STS (Pleno) 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360), que rechaza la posibilidad de moderación judicial de los intereses moratorios abusivos, decantándose por la supresión de los mismos, manteniéndose la validez del resto del contrato, esto es, subsistiendo, "simplemente", la obligación de pago de los intereses remuneratorios pactados. Observa, así, que "La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Éste se seguirá devengando porque

persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por éste de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad".

3.2. Pudiera pensarse que la nulidad de la cláusula no impediría la aplicación del art. 1108 CC, de manera que el deudor moroso viniera obligado a pagar el interés legal, posibilidad sugerida (aunque no aplicada) por la SAP Barcelona 21 junio 2013 (AC 2014, 742). Se trataría, en definitiva, de aplicar la norma dispositiva que el legislador ha establecido para el supuesto de inexistencia de pacto de las partes sobre la cuantía de los intereses moratorios, supuesto éste, al que se asemeja, al menos, en parte, la hipótesis en que se declara nula la cláusula abusiva.

Sin embargo, lo cierto es que esta posibilidad ha sido claramente excluida por la STS (Pleno) 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360), la cual se muestra contraría, no sólo a la integración del contrato mediante la moderación judicial de los intereses, sino también a la aplicación supletoria del art. 1108 CC. Dice, así, que "en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar 'reducción conservadora de la validez'), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada".

La razón de esta exclusión es clara: con ella se trata de disuadir a los prestamistas de imponer intereses moratorios abusivos, pues, de hacerlo, perderían la posibilidad de reclamar cualquier tipo de cantidad en concepto de intereses de demora.

3.3. En la actualidad, se está produciendo una tendencia a determinar legalmente una cuantía máxima para los intereses moratorios, más allá de los cuales, éstos serían abusivos, lo que parece absolutamente deseable desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues han de establecerse parámetros claros en la materia, dado que, como se ha dicho, la declaración de abusividad de los intereses moratorios significará que los deudores morosos

no tendrán que soportar ninguna penalización (más del abono, en su caso, de los intereses procesales), como consecuencia de sus retrasos en los pagos (ni siquiera el abono de los intereses legales).

Así, el art. 20.5 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, establece que "En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero".

El nuevo art. 114.3 LH (redactado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social) dispone que "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero [que, desde abril de 2009, hasta la actualidad está fijado en un 4º] y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago". La misma Ley 1/2013 ha establecido cauces procesales para que el carácter abusivo de las cláusulas pueda ser apreciado por el juez de oficio (art. 552.1 LEC) e invocado por el deudor en el juicio ejecutivo, tanto ordinario, como hipotecario (arts. 557.1.7ª y 695.1.4ª LEC).

Además, diversas Juntas de Jueces están acordando, con carácter orientativo, que ese tope máximo, de tres veces el interés legal del dinero, establecido por el precepto, opere respecto a todo tipo de préstamos, personales o hipotecarios. El Acuerdo de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia de 23 abril de 2013, acordó, así, que "En el caso de préstamos personales o garantizados con hipoteca, se consideraran nulas, con carácter general y valorando siempre las circunstancias del caso concreto, las cláusulas que establezcan un interés moratorio superior al triplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato"; y, así mismo, que "el juez no podrá moderar la cláusula nula". En el mismo sentido se manifiesta, por ejemplo, SAP Cádiz 29 mayo 2013 (AC 2013, 1994), que consideró abusivo un interés del demora del 24%.

No es éste, sin embargo, el único criterio seguido por la jurisprudencia. Así, la SAP Barcelona (Sección 13ª) 24 enero 2014 (JUR 2014, 52984) expone que "esta Sala adopta el criterio de que se consideran abusivos, los intereses de demora que excedan en más de 5 veces el interés legal del dinero (para el 2007, el 5% anual) o 3 veces el remuneratorio, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración así como todas las demás cláusulas del contrato". En el mismo sentido, se orienta la posterior SAP Barcelona 9 julio 2014 (JUR 2014, 237808), que, en

consecuencia, entendió que no eran abusivos se fijaron los intereses de demora del 17,28% anual, cuando, para el año 2008, el interés legal del dinero estaba fijado en el 5,50 %, por lo que no excedían de cinco veces el interés legal del dinero, ni de tres veces el interés remuneratorio, fijado en el contrato de préstamo personal en el 0,99 % mensual, o 11'88% anual".

Recientemente, la STS (Pleno) 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360), con apoyo en el art. 576 LEC, ha sentado la doctrina de que es "abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal". Expone que "el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio", que, además, "no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe". "En consecuencia, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es claramente abusivo porque consistía en la adición de diez puntos porcentuales al interés remuneratorio, hasta alcanzar el 21,8%".

VIAS DE RECLAMACIÓN TRAS LA OPV DE BANKIA

COMPLAINT PROCEDURES AFTER BANKIA'S IPO

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 449-460.

Fecha entrega: 12/05/2015
Fecha aceptación: 01/06/2015

JOSÉ IBÁÑEZ ROSELLÓ
Abogado
jibanezrosello@gmail.com

RESUMEN: Swaps, clausulas suelo, preferentes… y ahora acciones. En los últimos años la litigiosidad en materia financiera ha experimentado un incremento notable en España. Se ha producido una verdadera avalancha de demandas contra las desaparecidas cajas de ahorros y los bancos –los de "toda la vida" y los de nueva creación, que aparecieron fruto de la reordenación de nuestro sistema financiero en el año 2010–. En este artículo vamos a estudiar un punto de candente actualidad: el error en el consentimiento de los adquirentes en la suscripción de acciones de la mercantil Bankia S.A. en su salida a bolsa.

PALABRAS CLAVE: Bankia, error, anulabilidad.

ABSTRACT: Swaps, floor clauses, preferred shares ... and now stocks. In recent years, litigation in financial matters has suffered a remarkable increase in Spain. There has been a flood of demands against Saving and Retail Banks -the "life-long banks" and new ones, which were the result of the restructuring of our financial system in 2010-. In this paper we will focus on a highly topical issue: the error on the consent of acquirers in the subscription of shares in the company Bankia SA in its IPO.

KEY WORDS: Bankia, error, nullity.

SUMARIO: 1. Antecedentes.- 2. Procesos judiciales de Bankia.- 3. La acción de anulabilidad por defecto en el consentimiento.- 4. El error.- 5.- La vía mercantil.- 6. Daños y perjuicios. -7. Conclusión.

1. El Banco Financiero y de Ahorros (BFA), se constituye el 3 de diciembre de 2010, resultado de la fusión de siete cajas de ahorro españolas: Caja Madrid, Bancaja, Caja Canarias, Caja Laietana, Caja Rioja, Caja Ávila y Caja Segovia.

Fruto del Acuerdo de Basilea II, los bancos deben disponer de una reserva de capital para poder dar respuesta a necesidades contingentes. El recién creado BFA no disponía de dicha reserva de capital, y en este contexto sus directivos estiman que la mejor opción para cumplir con el objetivo de capitalizar la compañía es salir a bolsa. Fijado el objetivo de "desembarcar en el parqué", desde BFA vieron que contaban con activos no convenientes, conocidos como "activos tóxicos"; entre ellos destacan las participaciones preferentes o el excesivo peso del sector inmobiliario en balance. Y es en esta situación cuando surge Bankia S.A.

Se crea esta mercantil como un nuevo banco, quedando todos los activos que no convenía mostrar en el balance del BFA, para poder conseguir así la capitalización necesaria mediante creación de esta filial, Bankia, la que a la postre se convertiría en la protagonista del mayor rescate financiero sufrido en nuestro país.

Bankia comienza a operar en España el 1 de enero del año 2011. Para poder ser admitida a negociación en los mercados, debía observar las obligaciones que impone la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como la legislación contable, y buscando presentar a los potenciales inversores la imagen y el estado de la entidad, se confeccionaron los Estados Financieros Intermedios Resumidos Consolidados correspondientes al período que comprende desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2011 y el Informe de Gestión, junto con el Informe de Auditoria. Finalmente, y tras protagonizar una de las mayores Ofertas Públicas de Venta (OPV) de nuestro país, en la que la entidad captó más de 3.300 millones de Euros, el 55% del capital de Bankia salió a bolsa el 20 de julio del año 2011 con un precio por acción de 3,75€.

Menos de un año después, el 25 de mayo de 2012, y tras la dimisión el día 7 del mismo mes del que fue el primer presidente de la entidad D. Rodrigo

Rato, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) suspendió la cotización de las acciones de Bankia a petición de la propia entidad.

A lo largo de ese día, la entidad acordó pedir una inyección adicional de 19.000 millones de euros que se debían de sumar a los 4.465 ya solicitados, lo que como ya se ha señalado, supone el mayor rescate financiero a una entidad privada en nuestro país.

Tres días más tarde la entidad anunciaba que reformulaba las cuentas del año 2011 –las mismas con las que había salido a bolsa– en las que figuraban unos beneficios de 300 millones de euros, a partir de ese momento el resultado de las mismas reflejaba unas pérdidas por valor de 3.318 millones de euros. Como resulta evidente, en este contexto el valor de las acciones de la mercantil se desploma, haciéndose necesario realizar un *contrasplit* o reagrupación.

En junio de 2012, algunos partidos políticos, como Unión Progreso y Democracia o Izquierda Unida, así como plataformas ciudadanas, presentan querellas por diversos delitos contra la entidad y sus administradores.

En diciembre del año 2014 peritos y expertos del Banco de España que examinan la salida a bolsa de la entidad presentan sendos informes en los que se concluye que la mercantil falseó sus balances para lograr la captación de accionistas y afirman que Deloitte S.L., encargada de auditar sus cuentas, debió necesariamente haber reparado en estas sustanciales irregularidades contables, que alcanzaban diferencias de más de 3.300 millones de euros.

2. Son dos las vías que tienen los particulares para recobrar el dinero que invirtieron en Bankia S.A. y éstas van a ser el objeto principal de reflexión en el presente artículo; no obstante, conviene también señalar que, como ya se ha apuntado en los antecedentes, la mercantil también tiene una tercera causa pendiente ante los tribunales, la vía penal.

En la causa penal, en contra de lo que solicitaba la fiscalía, el juez de la Audiencia Nacional introdujo la comercialización de las participaciones preferentes, lo que unido a la causa que se seguía por la OPV de Bankia suman un total de seis posibles delitos: delito de estafa (art. 248 CP), estafa de inversiones (art. 282 bis CP), delito de apropiación indebida (art. 252 del CP), delito de publicidad engañosa (art. 282 CP), delito de administración fraudulenta o desleal (art. 295 CP) y delito de maquinación para alterar el precio de las cosas (art. 284 CP).

Pero no es éste el objetivo del presente estudio, ya que pretendemos realizar un análisis de la suscripción de acciones de Bankia desde un punto de vista puramente privado del derecho; para ello comenzaremos analizando la actuación desde la óptica civil y terminaremos estudiando la vía mercantil.

3. Como es sabido, el Código Civil español, en su artículo 1261, establece que para poder considerar que existe contrato es necesario que se den tres factores: consentimiento, objeto y causa.

En la Oferta Pública de Venta de acciones realizada por Bankia, no parece plantearse ningún problema acerca del objeto pues –siguiendo lo que establece el CC– pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres. ¿Qué duda cabe que las acciones no constituyen *res extra comercium*, si, probablemente, no haya producto en el mundo con el que más se comercie a diario?

En cuanto a la causa conviene pronunciarse en los mismos términos. No cabe duda, que en los contratos de suscripción de acciones, existe justa causa: usted, adquirente de acciones, suscribe participaciones en el capital de una determinada Sociedad Anónima –en este caso Bankia–, pasando a convertirse en un propietario más de la entidad y reconociéndosele una serie de derechos económicos (generalmente participación en dividendos) y políticos (participación en junta y derecho de voto, entre otros), a cambio de ello –y asemejándolo a lo que consideraríamos la contraprestación onerosa de la operación– usted cede una determinada suma a la mercantil, capitalizando ésta (si es primera oferta de venta, OPV) o compra la participación directamente a otro propietario (negociación en mercados secundarios). A efectos de este análisis nos interesa el primer supuesto, Oferta Pública de Venta, también conocida como Oferta Pública de Suscripción (OPS).

Pero ¿y el consentimiento?, ¿presenta algún problema? No cabe duda que sí. Y es esta la principal vía por la que se introducen la mayoría de las reclamaciones que se presentan ante la compañía, sea ante autoridad judicial o bien solicitud extrajudicial. Un dato que sirve para ilustrar la transcendencia del asunto, es el de la cifra de reclamaciones: a fecha marzo de 2015, la mercantil financiera acumulaba un total de 5.245.

Como es sabido el CC recoge, en su artículo 1265, los llamados vicios del consentimiento, que son cuatro: error, violencia, intimidación y dolo. La sanción que da nuestro ordenamiento para el consentimiento prestado mediando alguno de esos vicios es la de nulidad.

De los cuatro, ni la violencia ni la intimidación parecen aplicables a la O.P.V. de Bankia. Cuestión discutida es la del dolo, pues, como veremos a

continuación, no es nada descabellado considerar que medió dolo por parte de Bankia en la captación de inversores para estos productos; no obstante, como también veremos, el error es tan evidente que los tribunales no consideran necesario entrar a pronunciarse sobre el dolo y es por este motivo que la mayoría de demandas contra la mercantil solo solicitan esta apreciación de manera subsidiaria. Centremos, pues, nuestro enfoque en el estudio del error, que es la vía para declarar la anulabilidad de los contratos celebrados en la OPV de Bankia.

4. El error, como señalan doctrina y jurisprudencia, consiste en una falsa representación mental de la realidad, que puede recaer sobre la persona del otro contratante o sus cualidades, o sobre el objeto del contrato o las cualidades de éste.

Obviamente, en el caso de la comercialización de acciones de Bankia el error recae sobre el objeto del contrato, la adquisición de la acción de Bankia, debido a una información que genera error sobre la realidad de la persona del otro contratante.

No obstante, no todo error es causa de invalidez del consentimiento sino que debe cumplir dos requisitos, tal y como dispone el art. 1266 CC, este error debe ser: esencial y excusable.

En primer lugar, la esencialidad significa que el error ha de recaer sobre una realidad de tal importancia que, de haber sabido exactamente como era esa circunstancia, el contratante que sufrió el error no hubiera celebrado el contrato, citando el 1266 CC, el error "deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo."

En este caso concreto de suscripción de acciones, los tribunales reconocen la existencia de este requisito en la información consignada en el folleto de emisión.

Siguiendo la normativa mercantil española toda oferta pública de venta de acciones (OPV) debe de ir acompañada de un folleto informativo, en el cual se recoge toda la información fundamental de la operación, así como información sobre la entidad (resultados, márgenes, previsiones…).

Pues bien, en nuestro caso, la información consignada en los folletos, al igual que los balances con los que la mercantil salió a bolsa, no era real, en aspectos tan fundamentales como son los resultados de una compañía. Datos que, sin duda, sirven de base al inversor para decidir acerca de la contratación

o no de un paquete de acciones, pues la decisión no es otra que decidir si entras a ser propietario de una compañía que tiene unos beneficios –según folleto– de 300 millones de euros (con la consiguiente expectativa de dividendos) o si entras a ser propietario de una compañía que arroja unas perdidas –según datos reales– de más de 3.000 millones.

En cualquier caso, y lejos de entrar en el juego de las cantidades, la jurisprudencia señala que NO existe veracidad en datos fundamentales (ganancias, perdidas) del folleto de salida de Bankia a bolsa; ver, en este sentido SAP de Valencia (Sección 9ª) de 29 de diciembre de 2014, rec. nº 751/2014, STJPI Oviedo (número 2) de siete de enero de 2015, rec. nº 664/2014 o SAP de Ávila (Sección 1ª) de 09 de Febrero de 2015, rec. nº 19/2015, entre otras.

Llegados a este punto conviene recalcar que el error se centra en la información ofrecida por la mercantil en el folleto, no en la información que se ofrece por la entidad acerca del producto que se va a contratar. Es importante destacar este punto, pues puede existir cierta confusión con las participaciones preferentes.

En la comercialización de las preferentes, el error sí que debía mostrarse sobre la naturaleza del propio producto, ya que el consumidor estaba convencido que adquiría productos líquidos y seguros, no siendo ésta la realidad de estos activos financieros.

Pero como se indica *supra*, esta no es la realidad de las acciones, pues, como señala acertadamente el Juzgado de Primera Instancia Número 16 de Valencia, en sentencia de 24 de junio de 2014, nos encontramos ante un producto financiero no complejo que se encuentra negociado en un mercado regulado con un funcionamiento y riesgos propios sobradamente conocidos. De hecho este es uno de los argumentos que utiliza la mercantil en su defensa; pero no es este el objeto del debate, reiteramos que este es el objeto de controversia en otros productos financieros (participaciones preferentes, clausulas suelo…) pero no en las acciones pues dicha argumentación es utilizada por el juez para desestimar la demanda contra Bankia, pero olvida que el vicio en el consentimiento por error se produce por la falta de veracidad en la información que se presta por la entidad para que se decida acerca de esa primera suscripción (por tanto no es un debate sobre la naturaleza del objeto, sino sobre características del propio objeto), y así se lo recuerda la APV (sección 9ª) en sentencia de 29 de diciembre de 2014, en la que añade que dicha argumentación del juez de primera instancia se podría valorar para una compra posterior (en mercado secundario), pero nunca para una OPV (primera adquisición de acciones), en la que la información

fundamental se consigna en el folleto; por lo que estima el recurso y anula la sentencia de primera instancia.

Por otra parte, en lo que respecta al carácter excusable, es un requisito exigido por la jurisprudencia con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica. Se considera que un error es excusable cuando quien lo padece ha obrado de manera diligente al celebrar el contrato, pero, aun así, ha incurrido en un error (por lo tanto, se entenderá inexcusable cuando quien lo padece no ha empleado una diligencia media para evitar el error).

Llegados a este punto, conviene señalar que en este caso es muy sencillo probar la excusabilidad del error, a diferencia de lo que sucede con otros productos financieros controvertidos como son las preferentes, pues la información de la que disponían los consumidores era inveraz, estaba alterada, por muchos conocimientos financieros que tuviesen no podían concluir que su adquisición no era acertada, máxime cuando las cuentas habían sido auditadas por una de las más respetables empresas en su sector (Deloitte).

Los consumidores no podían hacer nada para evitar su error, fue la propia financiera la que un año después corrigió sus cuentas comunicando que debían arrojar unas pérdidas de 3.318 millones (véase el punto 1 antecedentes). En este caso no es necesario examinar las circunstancias personales del engañado, ni su edad, ni su nivel de instrucción, no se puede exigir niveles de diligencia diferentes. No cabe duda de que hay error y que este debe de calificarse de excusable, pues ha sido causado por un comportamiento incorrecto de la otra parte contratante por haber afirmado algo que es falso.

A modo de resumen vamos a ver como concurren todos y cada uno de los requisitos para apreciar el error como vicio en el contrato de suscripción de las acciones:

1º) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales.

2º) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con

claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multi-milmillonarias.

3º) Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

4º) El requisito de excusabilidad es patente: la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor.

Y como es lógico y procede en derecho, a consecuencia de la apreciación de error, tan palpable, como vicio del consentimiento, procede declarar la anulabilidad del contrato con base en el art. 1300 CC, declarándose la devolución de las prestaciones, debiendo devolver los consumidores las acciones suscritas y, a cambio, recuperar la inversión realizada más los intereses legales del capital cedido a la mercantil durante estos cuatro años, téngase en cuenta que finalmente la mercantil salió a bolsa el día 19/07/2011, fecha en la que se perfecciona el contrato.

5. En los últimos meses hemos sido protagonistas de una de las mayores campañas publicitarias de un bufete de abogados que se recuerdan en este país: anuncios en prensa, revistas, autobuses e incluso campañas en televisión… todos con un mismo protagonista. Este despacho de abogados se ha convertido en el principal defensor de la vía mercantil para recuperar la inversión.

Es sencilla la argumentación: se centran en la regulación sobre el mercado primario de valores que establece el título III de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Así el art. 26 de dicha ley establece entre los requisitos para admitir valores a negociación en un mercado secundario que la OPV se realice acompañada con folleto. A renglón seguido el art. 27 regula el folleto estableciendo su contenido en un extenso precepto que tras lectura detallada del mismo se desprende que la voluntad del legislador es garantizar que la información contenida en el folleto es veraz y transmite la situación real de la compañía, a fin de que el consumidor pueda decidir libremente a cerca de la inversión que va a acometer. Y por último el art. 28 establece el régimen de responsabilidad del folleto; señalando que la misma debe recaer, al menos, sobre el emisor, en este caso Bankia. Señala además este precepto en el punto tercero que "la

acción para exigir la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de la falsedad o de las omisiones en relación al contenido del folleto".

Y es este último un punto muy importante a tener en cuenta en nuestro caso, pues es el 25 de mayo de 2012 cuando Bankia reconoce los errores en las cuentas con las que efectuó su salida a Bolsa (véase punto uno antecedentes), y, en consecuencia, la acción para exigir responsabilidad por la vía mercantil prescribirá el 25 de mayo del año 2015.

No sucede lo mismo en el caso de ejercer la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, ya que, en este caso, como indica el art. 1301 CC el plazo es de cuatro años desde la consumación del contrato que, aunque como siempre es discutible, parece lógico fijar esta fecha en el 19/07/2011, día en que finalmente Bankia debutó "en el parqué" y se pudo consumar la adquisición de las acciones, pues hasta esa fecha y durante la duración de la OPV podemos considerar que jurídicamente hay un ofrecimiento y un acuerdo pero que no ha podido llegar a consumarse. Es por ello que se puede considerar la prescripción de la acción en el día 19/07/2015.

6. Conviene destacar que no solo los accionistas que concurrieron a la OPV de Bankia y conservan las acciones en la actualidad están en posición de poder acudir a los tribunales para reclamar la anulabilidad del contrato de adquisición; sino que están facultados todos los sujetos –tanto personas físicas como jurídicas–, que adquirieron acciones en dicha oferta publica aun suponiendo que ya no dispongan físicamente de dichas participaciones, pues como es normal en el tráfico de este tipo de productos, viendo los descensos generalizados en los precios, muchos de estos accionistas decidieron vender sus participaciones en la mercantil soportando, fruto de esa enajenación, una pérdida patrimonial considerable.

Pues bien, en contra de lo que pretende la mercantil, dicha venta no supone una aceptación tácita de la situación jurídica de falta de información, ni un aspecto que indique que el inversor adquirió esos títulos con una naturaleza puramente especulativa no importándole cual es la realidad económica de la compañía, ni tampoco supone ningún óbice para la reclamación civil, pues como el resto de inversores, estos sujetos prestaron su consentimiento mediando error, como consecuencia del mismo vendieron las acciones obteniendo pérdidas, de modo que pueden reclamar como daños y perjuicios la diferencia unitaria en el precio por acción entre el precio al que adquirieron cada participación y al que finalmente transmitieron. Existe ya alguna sentencia que recoge esta posibilidad, vid en este sentido: STJPI Oviedo (número 2) de siete de enero de 2015, rec. nº 664/2014.

7. Como hemos visto existen muchas posibilidades para recuperar la inversión financiera que los accionistas de Bankia realizaron al suscribir participaciones de la mercantil en la OPV de 2011: el error como vicio en el consentimiento, la vía mercantil por responsabilidad en el folleto o la indemnización por daños y perjuicios, son los principales caminos que deben llevar a todos los inversores a recuperar el dinero invertido.

No es un asunto que pueda considerarse como controvertido desde el punto de vista doctrinal, y tampoco en los tribunales se aprecian discrepancias.

Es cierto que encontramos algunas sentencias de primera instancia que fallan a favor de Bankia, si bien son las menos, y conviene señalar que son las primeras en el tiempo en las que se mezclaba la ratio de los tribunales con la argumentación de las participaciones preferentes. Lo que –como hemos comentado en este trabajo– es un error, y así ha quedado sentado en el criterio que han venido fijando las Audiencias provinciales que se han pronunciado ya en la materia, todas fallan a favor de los accionistas y a fecha de hoy es difícil, por no decir imposible, encontrar alguna sentencia que no considere la información facilitada en el folleto como inveraz –es ya un hecho notorio– y en consecuencia, y como procede en derecho, otorgue la razón al inversor. En cualquier caso, en unos meses veremos cómo termina el proceso penal.

EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL

EFFECTS OF INSOLVENCY PROCCEDING ON ENFORCEMENT OF SECURITY RIGHTS OR FORECLOSURE AFTER RECENT CHANGES IN SPANISH INSOLVENCY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 461-470.

Fecha entrega: 30/06/2014
Fecha aceptación: 01/07/2015

Dra. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
Profª Titular de Derecho civil. Acreditada a Catedrática
Universidad de Valencia
Adela.Serra@uv.es

RESUMEN: El acreedor con garantía real goza, en el seno del concurso, de un privilegio especial, además de ostentar el derecho a iniciar o continuar su ejecución, siempre que no afecte a un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. Aun tratándose de tales bienes la paralización o suspensión de las ejecuciones tiene como límite temporal el de un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la liquidación o la aprobación del convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho. Las medidas introducidas por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, tramitado posteriormente como Ley 9/2015, de 25 de mayo, han modificado sustancialmente el tratamiento del acreedor con garantía real dentro del concurso, en tanto que, ahora, aun en contra de su voluntad podrá verse afectado por el convenio aprobado en junta de acreedores, además de limitar el privilegio especial al valor razonable de la respectiva garantía, calculado según los criterios introducidos por el Real Decreto 4/2014 para los acuerdos de refinanciación.

PALABRAS CLAVE: Ley concursal, hipoteca, prenda, acreedores garantizados, ejecuciones de garantías, continuidad de la actividad empresarial.

ABSTRACT: The creditor with a secured loan (mortgage or pledge) has, into insolvency proceedings, a special privilege, and, also, the right to initiate or continue proceedings which do not affect goods necessary for business continuity. However, recent changes in Spanish Insolvency Law introduced by the Royal Decree-Law 11/2014 of 5 September, and after, by the Law 9/2015 of 25 May, have substantially modified the legal status concerning a secured creditor into an insolvency proceeding.

KEY WORDS: Bankruptcy Law, insolvency proceedings, foreclosure, mortgage, pledge, secured creditor, reorganization and organizational efficiency.

SUMARIO: 1. Garantías reales y créditos privilegiados. 2. La suspensión y paralización de las ejecuciones de las garantías reales tras la declaración del concurso. 3. El inicio o la reanudación de la ejecución de las garantías reales. 4. La limitación del privilegio al valor razonable de la garantía.

1. Ante la insuficiencia patrimonial del deudor (art. 1911 CC), el Código civil parte de la regla de la igualdad de trato de los acreedores -*par conditio creditorum*- en la satisfacción de sus créditos, de manera que deberán todos en la misma proporción ver sacrificados sus derechos. No obstante, el propio Código civil reconoce, como excepción, a ciertos créditos la condición de privilegiados, permitiendo a su titular la facultad de cobrar con preferencia a los demás [v. arts. 1922.2º, 1923.3º y 1926 CC].

La constitución de garantías reales para asegurar la efectividad de un derecho de crédito confiere a su titular un refuerzo de su posición, tanto al permitirle, ante su insatisfacción promover el procedimiento de realización de valor legalmente previsto (*ius distrahendi*) como al otorgarle un privilegio (aunque no absoluto, en tanto que existen otros acreedores privilegiados) para el cobro con lo contenido en dicha realización forzosa. Sin embargo, cuando el deudor ha sido declarado en concurso de acreedores estas reglas sufren alguna alteración en la Ley Concursal, que se han hecho más relevantes con las últimas modificaciones, mediante el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, tramitado posteriormente como Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

El presente trabajo pretende analizar cómo han afectado las recientes reformas en materia concursal al régimen de la ejecución de las garantías reales en el seno del concurso de acreedores.

2. Como regla general, declarado el concurso no pueden iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, quedando en suspenso las que se estuvieran tramitando (art. 55.1 y 2 LC). Sin embargo, el propio precepto exceptúa de este régimen "lo establecido en esta ley para los *acreedores con garantía real*" (art. 55.4 LC), lo que parece coherente con el carácter privilegiado de estos titulares de derechos de crédito.

Sin embargo, en aras a lo que a lo largo del articulado se denomina "interés del concurso" prevé el art. 56 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ya en su versión originaria, una medida de indudable repercusión: la paralización y la

suspensión de las ejecuciones de las garantías reales sobre bienes "afectos" a la actividad profesional o empresarial del deudor hasta que se apruebe un convenio que no haya de afectar a los acreedores garantizados o transcurra un año desde la declaración del concurso, sin que se haya producido la apertura de la liquidación. Durante este plazo los acreedores con garantía real se verán sometidos al "interés del concurso", sacrificando el suyo propio, y sólo después de acaecer cualquiera de las dos situaciones previstas podrán proseguir la ejecución individual de sus derechos [GONZÁLEZ BILBAO, E.: "Identificación de los «intereses concurrentes» y del «interés del concurso» en la nueva Ley concursal", *RDBB* (2004), núm. 94, abril-junio 2004, pp. 173-182].

Expresivas de esta idea son las palabras recogidas en la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 cuando, al justificar el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, declara: "[…] pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los *intereses del deudor y de la masa pasiva*". Este efecto de paralización temporal de las ejecuciones se considera, para los titulares de derechos reales, "justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia". Con esta medida se pretende, de manera mediata, proteger el valor de la masa activa —al impedir que se sustraigan bienes, que suelen ser los de mayor valor, mediante su ejecución—, permitiendo la continuidad de la actividad empresarial —los bienes no afectos pueden ser ejecutados— o su posible enajenación global o unitaria, para lograr una mejor satisfacción de los acreedores.

La reforma introducida en el art. 56 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, reforzó esta idea, al suprimir como excepción a la suspensión de la ejecución hipotecaria el supuesto en que ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta del bien o derecho "afecto". Ahora, incluso para el caso de que estuvieran publicados los anuncios de la subasta, la ejecución del crédito hipotecario o pignoraticio se suspenderá desde que la declaración del concurso conste en el procedimiento. Esta suspensión, no obstante, es temporal, pudiendo alzarse y continuar el procedimiento cuando se incorpore a éste "testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

En la misma idea ahondan las sucesivas modificaciones introducidas en la Ley Concursal. Así, el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de

deuda empresarial, permite, a través de la modificación del art. 5 bis LC, que la presentación de la *comunicación del inicio de negociaciones* para alcanzar determinados acuerdos de refinanciación pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto, las ejecuciones judiciales de bienes o derechos que "resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

En la práctica, los problemas se han centrado en determinar si un bien estaba o no afecto a la actividad empresarial o profesional del concursado y, en consecuencia, si podía iniciarse o continuar la ejecución separada o, por el contrario, deberá esperarse el plazo del art. 56.1 LC. Algunas resoluciones optaban por la llamada "tesis funcional" requiriendo una conexión entre los bienes, el objeto social de la empresa y la continuidad de la actividad profesional o empresarial [entre otras, Auto JMerc. Pontevedra 31 de mayo de 2010 (AC 2010, 1422), Auto de la AP Barcelona de 17 de abril de 2009 (JUR 2009, 230318); Auto de la AP Alicante de 7 de mayo de 2009 (AC 2009, 2062)], frente a las que atendían a un criterio contable, a si el bien formaba parte del inmovilizado de la concursada y, por tanto, estaba vinculado a su proceso productivo de manera estable o si, por el contrario, formaba parte de su circulante.

Tras el Real Decreto-ley 4/2014 se suprime la expresión "bien afecto" y se sustituye por la de bienes "necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial", limitando con ello la suspensión de la ejecución de bienes garantizados a los que se consideran imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial, sin ser suficientes que se integren en ella [YÁÑEZ EVANGELISTA, J.: "El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante", *Actualidad Jurídica "Uría Menéndez"* (2014), núm. 38, octubre-diciembre 2014, pp. 31 ss.; CABANAS TREJO, R.: "La garantía real en el preconcurso de acreedores", *Diario La Ley*, núm. 8317 (2014), La Ley 2818/2014, p. 2; SÁNCHEZ RUS, H. Y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 de la Ley Concursal", en AA.VV.: *Comentario de la Ley Concursal* (dir. PÉREZ LLORCA). Madrid (2015): Civitas, BIB 2015/9050); en contra, CARRASCO PERERA, Á.: "Ejecución de garantías reales. Impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía tras la reforma concursal del Real Decreto Ley 4/2014", *Anuario de Derecho concursal* (2014), núm. 32, pp. 66 ss.]. No serían necesarios para la actividad empresarial o profesional los bienes que constituyen inversiones realizadas por la concursada, como la adquisición de unos valores que fueron pignorados [Auto JMerc. Pontevedra 31 de mayo de 2010 (AC 2010, 1422)] o la vivienda habitual del empresario persona física, donde no desarrolla ninguna actividad vinculada. En cambio, tratándose de empresas dedicadas a la de promoción y construcción inmobiliaria sí se consideran que las viviendas, aun no terminadas,

constituyen bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial [Auto de la AP Barcelona de 17 de abril de 2009 (JUR 2009, 230318)].
En suma, cuando se trate de un bien o derecho necesario para la continuación de la actividad empresarial no podrá iniciarse la ejecución de la garantía real constituida sobre el mismo y se suspenderán las ya iniciadas.

3. Como hemos apuntado, la paralización del inicio de las ejecuciones de las garantías reales es temporal, pudiendo iniciarse si se aprueba un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho del acreedor con garantía real o si transcurre un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

En relación con la primera hipótesis —convenio cuyo contenido no afecte al acreedor con garantía real— el Real Decreto-ley 11/2014 ha operado una importante modificación que podría afectar al derecho de ejecución separada que, en principio, incumbe a estos acreedores.

En efecto, antes del Real Decreto-ley 11/2014 un acreedor privilegiado sólo quedaba vinculado por el contenido del convenio si había votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión se hubiese computado como voto favorable; o incluso si se adherían al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez antes de la declaración judicial de cumplimiento (art. 134.2 LC). Sólo en tales casos, que requiere consentimiento del acreedor privilegiado, podía vincularse, afectando con ello a su derecho a ejecutar separadamente su garantía real. El Real Decreto-ley 11/2014 introdujo un nuevo apartado 3 al art. 134 LC, confirmado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, permitiendo que, concurriendo determinadas mayorías, el acreedor con privilegio especial (garantía real) quede afectado por un convenio aun cuando no vote a favor ni lo firme ni se adhiera a la propuesta. Se trata, como declara el Preámbulo de la propia Ley 9/2015, de una previsión novedosa que permite el arrastre de determinados créditos con privilegio especial, incluso en la parte cubierta por el valor de garantía. Para que esto suceda se prevé la concurrencia de unas mayorías cualificadas (60% o 75%, dependiendo del contenido del acuerdo) que se computan para cada clase de acreedores, según la definición del art. 94.2 LC. A su vez, este precepto distingue cuatro clases de acreedores privilegiados: los de derecho laboral, los acreedores públicos, los financieros y, por último, el resto.

De manera clara, se produce un sacrificio de los acreedores con garantía real a favor de los restantes ordinarios que acuerdan determinado convenio, que puede llegar afectar a su derecho de ejecución separada, y que se intenta paliar, de alguna manera, exigiendo dichas mayorías reforzadas para cada una de las clases de acreedores privilegiados, lo que, a juicio del Preámbulo de la

Ley 9/2015, determinará la imposibilidad de concertaciones de unos acreedores para perjudicar los de otra clase.

Pues bien, si el contenido del convenio contiene quitas iguales o superiores a la mitad del importe del crédito o esperas, de principal, intereses u otras cantidades, no superiores a cinco años, se requerirá una mayoría del 60% de cada clase de acreedores privilegiados [art. 124.1 a) LC]; cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero no superior a diez, o quitas superiores a la mita del importe del crédito, la mayoría requerida será del 75% de los acreedores de la misma clase [art. 124.1 b) LC]. Adoptándose dichos acuerdos por las mayorías cualificadas requeridas también el acreedor privilegiado que votó en contra (en minoría) o disidente quedará afectado por el contenido del convenio, y habrá que estar a lo allí previsto sobre su derecho a ejecutar separadamente, pero sólo si la ejecución afecta a algún bien que se considere imprescindible para la viabilidad de la empresa durante el cumplimiento del convenio.

Las modificaciones introducidas en la LC tienden a facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, pero a costa de sacrificar en alguna medida el interés de los acreedores privilegiados.

Lo mismo sucede con la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento, lo que podrá tener lugar por ponerlo de manifiesto la parte ejecutada, el acreedor ejecutante, la administración judicial o por recibir el juez de primera instancia que conozca de la ejecución algún oficio del juez del concurso. La regla general será la suspensión de la ejecución hipotecaria desde que conste en este proceso la declaración del concurso, mientras no exista declaración expresa del juez del concurso de que el bien no es necesario para la actividad empresarial o profesional; declaración que se producirá normalmente a instancia del juez que conozca de la ejecución que remitirá oficio al juez del concurso para que se pronuncie al efecto o del propio ejecutante al que interese que prosiga la ejecución, que se personará en el proceso concursal solicitando que se declare judicialmente la innecesariedad del bien para la continuación de la actividad empresarial o profesional [JUAN GÓMEZ, M. C.: "La competencia judicial en los casos de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado", *Revista Aranzadi Doctrinal* (2012), núm. 6, BIB 2012/2851, p. 7].

Según el art. 56.2 LC, en la redacción tras la Ley 38/2011, "*[s]ólo se alzará la suspensión* y se *ordenará que continúe* cuando se incorpore al procedimiento de ejecución testimonio de la *resolución del juez del concurso* que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional". Ahora bien, de una interpretación sistemática del

art. 56 LC — y no únicamente literal, al emplear el adverbio "Sólo" su primer apartado— cabe concluir que los límites temporales o materiales de la paralización (del inicio) de las ejecuciones hipotecarias rigen también en caso de la suspensión de las ya iniciadas. Por ello, aun cuando no exista declaración del juez del concurso sobre el carácter de necesario o no del bien objeto de la garantía real si ha transcurrido un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación o se haya aprobado un convenio cuyo contenido no afecte al acreedor titular de la garantía real deberá alzarse la suspensión y continuar la ejecución.

Controvertida es también la determinación del órgano judicial competente para continuar la ejecución hipotecaria en caso de cese de la suspensión. Así, para el caso de que el juez del concurso haya declarado expresamente que el bien objeto de garantía, cuya ejecución se suspendió, no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado hay resoluciones judiciales han considerado que será el juez que conocía de la ejecución hipotecaria. En tal sentido, el Auto AP Valencia de 26 de enero de 2015 (JUR 2015, 102956)]. En contra, la doctrina sostiene que los arts. 86 ter 1.3º LOPJ y 8.3º LC, así como el art. 57.1 LC fundamentan que las ejecuciones que se reanuden deberán tramitarse "separadamente", pero ante el juez del concurso [YÁÑEZ EVANGELISTA, J.: "El acreedor real", cit., p. 37; CARRASCO PERERA, Á.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. Madrid (2004): Thomson Civitas, p. 119]. Es lo que algún autor ha denominado ejecución intraconcursal, como modalidad de ejecución separada dentro del procedimiento concursal [GARRIDO GARCÍA, J. Mª: "Comentario al artículo 155 de la Ley Concursal", en AA.VV.: *Comentario de la Ley Concursal* (dir. PÉREZ LLORCA). Madrid (2015) Civitas, BIB 2015/1342, p. 4]. La dicción del vigente art. 57.1 LC no deja lugar a dudas. Según éste, si se reanudan las ejecuciones será competente el juez del concurso, "quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodándose las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". Así, la SAP Sevilla 17 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 104014), que considera que lo procedente, al haber transcurrido un año desde la declaración del concurso sin abrirse la liquidación, es que la ejecución suspendida por la declaración del concurso, "al ser necesaria la finca para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada", prosiga por separado, pero ante el juez del concurso, aplicando el art. 57.1 LC.

4. La limitación del privilegio al valor razonable de la garantía. En el Preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se declara que el propósito de esta Ley es extender las premisas

sobre las que se asienta la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, al propio convenio concursal, introduciendo para ello unas relevantes modificaciones del régimen de las garantías sobre las que recae el privilegio especial.

Con el mismo objetivo se introducen previsiones análogas a las de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, en la redacción que le dió la Ley 17/2014, relativas a las valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial, modificando los arts. 90 y 94 de la Ley Concursal, y unificando con ello los criterios de valoración utilizados en los acuerdos preconcursales de refinanciación y en el concurso. La Ley 9/2015 persigue respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales, pero siempre "de acuerdo con su verdadero valor económico". Muestra el legislador sus sospechas respectos de los créditos privilegiados, garantizados realmente, al declarar que muchas veces dichos privilegios carecen de fundamento (v.gr. infragarantías o superposición de garantías) y suponer, al tiempo, un obstáculo primero para formalizar acuerdos preconcursales o, con posterioridad, convenio concursal que asegure la continuidad de la actividad empresarial.

El nuevo apartado 3 del art. 90 LC prevé: "El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza". De esta manera, como ha sido puesto de manifiesto, el privilegio especial que ostenta el titular de un derecho de crédito garantizado realmente queda delimitado por el valor que se atribuya a la respectiva garantía y no por el importe del crédito garantizado.

Según el art. 94.5 LC "A los efectos del art. 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado". A continuación, reproduce la Ley los criterios, ya previstos en la Ley 17/2014, para obtener a estos efectos el valor razonable del bien, diferenciando si se trata de valores mobiliarios [art. 94.5 a) LC], bienes inmuebles [art. 94.5 b) LC] o bienes y derechos distintos de los anteriores [art. 94.5 c) LC]. En caso de bienes inmuebles, su valor razonable será el

resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, salvo que ya hubiera sido emitido dentro de los doce meses anteriores a la declaración del concurso, en cuyo caso se considera suficiente este último.

Al respecto, cabe tener en cuenta la importancia que adquiere este "valor de la garantía". De una parte, porque las mayorías reforzadas exigibles (60% o 75%) para que el contenido del convenio se extienda a los acreedores privilegiados pertenecientes a una misma clase —incluso, a los disidentes— se calculan sobre la base del valor de la garantía y no sobre el importe total del crédito [cfr. art. 134.3 LC]. De otra, porque se considera que la parte del crédito garantizado que exceda del valor del garantía —que en ningún caso puede exceder de nueve décimas partes del valor razonable del bien sobre el que la garantía recaiga, incluso aunque ésta sea de primer rango y no existan cargas preferentes— no es privilegiado, sino que queda incluido en el pasivo ordinario, a los efectos de obtener las mayorías necesarias para la aprobación del convenio, que serían las previstas en el art. 124 LC y no las del art. 134 LC, aplicables sólo a los acreedores privilegiados.

Dos últimas cuestiones suscita la nueva norma relativa a la valoración de las garantías que ostentan los acreedores privilegiados. Una, sobre quién ha soportar el coste el informe emitido por sociedad de tasación para calcular el valor razonable del bien inmueble sobre el que recae la garantía. Podría mantenerse que debe ser el titular de la garantía que quiere hacer valer el privilegio. Sin embargo, parece preferible entender que, atendiendo a la importancia que puede adquirir dicha valoración para el cálculo de las mayorías exigibles para la aceptación del convenio y el arrastre de los acreedores privilegiados (cfr. arts. 124 y 134 LC) debería ser asumido por la administración concursal como crédito contra la masa [PULGAR EZQUERRA, J.: "Ley 17/2014, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas", *Diario La Ley* (2014), núm. 8391, La Ley 7151/2014, p. 17]. Otra cuestión es la del momento en que ha de procederse a la valoración de la garantía. La doctrina considera que debe ser el momento en que se elabore la lista de acreedores que debe acompañar al informe de la administración concursal *ex* art. 94 LC, no debiendo considerar las modificaciones posteriores que pueda sufrir, si bien cabe tener en cuenta que existen garantías que pueden sufrir importantes modificaciones de valor desde dicho momento hasta la aprobación del convenio [YÁÑEZ EVANGELISTA, J.: "El acreedor real", cit., p. 41; PULGAR EZQUERRA, J.: "Ley 17/2014, de medidas urgentes" , cit., p. 17].

ALGUNAS CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD EN LA LEY 14/2014, DE 24 DE JULIO, DE NAVEGACION MARITIMA

SOME QUESTIONS OR RESPONSIBILITY IN THE LAW 14/2014, OF JULY 24, OF MARITIME NAVIGATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 471-478.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. ESTHER ALGARRA PRATS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante
e.algarra@ua.es

RESUMEN: La Ley española de Navegación Marítima ha reformado ampliamente el Derecho marítimo español, regulando prácticamente todos los aspectos de la navegación, tanto públicos como privados. El presente trabajo aborda algunos supuestos de responsabilidad que pueden plantearse en el ámbito de la navegación marítima y que el legislador español ha recogido en esta Ley.

PALABRAS CLAVE: navegación marítima, responsabilidad.

ABSTRACT: The spanish Law of Maritime Navigation has reformed widely the spanish Maritime Law, regulatin practically all the aspects of the navigation, both public and privates. This paper approaches some suppositions of responsibility that can appear in the maritime navigation and that the spanish legislator has gathered in this Law.

KEY WORDS: maritime navigation, responsibility.

SUMARIO: 1. La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.- 2. Responsabilidad del constructor en el contrato de construcción naval.- 3. Responsabilidad del armador.- 4. Responsabilidad del porteador.

1. La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE nº 180, de 25 de julio de 2014) ha llevado a cabo una amplia reforma del Derecho marítimo español, contemplando todos sus aspectos, como la propia Ley indica en su preámbulo. En este sentido, la Ley pretende ser una norma integral sobre la materia, incluyendo prácticamente todos los aspectos de la navegación, tanto públicos como privados. Dentro de estos últimos, nos interesa destacar el tratamiento de algunas cuestiones de responsabilidad que aborda la ley, que será el objeto del presente comentario, con el fin de ofrecer al lector una visión, somera y descriptiva, de algunos de esos distintos supuestos de responsabilidad que pueden plantearse en el ámbito de la navegación marítima y que el legislador español ha recogido en esta Ley.

Antes de entrar propiamente en materia, cabe señalar que la Ley de Navegación Marítima es una ley considerablemente larga (consta de 524 artículos, diez disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y doce disposiciones finales) y con un objeto y ámbito de aplicación también extensos. El objeto de la ley es la regulación de las situaciones y relaciones jurídicas nacidas con ocasión de la navegación marítima, considerando como tal no sólo la navegación que se realiza por las aguas del mar, sino también la que se lleva a cabo por las aguas de los ríos, canales, lagos o embalses naturales o artificiales, cuando sean accesibles para los buques desde el mar, si bien en estos casos, sólo hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas y en los tramos navegables de los ríos, hasta donde existan puertos de interés general (art. 1). La ley no se aplica a los buques y embarcaciones de Estado, incluidos los de guerra, salvo que en ella se establezca otra cosa (art. 2). En cuanto a su estructura, la Ley consta de un Título Preliminar, donde se contienen disposiciones generales, y diez Títulos que se ocupan de la ordenación administrativa de la navegación (arts. 4 a 55), de los vehículos de la navegación (arts. 56 a 144), de los sujetos de la navegación (arts. 145 a 187), de los contratos de utilización del buque (arts. 188 a 313), de los contratos auxiliares de la navegación (arts. 314 a 338), de los accidentes de la navegación (arts. 339 a 391), de la limitación de la responsabilidad (arts. 392 a 405), del contrato de seguro marítimo (arts. 406 a 467), especialidades procesales (arts. 468 a 500) y certificación pública de determinados expedientes de derecho marítimo (arts. 501 a 524). De todo este amplio contenido, nos detendremos en este trabajo sólo en la regulación de la responsabilidad del constructor, dentro del contrato de construcción naval; la

responsabilidad del armador, como sujeto de la navegación, y en la regulación de los contratos de utilización del buque y contratos auxiliares de la navegación; y la responsabilidad del porteador. La responsabilidad del armador en los accidentes de la navegación, especialmente, en los casos de abordaje y responsabilidad por contaminación, será objeto de tratamiento en un trabajo posterior.

2. Por el contrato de construcción naval una parte encarga a otra la construcción de un buque, a cambio de un precio. Los materiales podrán ser aportados, en todo o en parte, por cualquiera de los contratantes (art. 108). La regulación del contrato de construcción naval se aplica no sólo a los buques definidos en el art. 56, sino también a las embarcaciones y artefactos navales, definidos en los arts. 57 y 58 (art. 116). Las normas que la Ley dedica al contrato de construcción naval tienen un claro carácter supletorio, pues sólo serán aplicables en defecto de pacto libremente convenido por las partes, con una excepción, que es, precisamente la referida a la exoneración de la responsabilidad del constructor por dolo o culpa grave, como veremos.

La Ley se ocupa de regular la obligación de entrega y recepción del buque, señalando, a lo que aquí especialmente interesa, que el retraso culpable en la entrega del buque que supere los treinta días dará lugar a la indemnización de perjuicios si la demora fuera irrazonable y que en caso de incumplimiento de la obligación de recepción, el comitente estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios pactados en el contrato o, en su defecto, los que se hayan efectivamente producido (art. 112). El art. 113 se ocupa de la responsabilidad del constructor, señalando que el constructor deberá subsanar los defectos del buque que no fueran manifiestos o que no hubieran podido apreciarse razonablemente durante la construcción o en el momento de la entrega, siempre que sean denunciados dentro del año siguiente a ésta; esta obligación no se extenderá a los vicios que sean consecuencia de la mala calidad o inadecuado diseño de los materiales o elementos aportados por el comitente. Esta regulación no excluye la obligación del constructor de indemnizar daños y perjuicios, si procede, salvo pacto en contrario; no obstante, como fue señalado, no cabe la exoneración de la responsabilidad del constructor por defectos del buque en caso de dolo o culpa grave del constructor, siendo ésta una norma imperativa, que no admite pacto en contrario. Cabe señalar, finalmente, que las acciones nacidas por incumplimiento del contrato de construcción por el constructor prescribirán a los tres años de la entrega del buque (art. 115).

3. A los efectos de la Ley, el armador es quien, siendo o no su propietario, tiene la posesión de un buque o embarcación, directamente o a través de sus

dependientes, y lo dedica a la navegación en su propio nombre y bajo su responsabilidad. En caso de condominio, la condición de armador recaerá en cada uno de los condóminos, sin perjuicio de su derecho a nombrar un administrador (art. 145). El armador no propietario podrá inscribir dicha condición en el Registro de Bienes Muebles y el propietario del buque está facultado para solicitar la inscripción del armador no propietario (art. 147). La ley contiene una serie de presunciones de la condición de armador (art. 148): 1.- A falta de inscripción en otro sentido, se considerará armador al propietario que figure inscrito en el Registro de Bienes Muebles; esta presunción admite prueba en contrario, pero no perjudicará al tercero de buena fe. 2.- En el caso de buques y embarcaciones dedicadas exclusivamente a la navegación deportiva o de recreo, a falta de inscripción en otro sentido, se considerará armador a la persona que aparezca como dueño en el Registro de Bienes Mueble, o en su defecto, en el Registro de Buques y Empresas Navieras, sin que se admita prueba en contrario. 3.- Si el buque o la embarcación no estuvieran ni inscritos ni matriculados, se considerará armador a su propietario.

La Ley regula la responsabilidad del armador al tratar de los sujetos de la navegación, en la regulación del contrato de remolque y de los contratos auxiliares de la navegación y al tratar de los accidentes de la navegación (este último supuesto, como se ha señalado, será objeto de tratamiento en un trabajo posterior). El armador es responsable ante terceros de los actos y omisiones del capitán y dotación del buque, así como de las obligaciones contraídas por el capitán de acuerdo con lo establecido en el artículo 185, sin perjuicio de su derecho a limitar su responsabilidad en los supuestos establecidos en el Título VII (art. 149). La dotación es el conjunto de personas empleadas a bordo de un buque, ya sea contratada directamente por el armador o por terceros (art. 156); dentro de la dotación, tiene especial relevancia la figura del capitán, que ostenta el mando y la dirección del buque, así como la jefatura de su dotación, y representa a bordo la autoridad pública (art. 171). Corresponde al armador el nombramiento y cese del capitán, dada la especial relación de confianza (art. 172) y la asunción de responsabilidad por parte del armador de las acciones y omisiones del capitán, así como de las obligaciones contraídas por éste, pues el capitán ostenta la representación del armador para contraer por su cuenta cuantas obligaciones se refieran a las necesidades ordinarias del buque, quedando obligado el armador, si bien quedando a salvo la responsabilidad del capitán frente al armador por los actos y contratos que el capitán haya realizado contraviniendo las instrucciones dadas por el armador (art. 185).

En el contrato de remolque, en el que el armador de un buque se obliga a cambio de un precio a realizar la maniobra necesaria para el desplazamiento de otro buque, embarcación o artefacto, o a colaborar para las maniobras del

buque remolcado o su acompañamiento o puesta a disposición (art. 301), los armadores de cada uno de los buques serán responsables de los daños causados al otro como consecuencia de la negligencia en el cumplimiento de las prestaciones que incumben a cada uno de ellos. Respecto a terceros, la Ley recoge la responsabilidad solidaria de ambos armadores por los daños causados por el tren de remolque, salvo que alguno de los armadores pruebe que tales daños no derivan de causas imputables a su elemento en el tren de remolque. Se señala también que en todo caso procederá el derecho de repetición entre armadores atendiendo a su grado de culpa respectivo (art. 304).

Dentro de los contratos auxiliares de la navegación (contrato de gestión naval, contrato de consignación de buques, contrato de practicaje y contrato de manipulación portuaria), destacamos los supuestos en los que la Ley regula la responsabilidad solidaria del armador con los sujetos que intervienen en dichos contratos, por los daños causados. Así, en el contrato de gestión naval, en virtud del cual el gestor se compromete a gestionar por cuenta y nombre del armador todos o algunos de los aspectos implicados en la explotación del buque (art. 314), el gestor responderá solidariamente con el armador de los daños y perjuicios que se causen extracontractualmente a terceros como consecuencia de los actos del gestor o de sus dependientes, sin perjuicio del derecho de ambos a limitar la responsabilidad en los términos establecidos en la Ley (art. 318). En el contrato de practicaje, en virtud del cual el práctico se obliga a asesorar al capitán en la realización de las operaciones y maniobras para la segura navegación de buques por aguas portuarias y adyacentes (art. 325), de los daños y accidentes causados al buque o a terceros durante la ejecución del practicaje, responde el práctico si se deben a inexactitud u omisión en su asesoramiento, sin perjuicio de la concurrencia de culpa cuando el capitán haya incurrido en error o negligencia al seguir las instrucciones recibidas. De los daños causados imputables exclusivamente al práctico, responderá éste; de los daños causados por culpa compartida responderán solidariamente, además, el capitán y el armador (art. 328). Como ya vimos, el armador es responsable ante terceros de los actos y omisiones del capitán y en este caso concreto, la Ley no hace más que aplicar la regla.

4. Dentro de la regulación de los contratos de utilización del buque, la Ley regula el contrato de fletamento y el contrato de pasaje, estableciendo en ambos casos el régimen de responsabilidad del porteador. El contrato de fletamento es un contrato de transporte marítimo de mercancías, por el que el porteador se obliga a transportar por mar mercancías, a cambio del pago de un flete, y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino (art. 203). Centrando nuestra atención en la responsabilidad del porteador, cabe

destacar las siguientes cuestiones, reguladas en la Ley. 1.- El porteador responderá de los perjuicios sufridos por el fletador si el buque no se encontrase a su disposición en la fecha convenida debido a culpa del porteador (art. 214). 2.- El porteador será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen por el retraso injustificado en emprender el viaje (art. 221). 3.- El porteador será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen por desviar el buque de la ruta pactada o en su defecto, de la más adecuada según las circunstancias; no obstante, cesa su responsabilidad si la desviación se produce para salvar vidas humanas o por cualquier otra causa razonable y justificada (art. 222). 4.- El porteador responde por la pérdida o daño que sufran las mercancías como consecuencia de la infracción de su deber de custodia (art. 223); el porteador también responde del retraso en la entrega de las mercancías; estas obligaciones, y la consiguiente responsabilidad por su incumplimiento, tienen una detallada regulación en la Ley, como veremos de inmediato.

El régimen de responsabilidad del porteador por pérdida o daños en las mercancías o retraso en su entrega se aplica imperativamente a todo contrato de transporte marítimo (art. 277); es, pues, un régimen de Derecho necesario, inderogable por las partes, sin que tengan efecto las cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular la responsabilidad del porteador en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías; no obstante, se admite que si las cláusulas están pactadas en el contrato de fletamento y no impliquen exoneración por dolo o culpa grave del porteador, puedan tener valor en las relaciones entre porteador y fletador, pero exclusivamente entre ellos, sin que puedan oponerse al destinatario de la mercancía que sea persona distinta del fletador. Responde solidariamente el porteador que se compromete a realizar el transporte (comisionistas, transitarios, etc.) como el porteador que lo realiza efectivamente con sus propios medios (el armador del buque porteador), sin perjuicio de que el porteador contractual pueda repetir contra el porteador efectivo las indemnizaciones satisfechas, en el plazo de prescripción de un año, a contar desde el momento de abono de la indemnización (art. 278). La responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías transportadas estará limitada, salvo que en el conocimiento de embarque se haya declarado e valor real de esas mercancías, a las cifras establecidas en el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque y los Protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte; no obstante, el porteador no puede prevalerse del derecho a limitar su responsabilidad si se prueba que el daño o la pérdida han sido causados por él mismo de forma intencionada o actuando temerariamente y con conciencia de su probabilidad; la misma regla se aplica a los auxiliares del porteador (art. 282).

La responsabilidad por retraso también queda limitada a una cifra equivalente a dos veces y media el flete pagadero por las mercancías afectadas por el retraso, pero no excederá de la cuantía total del flete que deba pagarse en virtud del contrato de fletamento. El régimen de responsabilidad del porteador y su limitación se aplica a toda acción que persiga una limitación por retrasos, cualquiera que sea el procedimiento y el fundamento, contractual o extracontractual, y tanto si la acción se dirige contra el porteador como contra sus auxiliares. Al igual que en el caso anterior, el porteador no puede prevalerse del derecho a limitar su responsabilidad si se prueba que el daño o la pérdida han sido causados por él mismo de forma intencionada o actuando temerariamente y con conciencia de su probabilidad; la misma regla se aplica a los auxiliares del porteador (art. 283).

En el caso de transporte realizado por porteadores sucesivos bajo un mismo título, todos serán solidariamente responsables en caso de daño, pérdida o retraso, salvo que se haya pactado expresamente que cada porteador no responderá de los daños producidos en los trayectos realizados por los otros porteadores. De no existir tal pacto, responden solidariamente y el porteador que indemnice el daño tendrá acción de regreso contra el porteador en cuyo trayecto se produjo el daño, la pérdida o el retraso, y si no se pudiera determinar, la indemnización se repartirá entre los diversos porteadores en proporción al flete devengado por cada uno (art. 284).

Las acciones nacidas del contrato de fletamento prescriben en el plazo de un año. En el caso de indemnización por pérdidas, averías o retrasos, el plazo se contará desde la entrega de las mercancías al destinatario o desde el día en que hubieran debido entregarse (art. 286).

El contrato de pasaje es un contrato por el que el porteador se obliga, a cambio del pago de un precio, a transportar por mar a una persona y, en su caso, su equipaje (art. 287). La responsabilidad del porteador se rige por el Convenio Internacional relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, los protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte, las normas de la Unión Europea y la Ley de Navegación Marítima. El régimen de responsabilidad previsto se aplica imperativamente, sin que tengan efecto las cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular la responsabilidad en perjuicio de quienes tienen derecho a exigir las indemnizaciones (art. 298). Se regula también una limitación de responsabilidad del porteador, que queda limitada a las cantidades establecidas en el citado Convenio; si el equipaje se transporta con valor declarado aceptado por el porteador, el límite de su responsabilidad se corresponderá con ese valor (art. 299).

OBRIGAÇÕES DE MEIOS E OBRIGAÇÕES DE RESULTADO NA RESPONSABILIDADE MÉDICA. ESTUDO DE CASO E ATUALIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

OBLIGATION OF MEANS AND OBLIGATION TO PRODUCE A RESULT IN THE MEDICAL RESPONSIBILITY. STUDY OF THE QUESTION AND EVOLUTION OF THE RECENT PORTUGUESE JURISPRUDENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 479-494.

Fecha entrega: 26/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

ANA ELISABETE FERREIRA
Investigadora do Centro de Direito Biomédico,
Universidade de Coimbra, Portugal.
anelisferreira@hotmail.com

RESUMO: No presente artigo descrevemos a controvérsia doutrinal e jurisprudencial em torno da caracterização do ato médico como obrigação de meios ou obrigação de resultado para efeitos de fixação da responsabilidade civil do médico, fazendo uma recensão da jurisprudência portuguesa mais atual.

PALAVRAS-CHAVE: obrigação de meios, obrigação de resultado, presunção de culpa, responsabilidade civil do Estado, responsabilidade civil médica.

ABSTRACT: This paper analyzes the doctrinal and jurisprudential discussion about the nature or the medical, i.e. obligation of means or obligation to produce a result for the purpose to establish medical liability, examining Portuguese jurisprudence in these are.

KEY WORDS: obligation of means, obligation to produce a result, presumption of guilt, State civil liability, medical liability.

SUMÁRIO: 1. Descrição sumária do caso.- 2. Remissão para publicações suscetíveis de consulta.- 3. Apresentação da questão jurídica subjacente ao caso concreto.- 4. Teses/posições doutrinal e jurisprudencialmente controversas sobre a questão jurídica subjacente ao caso concreto.- 5. Conclusões.

1. No caso que serve de base à presente exposição, que tivemos o privilégio de acompanhar profissionalmente, a Autora (A) veio participar criminalmente, e deduzir pedido de indemnização cível por danos patrimoniais e não patrimoniais, contra o médico (R) pela morte do segundo gémeo de dois, com poucos minutos de vida, alegadamente causada pela não deteção atempada da morte *in útero* do primeiro feto. A A. fundamenta a sua pretensão no facto de ter sido atendida em contexto de urgência hospitalar pelo R. que, negligentemente, não teria diligenciado os exames complementares de diagnóstico necessários à perceção da morte fetal do primeiro gémeo. Segundo a A., dado o historial da gravidez, considerada de alto risco, deveria o médico réu ter efetuado exames diferenciados, de modo a detetar o problema e extrair o feto sobrevivo a tempo de evitar sequelas, o que não fez, consubstanciando tal conduta erro médico e violação das *leges artis*. O tratamento concreto seria uma "obrigação de resultados" para o médico, que não poderia ter deixado de operar mais/outros exames e proceder ao tratamento adequado a salvar a vida do segundo gémeo, que nasceu 17 minutos depois do parto com sinais de *stress* e anoxia. Em consequência, segundo a A., a conduta do R. reconduzir-se-ia ao homicídio por negligência, espoletando a respetiva responsabilidade civil.

Defendeu-se o R. alegando, por um lado, que não existiam quaisquer indícios que fizessem suspeitar da morte do primeiro feto quando atendeu a A. em contexto de urgência – ouviu os dois focos fetais e não havia quaisquer queixas da gestante – e que, por outro lado, tinha efetuado a examinação necessária e correspondente às queixas de A., operando tudo quanto é protocolarmente adequado, de acordo com as boas práticas médicas, dentro dos meios disponíveis e correntemente utilizados nos serviços de Urgência daquele hospital, não tendo em caso algum violado as *leges artis* da profissão, nem cometido qualquer erro médico, mais não estando ao seu alcance. Alegou ainda o R. que as diligências médicas, bem como os tratamentos prestados, consubstanciam para o médico uma «obrigação de meios», e em caso algum uma «obrigação de resultados», pois que quer a interpretação dos sintomas, quer a interpretação dos exames, quer os tratamentos médicos são insuscetíveis de uma precisão de 100%, não estando, em absoluto, na dependência do médico.

2. Remissão para publicações suscetíveis de consulta: FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos: "Os contratos civis de prestação de serviço médico" in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: AAFDL, 1996; PEDRO, Rute Teixeira: "Da Tutela Do Doente Lesado – Breves Reflexões" in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RTPedro2008.pdf; PEREIRA, André Gonçalo Dias: *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015; SINDE MONTEIRO, FIGUEIREDO DIAS: "Responsabilidade Médica em Portugal", Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1984; SOUSA, Luís Filipe Pires: *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2012/2013.

3. Uma nota prévia: importa começar por esclarecer que, no âmbito de uma estrita aplicação da legislação vigente, a presente questão só se colocaria quando a relação entre médico e paciente decorresse em contexto de clínica privada, existindo, aí sim, uma autêntica relação contratual que, embora talvez com algumas *nuances*, permitiria lançar mão do regime geral das Obrigações. Fora do contexto contratual, em princípio, não faria sentido recorrer à distinção entre obrigações de meios e de resultado. Em contexto de hospital público ou equiparado, aplicar-se-ia aos casos de negligência médica o disposto na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que estabelece o *Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado* pelos atos dos entes públicos e seus funcionários. Segundo este regime, o Estado é civilmente responsável pelos atos do pessoal médico (e outros), estando aliás o direito de regresso dependente da verificação de negligência grosseira – sendo a culpa leve insuscetível de espoletar a responsabilidade civil individual do médico perante o hospital. Assim, nos casos em que o litígio surge num hospital público – que são, na realidade, a maioria dos casos – o demandado seria sempre o Estado e a ação deveria intentar-se e prosseguir nos tribunais administrativos. No entanto, verifica-se recorrentemente que, embora o ato médico em causa tenha sido praticado num hospital público, o lesado recorre aos tribunais judiciais e demanda diretamente o médico que julga responsável, deduzindo pedido cível junto ao procedimento criminal contra o mesmo profissional.

Ora, existindo no ordenamento jurídico português um sistema dual de responsabilidade civil médica, que é diferente consoante o profissional preste a sua atividade em clínica privada ou em hospital público, a questão da natureza da relação médico-paciente e as suas implicações jurídicas afiguram-se muitíssimo delicadas.

Idealmente, segundo nos parece, sempre que o ato médico alegadamente danoso tivesse ocorrido em hospital público ou equiparado, deveria o tribunal comum considerar-se incompetente para a decisão do pedido cível, que deveria ser apreciado em tribunal administrativo e ser deduzido contra o Estado. O facto de tal não acontecer determina que esta questão da natureza jurídica do ato médico, já de si delicada, obtenha, por vezes, respostas jurisprudenciais que diríamos paradoxais.

Ademais, e ainda que assumíssemos que a relação médico-paciente em hospital público assume natureza puramente extracontratual, uma vez que não existe um contrato entre o médico e o paciente, mas apenas entre este e o hospital, sempre restaria perguntar se a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado não seria bem-vinda também ali, tendo em conta o facto de a relação que se estabelece entre o médico e o paciente assumir um caráter de grande proximidade existencial, a exigir sempre – se não um contrato – um acordo de intenções entre ambos, substanciado, desde logo, na exigência de consentimento informado para todos os atos e intervenções.

Subjacente ao caso concreto, encontramos uma questão jurídica principal e, ao seu lado, várias outras questões que poderemos designar como complementares. A questão jurídica principal pressupõe que a relação que se estabelece entre o médico e o paciente é uma relação de natureza *prima facie* contratual – consubstanciando um contrato de prestação de serviços, onde são partes o doente e o médico, na clínica privada, ou o doente e o hospital do qual o médico é agente, em contexto público [Quanto à questão da natureza da relação e da responsabilidade que se estabelece entre médico e paciente encontramos, na Doutrina, essencialmente 3 posições: 1) na clínica privada a responsabilidade é puramente contratual e no hospital público é puramente extracontratual; 2) na clínica privada a relação é contratual, enquanto no hospital público é contratual e extracontratual; 3) quer na clínica privada quer no hospital público a responsabilidade é, simultaneamente, contratual e extracontratual. Cfr.: PEREIRA, André Gonçalo Dias: "Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado" in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 89 (2013), pp. 253-304]. Posto isto, a questão prende-se com a identificação das situações em que o ato médico configura uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, para efeitos da ponderação dos pressupostos da ilicitude e da culpa.

Adjacente a esta questão primordial, cumpre perguntar se a obrigação de meios e a obrigação de resultado, ou qual delas, aciona a presunção de culpa do devedor nos termos do art. 799.º do nosso Código Civil, bem assim, saber qual a fronteira entre a culpa e a ilicitude para efeitos do ónus da prova, e

com que fundamentos espoletar a responsabilidade civil quando, em sede de responsabilidade penal, se determinar a absolvição do arguido.

Segundo André Dias Pereira (in *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, "a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado e a sua conjugação com a presunção de culpa, prevista no art. 799.º, n.º 1), deve merecer especial cautela e atenção. Esta presunção de culpa tem-se revelado de grande importância na jurisprudência portuguesa, podendo-se afirmar que este é o entendimento doutrinal e jurisprudencial dominante". A maioria dos Autores defende que, muito embora caiba ao demandante o ónus da prova da violação das *leges artis* (*ilicitude*), no tocante à culpa, deve a mesma *presumir-se*, nos termos do art. 799.º, cabendo ao médico o ónus da prova da falta de culpa, isto é, a prova de que, naquelas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente".

Por outras palavras, para a maioria da jurisprudência portuguesa, independentemente de estar em causa uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, a responsabilidade civil médica, quando provado o vínculo contratual, assumiria uma estrutura probatória *atípica*, na medida em que ao lesado cumpriria provar a verificação de apenas quatro dos cinco pressupostos tradicionais da responsabilidade civil – o facto, a ilicitude, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano – uma vez que a culpa do médico, enquanto devedor, encontra-se a partir daí presumida, nos termos gerais dos artigos 798.º e 799.º do Código Civil. Ao médico cumpriria, assim, ilidir a presunção legal de culpa que sobre si recai, vale dizer, *provar a sua não-culpa*.

Segundo Teixeira de Sousa ("Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica" *in Direito da Saúde e Bioética*, pp. 125-137), a obrigação que o médico assume não deve qualificar-se como uma obrigação de meios, mas como uma *obrigação de risco ou de resultado aleatório*, isto porque "o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável. Ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento", podendo essa responsabilidade ser contratual ou extracontratual, ou mista – contratual e extracontratual. O Autor é da opinião de que muito embora a presunção de culpa do devedor estabelecida no art. 799.º, n.º 1, do Código Civil se justifique plenamente na generalidade das obrigações contratuais, todavia, *essa mesma presunção de culpa não se justifica na área da responsabilidade médica*. Essencialmente, porque "a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional,

qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional, pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos. Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual" (sublinhado nosso).

Da perspetiva de Rute Teixeira Pedro (veja-se "Da Tutela Do Doente Lesado – Breves Reflexões" *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RTPedro2008.pdf, acedido em 13-12-2014), pelo contrário, vigora para a responsabilidade médica o princípio geral da culpa, pelo que se aplica o disposto nos artigos 483.º e 799.º do Código Civil, para a responsabilidade extracontratual e contratual, respetivamente. O que significa que, embora a regra seja a de que ao doente lesado cabe provar a verificação de todos os pressupostos de que depende a responsabilidade civil no caso concreto – ou seja, a ilicitude, na forma da violação das «leges artis», e a culpa, na forma da negligência – casos há em que se deve presumir a culpa do médico, e que são as descritas no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil, para a responsabilidade extracontratual, e no artigo 799.º/1 do mesmo diploma, para a responsabilidade contratual, nesta última só sendo linear para as situações em que existe uma obrigação de resultado, ou, em face de uma obrigação de meios, quando (casuisticamente) se entenda que não deve ser afastada. Na apreciação da Autora, será vantajoso para a justeza do processo judicial que se faça operar as referidas presunções de culpa mesmo em caso de mera obrigação de meios, porque a relação jurídico-processual é muito desequilibrada, sendo o lesado, habitualmente, um leigo nos detalhes técnicos da matéria que tem, nos termos gerais, o dever de provar em juízo. Segundo a Autora, "a complexidade probatória e a inerente margem irrefragável da incerteza gnoseológica na apreensão do verdadeiro decurso dos acontecimentos vividos converte-se, assim, num *escudo* protector do profissional, quase inexpugnável para o doente" (cfr. op. cit. p. 424).

E, deste modo, as regras gerais da repartição do encargo probatório entre as partes consubstanciariam, no âmbito da responsabilidade médica, "um mecanismo de pré-determinação" sistemática de insucesso de uma delas (o doente) em favor de outro (o médico).

Colocadas as várias teses sobre a mesa, podemos em suma afirmar que esta questão se afigura especialmente complexa, a três níveis: 1) implica definir qual a natureza da relação que se estabelece entre o médico e o paciente, 2)

implica esclarecer se o ato médico consubstancia, em regra, uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado e, por outro último, 3) pressupõe clarificar se deve ou não aplicar-se à responsabilidade médica a presunção de culpa do devedor, como se de uma relação contratual comum se tratasse.

4. Impõe-se, pois, observar alguns arestos jurisprudenciais acerca desta questão. Seguidamente, enunciaremos vários acórdãos, dos quais optámos por transcrever os excertos relevantes do respetivo sumário sublinhando o que essencialmente importa nesta sede, de modo a, a final, elaborar algumas conclusões a partir da sua análise conjugada.

1.º Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09-03-2010, Proc. n.º 1384/08.8TVLSB.L1-7, Relator: MARIA DO ROSÁRIO MORGADO.

Sumário:

"Por força do contrato de prestação de serviços, o médico obriga-se a prestar ao doente a assistência médica necessária, empregando os conhecimentos e técnicas disponíveis, respeitando as *leges artis*, tendo em vista tratar (curar) o doente e diminuir-lhe o sofrimento.

Além disso, o médico, está ainda obrigado a vigiar/acompanhar o doente, no pós-operatório, prestando-lhe todos os cuidados que o seu estado exija, bem como todas as informações sobre o seu estado de saúde.

2. Ainda que se entenda que a obrigação a que o médico está adstrito é uma obrigação de meios, tendo presente a especial dignidade dos interesses afectados pelo (in)cumprimento, o desequilíbrio (estrutural) da relação estabelecida entre o médico e o doente, a particular dificuldade na efectivação da tutela de tais interesses, à luz das preocupações crescentes do legislador de favorecimento dos lesados, enquanto parte contratual mais débil, impende sobre o prestador de serviços médicos uma presunção de culpa, que lhe cumpre elidir, se pretender furtar-se à obrigação de indemnizar, por falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso (nos termos gerais da responsabilidade contratual, como decorre do art. 799º, nº 1, do CC).

3. Consequentemente, o ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, cabendo ao lesado fazer a prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso".

2.º Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-12-2011, Proc. n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1, Relator: GREGÓRIO SILVA JESUS.
Sumário:

"I - No que toca à responsabilidade civil médica, não prevê a lei casos de responsabilidade objectiva ou de responsabilidade por factos lícitos danosos, tão só admite a responsabilidade contratual e a extracontratual ou aquiliana.

II - Tendo-se o autor apresentado aos réus médicos a coberto de um contrato de seguro celebrado pela sua entidade patronal e tendo estes actuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos, previsto no art. 1154.º do CC, que mantinham com a seguradora, o conteúdo da relação estabelecida entre o autor e os médicos está impressivamente contratualizado, encontrando-se no domínio da responsabilidade civil contratual.

III - Se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios. Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar.

IV - Importa ponderar a natureza e objectivo do acto médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado.

V - Assente que o autor foi submetido a intervenção cirúrgica à coluna e nada mais se tendo provado que ajude a qualificar com precisão a obrigação, desconhecendo-se como surgiu a opção da sua submissão à intervenção cirúrgica, por iniciativa de quem, qual o objectivo da operação, que tipo de compromisso médico foi assumido, se é que tal aconteceu, nomeadamente com algum comprometimento de resultado e qual, se foi informado dos riscos inerentes, resta então ser notório que, por regra, no caso de intervenções cirúrgicas, e muito particularmente nas intervenções à coluna, não se assegura a cura mas a procura da atenuação do sofrimento do doente, estando cometida ao médico-cirurgião uma obrigação de meios.

VI - Sempre que se trate de uma mera obrigação de meios, que não de uma obrigação de resultado, incumbe ao doente o ónus de provar a falta de diligência do médico.

VII - Tem o paciente/lesado de provar o defeito de cumprimento, porque o não cumprimento da obrigação do médico assume, por via de regra, a forma de cumprimento defeituoso, e depois tem ainda de demonstrar que o médico

não praticou todos os actos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada.

VIII - Feita essa prova, então, funciona a presunção de culpa, que o médico pode ilidir demonstrando que agiu correctamente, provando que a desconformidade não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados.

IX - Em termos gerais, ponto comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter actuado de modo diferente.

3.º Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-05-2014, Proc. n.º 220040/11.OYIPRT.L1-8, Relator: ANA LUÍSA GERALDES-

Sumário:

"1. É praticamente uniforme o entendimento de que a obrigação a que um médico (ou uma entidade hospitalar) está adstrito perante o seu paciente se concretiza através da prestação dos cuidados de saúde de acordo com as regras das *leges artis*, em função do estado da técnica actual e de acordo com os interesses do doente.

2. Trata-se de uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultado, exigindo-se que o profissional ou a entidade clínica/hospitalar actue em conformidade com a diligência que a situação clínica do paciente exige.

3. O médico deve, assim, no exercício da sua actividade, e em todas as circunstâncias, usar de toda a diligência, profissionalismo, dedicação ou perícia que as concretas circunstâncias exigirem.

4. O paciente/doente ou utente dos serviços hospitalares que invoque incumprimento ou cumprimento defeituoso do exercício da medicina e dos cuidados médicos que lhe foram prestados, no âmbito do contrato celebrado, e abarcados pelo exercício das actividades médicas a que foi submetido, e que se sinta, por isso, lesado, deve alegar e provar o nexo de causalidade entre a desconformidade verificada e que essa desconformidade decorreu dos actos praticados pelo médico.

5. Quer isto dizer que, se incumbe ao Hospital Réu a prova da diligência do pessoal médico e técnico ao seu serviço, cabe à Autora o ónus de alegar e

provar a matéria relativa aos restantes pressupostos da responsabilidade civil, como sejam, além do facto praticado, a ilicitude, o nexo de causalidade e os danos.

6. No caso *sub judice* a responsabilidade do Hospital existe traduzida no incumprimento de deveres de diligências que, como se assinalou ao longo deste Acórdão, ocorreram em duas fases distintas do parto: no momento da pressão exercida sobre o fundo uterino da A., pela médica, quando aquela estava internada e a ser intervencionada cirurgicamente, a ponto de lhe terem partido 2 costelas, e em momento posterior quando a Autora se deslocou à urgência do Hospital devido às dores que a impossibilitavam de se mexer, e que continuou a sentir após o parto e ter tido alta do Hospital, e ninguém a informou que tais costelas estavam partidas e a medicou devidamente.

4.º Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-03-2008, Proc. n.º 08A183, Relator: FONSECA RAMOS.

Sumário:

"I - Tendo o Autor solicitado ao Réu, enquanto médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, mediante pagamento de um preço, estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos - art. 1154.º do Código Civil.

II - A execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar a prioristicamente naquela dicotómica perspectiva.

III - Deve atentar-se, casuisticamente, ao objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naqueloutro caso, estamos perante uma obrigação de meios – a demandar apenas uma actuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta peremptória, indúbia.

IV - No caso de intervenções cirúrgicas, em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as legis artes; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de

considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente.

V - Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma.

VI - Na actividade médica, na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é insofismável – a exigência [quer a prestação tenha natureza contratual ou não] de actuação que observe os deveres gerais de cuidado.

VII - Se se vier a confirmar *a posteriori* que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise.

VIII - No caso dos autos é manifesto que se acha feita a prova de erro médico por parte do Réu, -a realização da análise e a elaboração do pertinente relatório apontando para resultado desconforme com o real estado de saúde do doente.

IX - Por causa da actuação do Réu, o Autor, ao tempo com quase 59 anos, sofreu uma mudança radical na sua vida social, familiar e pessoal, já que se acha impotente sexualmente e incontinente, jamais podendo fazer a vida que até então fazia, e é hoje uma pessoa cujo modo de vida, física e psicologicamente é penoso, sofrendo consequências irreversíveis, não sendo ousado afirmar que a sua auto-estima sofreu um abalo fortíssimo.

X - Os Tribunais Superiores têm vindo a aumentar as compensações por danos não patrimoniais, mas a diversidade das situações e, sobretudo, não sendo comparáveis a intensidade dos danos e o grau de culpa dos lesantes, que só casuisticamente podem ser avaliados, não é legítimo invocar as compensações que são arbitradas, por exemplo, em caso de lesão mortal, com aqueloutras que afectam distintos direitos de personalidade.

XI - Atendendo aos factos e ponderando os valores indemnizatórios que os Tribunais Superiores vêm praticando, a compensação ao Autor pelos danos não patrimoniais sofridos deve ser, equitativamente, fixada em € 224.459,05.

XII - No caso dos autos, não tendo havido actualização da indemnização, e radicando, em última análise, o pedido indemnizatório, num facto ilícito

cometido pelo Réu, tem pertinência a aplicação do regime constante da 2.ª parte do n.º 3 do art. 805 º do Código Civil."

"Assim, se considerarmos que a prestação do Réu envolvia uma obrigação de meios, provado no caso da análise que lhe competia fazer actuou com os deveres de prudência e a técnica sugerida pelas *legis artis* – não estaria ele vinculado a determinar, com rigor, se o material biológico que se comprometeu analisar tinha ou não células cancerígenas.

Com o devido respeito, entendemos que face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma.

Mal estariam os pacientes se os resultados de análises, ou exames laboratoriais, obrigassem, apenas, os profissionais dessa especialidade a actuar com prudência, mas sem assegurarem um resultado" (Excerto do Relatório).

5.º Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-06-2014, Proc. n.º 1333/11.6TVLSB.L1.S1, Relator: LOPES DO REGO.

Sumário:

"1. Age com culpa o médico anátomo-patologista que diagnostica erradamente, por deficiente interpretação dos exames realizados, doença oncológica ao lesado, omitindo e silenciando as dúvidas que resultavam razoavelmente da interpretação do resultado objectivo desses exames e não procurando supri-las através da realização de outros possíveis exames complementares ou da obtenção de outras opiniões credenciadas - determinando tal violação do dever diligência a sujeição do lesado a intervenção cirúrgica (geradora, em maior ou menor grau, de problemas colaterais severos) desnecessária e desproporcional face ao tipo de patologia que realmente o afectava, violando-se desta forma o direito do paciente de optar livre e esclarecidamente pela realização ou não realização da intervenção cirúrgica que afectou o seu direito à saúde e integridade física.

2. Tendo o autor, à data com 55 anos de idade, sofrido, em decorrência da acção da ré, forte abalo psíquico pelo errado diagnóstico de doença oncológica, que se manteve durante cerca de dois meses, e grande sofrimento físico, e tendo ficado, na sequência da prostatectomia radical a que foi submetido, com sequelas permanentes ao nível da sua capacidade sexual, não merece censura a decisão da Relação em fixar o valor da indemnização por danos não patrimoniais no montante de €100.000.00".

"Quanto à questão da culpa da recorrente no cometimento do *erro de diagnóstico* resultante da deficiente interpretação que fez dos dois exames que realizou – analisada naturalmente perante o quadro factual definitivamente fixado pela Relação – entende-se que nenhuma censura merece o sentido decisório constante do acórdão recorrido.

Na verdade, resultou provado que os resultados dos dois exames realizados pela R. para despistagem de possível patologia oncológica resultaram *inconclusivos* (…); *para remover tais dúvidas, a R. efectuou outro exame, (…) o qual não foi também completamente conclusivo.* Ora, perante tal *acumulação de dúvidas* possíveis acerca da natureza da patologia que afectava o A. – e da consequente necessidade e razoabilidade de ele se sujeitar à intervenção cirúrgica que acabou por realizar – a R. *não recorreu a outros exames auxiliares ou complementares possíveis, nem pediu a opinião adicional de outros colegas na interpretação dos resultados não absolutamente concludentes dos dois exames que realizou (…)* – optando antes por *elaborar relatório clínico em que, com total omissão das dúvidas suscitadas acerca da concludência dos exames realizados, afirmava categoricamente, como conclusão segura do diagnóstico, que o A. padecia de adenocarcinoma (*…).

Ou seja: a R., com tal comportamento, efectivamente violador do dever de diligência que incide sobre um médico anátomo-patologista colocado nas circunstâncias concretas do caso dos autos, afectou o direito do A., como paciente, a optar livre e esclarecidamente pela realização ou não realização da intervenção cirúrgica a que se submeteu (…)".

Levantando, também, a questão da natureza da relação entre médico e paciente, bem como o problema do ónus da prova, gostaríamos de referir, todos do Supremo Tribunal Administrativo, os acórdãos seguintes, mais recentes:

O Acórdão de 29-05-2014, Proc. n.º 0922/11, Relator São Pedro;

O Acórdão de 09-10-2014, Proc. n.º 0279/14, Relator Costa Reis;

O Acórdão de 16-01-2014, Proc. n.º 0445/13, Relator São Pedro;

O Acórdão de 10-09-2014, Proc. n.º 0812/13, Relator São Pedro;

O Acórdão de 24-05-2012, Proc. n.º 0576/10, Relator Adérito Santos;

O Acórdão de 12-04-2012, Proc. n.º 0798/11, Relator António Madureira.

Tendo em conta a exposição já operada dos sumários dos cinco acórdãos que elencámos de início, e o objeto do presente tema de discussão, entendemos

não caber na economia deste trabalho maiores desenvolvimentos ou referências, que poderão, ademais, discutir-se em sede de prova oral.

5. Sendo vasta a Doutrina neste tema, e assistindo nós a uma progressiva densificação e proliferação da jurisprudência em matéria de responsabilidade médica, mais não faremos, por ora, do que colocar em ênfase alguns aspetos da matéria, em jeito de conclusão.

Tendo em conta o contacto que tivemos com estas matérias, especialmente no âmbito do estágio de Advocacia, apraz-nos sublinhar o seguinte:

a) Segundo a Doutrina e a Jurisprudência dominantes, nas ações de responsabilidade médica pode sempre lançar-se mão dos regimes da responsabilidade contratual e extracontratual, delitual ou aquiliana, independentemente do ato médico danoso se ter verificado em contexto de hospital público ou privado. Pela nossa parte, somos de parecer que, existindo em Portugal – ao contrário do que sucede noutros ordenamentos jurídicos – um regime diferenciado para o público e para o privado, a relação entre médico e paciente em hospital público não deve considerar-se contratual, para todos os efeitos legais. O nosso entendimento é, pois, o de que vale para a responsabilidade médica me contexto público, apenas o Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado, não devendo o médico ser demandado diretamente.

b) Segundo a Doutrina e a Jurisprudência dominantes, ao doente cabe a prova da ilicitude – a prova de que o médico violou, ilicitamente, as "leges artis" adjacentes ao exercício da profissão. Se o doente provar isso – que, diga-se "en passant", é o mais difícil, dado o carácter algo aleatório da ciência médica, a sua complexidade e o seu discurso – a negligência médica (a culpa) presume-se. Esta presunção poderá ilidir-se, por exemplo, por referência à culpa do lesado (não revelou a sua história clínica, não efetuou diligentemente tratamentos, etc.) e/ou por referência à culpa do serviço ("faute de servisse", falta/insuficiência/defeito de meios, equipamentos, instrumentos, recursos humanos e outros). Quanto a esta questão assolam-nos as maiores dúvidas, pois, tendo em conta o pressuposto anteriormente referido, parece-nos despropositado que, no contexto de clínica privada, se presuma a culpa do médico, face a um regime tão diferente para o público. Não obstante, gostaríamos de fazer notar que, mesmo assumindo como necessária uma repartição do ónus da prova, ela não favorece o doente, na medida em que a prova da violação das "leges artis" é a "verdadeira prova" do processo, a prova difícil. Assim sendo, talvez a referida presunção de culpa se afigure, afinal, irrelevante no âmbito da responsabilidade médica.

c) A Doutrina e a Jurisprudência portuguesas divergem quanto à questão de saber se a qualificação do ato médico como obrigação de meios afasta a repartição do ónus da prova entre o doente e o médico, havendo quem entenda que essa repartição procede sempre, e quem entenda, pelo contrário, que quando haja uma mera obrigação de meios não se aplica a presunção de culpa do médico.

Embora ilustres vozes doutrinais discordem da distinção entre obrigações de meios e de resultado, e embora a Doutrina dominante entenda que esta não se aplica, pelo menos no âmbito da responsabilidade extracontratual – do médico e/ou do Hospital –, a Jurisprudência tende a lançar mão desta distinção, considerando, em regra, que o ato cirúrgico configura uma obrigação de meios, e que a interpretação de um exame médico/análises clínicas já configura uma obrigação de resultado. Mais uma vez, sobrevêm-nos dúvidas. A verdade é que a distinção entre obrigações de meios e de resultado opera em variadas áreas, com proveito jurídico. Teoricamente, ela parece também ser de valia na responsabilidade médica. Contudo, as decisões jurisprudenciais parecem evidenciar o contrário: a Jurisprudência não domina os conceitos, aplica-os acriticamente, e chega a decisões que contrariam os pressupostos. A verdade é que é muito difícil caracterizar o ato médico como uma obrigação de resultado. Mesmo no caso da anatomia patológica. Mesmo no caso da cirurgia estética. A interpretação de resultados, os diagnósticos e os tratamentos não dependem só da atuação do médico. Somos de parecer que, quanto à interpretação de exames médicos, por exemplo, a Jurisprudência andou mal. A valia da distinção depende, pois, de considerarmos que o ónus da prova deve ou não ser repartido entre o médico e o doente. Sendo certo que não deverá considerar-se a cura, mas apenas o tratamento mais adequado, como *resultado* e, nesta medida, tanto podemos considerar que o ato médico é sempre uma obrigação de meios, como podemos considerar que é sempre uma obrigação de resultado... Independentemente de nos encontrarmos no contexto público ou no privado, já que em ambos os contextos os atos médicos, protocolados, são idênticos. Não se trata de operar uma distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois não é ela que define a natureza da obrigação do médico, que é sempre o cumprimento das boas práticas da profissão de acordo com a vontade do doente, existindo ou não um contrato com este. Assim, resta-nos concluir sublinhando que, num momento de grande proliferação de casos nesta matéria, importa sobretudo definir conceitos e aplicá-los recorrentemente, harmonizando as soluções, em nome das mais elementares exigências de segurança jurídica.

RESPONSABILIDAD DEL INVESTIGADOR EN LOS ENSAYOS CLÍNICOS DE BAJO NIVEL DE INTERVENCIÓN BAJO EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO 536/2014

INVESTIGATOR'S LIABILITY IN LOW-INTERVENTION CLINICAL TRIALS UNDER THE NEW EUROPEAN REGULATION 536/2014

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 495-508.

Fecha entrega: 26/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

MIGUEL VIEITO VILLAR
Investigador en Formación y Perfeccionamiento
Miembro del Grupo de Investigación "Grupo de Análisis Jurídico-Económico" (GI-2037)
Universidad de Santiago de Compostela
miguel.vieito@usc.es

MARIA VIEITO VILLAR
Transnacional Oncology Fellow
Allan Lab, Departament of Experimental Oncology
University of Western Ontario
London, Ontario
mvieito@uwo.ca

RESUMEN: El nuevo Reglamento Europeo sobre ensayos clínicos ha venido a crear los ensayos de bajo nivel de intervención. Se trata de una modalidad específica que ayudará a los centros de investigación de menor tamaño a realizar actividades propias, a un menor coste y con unos trámites burocráticos más cómodos. Dentro de estos ensayos, la figura del investigador se erige en central, como coordinador de la labor de investigación; siendo, por tanto, el objetivo principal en una eventual reclamación de responsabilidad legal por daños causados a participantes. Tras ofrecer un análisis general tanto de la nueva modalidad de ensayos como de los sujetos intervinientes en un ensayo clínico, analizaremos la responsabilidad del investigador en esta nueva modalidad de innovación.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil, ensayos clínicos, investigación médica.

ABSTRACT: The new European Regulation on clinical trials has created, what are called low-intervention clinical trials. This is a specific type of experimentation that may help small research centers to perform their own activities at a lower cost and with a more comfortable bureaucracy. Within these trials, a leading figure stands at the center: the investigator, as coordinator of the research; being, therefore, the main objective in a prospective action for damages and liability from the participants in the research. After a general analysis of both the new kind of trials and the subjects involved in these, we will discuss the liability of the investigator in this new form of innovation.

KEY WORDS: civil liability, clinical trials, medical research.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Ensayos posautorización y ensayos de bajo nivel de intervención.- 3. Los sujetos gestores de ensayos: pluralidad y heterogeneidad.- 4. Responsabilidad civil del investigador.- 5. Crítica al sistema de responsabilidad civil.- 6. Otras responsabilidades del investigador.

1. El nuevo Reglamento europeo de ensayos clínicos (Reglamento 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE) marca una tendencia clara y manifiesta: la promoción del Espacio Común europeo como objetivo primario de las empresas farmacéuticas a la hora de realizar sus ensayos clínicos. De este modo, establece una serie importante de medidas para fomentar los ensayos multicéntricos e internacionales, a la vez que reduce los requisitos y cargas burocráticas de los mismos. Además, los requisitos y exigencias para la extensión de un ensayo o su modificación, se ven relajados en aras del pretendido fomento de esta modalidad investigadora. A este factor esencial de creación del Reglamento se une el de potenciar la Unión como espacio de creación y transferencia de conocimiento, donde el desarrollo de nuevos fármacos incremente el nivel y la esperanza de vida de los europeos, a la vez que permita a los investigadores europeos liderar la innovación en productos terapéuticos.

Una medida de especial interés para promotores e investigadores, en esta línea descrita, es la creación de un tipo nuevo y específico de ensayos clínicos: los denominados "de bajo nivel de intervención". Se trata, como veremos, de una modalidad de ensayos en la que se testan medicamentos ya autorizados, permitiendo a centro de investigación de menor tamaño realizar innovación menos costosa, tanto monetaria como burocráticamente. En definitiva y como veremos, estos nuevos ensayos son un caso particular de ensayos posautorización que, además de por otras notas, se caracterizan por un régimen especial de responsabilidad de sus directores, que se aparta del exigido para ensayos tradicionales.

En su escaso tiempo de vida, debemos indicar, han ocasionado ya reacciones diversas. Por un lado la acogida ha sido buena por algunas asociaciones profesionales, entre las que podemos destacar la Sociedad Europea de Oncología Médica (ESMO) y la Sociedad Europea para la Investigación del Cáncer (EORTC), participantes estas, junto a otras sociedades profesionales y *stakeholders* en la redacción de un documento conjunto de posicionamiento (http://annonc.oxfordjournals.org/content/early/2015/03/22/annonc.mdv

154.full.pdf+html). Mas por otro lado, también han sido manifestadas ciertas voces discordantes por cuanto otras asociaciones , como la Red de Centros de Investigación Clínica del Reino Unido (UKCRC), han manifestado algunas dudas al respecto de la ambigüedad en la definición de los mismos. (http://c.ymcdn.com/sites/www.ukcrcctu.org.uk/resource/resmgr/qa/ukcrc_ctu_response_eu_regula.pdf).

Es nuestra intención, en el presente trabajo, efectuar un comentario y análisis de las peculiaridades de este nuevo tipo de ensayos, y más en concreto del régimen de responsabilidad civil de los investigadores, para el caso de que se produzcan daños en los sujetos de participación de la investigación. Para esto partiremos de los dos textos esenciales a estos efectos: por un lado el Reglamento europeo ya aludido; y por otro el Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro de Estudios Clínicos(http://www.aemps.gob.es/en/informa/proyectosTramitacion/InvClinica/IC_RD-ensayos-etica.htm). Nótese que a día de hoy ninguno de los dos textos ha entrado aun en período de aplicación, pese a estar el primero de ellos en vigor desde el 16 de junio de 2014. Es, por tanto, nuestra pretensión elaborar un análisis previo, un examen avanzado de estos textos que, sin duda alguna, vendrán a revolucionar la investigación médica en nuestro país y, en definitiva, en toda Europa.

2. Si bien, como hemos dicho, los ensayos de bajo nivel de intervención son una figura nueva en el Derecho Biomédico, no lo son su antecedente inmediato: los ensayos posautorización. Estos se encuentran actualmente regulados en los artículos 2.16, 24 y 26 del Real Decreto 577/2013, de 26 de julio por el que se regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano; definiéndolos el primero de ellos como: "Cualquier estudio clínico o epidemiológico realizado durante la comercialización de un medicamento según las condiciones autorizadas en su ficha técnica, o bien en condiciones normales de uso, en el que el medicamento o los medicamentos de interés son el factor de exposición fundamental investigado"

La necesidad de realizar este tipo de estudios, una vez se ha autorizado ya el fármaco, obedece a múltiples razones. En primer lugar los estudios posautorización funcionan como estudios de registro. En este sentido, los ensayos clínicos que se realizan con el objetivo de apoyar la decisión de aprobar un fármaco, presentan criterios que limitan la inclusión de pacientes a aquellos que cumplen una serie de características orientadas a maximizar el efecto del tratamiento, por lo que el primer objetivo de estos estudios posautorizacion es determinar si el beneficio de los fármacos se mantiene

cuando estos son usados en las condiciones de la práctica clínica habitual, con un espectro de pacientes que presentan otras comorbilidades o medicaciones concomitantes, por ejemplo. En segundo lugar estos estudios posautorización permiten determinar la frecuencia real de los efectos adversos identificados durante los estudios de registro, así como identificar otros nuevos que, por su baja frecuencia, solo puedan estudiarse en grupos más amplios de pacientes o identificar riesgos derivados de la concurrencia de otros factores clínicos que se excluyeron durante los estudios de registro. La exigencia de realización de este tipo de estudios, una vez aprobado el fármaco, se vincula, como puede observarse, a sistemas de farmacovigilancia, especialmente para evaluar la seguridad en poblaciones especiales que fueron excluidas en los ensayos originales (menores de edad, personas con discapacidad o personas de edad avanzada). En tercer lugar los estudios posautorización pueden utilizarse para conocer el efecto del tratamiento en la calidad de vida de los pacientes, y los efectos de la aprobación del fármaco en el sistema de salud al poder evaluarse, por ejemplo, el consumo de recursos sanitarios. El poder medir el impacto de la aprobación de un medicamento es un requisito cada vez más necesario para poder justificar decisiones acerca de la financiación de los mismos, por lo que cada vez con mayor frecuencia son las propias autoridades sanitarias son las que obligan a la realización o incluso condicionan la aprobación de un fármaco a la realización de este tipo de estudios.

Sin embargo el Real Decreto 577/2013 establece, en su artículo 24.4, que cuando estos estudios posautorización adopten la forma de un ensayo clínico, específicamente siempre que el tratamiento se asigne de manera aleatorizada, deben de cumplir los mismos requisitos que cualquier otro tipo de ensayo. Esta medida impone así las mismas restricciones que se aplican cuando un producto no ha demostrado su seguridad o eficacia a una situación en la que ya se conoce, cuanto menos con cierta seguridad, el perfil tóxico del fármaco y su efectividad y en la que el mismo tratamiento podría ser prescrito en la práctica clínica, sin necesidad de que el participante participase en el estudio. Esta actitud en exceso garantista pretende proteger a los pacientes de los daños potenciales que pudieran acontecer durante el ensayo termina a largo plazo provocando encarecimientos y dificultades en el proceso de farmacovigilancia. Además, se produce colateralmente un efecto repulsor de la investigación realizada por investigadores académicos o provenientes de centros de investigación de escaso tamaño. Estos no poseen habitualmente ni la entidad, ni el respaldo, ni los medios económicos para hacer frente a un proceso completo de ensayo clínico. Con esto, las ideas, iniciativas y líneas de investigación iniciadas quedan, en ocasiones, huérfanas.

Por su parte y en cierto modo para suplir esta situación de limitación a centros de menor entidad, la nueva legislación establece que serán ensayos

clínicos de bajo riesgo con medicamentos o "de bajo nivel de intervención" aquellos que cumplan las condiciones siguientes (artículo 2.2.3) del Reglamento y 2.4 del Proyecto de Real Decreto):

1ª) los medicamentos en investigación son asignados por protocolo, están autorizados y no se modifican para la realización del ensayo clínico;

2ª) según el protocolo del ensayo clínico, los medicamentos en investigación se utilizan de conformidad con los términos de la autorización de comercialización, o su uso constituye un tratamiento estándar en España aún fuera de los términos de la autorización de comercialización.

3º) los procedimientos complementarios de diagnóstico o seguimiento entrañan un riesgo y carga adicionales para la seguridad de los sujetos que son mínimos comparados con los de la práctica clínica habitual.

Existe una cierta figura intermedia, que podría considerarse como similar a los ensayos de bajo nivel, y es la de estudios posautorización que cumplan los criterios para ser definidos como estudios observacionales posautorización según lo establecido en el Real Decreto 577/2013 y la Orden SAS/3470/2009. Las condiciones exigidas son las siguientes:

1ª) ser prescritos de la manera habitual, de acuerdo con las condiciones establecidas en la autorización;

2ª) asignación del tratamiento determinada por la práctica habitual de la medicina (y no por protocolo);

3º) no se aplicará a los pacientes ninguna intervención, ya sea diagnóstica o de seguimiento, que no sea la habitual de la práctica clínica

Por tanto, estos estudios observacionales se benefician de un relajamiento en los requerimientos, a pesar de que siguen siendo necesarias la aprobación de un Comité Ético y la comunicación a la AEMPS. Sin embargo no podemos considerarlos antecedente de los ensayos de bajo nivel, precisamente por su último requisito: la limitación a la práctica clínica habitual, que parece convertir a estos estudios observacionales en meros estudios epidemiológicos, donde las posibilidades de intervención en el participante son realmente exiguas.

3. Una vez hemos determinado ya el campo de estudio, esto es, qué debemos entender por ensayos de bajo nivel de intervención o ensayos clínicos con bajo riesgo, debemos hacer mención a continuación y de modo sucinto, a los

diferentes sujetos intervinientes en un ensayo clínico. Si bien nos centraremos en la responsabilidad del investigador, es necesario encuadrar a este en un marco más amplio de gestores, tramitadores, financiadores y eventuales directores de un ensayo clínico. Y más aún cuando, como veremos, el propio investigador puede asumir algunas o todas las funciones de las figuras siguientes.

El primer papel a destacar es el de promotor de un ensayo. Se trata de aquella figura que inicia, gestiona y/u organiza la financiación de un ensayo. Colocándolo en términos vulgares, diríamos que es el patrocinador del ensayo, o su impulsor. Este promotor puede delegar sus funciones, subcontratándolas, dando lugar así a un buen número de sub-organismos de gestión de ensayos, de entre los que destacan:

- (*Clinical Trial Asistant*): es aquel auxiliar del promotor encargado de la gestión administrativa del ensayo. Así mismo se encarga de la gestión de las bases de datos, y del envío y recepción de documentación a Agencias gestoras y Comités Éticos.

- CRA (*Clinical Research Associate*): es lo que tradicionalmente se ha entendido como "monitor" del ensayo clínico. Se trata de una figura no recogida específicamente en el Reglamento, pero sí en el Proyecto de Real Decreto (en concreto en su artículo 2.12). El CRA asume una de las funciones más esenciales de los promotores en el texto del Reglamento: la monitorización o el control de la investigación; traduciéndose estas labores en: asegurar el cumplimiento del protocolo del ensayo, auditar las unidades de investigación, comunicar directamente con los investigadores y revisar los CRF (Case Report Forms, o formularios de recogida de datos e incidencias), entre otras

- *Data Manager*: o gestor de datos e historias clínicas de los sujetos participantes en el ensayo

- *Study coordinator*: realiza una atención más cercana al equipo de profesionales médicos e investigadores del ensayo, ayudando a los CRA con la recogida de datos y los CRF, programando las visitas de pacientes o sirviendo de asesor y consultor de los profesionales científicos en caso de dudas. Puede aglutinar también las funciones de Data Manager.

- CRO (*Clinical Research Organization*): se trata de empresas gestoras especializadas en ensayos clínicos. Un promotor con disponibilidad económica puede contratar, a través de CRO, desde el diseño del ensayo hasta selección de investigadores y centros de investigación, pasando incluso por solicitud de permisos y fármacovigilancia.

En oposición a estas figuras, más relacionadas si se quiere con actividades de gestión, burocracia y administración, el investigador es aquella "persona encargada de la realización del ensayo clínico en un centro de ensayos clínicos" (art. 2.2.17 del Reglamento Europeo). En concreto es el profesional con capacidad científica acreditada que actúa como gestor de las actividades concretas del ensayo en el centro de investigación de referencia: información y seguimiento del paciente, recabar el consentimiento informado y gestionar la documentación necesaria. Este investigador contará, generalmente, con un equipo médico al que se encargará de coordinar, entre los que pueden encontrarse personal médico y de enfermería, técnicos de laboratorio y auxiliares; englobándose todos estos en la categoría de "equipo de investigación" (cfr. art. 73 del Reglamento). Dado pues que el investigador es el responsable y coordinador de las labores concretas en un centro de investigación, veremos cuál es su régimen de responsabilidad. No profundizaremos en las responsabilidades que pudieran surgir para el caso, posible y reconocido en el Reglamento (art. 71.3) de que investigador y promotor sean la misma persona.

4. Que un ensayo clínico sea catalogado como de bajo nivel de intervención derivan una serie importante de consecuencias. En primer lugar, las labores de monitorización (art. 48.a del Reglamento) pueden verse relajadas, no exigiéndose un seguimiento tan pormenorizado de los datos del mismo, debido a las características ya expuestas. En segundo lugar, un ensayo de bajo nivel de intervención es susceptible de aplicar el "consentimiento informado en ensayos clínicos por grupos" o "consentimiento simplificado", lo que le permite, en concurrencia con los requisitos establecidos en el artículo 30 del Reglamento, obtener un consentimiento informado verbal. Se trata de una característica ciertamente relevante y con una novedad de calado en la regulación española de la investigación clínica, si bien su estudio en detalle sobrepasa el ánimo del presente artículo. Por último, este tipo de ensayos posee un régimen de responsabilidad específico, con normas propias para el resarcimiento de daños y perjuicios y para el aseguramiento. Es pues en esta singularidad en la que nos detendremos en el presente apartado.

El Reglamento plantea su compromiso con la seguridad del participante, como objetivo fundamental del ensayo (cfr. Considerando 1, art. 3 y art. 27). En este sentido, los daños que se irroguen a aquel, deben ser indemnizados a través de mecanismos idóneos para tal efecto. Estos podrán adoptar la forma de seguros, garantías o un mecanismo similar equivalente de satisfacción de la parte dañada. La exigencia de estos mecanismos se completa con una llamada al Derecho nacional, para la decisión de si este mecanismo debe o no activarse. Así mismo, elementos centrales de la responsabilidad como el nivel y la cantidad concreta de resarcimiento, los conceptos indemnizables e

incluso el nexo de causalidad, deberán ser examinados (Considerando 61) conforme a nuestro Derecho. Con esto, no existe gran novedad con respecto al sistema anterior, es decir, sigue exigiéndose un aseguramiento completo para las actividades de investigación.

No obstante, el caso de ensayos de bajo nivel de intervención sí presenta una novedad importante y propia y es que los investigadores (y, por extensión los promotores) no tienen obligación legal de contratar un sistema de aseguramiento específico. Es decir, los daños y perjuicios irrogados a los participantes se verán satisfechos por el aseguramiento propio, individual o colectivo, que el investigador en cuestión tuviese ya contratado para el ejercicio habitual de su profesión. Así lo recoge el artículo 9.4 del Proyecto de Real Decreto, en desarrollo de lo plasmado en el artículo 76.3 del Reglamento.

Otra importante particularidad es la regulación en el Real Decreto de ciertos extremos que afectan a la responsabilidad. Tal es el caso, por ejemplo de los conceptos eventualmente indemnizables, que alcanzarán las cantidades mínimas establecidas: 250.000€ como responsabilidad garantizada por sujeto de ensayo. Además destaca el establecimiento de una presunción legal, debemos creer que iuris tantum, de que los daños sufridos por el sujeto durante el tiempo del ensayo y hasta un año después, se deben al mismo ensayo. Operarán como límites al resarcimiento aquellos riesgos que fuesen comunicados al paciente y que fuesen objeto de su consentimiento informado; de tal modo que la manifestación fáctica de aquellos, en principio, no será indemnizable. Debemos indicar además que en los ensayos de bajo nivel, al emplearse medicamentos autorizados, las fichas técnicas y prospectos operarán del mismo modo, transformando en previsibles los riesgos que pudiesen ocasionar daños en el futuro.

Más allá de las características indicadas, el sistema de responsabilidad civil de investigadores y profesionales intervinientes, seguirá el esquema tradicional de la responsabilidad civil. En primer lugar desligaremos responsabilidad civil y eventual responsabilidad administrativa en función de la titularidad del centro de investigación y la naturaleza de la actividad realizada. De tal modo, los ensayos de bajo nivel realizados en centros privados darán genuinamente ocasión a responsabilidad civil, mientras que la que realicen centros públicos podrá ocasionar responsabilidad administrativa, con eventual ejercicio de acciones contra la Administración correspondiente. En segundo término, la responsabilidad podrá catalogarse de contractual o de extracontractual según entendamos que nace de la relación existente entre investigador y participante o de si la causa es externa a tal relación; en cualquier caso, y en aplicación de la teoría de la unidad de culpa civil seguida por nuestra jurisprudencia reciente, es posible que el deslinde entre ambas figuras no sea, a efectos

prácticos, relevante en el caso concreto. En tercer lugar, la responsabilidad será, en cualquier caso, subjetiva, es decir, que debe probarse en cualquier caso la concurrencia de una actuación disconforme con la *lex artis ad hoc* del investigador para poder perseguir el resarcimiento correspondiente. Este punto posee, como único matiz, la presunción de la que hemos hablado, por cuanto haría recaer la posibilidad de aportar prueba en contrario en el investigador correspondiente (inversión de la carga de la prueba). Así lo entiende el artículo 9.5 del Proyecto de Real Decreto, al indicar que les corresponde "la carga de la prueba de que no son consecuencia del ensayo clínico o de las medidas terapéuticas o diagnósticas que se adopten durante su realización".

La responsabilidad del investigador alcanzará la cantidad de su seguro habitual, pero en caso de que esta cantidad no alcanzase a la indemnización fijada, el Proyecto de Real Decreto determina la solidaridad entre investigador, promotor y centro de investigación, pudiendo el perjudicado, por tanto, dirigirse contra cualquiera de ellos; sin perjuicio de una eventual acción de regreso entre ellos, de ser posible. Esta cuestión nos hace preguntarnos también cual sería la responsabilidad del investigador coordinador, en caso de daños producidos por un miembro de su equipo, o cual sería el régimen de responsabilidad cuando más de uno de los investigadores puede ser el responsable del daño. Para esta cuestión adoptaremos la tesis mayoritaria en la doctrina española de solidaridad en caso de pluralidad de agentes en un daño extracontractual, aunque deberemos diferenciar entre la causación colectiva en la que no es posible atribuir cuotas de participación y aquellas en las que sí, aplicando mancomunidad en el segundo de los supuestos. Así mismo, creemos que la responsabilidad del investigador principal será directa, sin perjuicio de una eventual acción de repetición contra alguno de sus agentes, en caso de que fuese posible una individualización de la causa.

5. Moviéndonos a un campo crítico con la regulación de esta responsabilidad, debemos indicar que la normativa resulta un tanto ambigua en la definición de varios aspectos. En primer lugar, existen dudas acerca de lo que constituye un uso habitual de un fármaco. La laguna legal deberá colmarse, creemos, con la consideración del Comité Ético correspondiente, con la consecuente falta de seguridad jurídica en promotores e investigadores. En segundo término, ni la legislación europea ni la española en desarrollo parecen hacer mención a la relación potencialmente existente entre medicamentos off-label, utilizados fuera de indicación o de uso compasivo, y los ensayos de bajo nivel de intervención. De tal modo, creemos que la irrupción de esta nueva figura de ensayos podría desplazar los usos compasivos por cuando una pluralidad de casos de uso compasivo con éxito tendría que atestiguarse con un método

científico válido, como el derivado de ensayos clínicos; dándose por tanto mayores garantías, un proceso regulado y unos datos más sólidos y fiables. Además, en la utilización compasiva del medicamento los efectos producidos no se comunican directa y completamente a la comunidad científica, mientras esto si acontecerá con las exigencias de publicidad de los datos del nuevo Reglamento europeo y, especialmente, en el Registro español de estudios clínicos.

Otro punto que tampoco parece abordarse y que afecta a los posibles daños en los participantes, es si el concepto de ensayo clínico de bajo nivel de riesgo se aplicaría al uso en combinación de varios fármacos aprobados. Es frecuente que cuando dos fármacos se usan por primera vez en combinación aparezcan interacciones entre ellos ya sea porque uno de ellos altera los niveles o el metabolismo del otro (farmacocinética) o bien porque el efecto de uno de ellos en el organismo, interacciona con el otro (farmacodinámica). Este hecho es particularmente problemático pues en la práctica clínica la mayor parte de los pacientes (particularmente los de edad avanzada) e encuentran polimedicados, mientras que en los ensayos clínicos se excluyen por protocolo a los pacientes que toman múltiples medicaciones. Es, por lo tanto, especialmente importante estudiar durante la fase de posautorización cualquier efecto secundario que aparezca durante la combinación de dos fármacos. No obstante, dado el riesgo de interacciones que puedan resultar en una mayor toxicidad o menor eficacia, nos parece razonable excluir aquellos ensayos que se basen en el uso por protocolo de dos fármacos que a pesar de estar aprobados para su uso en monoterapia no tengan evidencia suficiente acerca de su uso en combinación, del concepto de ensayo clínico de bajo nivel de riesgo. Además, una interpretación restrictiva de las definiciones legales, nos acercaría a esta conclusión; nos inclinamos por esta al entender que deben maximizarse, teniendo en cuenta el tenor general de la norma, el control y la seguridad de los pacientes.

6. Además de la responsabilidad civil que, como hemos visto, afecta principalmente al aseguramiento ad hoc y admite ciertas precisiones del Real Decreto en desarrollo; el investigador puede ser sujeto a otras responsabilidades, bien penales, bien administrativas.

Será así sujeto de responsabilidad penal en el caso de que se produzcan daños de tal cuantía y con las características tales que justifiquen incluirlos en un tipo penal. Será pues el Derecho penal español el que deberá aplicarse a aquellos actos realizados, en principio, en centros de investigación, tanto públicos como privados, situados en territorio español. No debemos dejar de mencionar que la acción penal habrá de hacer surgir una responsabilidad civil

derivada del ilícito criminal, que se exigirá dentro del propio proceso Penal o en el Civil separado.

Si bien a priori pueda parecer insólita la exigencia de responsabilidades penales en el ámbito de un ensayo clínico, esto no es desconocido en la práctica. Citemos el ejemplo de GlaxoSmithKline, (tercera empresa farmacéutica del mundo en volumen de negocio) condenada junto al investigador coordinador de una vacuna contra la otitis y la neumonía ensayada en Argentina durante los años 2007 y 2008, a indemnizar a las familias de 14 bebés fallecidos en el transcurso del ensayo.

Más común y potencialmente con mayor incidencia es la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones propias del investigador. Tanto el Proyecto de Real Decreto como el Reglamento europeo establecen un régimen estricto de obligaciones administrativas del investigador, que estará sujeto incluso a régimen de infracciones y sanciones. Sin ánimo de detallarlas aquí, si haremos referencia a aquellas obligaciones que se refieren a las GCP (*Good Clinical Practices* o Buena Práctica Clínica). Se trata de normas creadas por la Conferencia Internacional en armonización sobre requerimientos técnicos para el registro de productos farmacéuticos con fines humanos (ICH en sus siglas en inglés), que se positivizan en el Reglamento europeo y en el Proyecto de Real Decreto (vid art. 39, en el Capítulo VIII, rotulado "Normas de buena práctica clínica"). Entre ellas se encuentran:

1º) Conocer a fondo las propiedades de los medicamentos en investigación.

2º) Recoger, registrar y notificar los datos de forma correcta y garantizar su veracidad.

3º) Notificar inmediatamente los acontecimientos adversos graves al promotor y seguir las instrucciones respecto a la notificación de acontecimientos adversos establecidas en el protocolo.

4º) Garantizar que todas las personas implicadas respetarán la confidencialidad de cualquier información acerca de los sujetos del ensayo, así como la protección de sus datos de carácter personal.

5º) Informar regularmente al Comité Ético de investigación con medicamentos de la marcha del ensayo.

La obligación del médico como investigador de dejar constancia por escrito de forma imparcial y objetiva no solo de los efectos secundarios que sucedan durante el ensayo sino también establecer si, según su propio criterio, la causa más probable de los mismos ha sido propia o ajena a dicho

ensayo, constituye una de las bases de la investigación clínica. Dicha imparcialidad y objetividad puede verse perturbada no obstante debido al hecho de que un investigador pueda resultar directamente responsable por medio de su seguro de responsabilidad. A fin de cuentas, el investigador estará poniendo en riesgo su seguro (y eventualmente un aumento de las cuotas del mismo) en base a hechos que él mismo debe catalogar como nacidos del ensayo o provenientes de líneas causales adyacentes (conducta del paciente, patología del paciente o irrupción de intervención de terceros). Creemos, en definitiva, que la declaración del investigador y las comunicaciones de efectos adversos, no debieran tenerse como pruebas de cargo en su contra, pues lo contrario sería entender que está el investigador obligado a declarar contra sí mismo y sus propios intereses. Sería de buena técnica aplicar a estas comunicaciones el mismo régimen que se sigue para el SiNASP (Sistema de Notificación y Aprendizaje para la Seguridad del Paciente) y la comunicación de eventos adversos en la clínica: no punibilidad, confidencialidad y anonimato.

BREVE PANORAMA DE LA NEGLIGENCIA Y LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN ESTADOS UNIDOS

OVERVIEW OF NEGLIGENCE AND PRODUCT LIABILITY IN THE UNITED STATES OF AMERICA

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 509-522.

Fecha entrega: 30/04/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

VICENTE GOMAR GINER
Adjunto 2º a la Secretaría General del IDIBE.
Abogado en el departamento fiscal en KPMG
vicentegomar@hotmail.com

RESUMEN: La negligencia en Estados Unidos está basada en cuatro elementos que determinarán su existencia, que son el deber, el incumplimiento del deber, la relación de causalidad y los daños. Sin embargo, debido al fuerte peso de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico norteamericano, existen multitud de supuestos, algunos muy importantes, que explicaremos a continuación. Además, nos centraremos en la responsabilidad por productos defectuosos, una de las especificaciones de la negligencia más importantes en los Estados Unidos, centro neurálgico del capitalismo puro.

PALABRAS CLAVE: negligencia, Estados Unidos, responsabilidad, producto defectuoso,

ABSTRACT: The negligence in the US is based on four elements: duty, breach of duty, proximate cause/direct cause, and damages. However, due to the great influence of precedent case laws in the American system, there are very different cases, and some of them very important, which will be explained hereafter. Moreover, we will focus on product liability, which is one of the main specifications of negligence in the US, the essence of capitalism.

KEY WORDS: negligence, United States of America (USA), liability, defective product.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. Deber (*duty*).- 3. Incumplimiento (*breach of duty*).- 4.- Relación de causalidad (*proximate cause/direct causation*).- 5. Daños (*damages*).- 6. Precisando algunos conceptos.- 7. Asunción del riesgo por realización de actividades peligrosas.- 8. Responsabilidad por productos defectuosos.

1. En Estados Unidos, para acreditar la negligencia que alega, el demandante debe probar la existencia de cuatro elementos, con el fin de obtener un resarcimiento por daños. A) Un deber (*Duty*): estándar de cuidado esperado del demandado. B) Un incumplimiento de un deber (*Breach of duty*): el comportamiento del demandado está por debajo de ese nivel estándar de cuidado. C) Una relación de causalidad (*Proximate cause/Direct cause*): la infracción causó la lesión. D) Daños (*Damages*): algún tipo de daño físico o material (*property*).

Hay que resaltar que los elementos son completamente diferentes a los elementos de los agravios (*torts*) intencionales.

2. En primer lugar, comenzando por deber (*Duty*), cabe preguntarse si existe una ley que establezca el nivel estándar de cuidado esperado por una persona normal prudente y razonable y, si existe, observar qué dice. Si se produce la violación de un estándar legal de cuidado se presumirá en forma concluyente que el demandado se encontraba bajo un deber e incumplió ese deber. Es lo que se llama negligencia *per se* (*negligence per se*). En estos casos, el demandante debe probar que se encontraba dentro de la clase de personas que la ley tenía intención de proteger.

Un ejemplo de norma sería el límite de velocidad. Por ejemplo, el límite de velocidad en una autovía interestatal es de 65 millas por hora. Así que diríamos que 65 millas por hora es el estándar de cuidado fijado por la norma para cuando conduzcas en la autovía.

Cabe resaltar que la negligencia *per se* queda excusada cuando el cumplimiento de la norma fuese más peligroso que violar la norma o cuando el demandado fuese incapaz de cumplir la norma.

Si no hay norma, entonces la ley usa lo que llama "estándar de persona razonable". Este estándar hace referencia a cómo actuaría una persona normal, prudente y razonable bajo similares circunstancias.

Por ejemplo, tomemos la norma sobre la velocidad límite. Ahora, suponiendo que la autovía está cubierta de nieve y hielo, es de entender que una persona razonable no conduciría a 65 millas por hora, aunque ese sea el límite de velocidad. Sin embargo, no hay una norma que especifique a qué velocidad se debe conducir cuando la autovía está nevada y con hielo.

Por tanto, el tribunal tendrá que determinar cómo actuaría una persona, normal, prudente y razonable cuando la autovía esté cubierta de nieve y hielo. Podemos tener otra gente que testifique sobre cómo las carreteras estaban ese día. Todas estas condiciones ayudarían al tribunal a establecer que habría hecho una persona razonable.

Ahora bien, este deber de cuidado debe ser determinado. Supongamos un ejemplo en el que Robbie estaba tomando el sol en la playa. Para determinar cuál es el deber de cuidado que tiene, primero hay que preguntar si hay alguna norma que exija que alguien que está tranquilamente en la playa tiene que rescatar a una persona que se está ahogando. Si es que sí, entonces la norma establecería la concreta responsabilidad que se le puede exigir. Si es que no, entonces tenemos que preguntarnos cómo actuaría una persona normal, prudente y razonable en una situación similar.

Además, hay que tener en cuenta que este deber de cuidado sólo se genera ante demandantes previsibles, es decir, por generar riesgos que previsiblemente podían causar una lesión al demandante. Si, por su parte, los riesgos que hubiese generado el demandado por la conducta negligente fueran imprevisibles, entonces no se le impone un deber de cuidado.

Aquí cabe destacar el caso Palsgraf, que supone un antes y un después, cuyos hechos son los siguientes:

Un tren sale de la estación de Long Island en los años 20. Un hombre empieza a correr para coger el tren que estaba saliendo de la estación. El conductor consigue alcanzar al afanado corredor, le empuja hacia adentro del tren que estaba en marcha. Sin embargo, al saltar se le cae al señor una maleta-que contenía fuegos artificiales a las vías del tren. Al caer, la maleta explota, generando una onda expansiva tal que hace temblar todo, incluyendo la estación del tren, cayendo algunos trozos, entre ellos una balanza que golpea en la cabeza de la señora Palsgraf.

Para resolver este caso había que cuestionarse si era predecible que cuando el conductor alcanzase al hombre y lo empujara hacia dentro del tren, la balanza caería sobre la cabeza de la señora Palsgraf. La respuesta fue no. Se consideró que, si bien los empleados habían actuado de manera negligente al ayudar a subir al pasajero cuando el tren estaba en movimiento, las lesiones que sufrió

la demandante no fueron causadas por esta negligencia, ya que la demandante no fue previsible para el demandado al encontrarse fuera de la "zona de peligro". Se consideró que se produjeron muchos eventos que no eran predecibles. Se podría considerar que era predecible que el hombre, al intentar saltar para entrar al tren, se cayera o se resbalara, pero no que ocasionara una explosión. Por tanto, se consideró que la señora Palsgraf no se encontraba dentro de la "zona de peligro" previsible. Palsgraf v. Long Island Railroad (Ferrocarril de Long Island), 248 N.Y. 339, 162 N.E. ("N.E.") 99 (1928).

Por último, supongamos un propietario de un restaurante McDonald's que en las últimas 3 semanas ha sufrido 10 robos y sus empleados han sido lesionados.

Cada robo es un incidente. Cada incidente pone al propietario "bajo aviso" de que hay un problema. Como el propietario está avisado de que hay un problema, su deber se incrementa, por lo que tiene un estándar de cuidado más elevado. Ahora el propietario debe tomar medidas extra para proteger a sus empleados y su estándar de cuidado es el de "un propietario de un restaurante que haya sufrido robos diez veces antes". El tribunal, en caso de que volviese a ocurrir, consideraría que el propietario tendría que haber tomado precauciones porque estaba bajo aviso.

Para establecer el deber de cuidado se debe comparar con los propietarios de tiendas del mismo sector, en este caso, de tiendas de comida rápida y, además, con el de los otros propietarios de restaurantes similares que trabajan en áreas de alto nivel criminológico. Existe un estándar en cada industria que fija el estándar de cuidado. Por ello, esto no significa que el propietario tenga el deber de proteger a sus empleados de todos los riesgos de sufrir un daño, sino solamente respecto de esos estándares.

3. En segundo lugar, en cuanto al *Breach of the duty*, el demandante tiene que probar que el demandado infringió su deber de cuidado, es decir, que el demandado actuó por debajo de los estándares fijados por la ley o que no actuó como actuaría una persona razonablemente prudente a efectos de evitar crear riesgos de lesiones no razonables a otros. Un tribunal tendría que determinar esto después de escuchar el testimonio de los peritos [FA-CHANG CHENG: "The Current Trend of Allocating the Burden of Proof through Medical Malpractice Civil Action in the United States", *Fu-Jen Journal of Medicine* (2010), Vol. VIII, No.4, pp. 192].

Siguiendo con el ejemplo anterior, si Robbie es un socorrista, entonces él debería haber ayudado a la mujer que se estaba ahogando.

Cabe destacar aquí la doctrina del *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) dictada en una sentencia Scott v London & St. Katherine's Docks (1865) 3 H & C. Este principio se desarrolló para situaciones en las que la negligencia sólo puede ser inferida y la causa exacta no puede ser demostrada por el demandante. En este caso, el demandante resultó lesionado tras ser golpeado por seis grandes bolsas de azúcar que cayeron desde el almacén del demandado. La cuestión que surgió era si el demandado era responsable, aunque el demandante solo pudiese inferir la negligencia. El tribunal consideró que "cuando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandante o de sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos, si quienes están encargados de controlar la situación no actúan con diligencia, a falta de una explicación por parte del demandante, constituye prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de negligencia". Por tanto, este principio hace referencia a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Ahora bien, para que se pueda aceptar se tienen que dar tres requisitos: 1) que el suceso se haya producido por culpa del demandado, y no por ausencia de culpa, 2) que el evento dañoso se produzca por algo que se engloba en la ámbito de disponibilidad y control del demandado y 3) que el daño no haya sido causado por un comportamiento culposo del demandante.

4. En tercer lugar, la relación de causalidad existe cuando las lesiones han sido causadas por la actuación del demandado en forma real, que sería causa de hecho, e inmediata (*proximate cause*), que sería causa de derecho.

La causa real suele venir determinada por una de las dos pruebas. La primera trata de establecer que, si no se hubiese llevado a cabo la conducta del demandado, la lesión no se hubiera producido. La segunda, llamada la prueba del "factor sustancial", se da en aquellos casos en los que el daño ha sido fruto de varias conductas, y significa que se considerará como causa real la conducta del demandado si supuso un factor sustancial para causar la lesión.

La causa inmediata (*proximate cause*) hace referencia a la relación de causalidad legal. Esto significa que, además de que se considere que la conducta fue la causa real, se debe aceptar que esta conducta ha resultado en lesiones que fueron previsibles, tal y como hemos hecho referencia anteriormente en el caso Palsgraf [OWEN, D.G.: "The five elements of negligence", *Hofstra Law Review* (2007), Vol. XXXV, Nº. 4, pp. 1679 a 1681]. De hecho, en el caso Palsgraf se consideró que no había causa inmediata (*proximate cause*).

5. En cuarto lugar, como consecuencia de la negligencia, el demandado debe de haber causado algún tipo de daño físico o mental, o ambos.

Estos daños han de ser reales y probados por el demandante, dado que estos no se presumen. Dentro de los daños personales, los casos de daños físicos se pueden justificar con facturas médicas, de hospitalización… mientras que para probar los daños mentales puede basarse en el dolor y el sufrimiento que ocurrió como resultado de la lesión.

Además, cabe destacar los daños punitivos (*punitive damages*), que conllevan sanción, en aquellos casos en los que la conducta del demandado fue llevada a cabo de manera voluntaria, descuidada, maliciosa o peligrosa, es decir, agravada.

Por su parte, cuando nos encontramos ante supuestos de daños a la propiedad, debemos distinguir dos casos. Cuando el bien puede ser reparado, el demandante tendría derecho al costo de la reparación. Cuando el bien no puede ser reparado, el demandante tendría derecho al valor justo del mercado del bien en el momento en que fue dañado ese bien [OWEN, D.G.: "The five elements of negligence", cit., pp. 1685 a 1686].

Además, hemos de resaltar la doctrina del "deber de mitigar", según la cual los demandantes están continuamente bajo ese deber de mitigar o minimizar sus daños tomando cualesquiera medidas razonables necesarias que se requieran para preservar la propiedad dañada o para mejorar la salud y tratar las lesiones. Esta doctrina aparece en una sentencia de 1677, recaída en el caso Vertue v. Bird que aplicó la regla consistente en que el deudor no estaba obligado a responder por una parte de los daños que pudieron haber sido evitados por el acreedor por medio de esfuerzos razonables, atendidas las circunstancias.

En resumen, se necesitan 4 elementos para demostrar la negligencia: 1. Demostrar que el demandado tenía un deber legal. 2. Probar que el demandado actuó por debajo de ese deber. 3. Probar que, el hecho de haber actuado por debajo de esos niveles exigibles, causó las lesiones al demandante. 4. Probar las lesiones del demandante.

6. Me referiré a continuación a una serie de conceptos que me parecen dignos de ser destacados, en el primer lugar al defensa de la negligencia.

En Estados Unidos hemos de resaltar la existencia de dos sistemas distintos: la negligencia contributiva (*contributory negligence*), anterior en el tiempo, y la negligencia comparativa (*comparative negligence*), posterior y que, además, se corresponde con la forma de resolver casos similares en España. En Estados Unidos, cada estado sigue, o un sistema, u otro. Mientras que solo 5 jurisdicciones siguen la doctrina de la negligencia contributiva pura, como

son los estados de Alabama, Maryland, Virginia y de North Carolina, así como el Distrito de Columbia, 45 estados siguen la doctrina de la negligencia comparativa pura (12 estados) o un sistema matizado de negligencia comparativa.

El sistema de la negligencia contributiva (*contributory negligence*) comenzó con la sentencia inglesa dictada en el caso Butterfield v. Forrester 11 East 60 (K.B., 1809).

En este caso, Forrester (demandado) estaba arreglando su casa, que estaba al lado de la carretera, y dejó una gran madera en la calle que cubría aproximadamente la mitad de la calzada. Butterfield (demandante), alrededor de las 8 de la noche, salió de una taberna y comenzó a galopar con su caballo. Al llegar a la altura de la casa, el caballo tropezó con la madera, lo que hizo que tanto el caballo como el jinete cayeran al suelo, y Butterfield sufrió una serie de heridas. Por tanto, Butterfield demandó a Forrester por los daños que había sufrido. Sin embargo, el juez rechazó la acción al apreciar una excepción completa, a modo de defensa del demandado, según un nuevo estándar: la negligencia contributiva. El juez consideró que, para que procediese la acción de responsabilidad, debía de darse una doble condición: por una parte, que existiese negligencia del demandado, como así se admitió, al haber dejado la madera en medio de la calzada, pero también que el demandante hubiese sido diligente, prestando la debida atención para evitar el obstáculo, extremo que se consideró que no existió. En este caso, se estableció que, al ser las-8 de la tarde, y estar empezando a encenderse las farolas, podía reconocerse la existencia de un obstáculo a 100 yardas de distancia, por lo que, si el demandado no hubiera cabalgado al galope, se habría podido evitar la colisión.

Sin embargo, con el caso también inglés de Davies v. Mann-[10 M. & W. 545 (Ex., 1842)] se produjo una corrección de la doctrina anterior. La demanda, al igual que en el caso anterior, se rechazó y dio lugar a una solución igual a la que se habría llegado con la doctrina anterior, pero modificando la argumentación, ya que introdujo la teoría denominada *last clear chance*.

Los hechos enjuiciados son los siguientes: Davies (demandante) deja pastando a su asno en un lugar muy cercano a la carretera y Mann (demandado), que conducía un carruaje con tres caballos a una velocidad superior a la permitida, arrolló al asno, que falleció instantes después. Por tanto, existía culpa tanto de Davies, por dejar al asno pastando en un lugar donde no era prudente, pero también de Mann, al conducir a una velocidad muy superior a la normal. El juez Baron Parke sentenció que la culpa de la víctima no podía ser alegada exitosamente, dado que el demandado, aunque tuvo la última oportunidad para evitar el accidente, no la utilizó. Así pues, el

Baron Parke expuso "aunque el asno estaba donde no debía, esta circunstancia no exime al demandado del deber de circular a una velocidad tal que pueda evitar daños. Si así no fuera, cualquiera podría pasar por encima de mercancías dejadas en la calle, atropellar a un hombre dormido en la calle o chocar intencionadamente contra un carruaje que circulara en contra dirección".

Por tanto, esta teoría considera que el demandado debe evitar el accidente siempre que tenga la última oportunidad de hacerlo, aunque la víctima se haya puesto en peligro, lo que determina la negligencia

Por último, el *Common Law* ha evolucionado hacia el sistema de negligencia comparativo, considerándose más equitativo. Aquí encontramos la *pure comparative negligence*, que defiende que el demandante tiene que tener una negligencia que no sea "mayor o igual" que la del demandado para poder accionar contra él, y la *modified comparative negligence*, que defiende que la culpa del demandante tiene que haber sido "menor" que la del demandado.

Por tanto, para ver los distintos efectos que producen, vamos a basarnos en un ejemplo y resolver aplicando las distintas teorías. Supongamos que un día una persona está cruzando la calle y mira arriba porque le sorprende un pájaro que está en el cielo durante 10 segundos. Sin embargo, en ese momento un conductor borracho, yendo a 100 millas por hora, le atropella. El juez considera que el conductor del coche fue un 99% negligente, mientras que la persona que estaba cruzando la calle fue un 1% negligente.

Pues bien, si este supuesto ocurre en un estado donde rige la teoría de la negligencia contributiva, el demandante, que sería la persona que cruzaba la calle, no recibiría absolutamente ninguna reparación por parte del conductor del coche, ya que la persona que cruzaba ha tenido un comportamiento parcialmente negligente, aunque sea solo de un 1%, al haber cruzado la calle sin prestar atención al coche que se dirigía hacia ella.

Ahora bien, si el mismo supuesto ocurre en un estado donde rige la doctrina de la negligencia comparativa, el demandante sí que recibiría una reparación, que consistiría en la cuantía estimada por el juez que suponen los daños, menos su negligencia. Por tanto, si el juez considera que el demandante debería de recibir 100.000 dólares por los daños sufridos, lo que realmente recibiría sería 100.000 dólares, menos 1.000 dólares (al haber sido un 1% negligente), por lo que la cuantía final sería de 99.000 dólares.

7. Me centraré ahora en la asunción del riesgo: se da en aquellos casos en los que el demandante ha sufrido una serie de daños como consecuencia de la

realización de una-actividad que es peligrosa en sí misma, y, por ello, se considera que asumió los riesgos voluntariamente, como puede ser el paracaidismo o el puenting.

Aunque la aplicación de la doctrina de la asunción del riesgo no requiere que se pruebe la negligencia, frecuentemente coincide la negligencia en sí misma, porque el encuentro voluntario con un riesgo conocido por parte del demandante normalmente será negligente. Sin embargo, el alcance de la doctrina también incluye el comportamiento no negligente, ya que, si no, la doctrina habría sido superflua, porque cualquier negligencia por parte del demandante sería una completa prohibición. Por ejemplo, supongamos que el propietario de una pista de patinaje sobre hielo negligentemente prepara la pista de hielo de tal manera que la hace irrazonablemente deslizante. El demandante se da cuenta de que el hielo está muy deslizante, pero aun así continua patinando hasta que se cae y se lesiona. Si el demandante demanda al propietario hay dos posibles defensas existentes en el *Common Law*: primero, que el demandante fue negligente, por ejemplo, porque su conducta cayó por debajo del estándar de cuidado razonable. Segundo, el demandado afirmaría que el demandante asumió el riesgo de que podría resultar lesionado, independientemente de la negligencia. Si el juez considera que una de las dos doctrinas puede ser aplicables, la reclamación del demandante queda complemente bloqueada. Ahora bien, en muchas ocasiones ambas doctrinas pueden ser aplicadas.

Sin embargo, en otros casos las dos divergen. La asunción del riesgo también se aplica cuando el demandante no era consciente de la negligencia del demandado, pero había mostrado su acuerdo con el demandado para probar con alguna actividad de riesgo. Los tribunales sostienen que este consentimiento dispensa cualquier reclamación de negligencia [DE WOLF, D.K., y HANDER, D.G.: "Assumption of risk and Abnormally Dangerous Activities", *Montana Law Review*, Vol. LI, pp. 164 y 165].

8. Me detengo, por último, en el análisis de la responsabilidad por productos defectuosos

En esta materia se englobaría las habituales preguntas que se hace la gente a pie de calle como: ¿Deberían las compañías de tabaco pagar por un cáncer de pulmón causado por fumar cigarros? Pues bien, la responsabilidad por productos defectuosos es el área del derecho que se encarga de los consumidores lesionados por productos defectuosos y que se basa en el proceso por responsabilidad de producto defectuoso o *product liability lawsuit*.

En los EEUU, esta normativa se caracteriza por gozar de una gran diversidad y parcialidad entre los estados, ya que prácticamente todos los Estados cuentan con una normativa que regula los daños causados por productos defectuosos. Ahora bien, el carácter fuertemente jurisprudencial y la no existencia de una normativa común para todos los estados pone de manifiesto la conveniencia de leyes modelo que, aunque no sean vinculantes, supongan una guía para los jueces y legisladores de todos los Estados. En este aspecto hemos de destacar el *American Law Institute* (ALI), que se trata de un organismo privado compuesto por juristas de prestigio y donde se realizan los *Restatements of Law* en los que se plasman las normas que rigen diferentes instituciones jurídicas norteamericanas.

En el caso concreto de los productos defectuosos, la demanda tiene que basarse en una de estas tres teorías: el incumpliendo de la garantía o *breach of a warranty*, la negligencia o *negligence* y responsabilidad estricta o *strict liability in tort*. Por tanto, el juicio de responsabilidad por productos defectuosos será un proceso dirigido contra un fabricante basado en una de las tres teorías mencionadas.

En primer lugar, analizaremos la teoría del incumplimiento de la garantía. Cabe destacar que una garantía es una promesa de calidad del producto. Esta garantía puede ser expresa o implícita. Las garantías expresas pueden ser manifestadas oralmente o de manera escrita. Ahora bien, si no se ha manifestado oralmente ni por escrito por el vendedor, el comprador no tiene garantía expresa. Eso sí, debe estar basado en un hecho, no en una opinión. De hecho, las opiniones son también llamadas *puffing in law*. Por tanto, si el vendedor no quiere dar una garantía expresa en un producto, basta con que no diga nada ni lo escriba por escrito.

Sin embargo, también existe la garantía implícita, la cual no es dada ni oralmente ni de manera escrita, por lo que el comprador la obtiene sin que nada sea dicho ni escrito. Esta garantía implícita puede ser de dos tipos: las garantías implícitas de comercialización o *the implied warranty of merchantability* y las garantías de idoneidad para un fin particular o *the implied warranty of fitness for a particular purpose*. La primera garantiza que el producto es "adecuado para su propósito ordinario". Por ejemplo, el propósito ordinario de un teléfono móvil es hacer y recibir llamadas, mensajes de texto, etc. por lo que si el teléfono no recibe llamadas, y la compañía telefónica rechaza el devolverte el dinero o arreglar el teléfono, se podría demandar por incumplimiento de la garantía implícita de comercialización. Esta garantía solo puede ser otorgada por un minorista o detallista, lo que significa que el producto se tiene que haber comprado en una tienda, por ejemplo, para obtener esta garantía. Por su parte, si esta compra se lleva a cabo en la página de subastas por Internet Ebay, por ejemplo, es dudoso si se obtendría esta garantía con el producto.

El segundo tipo de garantía implícita es la garantía de idoneidad para un fin particular. Para tener esta garantía, debe haber una conversación entre el comprador y el vendedor. En esa conversación, el comprador debe preguntar al vendedor si el producto funcionará de una cierta manera, es decir, si puede satisfacer adecuadamente un fin particular o concreto. El vendedor debe responder y esa respuesta del vendedor es la garantía. Es importante resaltar su tremenda similitud con la garantía expresa en forma oral, por ello lo más conveniente es demandar por las tres garantías y dejarle al juez que lo resuelva, puesto que es muy complejo definir la diferencia [ROSS, K., y PRINCE, J.D.: "United States", *Product Liability in the Asia-Pacific*, 3ª ed. (2009): Federation Press, Cap. 21, pp. 468 a 470].

En segundo lugar, hemos de destacar la teoría de la negligencia o *negligence*. Recordemos que el demandante tiene la carga de probar los cuatro elementos de la negligencia, ya que se aplican las reglas vistas previamente. Además, el deber de cuidado es fijado por peritos que testifican ante el tribunal y fijan el estándar de cuidado de la industria. Ahora bien, es muy difícil de probar el hecho de que el fabricante ha actuado por debajo del deber de cuidado de la industria puesto que, si pasa todos los test que, en el momento del diseño o producción del producto, estaban aceptados en la industria, entonces no se puede considerar que el fabricante cae por debajo del estándar de cuidado. Si el demandado actúa razonablemente y no rompiendo los estándares de cuidado de la industria, entonces no se les puede encontrar responsabilidad por negligencia.

En la negligencia se juzgan tres variables: la probabilidad de que la lesión resultaría de la conducta del fabricante, la gravedad del daño que podría ser esperado que ocurriese y la carga de tomar las precauciones adecuadas para eliminar o minimizar la lesión. En otras palabras, si la probabilidad del daño y la gravedad del daño son más grandes que la carga de tomar precauciones para reducir el riesgo, entonces el fabricante es negligente si no minimiza el riesgo (ROSS, K., y PRINCE, J.D.: "United States", cit., pp. 470 a 471).

En este sentido cabe destacar la famosa sentencia Grimshaw v. Ford Motor (1981) 119 CA3d 757. Se trata de un caso englobado dentro del famoso suceso de los Ford Pinto, los cuales, debido a un defecto de diseño en el motor, que se situaba en la parte trasera, explotaban cuando eran golpeados. Esto causó numerosas muertes y heridos. En este caso concreto, dos personas iban en el interior del vehículo, cuando otro coche les golpeó por detrás, e hizo que el coche explotara. Lilly Gray, conductora del vehículo, sufrió severas-quemaduras en su cuerpo lo que le llevó a su muerte. Richard Grimshaw, hijo de la pareja, sufrió severas quemaduras y desfiguración permanente debido a las quemaduras en todo su cuerpo, por lo que necesitó numerosas cirugías. Al final, los veredictos tanto para Grimshaw, cómo para

la familia Gray, fueron a favor de los demandantes y en contra de Ford Motor Company. El primero recibió 2,5 millones de dólares por daños compensatorios. Y 125 millones por daños punitivos. Y la familia Gray recibió 559 mil dólares en compensación por daños.

En tercer lugar, encontramos la responsabilidad estricta o *strict liability*. Los cuatro elementos de la misma son: el fabricante coloca un producto, en la corriente del comercio, el producto es defectuoso y ello causa daños físicos. La diferencia entre la negligencia y la responsabilidad estricta es que, mientras que en el proceso de negligencia se ha de demostrar que el demandado actuó por debajo del estándar de cuidado, en el de responsabilidad estricta el demandado será responsable si el producto era defectuoso y lesiona a alguien, con independencia de que el demandado no actúe por debajo del estándar de cuidado e, incluso, aunque el demandado haya hecho todo lo humanamente posible para hacer un producto seguro (ROSS, K., y PRINCE, J.D.: "United States", cit., pp. 471 a 472).

EL REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES Y EL CARÁCTER PLURILEGISLATIVO DEL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL·

THE EUROPEAN REGULATION OF SUCCESSION AND THE PLURILEGISLATIVE CHARACTER OF THE SPANISH CIVIL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 523-542.

Fecha entrega: 15/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

· (Este trabajo se corresponde en su mayor parte con la Conferencia inaugural del "VI Curso de Experto en Dereito de Familia e Sucesions" impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela el 29 de enero de 2015, y se enmarca dentro del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco GIC IT 727-13 y del Proyecto de investigación del MINECO DER2014-57298-P).

Dr. GORKA GALICIA AIZPURUA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
gorka.galicia@ehu.eus

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza una exposición general de los nuevos criterios establecidos por el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, en materia de ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte con alcance transfronterizo. Pero su objetivo fundamental se cifra, ante todo, en determinar cómo han de aplicarse estos en el singular caso del Estado español atendido el carácter plurilegislativo de su ordenamiento civil y el régimen previsto para los ordenamientos de esta clase en los artículos 36 a 38 del Reglamento.

PALABRAS CLAVE: sucesión internacional, sucesión interregional, ley sucesoria aplicable.

ABSTRACT: It is done in this paper a general exposition of the new criteria established by Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012, on the law applicable to succession takes place upon death with cross-border implications. But its main aim is determine how to apply these in the singular case of the Spanish State, attended the plurilegislative character of its civil system and the regime provided for systems of this kind in the articles 36-38 of the Regulation.

KEY WORDS: international succession, interregional succession, succession law applicable.

SUMARIO: 1. Previo.- 2. Ley sucesoria aplicable en el Reglamento 650/2012.- 3. El Reglamento de sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español.- 4. Incidencia de Reglamento en los conflictos internos: la vecindad civil.- 5. Reglamento, conflictos internacionales y pluralidad normativa española.

1. Según la amable invitación que he recibido de los directores del curso, me compete hablar en esta conferencia inaugural de los "Problemas actuales del Derecho de sucesiones". Sin embargo, no resulta nada fácil delimitar el contenido de una conferencia con ese título. Y me explico: no lo es, en primer lugar, porque coexisten en el territorio español una multiplicidad de ordenamientos sucesorios, de modo que, para evitar caer en la dispersión, debería escoger para la exposición alguno de ellos, discriminando entonces a los demás. Pero, en segundo lugar, es asimismo un tema complicado de definir porque el Derecho de sucesiones es probablemente uno de los sectores del ordenamiento privado menos dinámico o, si se prefiere, más inmovilista: sus normas no suelen ser reformadas más que de ciento en viento, por lo que no se prestan al comentario de "actualidad", a diferencia de lo que ocurre con otras materias como, verbigracia, el Derecho de consumo o el Derecho de contratos.

Ahora bien, que esto sea así no significa que no sea posible identificar problemas más o menos persistentes en este sector del Derecho civil, los cuales tienen que ver fundamentalmente con ese anquilosamiento (que denunciaba) del Derecho de sucesiones: piénsese, por ejemplo, en las legítimas del Código civil español, que adoptan unas dimensiones mastodónticas y poco acordes a las circunstancias económicas y sociales actuales. Es evidente que una legítima tan amplia como la de dos tercios establecida a favor de los descendientes por su artículo 808 fue concebida en una etapa histórica en la que la gente fallecía a temprana edad, con lo que una legítima tan vasta venía a asegurar el sustento de unos hijos que, con toda probabilidad, aún se hallaban en la minoría de edad y que, por tanto, carecían de los recursos patrimoniales imprescindibles para labrarse un futuro. En cambio, en una sociedad como la nuestra, en la que la esperanza de vida es elevadísima, los hijos heredan a sus padres en una etapa muy avanzada de su madurez, lo que significa que los primeros tienen ya, en ese instante, resuelta y enderezada su vida. Dicho de otro modo: los proyectos vitales de los hijos no dependen hoy de los bienes que adquieran mortis causa de sus progenitores, y aunque recibir una herencia cerca de los cincuenta años –como acontece muchas veces- puede suponer una ventaja económica

deseable para el individuo, no adquirir nada "no altera una forma de vida ya desarrollada sobre otras bases económicas, fundamentalmente el propio trabajo" [DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en AA.VV.: *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Murcia (2006): Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 128]. De ahí que, por ejemplo, me parezca muy acertada la reducción de las legítimas de los descendientes que acometió el legislador gallego en el año 2006, pasando a fijarlas en la cuarta parte del patrimonio del causante. También fue muy acertada, creo yo, la supresión de la legítima de los ascendientes.

Junto a este, se podrían enumerar otros muchos problemas similares que son producto de la falta de dinamismo del Derecho sucesorio (el trasnochado orden de llamamientos en la sucesión intestada, la persistencia del instituto de las reservas, etc.), pero no me voy a ocupar de ellos en esta ocasión.

Y no lo voy a hacer porque existe, a día de hoy, en materia de Derecho de sucesiones un tema que sí puede merecer la consideración de ser de candente "actualidad" y que, además, afecta por igual a todos los ordenamientos sucesorios españoles, tanto a los autonómicos como al estatal. Me refiero, obviamente, al Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio. Comoquiera que esta nueva normativa europea sí viene a cumplir las dos premisas a las que hacía referencia, mi exposición se centrará en él. Tan actual es que sus disposiciones van entrar en aplicación a la vuelta de la esquina: más concretamente, serán aplicables a las sucesiones que se abran a partir del día 17 de agosto de 2015.

Repárese asimismo en el gran número de extranjeros que residen en España. Según estadísticas del Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social, a fecha 30 de junio de 2013, el número de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia fue de 5.503.977, de los que alrededor de un 49% (2.702.867) eran personas originarias de la Unión Europea (y de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza), mientras que el 51% restante (2.801.110) procedía de otros países. Además, entre los residentes comunitarios, los mayores de 64 años rondaban los 190.000 (8,34% del total de comunitarios), mientras que los que superaban esa franja de edad en el grupo de sujetos provenientes de otros Estados venían a ser unos 43.000 [1,54%; información obtenida de la página web del citado Ministerio (http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/)].

Estos aislados datos ponen de manifiesto por sí solos la gran trascendencia práctica que la aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012 tendrá en el futuro en nuestro país. Importancia tanto mayor cuando se repara en su

alcance universal o "erga omnes", pues según su artículo 20 la ley sucesoria que en él se designa se observará incluso cuando no sea la de un Estado miembro de la UE. No hace falta decir que dicha ley sucesoria regirá, además, tanto las delaciones voluntarias como las que lo sean abintestato.

2. ¿Qué es lo que pretende este reglamento? A tenor de su séptimo considerando, su objetivo primordial consiste en remover las dificultades que los ciudadanos europeos encuentran en la actualidad al momento de ejercer sus derechos en relación a las sucesiones mortis causa con elementos transfronterizos. A tal fin, introduce nuevos criterios reguladores en tres campos propios del Derecho internacional privado: ley aplicable, competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y de otros documentos públicos en materia de sucesiones por causa de muerte (amén de la creación de un certificado sucesorio europeo).

De entre las tres cuestiones recién mencionadas, voy a abordar la primera, es decir, la cuestión de la ley aplicable. Es la que mayor interés suscita desde la perspectiva del jurista español, y ello, básicamente, porque el Reglamento comporta una modificación del criterio hasta ahora vigente en el Código civil para resolver los conflictos internacionales en materia sucesoria. Como es sabido, la norma de conflicto española utiliza como punto de conexión la nacionalidad del causante (art. 9.8 CC), mientras que el Reglamento atiende a la ley de la residencia habitual del "de cuius" en el momento del fallecimiento (art. 21.1).

Ello significa, por ejemplo, que a la sucesión del alemán que, una vez alcanzada la jubilación, haya decidido trasladar su residencia habitual a Mallorca, y fallezca allí, ya no le serán aplicables las disposiciones del BGB, sino las que vengan determinadas por este nuevo punto de conexión (el de la residencia habitual). Por cierto que, atendido el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español, y dado que los extranjeros carecen de vecindad civil, habrá que dilucidar cómo se aplica exactamente a nuestro alemán este nuevo criterio. Pero de esta cuestión me ocuparé más adelante.

Me gustaría resaltar, en relación a este nuevo punto de conexión, un aspecto importante, a saber, el de que el Reglamento europeo no define qué haya de entenderse por "residencia habitual", lo que no deja de suscitar una cierta inseguridad jurídica. Parece más o menos evidente que, cuando utiliza esta expresión, la norma está pensando en aquel lugar en el que se sitúa el centro de vida e intereses del causante, o sea, aquel lugar donde con carácter general se ubican la mayor parte de sus bienes y de sus relaciones patrimoniales y

familiares (cdo. 23). Sin embargo, en muchos supuestos pueden plantearse problemas de determinación. Imaginemos, por ejemplo, que nuestro alemán jubilado pasa la mitad del año en su país de origen y la otra mitad en Mallorca, donde ha adquirido un inmueble. O pensemos, por ejemplo, en un profesional español de vecindad civil gallega que tiene un trabajo estable en Portugal, pero que regresa todos los fines de semana y siempre que puede a Galicia, donde está su familia y su vivienda familiar. Ambos sujetos tienen en alguna medida desdoblados sus respectivos centros de intereses: ¿cuál de ellos merecerá la consideración de "lugar de residencia habitual"? El Reglamento no ofrece solución expresa para estas hipótesis, y simplemente remite a la evaluación general que, de las circunstancias de vida del causante, deberá hacer en tales casos la autoridad conocedora de la sucesión.

El punto de conexión general es, así pues, la residencia habitual. Sin embargo, el mismo viene exceptuado por el Reglamento en dos supuestos:

a) en primer lugar, cuando resulte claramente de las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo más estrecho con otro Estado distinto al de su residencia habitual, en cuyo caso se aplicará la ley de tal Estado (art. 21.2); y

b) en segundo lugar, cuando el causante haga uso de la "professio iuris" en favor de la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el instante de la elección o en el de apertura de la sucesión, posibilidad contemplada en el artículo 22.1.

La primera hipótesis viene a conformar una "cláusula de excepción" o "cláusula de escape" en cuya virtud se pretenden evitar las consecuencias absurdas a las que podría llevar una rígida aplicación del criterio de la residencia habitual, como cuando, por ejemplo, el causante se haya mudado a un Estado poco tiempo antes de su fallecimiento y todas las circunstancias indiquen que mantenía un vínculo mucho más estrecho con su Estado de origen, que normalmente lo será el de su nacionalidad (cdo. 25). Podría ser el supuesto, verbigracia, de un alemán que traslada su residencia a España por motivos laborales y que, al poco de instalarse, fallece en nuestro país, conservando sin embargo la mayor parte de sus relaciones familiares y patrimoniales en Alemania. Pero, en cualquier caso, no se trata de una cláusula prevista como remedio para los supuestos a los que aludía antes, esto es, para aquellos en los que la residencia habitual sea de difícil determinación, sino para aquellos otros en los que, una vez definida cuál sea esta, exista una ley que pueda considerarse más estrechamente vinculada con el sujeto.

La segunda hipótesis, es decir, la de la "professio iuris" a favor de la ley del Estado cuya nacionalidad posea el individuo, bien al instante de la elección, bien a la apertura de su sucesión, es, desde la perspectiva del ordenamiento español, una de las innovaciones más importantes del Reglamento, ya que supone la entrada en juego en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad. Se trata de una innovación muy interesante en la medida en que permite al causante, en los supuestos en que desee planificar anticipadamente su sucesión, determinar y prever, con total seguridad, cuál va a ser la ley que rija esta, pues, una vez hecha la elección, habrá de reputarse irrelevante que el sujeto fallezca con otra nacionalidad o en situación de apatridia [aunque, eso sí, si la elección se hubiese materializado en favor de la nacionalidad "futura" –la del tiempo del fallecimiento-, la validez de la opción dependerá de que efectivamente el sujeto la ostente entonces: RODRÍGUEZ MATEOS, P.: "La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2014), núm. 27, p. 21]. Es cierto que las posibilidades de elección previstas en el Reglamento son muy limitadas. Pero ello se explica por el hecho de que la "professio iuris" en sede sucesoria siempre ha sido vista con cierto recelo en tanto en cuanto puede constituir una vía aprovechada por el causante al objeto de frustrar las expectativas de sus legitimarios, escogiendo un Derecho que le otorgue una mayor libertad de disposición mortis causa [RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: "La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012", *InDret* 2/2013, p. 12]. De ahí que, en los ordenamientos que la han admitido, la elección de la ley sucesoria aplicable se haya concebido siempre de forma limitada y circunscrita a sistemas jurídicos que presentan un alto grado de conexión con la sucesión. Y así acontece también en el Reglamento europeo.

Al respecto de esta "professio iuris" me gustaría destacar dos ideas:

a) la primera que, según el régimen transitorio del Reglamento (art. 83), las elecciones que se hayan efectuado antes del 17 de agosto de 2015 son perfectamente válidas; de hecho, según atestiguan los notarios, la "professio iuris" constituye ya una práctica habitual en sus despachos desde su misma aprobación, como, por ejemplo, entre ciudadanos británicos residentes en España, los cuales suelen hacer constar expresamente su voluntad de que su sucesión se rija conforme a su ley nacional;

b) la segunda que, si bien la elección debe realizarse siempre dentro de un negocio jurídico mortis causa, no es necesario que sea expresa, pues es igualmente admisible la hecha en forma tácita, esto es, la resultante de los propios términos de la disposición de última voluntad (art. 22.2). Como si, por ejemplo, un español de vecindad civil gallega residente en Francia otorga allí un testamento en el que faculta al heredero instituido a pagar la legítima

de los descendientes en metálico extrahereditario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

Hasta aquí las diferencias más remarcables entre lo que hasta ahora ha sido el sistema conflictual internacional español en materia de sucesiones y el del Reglamento o, lo que es igual, entre el que va a estar vigente hasta el 16 de agosto de 2015 y el que lo estará a partir de esa fecha. No obstante, también cabe hablar de alguna que otra coincidencia entre ellos y, en especial, de una muy trascendente, consistente en que tanto el antiguo sistema como el nuevo se inspiran en el principio de unidad de la sucesión [como ya se dejó apuntado en un trabajo publicado en el número anterior de esta misma revista: vid. GALICIA AIZPURUA, G.: "La ley aplicable en materia de sucesiones según el Reglamento (UE) N.º 650/2012 y el principio de troncalidad del Fuero de Bizkaia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2015), núm. 2, pp. 491-493]. En efecto, aunque el punto de conexión varíe, ambos sistemas establecen una única ley aplicable a su conjunto y, por ende, con independencia de la naturaleza de los bienes que la integren y del lugar en que se hallen, a diferencia de aquellos sistemas de Derecho internacional privado que siguen el criterio del fraccionamiento; señaladamente, el francés y el inglés. Como es sabido, en estos otros sistemas la sucesión suele quedar seccionada en dos masas: una, la correspondiente a los bienes inmuebles, cuya sucesión se defiere conforme a "lex rei sitae" –la ley del lugar de situación del inmueble-; y otra, la correspondiente a los muebles, a la que se aplica generalmente la ley del último domicilio del causante. Pues bien, nada de esto acontece con el Reglamento europeo; la "lex successionis" de que se trate será, también con él, una sola, y extenderá su ámbito de aplicación al conjunto del fenómeno sucesorio, que se inicia, claro está, con la apertura de la sucesión y que culmina con la partición y adquisición de los bienes relictos por los sucesores. Más concretamente, a tenor de su artículo 23.2, la ley sucesoria regirá: las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión; la determinación de los beneficiarios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites; la capacidad para suceder; la desheredación y la indignidad; los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado; las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores; la responsabilidad por las deudas y cargas; la parte de libre disposición, las legítimas y demás restricciones a la libertad de disposición mortis causa; la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades; y, en fin, la partición.

La opción escogida por la norma europea puede reputarse perfectamente lógica, ya que el principio de unidad de la sucesión ofrece al causante una reseñable ventaja por comparación al sistema del fraccionamiento; a saber, la de que le facilita (de nuevo) la planificación anticipada de su sucesión al

prever la aplicación de un mismo Derecho sucesorio al conjunto de elementos objetivos y subjetivos implicados en la herencia (RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: "La ley aplicable", cit., p. 11).

Sin embargo, al propio tiempo que digo esto también he de decir que el Reglamento acoge algunas salvedades al criterio de la unidad, entre las que destacan, singularmente, estas dos (pero vid., además, arts. 27 –forma de las disposiciones mortis causa realizadas por testamento-, 29 –nombramiento de administradores- y 33 –sucesión vacante-):

1.ª A tenor de la primera, quedan sustraídos a la ley sucesoria los aspectos relativos a la admisibilidad y validez material de los testamentos y pactos sucesorios que el causante hubiese podido otorgar (entendiendo por "validez material" la capacidad del disponente, las causas específicas que le impidan disponer en favor de determinadas personas, la admisibilidad de la representación, la interpretación de la disposición y el fraude, la coacción, el error o cualquier otra cuestión relativa al consentimiento o a la voluntad del disponente): tales aspectos se rigen por la ley que habría sido aplicable a la sucesión si el testador u otorgante del pacto hubiese fallecido en el mismo instante del otorgamiento, es decir, se rigen por la que suele denominarse, empleando una sintética expresión, "ley sucesoria anticipada" (arts. 24, 25 y 26) y, entonces, bien por la ley de la residencia habitual que el causante tenga en ese instante, bien por la ley más estrechamente vinculada a él en tal momento, bien por la ley de su nacionalidad si la elige entonces (o si la eligió antes). El objetivo de esta regla es, ante todo, evitar los problemas que podrían surgir en orden a la validez y admisibilidad material del testamento a consecuencia de los cambios de residencia habitual del causante entre el instante del otorgamiento y el de su fallecimiento o, dicho de otro modo, su finalidad se cifra en solventar los inconvenientes que podrían surgir a raíz de un conflicto móvil. En este sentido, la solución es similar a la contenida en el art. 9.8 CC, puesto que este precepto, tras establecer el sometimiento integral de la sucesión a la ley personal del causante, matiza igualmente que "las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez" aunque esta sea distinta de aquella. Ahora, mientras la norma española es una norma de validación, no ocurre lo mismo con la del Reglamento europeo. O sea: si el testamento es válido conforme a la ley sucesoria anticipada, mantiene dicha validez aunque no lo sea de acuerdo con la ley sucesoria. Pero la ecuación inversa no se produce: si el testamento es nulo conforme a la ley anticipada, este no quedaría sanado por el hecho de que la "lex successionis" lo considerara válido. La doctrina española sostiene lo contrario en el caso del 9.8 al estimar que se trata de una norma basada en el "favor testamenti".

En definitiva, aunque no haya de ocurrir necesariamente así, puede producirse en la práctica un disociación de la ley aplicable, ya que, en un mismo supuesto, junto a la ley sucesoria cabe que se dé el concurso de otra distinta, como sería la que ha de regir la validez del testamento o del pacto otorgados por el causante.

Con todo, se ha advertido atinadamente que esta salvedad no supone en verdad una quiebra sustancial del criterio de identificación de la ley aplicable adoptado, ante todo porque es la ley sucesoria (la determinada al momento del fallecimiento) la que fija qué derechos legitimarios existen o, tanto monta, la que fija qué margen de libertad de disposición mortis causa tiene el "de cuius" [vid. art. 23.2.h) del Reglamento]. Luego "no combate de forma radical la posible discrepancia entre lo que el causante desea [y que manifiesta al instante del otorgamiento del negocio jurídico mortis causa] y lo que la ley le permite hacer a la postre" [ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (2011), vol. XI, pp. 394 y 395]. Así acostumbra a subrayarlo la doctrina española [vid., además del autor anteriormente citado, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ: "La ley aplicable", cit., p. 23], acaso porque el artículo 9.8 CC, después de salvar la validez de los testamentos y pactos otorgados por el causante conforme a una ley distinta de aquella que ha de regir la sucesión, advierte expresamente que "las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última".

2ª Pero, en segundo lugar, quedan excluidos también de la ley sucesoria los bienes a los que alude el artículo 30 del Reglamento: inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes respecto de los cuales la ley del Estado en que se encuentren establezca disposiciones sucesorias especiales por razones de tipo económico, familiar o social, los cuales se regirán por estas últimas. Un ejemplo de este tipo de bienes podría serlo, en el caso español, la troncalidad vizcaína (vid., sobre esta cuestión, GALICIA AIZPURUA: "La ley aplicable", cit., pp. 493 y ss.).

3. Hasta aquí, la descripción a grandes rasgos de la ley sucesoria aplicable a tenor del Reglamento 650/2012.

Acontece, sin embargo, que el ordenamiento civil español es un ordenamiento plurilegislativo, porque si bien el artículo 149.1.8.ª de la Constitución de 1978 adjudica en principio al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil, esta atribución se entiende "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan".

Y, más exactamente, existen Derechos civiles especiales o, como dice la norma, "forales", en las Comunidades de Cataluña, Aragón, Navarra, Galicia, Valencia, Baleares y País Vasco. Ocurre, además, que prácticamente todos estos ordenamientos civiles singulares cuentan con sus propias normas sucesorias, lo que suscita dos interesantísimas cuestiones: una referida al tema del que estamos hablando, esto es, a los conflictos internacionales de leyes, y otra referida, por el contrario, a los conflictos de leyes internos:

1.ª En cuanto a los conflictos internacionales, el carácter plurilegislativo del ordenamiento español plantea, de un lado, la cuestión de determinar cómo se debe aplicar el criterio de la residencia habitual establecido por el Reglamento europeo a los extranjeros que fallezcan en España y, de otro, la de dilucidar cómo se aplica el criterio de la nacionalidad a los españoles que residan y fallezcan en el extranjero cuando hayan hecho uso de la "professio iuris" contemplada en el artículo 22.1. ¿Se extiende la posibilidad de elección a cualquiera de las leyes sucesorias españolas?

2ª. En cuanto a los conflictos internos, la interrogante que suscita el Reglamento europeo es de distinto tipo, pero igualmente trascendente, a saber, la de si su sistema conflictual debe tener o no alguna incidencia en nuestro sistema de Derecho interregional.

Para resolver ambas cuestiones hay que atender a los arts. 36 a 38 del Reglamento, ya que es en estas disposiciones donde la norma se ocupa de los ordenamientos plurilegislativos. No obstante, el artículo 37 ha de quedar excluido de nuestro análisis, ya que este precepto piensa en aquellos ordenamientos plurilegislativos que lo son "ratione personae", esto es, en virtud de la religión, la etnia o cualquier otra circunstancia personal del individuo [QUINZÁ, P., y CHRISTANDL, G.: "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *InDret* 3/2013, p. 5]. Sin embargo, puesto que España es un ordenamiento plurilegislativo de base territorial, el examen necesariamente quedará circunscrito a las disposiciones de los artículos 36 y 38, que son las que directamente nos incumben.

4. Voy a empezar por la segunda de las cuestiones, es decir, por la de si el Reglamento europeo ha de tener o no alguna incidencia en el sistema español de conflictos internos. Como acabo de mencionar, hasta siete Comunidades Autónomas de las diecisiete que integran el Estado español cuentan con un ordenamiento civil propio. Además, todos estos ordenamientos (con la salvedad del caso valenciano) contienen un régimen sucesorio específico y particular. No parece pertinente una descripción en detalle de cada uno de

tales regímenes, pero sí procede destacar algunos extremos ilustrativos del alcance de la disparidad normativa existente en España en este ámbito.

Sin faltar excesivamente a la verdad y sin entrar en el espinoso campo de la delación abintestato, cabe afirmar que la diferencia entre los Derechos sucesorios autonómicos y el propio del Código civil se localiza, en primer lugar, en los instrumentos de los que el causante puede hacer uso para ordenar su sucesión. Pues, en efecto, la mayor parte de aquellos recogen ciertas figuras, como son el testamento mancomunado, los pactos sucesorios o la fiducia sucesoria, que, por el contrario, son expresamente rechazadas o prohibidas por el Código civil (vid. arts. 669, 670 y 1271.2.º). Pero, además, existe un segundo y crucial ámbito en el que los Derechos sucesorios autonómicos muestran su especificidad frente al ordenamiento civil del Estado, y este no es otro que el de las legítimas. Aquí, las soluciones entre los distintos Derechos españoles divergen considerablemente, y, de este modo, frente al rígido sistema del Código, con su famosa legítima en favor de los descendientes de dos tercios del caudal del "de cuius" y, en su ausencia, de la mitad para los ascendientes (mitad que queda reducida a un tercio en caso de concurrencia con el cónyuge viudo –arts. 808 y 809-), las opciones escogidas son variopintas:

a) En algunos sistemas, solo son legitimarios los descendientes: es el caso de Aragón, donde su porción alcanza la mitad del caudal (art. 486 del Código foral de Aragón –Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo-), y Galicia, donde solo es de un cuarto (art. 243 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia). Ahora bien, mientras la legítima aragonesa tiene una naturaleza colectiva, de suerte que el causante puede distribuirla entre sus descendientes a su antojo, la gallega tiene un carácter individual, con lo que el citado cuarto debe repartirse necesariamente por igual entre los hijos o sus linajes. Cabe mencionar también aquí, aunque en calidad de norma embrionaria (por hallarse aún en tramitación parlamentaria), el sistema legitimario contemplado en la denominada "proposición de ley de Derecho civil vasco", en la que, si bien se respetan ciertas singularidades vizcaínas y ayalesas (vid. más abajo), se prevé la futura implantación para todos los ciudadanos vascos de un esquema muy próximo al aragonés: legítima colectiva de un tercio exclusivamente en favor de los descendientes.

b) En otros ordenamientos, en cambio, además de los descendientes son también legitimarios (a falta de los anteriores) los progenitores, quedando sin embargo excluidos de tal condición cualesquiera otros ascendientes más lejanos: es el caso de Cataluña (arts. 451-3 y 451-4 del Código civil de Cataluña –en adelante, CCCat.-) y Baleares (arts. 41 –para Mallorca y Menorca- y 79 –para Ibiza y Formentera- de su Compilación de Derecho

civil –Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre-). Ahora, mientras la legítima catalana tiene adjudicada una porción fija e inamovible (de un cuarto a distribuir igualitariamente entre los legitimarios –art. 451-5 CCCat.-), la balear varía en función del número de descendientes que haya dejado el causante (será de un tercio si fuesen cuatro o menos de cuatro y de la mitad si excediesen ese número –arts. 42 y 79.II de la Compilación-). La cuota correspondiente a los padres no cambia en el caso catalán. Por contra, en Baleares sí lo hace: en Mallorca y Menorca la legítima de los progenitores es de un cuarto (art. 43.II), mientras que en Ibiza y Formentera su cuantía se determina por remisión a los artículos 809 y 810 del Código civil español (art. 79.III).

c) Un ordenamiento un tanto peculiar es el vizcaíno, en el que se establecen dos clases de restricciones: una primera de tipo legitimario, por la que se compele al "de cuius" a reservar cuatro quintos de su patrimonio a sus descendientes y la mitad del caudal, a falta de los anteriores, a sus ascendientes (arts. 55 y 56 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco –en adelante, LDCF-); y, en segundo lugar, una limitación de naturaleza "troncal" que se superpone a aquella, y en virtud de la cual el titular de bienes raíces sitos en "Tierra Llana" que cuenten un origen familiar viene obligado a dejárselos a los parientes pertenecientes a la línea de su procedencia (art. 24 LDCF; entre paréntesis conviene precisar que, tratándose de descendientes, se hallan vinculados absolutamente todos los bienes raíces, aunque se hayan adquirido de extraños: vid. art. 22.1 LDCF). Como bien puede apreciarse, el ordenamiento vizcaíno impone unas constricciones muy severas a la libertad dispositiva del causante, pero procura compensar este resultado adjudicándole una plena libertad distributiva entre legitimarios y parientes tronqueros; o sea, tanto la amplia legítima establecida en favor de los parientes en línea recta como la legítima "troncal" ostentan una naturaleza colectiva, sin que la ley fije porciones individuales predeterminadas para cada uno de los beneficiarios (vid. arts. 54 y 57.II LDCF).

d) En fin, también existen algunos sistemas que reconocen al causante una absoluta libertad de disposición mortis causa aun en presencia de parientes; y, así, señaladamente, el Fuero Navarro (leyes 267 y 268 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra) y el Fuero de Ayala en Álava (art. 134 LDCF).

Según se habrá notado, a lo largo de esta breve exposición no se ha hecho mención alguna a la situación del cónyuge viudo. La explicación radica en que la solución adoptada con carácter general por los ordenamientos civiles autonómicos españoles (a excepción, fundamentalmente, de Cataluña: vid.

art. 452-1 CCCat.) y aun por el propio CC consiste en asignarle un derecho de usufructo sobre todo o parte del caudal relicto, legítima usufructuaria cuya extensión varía, entonces, de ordenamiento a ordenamiento, pero que sin embargo guarda similar consistencia en todos ellos.

Pues bien, para resolver los conflictos normativos que, en el nivel interno, pueden suscitarse entre tan dispares leyes sucesorias, el Código utiliza como punto de conexión, según se sabe, la vecindad civil (art. 16.1). Esta figura puede definirse, entonces, como el criterio que determina la sujeción de los nacionales españoles a alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en el territorio del Estado en tanto que ley personal suya o, dicho más sintéticamente, como el punto de conexión por medio del cual se fija el ámbito personal de los distintos Derechos civiles que coexisten en España. Es, por tanto, el criterio que determina qué ordenamiento sucesorio (el del CC o el de alguno de los Derechos civiles autonómicos) se aplica a la herencia de un causante con nacionalidad española. En principio, el parámetro fundamental empleado por el legislador para determinar la vecindad civil de los españoles es el "ius sanguinis", conforme al cual la vecindad de la persona viene fijada por la que ostenten sus progenitores. Pero también existe por supuesto, a partir de ahí, la posibilidad de adquisición de la vecindad civil de un concreto territorio por residencia en él. Sin embargo, el Código exige que esta última revista una característica esencial: que sea continuada en el tiempo (vid. art. 14.5).

Pero volvamos a la pregunta inicial: ¿el estado de cosas que acabo de describir en relación al Derecho interregional español va a verse alterado como consecuencia de la promulgación del Reglamento europeo de sucesiones? La respuesta es negativa, pues su artículo 38 establece claramente que los Estados con plurilegislación en esta materia no están obligados a aplicar a los conflictos internos las soluciones que en él se adoptan: "Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales."

Debo advertir, no obstante, que en opinión de una parte autorizada de la doctrina internacionalista española esta conclusión no resulta tan obvia [vid. BORRÁS, A.: "Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el Dret interregional del futur?", *Revista Jurídica de Catalunya* (2010), n.º 4, pp. 1009 y 1010], al menos cuando se repara en la remisión que, para resolver los conflictos internos, el artículo 16.1 CC efectúa a las normas en materia de conflictos internacionales. Según este precepto, "[l]os conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el

territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV", remisión que suscita la razonable duda sobre si ha de entenderse hecha a las normas físicamente contenidas en tal Capítulo del Código, y, entre ellas, el artículo 9.8 CC (remisión de carácter estático, entonces) o, antes bien, a las realmente aplicadas en función de los reglamentos comunitarios y de los convenios internacionales suscritos por España (remisión de tipo dinámico). Pues claro está que si el interrogante se despejara en favor de las últimas, el criterio de la residencia habitual fijado por el Reglamento europeo de sucesiones habría venido a suplir en el Derecho interregional a la vecindad civil. Sin embargo, cabe aseverar que la solución contraria se halla mejor fundada, y ello por tres básicas razones: primero, por la misma literalidad del artículo 16 CC; segundo, por la absoluta falta de competencia de la UE en orden a la regulación de los conflictos internos; y, tercero, por la inexistencia de un acto del legislador estatal (único órgano competente en este punto: vid. art. 149.1.8.ª CE) en virtud del cual se declare la aplicación de las normas europeas en semejante nivel [FONT I SEGURA, A.: "La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones", en AA.VV.: *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea* (coord. por I. A. Calvo Vidal). Madrid (2014): Consejo General del Notariado, p. 446-448].

En resumidas cuentas, no existe variación por lo que se refiere al sistema del Derecho interregional español, aunque tampoco es posible descartar por completo una cierta incidencia en él del esquema conflictual europeo. Pienso, ante todo, en el caso del español que fallece con residencia habitual en España pero sujeto a una vecindad civil distinta de aquella que ostentaba cuando, viviendo en el extranjero, hizo una elección en favor de la ley de su nacionalidad al amparo del artículo 22.1 del Reglamento; su sucesión deberá regirse por la ley que venga determinada por esta última y no por aquella. Pues si bien es cierto que nuestro Derecho interregional no admite la "professio iuris" como tal, sí toma en consideración, bajo ciertos presupuestos, los deseos del interesado y, así, al efecto de conservar su vecindad civil y eludir la adquisición automática de otra nueva por el transcurso de diez años de residencia en lugar distinto (art. 14.5.2.º CC). No se ve, entonces, por qué no habría de respetarse aquella manifestación de voluntad, hecha en forma diferente a la prevista en el CC pero igualmente ajustada al ordenamiento. La conclusión es válida, obviamente, siempre y cuando la vecindad civil que se ostente al instante de la apertura de la sucesión no se haya obtenido mediante declaración ante el encargado del Registro Civil tras residir continuadamente dos años en el territorio en cuestión, ya que esta voluntad sería contradictoria con la anterior, y habría de dejarla sin efecto no obstante la letra del apartado cuarto del artículo 22 del Reglamento (se está ante un conflicto de carácter interno).

5. Otra cosa ocurre, por el contrario, con los conflictos internacionales, ya que, como se ha dicho, el Reglamento sustituye la nacionalidad del causante como punto de conexión por el lugar de su residencia habitual, salvo que haya hecho elección de ley. Este cambio, atendido el carácter plurilegislativo del ordenamiento español, plantea, repito, dos interrogantes: primero, cómo se debe aplicar el criterio de la residencia habitual establecido por el Reglamento europeo a los extranjeros que fallezcan en España y, segundo, cómo se aplica el criterio de la nacionalidad a los españoles que residan y fallezcan en el extranjero cuando hayan hecho uso de la "professio iuris" ex artículo 22.1.

La respuesta a ambas cuestiones ha de obtenerse a partir del artículo 36.1, a cuyo tenor, "[e]n el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión". El apartado segundo de la norma, por su parte, enumera los criterios que han de aplicarse subsidiariamente en caso de que el Estado en cuestión carezca de tales reglas internas sobre conflicto de leyes, esto es, enumera los criterios que han de observarse "a falta de" las mismas. Son los siguientes: "a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento; b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha; c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente".

El artículo 36.1 establece un sistema de remisión "indirecta" conforme al cual la determinación del Derecho territorial aplicable debe hacerse con arreglo a las normas de conflicto interregional del ordenamiento plurilegislativo. Esto significa, en el caso del Estado español, que la ley sucesoria se determinará con arreglo a la vecindad civil del causante, lo que deja directamente solucionada la segunda de las dos cuestiones recién formuladas: a la sucesión del español fallecido en el extranjero que haya hecho uso de la "professio iuris" del artículo 22 se le aplicará el ordenamiento sucesorio, estatal o

autonómico, que corresponda en función de su vecindad civil. De este modo se hace coincidir la ley aplicable a las sucesiones abiertas respecto de causantes con nacionalidad española tanto si tienen un alcance interregional como internacional. Ahora bien, nótese que esa coincidencia no es total, pues, no por el hecho de que se recurra a los artículos 9.8 y 16.1 CC a fin de especificar el Derecho español aplicable a la relación sucesoria, esta deja de tener carácter transfronterizo y de estar sometida al Reglamento. Así, los derechos sucesorios del cónyuge viudo no vendrán determinados por la ley que regule los efectos del matrimonio, tal y como dispone el artículo 9.8 CC para los conflictos internos, sino que vendrán determinados por la "lex successionis", tal y como establece el artículo 23.b) de aquel [vid. RODRÍGUEZ MATEOS, "La sucesión por causa de muerte", cit., pp. 23 y 24].

Procede subrayar que la solución acogida no era la inicialmente prevista en la Propuesta de 2009, ya que en esta última se establecía, por el contrario, un sistema de remisión "directa", conforme al cual las unidades territoriales de los Estados plurilegislativos se consideraban Estados a efectos de determinación de la ley aplicable (art. 28.1). Es decir, se procedía a aplicar directamente el Derecho territorial en los supuestos transfronterizos sin atender a las reglas internas de Derecho interregional. Sin embargo, es evidente que un sistema de este tipo resulta inoperante para regular la aplicación del punto de conexión consistente en la nacionalidad del causante (de índole personal), y, sin embargo, la Propuesta no establecía cuál de los Derechos civiles existentes en España resultaba de aplicación cuando el "de cuius" elegía la ley de su nacionalidad. Surgía la duda, entonces, de si la "professio iuris" hecha por español residente en el extranjero implicaba la posibilidad de elegir cualquiera de los Derechos sucesorios existentes en España o si, por el contrario, el causante debía quedar siempre sujeto al Derecho propio de su vecindad civil (QUINZÁ, y CHRISTANDL: "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento", cit., p. 14).

La adopción en la versión definitiva del Reglamento del sistema de remisión indirecta soluciona este problema. Pero al mismo tiempo crea otro distinto, que tiene que ver, precisamente, con los extranjeros que, teniendo su residencia habitual en España, hayan fallecido sin haber elegido la ley de su nacionalidad. Es claro que ha de aplicárseles la ley sucesoria española, pero ¿cuál de ellas? Piénsese, por ejemplo, en el caso de un francés que fija su residencia habitual en Pamplona o en un pueblo del Pirineo navarro y que fallece en este lugar: ¿qué ley se aplica a su sucesión?, ¿el Derecho sucesorio navarro o el del CC?, ¿tendrá entonces absoluta libertad de testar o deberá quedar sometido al sistema de legítimas individuales del Código? O en la hipótesis de un ciudadano portugués que fija su residencia habitual en algún núcleo municipal gallego cercano a la frontera: ¿queda sometido a las

restricciones sucesorias del Código civil español o a las de la Ley de Derecho civil de Galicia, mucho más "benévolas"? En este caso no sirve de ayuda el apartado primero del artículo 36 del Reglamento, ya que es obvio que estos extranjeros carecen de vecindad civil (a no ser, por supuesto, que hayan adquirido la nacionalidad española, pero entonces no habría cuestión: vid. art. 15 CC). Obsérvese, además, que el problema no radica en que no existan normas de conflicto internas en el Estado español, pues, si así fuera, cabría acudir directamente a los criterios subsidiarios contemplados en el apartado 2 del artículo 36 del Reglamento. Antes bien, esas normas existen.

Ante esta situación, se han propuesto como soluciones más razonables las tres siguientes (vid. QUINZÁ, y CHRISTANDL: "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento", cit., p. 14; FONT I SEGURA, "La remisión intracomunitaria", cit., pp. 113 y ss.):

1.ª La primera consistiría en entender que, puesto que la sujeción al Derecho sucesorio estatal o a alguno de los autonómicos viene determinada por la vecindad civil y los extranjeros carecen de ella, debe aplicarse el Código civil atendida su condición de Derecho supletorio. En efecto, según el artículo 13.2 CC, sus disposiciones tienen ese carácter; de ahí que suela calificársele como el Derecho civil "común" de entre los varios existentes en el seno del Estado español. Por tanto, en nuestros ejemplos de referencia la sucesión del ciudadano francés y la del portugués se regirían por el Derecho sucesorio estatal.

2.ª La segunda solución se cifraría en resolver la incógnita mediante el expediente de acudir, sí o sí, al Derecho interregional español con base en el argumento de que, siendo este el sistema competente en orden a la resolución de los conflictos internos, le corresponde hacerlo tanto si están implicados ciudadanos españoles como si no, de guisa que, al no poder recurrir a la vecindad civil de aquellos extranjeros que residan habitualmente en España, se aplica la ley del territorio español en que tengan dicha residencia habitual, por aplicación analógica del artículo 9.10 CC. Por tanto, la sucesión del ciudadano francés residente en Pamplona se regiría por las disposiciones del Fuero Nuevo de Navarra, y las del portugués, por la Ley de Derecho Civil de Galicia.

3.ª La tercera, en fin, consistiría en aplicar las conexiones subsidiarias del artículo 36.2 del Reglamento, que, como he dicho, están en principio previstas para aquellos ordenamientos plurilegislativos que no dispongan de normas que señalen el concreto Derecho aplicable de entre los varios que rijan en su territorio. Sin embargo, cabría también sostener una interpretación "flexible" de la norma, conforme a la cual cuando utiliza la expresión "a falta

de tales normas internas sobre conflicto de leyes", estaría pensando no solo en aquellos casos en que dichas reglas falten absolutamente, sino también en aquellos en que, aun existiendo, resulten inadecuadas para resolver todas las hipótesis posibles. Entre tales criterios subsidiarios, el que deberíamos tener en cuenta en nuestro ejemplo sería el establecido en su apartado a). Por tanto, el resultado sería, en principio, el mismo que en el caso anterior.

Se apostilla "en principio" porque, como atinadamente se ha apuntado, las soluciones segunda y tercera no propician en realidad un resultado por completo idéntico. Tal y como explica FONT I SEGURA ("La remisión intracomunitaria", cit., pp. 115 y 116), si se adopta la segunda perspectiva, al francés con residencia en Pamplona cabría aplicarle, con base en el artículo 21.2 del Reglamento, otra ley sucesoria española en caso de que se acreditara una mayor vinculación con esta (por ejemplo, el Derecho sucesorio aragonés al haberse trasladado nuestro ciudadano francés desde Zaragoza –donde estuvo residiendo muchos años- a Navarra poco tiempo antes de fallecer). Es decir, tendría entrada la cláusula de escape prevista en el artículo 21.2 en aplicación del 36.2 del Reglamento. En cambio, si se adopta la primera perspectiva, se esfumaría semejante posibilidad, ya que el criterio de los vínculos más estrechos no está previsto en el sistema de Derecho interregional.

¿Cuál de las soluciones enumeradas es la más acertada? Para responder a esta pregunta debe recordarse que, según el TC (STC 226/1993, de 8 de julio), la coexistencia entre los diversos ordenamientos civiles concurrentes en España se rige por un principio básico, cual es el de igualdad: todos tienen idéntica legitimidad y todos ostentan idéntico valor jurídico. En este sentido, una aplicación automática del Código civil español con desprecio a cualquier otra consideración parece desde luego no casar bien con él. Por el contrario, aplicar al ciudadano extranjero el Derecho sucesorio del territorio en el que ha estado residiendo de forma habitual se antoja una solución más respetuosa con dicho postulado. A ello debe añadirse, además, el argumento de que, de este modo, se aplicaría al individuo el ordenamiento con el que guarda una vinculación más estrecha, resultado que quedaría singularmente reforzado de seguirse la última de las interpretaciones expuestas.

La solución correcta pasaría entonces por la aplicación del artículo 36.2, si bien la misma produce ciertos paradójicos efectos por comparación a cuanto acontece con los nacionales españoles. En primer lugar, porque, al desconocer nuestro Derecho interregional la cláusula de escape, los nacionales españoles nunca pueden evitar la aplicación de la ley que viene determinada por su vecindad civil (FONT I SEGURA "La remisión intracomunitaria", cit., p. 116). Y en segundo, porque, al no establecer el

Reglamento un período mínimo a partir del cual una residencia puede pasar a considerarse como habitual, el ciudadano francés goza de la posibilidad de acceder a un sistema de libertad de testar, como el navarro, en forma prácticamente automática, mientras que un nacional español que ostente, por ejemplo, vecindad civil común, ha de esperar como mínimo un plazo de dos años desde el cambio de residencia (efectiva) para poder acogerse a él. Dígase lo mismo del otro ejemplo que exponía.

Ahora, del mismo modo en que denuncio esta segunda paradoja, he de reconocer también que el Reglamento ofrece ciertos mecanismos para neutralizarla:

1º. El primero es precisamente la propia cláusula de excepción, ya que el Reglamento (cdo. 25) pone como ejemplo de hipótesis en la que sería procedente la observancia de esta cláusula aquella en la que el causante se hubiese mudado al Estado de su residencia habitual "poco tiempo antes de su fallecimiento", siempre, al menos, que este dato vaya acompañado de otros que pongan de relieve un mayor arraigo en un lugar distinto.

2º. El segundo mecanismo en el que pienso es en el fraude de ley que, si bien no es aplicable en España a los conflictos internos [no obstante la letra del art. 16.1.2.ª CC: vid. GALICIA AIZPURUA, G.: "Vecindad civil, fraude de ley y discriminación por razón de sexo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), vol. 3º. Madrid (2010): Dykinson, pp. 863 y ss.] sí lo es a los internacionales, por la sencilla razón de que así lo indica el considerando 26 del Reglamento. En él se lee que ningún elemento de la norma reglamentaria europea "debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado". Así, señaladamente, cuando el "de cuius" haya buscado el cambio (real y efectivo) de residencia de propósito y al único fin de situarse bajo la cobertura de un régimen sucesorio más favorable a su libertad de disposición.

En cualquier caso, afirmaré a modo de conclusión que ni la cláusula de excepción ni la figura del fraude de ley cauterizan, en mi opinión, en forma absoluta la inseguridad jurídica que comporta la falta de definición por parte del Reglamento del concepto "residencia habitual".

LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LAS PAREJAS ESTABLES EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

INHERITANCE RIGHTS OF LIFE PARTNERSHIPS IN RECENT DOCTRINE OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 543-554.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. ELSA SABATER BAYLE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra
elsa@unavarra.es

RESUMEN: Hasta tiempos recientes el tema de los derechos sucesorios de los convivientes de hecho no había objeto de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional. La STC 93/2013 y el ATC 280/2013 se han referido a esta cuestión, abriendo una forma de aproximación a la misma.

PALABRAS CLAVE: parejas estables, legislación autonómica, legislación navarra y valenciana, derechos sucesorios, nueva doctrina del Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: Until recently, the inheritance rights of life partnerships had not been subject to decisions of the Constitutional Court 93/2013 STC and 280/2013 ATC have made statements about giving a new approach to this issue.

KEY WORDS: stable couples, regional legislation. Navarre and Valencia legislation, inheritance rights, new doctrine of the Constitutional Court.

SUMARIO: 1. Aproximación al tema.- 2. Los derechos sucesorios de las parejas estables regulados en la normativa vasca, catalana, balear, gallega, aragonesa, y navarra.- 3. La nueva doctrina del TC acerca de dicha normativa autonómica.- 4. La STC 93/2013.- 5. La anulación del régimen sucesorio de las parejas estables navarras.- 6. Su eventual eficacia retroactiva.- 7. El ATC 280/2013 y el art. 14 de la Ley de la C. valenciana 5/2012 de uniones de hecho.- 6.A modo de reflexión final.

1. La legislación española sobre parejas estables es fundamentalmente autonómica, puesto que esta forma de convivencia "en relación análoga a la conyugal" (que es un concepto jurídico indeterminado) no ha sido regulada en la normativa sobre las relaciones familiares y sucesorias básicamente contenida en el Código civil y Ley del Registro Civil, en que solo se menciona el matrimonio.

Debemos recordar sin embargo que el Ordenamiento jurídico estatal considerado en sus distintas ramas tampoco las ignora, pues las parejas estables aparecen contempladas en los más variados campos, como p. ej., entre otras muchas normas dispersas, los de la Seguridad Social (art. 174.3 del TRLGSS sobre pensiones de viudedad, que ha sufrido diversas modificaciones a partir del año 2007 en que se admitieron para los convivientes aunque no ostentaran estrictamente el estado civil de viudez), o los Arrendamientos Urbanos de vivienda (art. 12 de la LAU de 1994, que se mantiene tras la modificación operada por Ley 4/2013 de 4 de junio) en materia de subrogación en los derechos arrendaticios; pero prescinde de institucionalizarlas entre las formas de familia, tanto desde la óptica de la posible unificación por una ley de ámbito estatal como a la hora de reformular la legislación del Registro Civil, al que no accede su inscripción.

En esto, nuestro CC se aparta notablemente de su homónimo francés, cuyo primer Libro, relativo a la persona, Títulos IV y XIII, contempla el *mariage* y alternativamente el *pacte civil de solidarité* comúnmente conocido por su acrónimo *PACS* así como incluso el *concubinage,* como distintas formas de convivencia para las que establece los correspondientes grados de eficacia y tutela jurídica, cuyo art. 515-3 hace referencia al registro de estos pactos.

En coherencia con la anterior premisa, sobre la ignorancia de esta realidad por parte del legislador, tampoco aparecen en el Código español referencias explícitas a las parejas estables entre las normas dedicadas a las Sucesiones, materia objeto del presente comentario.

Dado que en nuestro Ordenamiento el Estado tiene atribuida en principio competencia exclusiva en materia de legislación civil (art. 149.1 CE) y que el Código civil las ignora pero regula el Derecho de Sucesiones, las parejas estables no tienen reconocidos derechos sucesorios. Ahora bien, el anterior principio tiene importantes excepciones, pues la Constitución Española reconoce a las Comunidades Autónomas competencias para el desarrollo, conservación y modificación de los derechos civiles forales o especiales allí donde existan (art. 149.1.8 CE), si bien el Estado mantiene su exclusiva competencia, en todo caso, para regular las cinco materias que aparecen mencionadas en la parte final de dicho precepto. Estas competencias en materia civil que se atribuyen a las CCAA han sido posteriormente asumidas en los Estatutos de Autonomía de las regiones con derechos civiles históricos (en Navarra, por el art. 48 de la LORAFNA).

Puesto que entre estas últimas materias a las que se refiere el art. 149.1.8 *i.f.* CE no se encuentran las relaciones sucesorias, resulta que las CCAA que cuenten con Derecho civil propio tienen reconocida competencia exclusiva para legislar sobre derechos sucesorios, ya que no se discute la naturaleza civil de los mismos, y la han ejercitado en particular a la hora de legislar en materia de parejas estables.

En efecto, así ocurre en el País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra, si bien ello no significa que estas regulaciones coincidan perfectamente, puesto que se admite sin discusión la presencia de una diversidad normativa en materia de sucesiones existente en sus respectivos territorios autonómicos. Pero ello no ha planteado hasta ahora problemas de constitucionalidad ni de desigualdad, como en cambio ha ocurrido respecto a otras materias también reguladas en las leyes de parejas estables (particularmente, en cuanto a los distintos requisitos o exigencias de constitución, que ha dado lugar a desigualdades en relación con el acceso a las pensiones de viudedad, materia desarrollada en recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional y que ha provocado varias reformas del art. 174 TRLGSS).

Pero en dicho contexto general, se han producido en el año 2013 dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que, entre otras cuestiones, se hace referencia a los derechos sucesorios de las parejas estables, materia a las que, por su relativa novedad, nos referiremos en esta ocasión. El primero de ellos se encuentra en la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril, que anula parcialmente ocho de los doce artículos de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, a la que por tanto, deja prácticamente vacía de contenido. El segundo, de

menor trascendencia y repercusión, está contenido en el ATC 280/2013 de 3 de diciembre, por el que se resuelve mantener la suspensión de efectos del art. 14 de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho.

Estos pronunciamientos se refieren respectivamente a la legislación navarra y valenciana, en exclusiva, aunque los criterios en ellos anunciados hacen pensar en las posibles repercusiones de futuro sobre otras regulaciones semejantes, y así lo ha entendido la doctrina más autorizada en relación con la STC 93/2013.

2. Ante todo, conviene recordar ciertas ideas básicas sobre los derechos sucesorios especiales de las parejas estables, tal como resultan de la normativa actualmente vigente.

Así, la Ley vasca 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil del País Vasco (en su estado actual, próximo a su proyectada revisión) prescinde de formular referencias a las parejas estables; si bien la posterior Ley vasca 2/2003 de 7 de mayo reguladora de las parejas de hecho les atribuye en su art. 9 los mismos derechos sucesorios que tienen reconocidos los cónyuges, particularmente el de usufructo universal de viudedad sobre los bienes comunes (siempre que así se pacte) y la facultad de otorgar testamento mancomunado y pactos sucesorios.

En Cataluña, el vigente Código Civil Catalán (CCCat.) equipara plenamente al conviviente estable, sin distinción de género, respecto al cónyuge, en los derechos familiares y sucesorios; y en coherencia con este planteamiento, atribuye expresamente a las parejas estables, en caso de fallecimiento de uno de los convivientes, entre otros, derecho al usufructo universal, con facultad de conmutación por una cuarta parte alícuota de la herencia, en caso de concurrencia con descendientes del causante; el de ser llamado en segundo lugar a la herencia, en la sucesión legal o intestada, en igual posición a la que ostenta el cónyuge (art. 442-3.2 CCCat); y el de otorgar pactos sucesorios (art. 431-2 CCCat.)

A su vez, la Ley balear de parejas estables 18/2001 establece en su art. 13 que el conviviente sobreviviente tiene los mismos derechos que el cónyuge en la sucesión testada e intestada de su consorte; si bien la Compilación (TR aprobado por D.Leg.de Baleares 79/1990 de 6 de septiembre) remite al régimen del Código civil lo relativo a la sucesión intestada de los vecinos de Mallorca, y se limita a regular, en sus arts. 14 a 52, algunas especialidades en

materia de sucesión testada, sin mencionar al conviviente supérstite entre los herederos legitimarios.

La ley gallega 2/2006 de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia, en su Disposición Adicional tercera (que posteriormente ha sido desarrollada por la ley gallega 10/2007 de 28 de junio) equipara al matrimonio las relaciones maritales contraídas con vocación de permanencia; y extiende a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que la ley reconoce a los cónyuges. Entre estos figuran el derecho al usufructo universal en caso de fallecimiento del cónyuge y las la facultades de testar en mancomún y celebrar pactos sucesorios (arts. 228, 188, y 209, de la Ley Gal. 2/2006 cit.).

En Aragón, la legislación especial solo contempla al cónyuge viudo en el orden de sucesión legal (art. 216 L.Ar. 1/1999 y art. 531 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por D.Leg.Arag. 1/2011 de 22 de marzo). En la sucesión voluntaria, se reconoce la facultad de testar en mancomún a todos los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes (art. 417 CF Aragón cit.). Y se atribuye expresamente a favor del conviviente supérstite un especial derecho a residir gratuitamente en la vivienda familiar por un año más después del fallecimiento del otro conviviente, así como a retirar los muebles e instrumentos de trabajo integrantes del ajuar familiar, con exclusión de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar (art. 311 del Código Foral de Aragón cit., que recoge lo anteriormente dispuesto en el art. 9 de la Ley aragonesa 6/1999 de 26 de junio de parejas estables no casadas).

En la Comunidad Valenciana, la ley de uniones de hecho 5/2012, de 15 de octubre, dispone que el conviviente supérstite ocupará en la sucesión la misma posición que corresponda legalmente al cónyuge supérstite. Ahora bien, esta remisión a otra normativa, que por el momento es la del Código civil, suscita algunos interrogantes especiales, como más adelante expondremos.

3. Tras este breve apunte, resultan en síntesis dos ideas fundamentales: a) las parejas estables sometidas al derecho estatal no tienen reconocidos derechos sucesorios que asimilen su posición a la que ostenta el cónyuge, ni en la sucesión legal ni en la voluntaria. Por consiguiente, en caso de fallecimiento del conviviente sin que éste hubiera dispuesto *mortis causa*, el que de ellos sobreviva al otro quedará excluido de la herencia así como del derecho al usufructo vidual que se reconoce al cónyuge concurrente con otros legitimarios y que, conforme a los arts. 834 y 837 CC recae sobre el tercio de mejora o sobre la mitad de la herencia, según concurra con descendientes o

con ascendientes, respectivamente. b) las parejas que se sujeten a alguna de las leyes autonómicas de los territorios que cuentan con Derecho civil propio, tendrán derechos sucesorios reconocidos legalmente, si bien estos derechos no son necesariamente coincidentes, dado que estas CCAA tienen reconocidas competencias exclusivas para legislar en materia civil, a la que indudablemente pertenecen los derechos sucesorios, sin que ello haya suscitado hasta ahora reproches de constitucionalidad desde el punto de vista del derecho constitucional a la igualdad, como ya hemos apuntado anteriormente.

Pero el Tribunal Constitucional ha incidido en la constitucionalidad de los derechos sucesorios de las parejas estables en relación con la legislación de dos territorios autonómicos concretos, que son Navarra y la Comunidad valenciana, a través de dos resoluciones respectivas que constituyen novedad en la materia, pues hasta ahora las numerosas resoluciones anteriormente dictadas en relación con las parejas no casadas discurrían por distinto cauce. Se trata de la STC 93/2013, citada, que anula parcialmente 8 de los 12 artículos de la LF navarra 6/3000 de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables, entre los que se encuentra el art.11 relativo a los derechos sucesorios; y del ATC 280/2013, de 3 de diciembre, por el que el Pleno del TC procede a suspender la vigencia del art. 14 de la Ley de la C. Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas en dicha Comunidad, relativo también a los derechos sucesorios, mientras que mantiene el levantamiento de la suspensión temporal de efectos y aplicación sobre el resto de su articulado.

4. La STC 93/2013 se dicta unos trece años después de la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de los preceptos de la LF 6/2000 para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, sobre la que también pendía una cuestión de inconstitucionalidad formulada por el TSJ de Navarra en relación con su art. 2.3, que se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación. Se trata de una Sentencia que podríamos calificar de *demoledora* en cuanto al reconocimiento de derechos subjetivos de los convivientes no casados, ya que defiende como idea de fondo general, que el reconocimiento de derechos se traduce en una imposición del legislador automática e ineludible para quienes se encuentren en la situación descrita en su art. 2.2 (por convivir *more uxorio* mantenida por 1 año, o sin esta exigencia en caso de tener descendencia común) y que, por ello, ha resultado también anulado.

Se aduce además, de forma general, que las parejas estables representan una manifestación de la libertad personal para contraer matrimonio o no contraerlo, que según la Sentencia deriva del art. 32 CE, por lo que el

reconocimiento de efectos jurídico-civiles a quienes tienen voluntad de no casarse es considerado contrario a la libertad personal y a los derechos constitucionales a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad a los que se refieren los arts. 18 y 10 CE respectivamente.

Dicho pronunciamiento se aleja de otros muchos anteriores, de sobra conocidos, también relativos al reconocimiento de las familias naturales o de hecho, que hasta hora se habían centrado más bien en otras perspectivas jurídicas, tales como el principio de igualdad del art. 14 CE, o el de protección jurídica y social de la familia a que se refiere el art. 41 de la misma, así como los que se cuestionaban si el legislador autonómico no estaba regulando realidad una materia exclusivamente confiada al Estado, al considerar que las parejas estables no eran otra cosa que *una tercera forma de matrimonio*, con presunta vulneración del inciso final del art. 149.1.8 CE. La distinta posición que al respecto adoptaron los en su día magistrados D. Jesús Leguina Villa y D. Vicente Gimeno Sendra son paradigmáticos a este respecto (*Vid.* entre otras SSTC del Pleno 180/1990 de 15 de noviembre, con Votos particulares, 125/2003, de 19 de junio, y 222/1992, de 11 de diciembre, etc.).

Pero en época más actual, la STC 93/2013 marca un cambio de rumbo en la consideración de la legislación autonómica sobre parejas estables, que en buena medida es coherente con las últimas dos reformas del matrimonio operada por las leyes núms. 13 y 15 del año 2005, en las que, respectivamente, se eliminaron ciertos inconvenientes que antes se reprochaban a la regulación jurídica de la institución, al admitirse el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio y agilizarse los procesos de divorcio mediante la incorporación de un procedimiento que popularmente ha venido en denominarse "*divorcio express*".

Para la nueva postura que adopta el TC, una vez desaparecidos tales inconvenientes, y en adelante (porque los repertorios han quedado prácticamente inundados de recursos en los que se plantean problemas de retroactividad) quienes deseen ejercitar su derecho a no contraer matrimonio deben tener vía libre para configurar por su propia voluntad sus relaciones convivenciales, sin que el legislador realice ningún tipo de intervención.

Se ofrece así a los ciudadanos un modelo cerrado que solo permite optar por dos formas de convivencia, e ignora que la realidad social española y de los países de nuestro entorno se conocen formas intermedias que también son dignas de una cierta protección jurídica, de manera que lo único que se exigirá en adelante para constituir una relación de pareja estable será una *declaración de voluntad expresa* en ese sentido por parte de los convivientes, sin

que el TC señale en qué forma deberá formularse, si bien menciona, en los Fundamentos Jurídicos séptimo y octavo de la STC 93/2013, dedicado a esta espinosa cuestión, el otorgamiento de escritura pública o la inscripción en algún registro administrativo municipal o autonómico de parejas estables, aunque sin imponerlo y dejando paso a cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho.

5. En el análisis descrito, los derechos sucesorios de las parejas estables que antes reconocía el art. 11 de la LF 6/2000 citada, quedan notablemente modificados. El Fallo de la STC 93/2013 anula enteramente el precepto, y con ello, arrastra un texto que había generado una importante modificación en el régimen sucesorio propio del Derecho navarro, contenido en la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra de 1973. Conforme al antiguo art. 11 de la Ley Foral, las parejas estables sujetas a la misma quedaban situadas en la misma posición que el cónyuge en el orden de llamamientos en la sucesión legal (Ley 304.5 FN); se les reconocía el derecho al usufructo de fidelidad al igual que a los cónyuges (Ley 253, segundo apartado, FN); y eran equiparados a éstos en la prohibición de ocupar el cargo de contador-partidor (Ley 341 FN).

La doctrina no dejó de señalar que este texto del art. 11 citado olvidaba algunos otros derechos sucesorios establecidos en el Derecho navarro, como por ejemplo, la reserva del bínubo (Ley 274 FN) o el principio de igualación de los hijos de anterior matrimonio (Ley 272 en relación con la Ley 77 del FN), por lo que se dudaba acerca de si ello podía deberse a un olvido del legislador, que en el Preámbulo de la Ley Foral había manifestado su propósito de equiparar las parejas estables a los matrimonios, o bien se trataba de una omisión deliberada. En particular, la institución, típicamente navarra, que contempla la Ley 272 del Fuero Nuevo, había acaparado considerable atención doctrinal y jurisprudencial acerca de si los hijos con derecho a ser igualados al cónyuge e hijos de posterior matrimonio eran solamente los matrimoniales (como constaba literalmente en la norma citada) o debía interpretarse que también se refería a los hijos de las parejas no casadas, o extramatrimoniales. La polémica subsiste tras el momento de eficacia de la STC 93/2013, y ha dado lugar a tres declaraciones contradictorias de los magistrados integrantes de la Sala Civil y Penal del TSJ de Navarra, en poco más de un año (SS 12/2013, de 18 de septiembre y 11/2014 de 9 septiembre, con Voto Particular).

Y por otra parte, no faltaron voces doctrinales en las que se defendió, con acierto, que no había razón para excepcionar el principio navarro de libertad de testar, una de cuyas manifestaciones más explícitas es la legítima foral (en

realidad, derecho a no ser preterido) de los descendientes, enunciada en la Ley 267 FN, cuya explicación descansa en el propósito de impedir la división del patrimonio familiar integrado institucionalmente en la Casa.

La institución contenida en la Ley 272 FN por la que los hijos del primer matrimonio deben ser igualados a los de segundo matrimonio o al segundo cónyuge en la herencia de su progenitor común, no aparece mencionada en la STC 93/2013, que se limita, como decíamos, a eliminar el art. 11 de la LF, y arrastra con ello la modificación operada en las leyes 304, 253 y 341 FN, con el consiguiente decaimiento de las expectativas sucesorias que antes tenían las parejas estables sujetas al Ordenamiento privado de Navarra.

6. Ante esta situación surgen algunos interrogantes de dudosa solución. Uno de ellos es evidente: la supresión del usufructo de fidelidad y del llamamiento a la herencia ¿tendrá efectos para las parejas que se constituyan con posterioridad al momento de eficacia de la STC 93/2013, tras la fecha de su publicación en el BOE, o también alcanzará a las parejas ya constituidas con anterioridad a dicho momento?...

Es esta una cuestión que el TC resuelve un tanto precipitadamente en el pasaje de la Sentencia en donde manifiesta literalmente que sus declaraciones tendrán eficacia "pro futuro" y deberán respetar las "situaciones administrativas consolidadas" (STC 93/2013, FJ 14). El texto induce a la duda ya que los derechos sucesorios no guardan relación alguna con esas *situaciones administrativas* (tales como los derechos derivados de la función pública) y porque la Constitución rechaza en su art. 9.3 la eficacia retroactiva de disposiciones restrictivas de derechos subjetivos.

Otro de los interrogantes resulta de las declaraciones contenidas en el FJ 13 de la Sentencia, en el que se exponen las razones por las que se procede a la anulación del art. 11 de la LF 6/2000 en materia de derechos sucesorios. En este texto se afirma que, en aras a ese voluntarismo que preside toda la sentencia, las parejas estables pueden reconocerse mutuamente los que libremente acuerden, máxime en un sistema como el navarro, en el que rige la libertad de testar, y por tanto, queda exento de las limitaciones propias de los sistemas basados en el reconocimiento de legítimas.

Por otra parte, si bien el argumento es certero en cuanto a la invocación del principio navarro de libertad de testar, no tiene en cuenta la nueva configuración de los nuevos requisitos legales de sujeción a la LF 6/2000, puesto que los que se contemplaban en su art. 2.3 –la vecindad civil navarra de al menos uno de sus miembros- han desaparecido por anulación

contenida en el Fallo de la STC 93/2013. Y la vecindad civil navarra es imprescindible para poder sujetarse a las disposiciones del Fuero Nuevo de Navarra en cuanto al régimen particular de esta Comunidad sobre la sucesión legal o voluntaria, así como para prescindir de las legítimas u otorgar testamento de hermandad y contratos sucesorios, no admitidos para quienes por su vecindad civil se sujetan a la regulación del Código civil.

A nuestro juicio, no hay razón clara para excluir de los derechos al llamamiento a suceder en la sucesión legal o intestada, para las parejas estables constituidas conforme a los requisitos anteriormente establecidos en el art. 2.3 de la ley; y si, en cambio, resulta prácticamente imposible incluir en ellos a parejas estables que residan en Navarra sin ostentar vecindad civil de esta región, ya que ello determina la ley aplicable a la sucesión conforma a las normas contenidas en el CC, situación que posibilita la nueva configuración de los requisitos de constitución de la pareja estable, en que basta una declaración de voluntad expresa en dicho sentido.

Y por otra parte, para testar mancomunadamente, o descartar a los descendientes mediante la institución en la legítima foral –sin contenido económico- será también preciso acreditar que se tiene la vecindad civil navarra, sin que ello pueda tener lugar para personas residentes que solamente ostenten la vecindad administrativa.

7. Por lo que se refiere al ATC de Valencia, se trata de una resolución de limitada eficacia, pero que contiene declaraciones de interés para el tema que nos ocupa. El argumento que esgrime en este supuesto el TC, para decretar el mantenimiento de la suspensión del art. 14 de la Ley valenciana de uniones de hecho, consiste en afirmar que, a falta de un Derecho propio de sucesiones en dicha Comunidad, rigen en ella los preceptos del Código civil, y que este cuerpo legal no reconoce derechos sucesorios a las parejas estables, ni en la sucesión testada ni en la intestada.

Lo contrario, añade el ATC citado, significaría permitir modificaciones al sistema de legítimas contenido en el CC, por parte de un legislador autonómico, lo que se considera contrario a las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación civil.

Sin embargo, este argumento resulta contradictorio si se le compara con el esgrimido en el caso de las parejas estables navarras, por parte de la STC 93/2013. Pues en realidad, en dicha Sentencia, se sacrifican preceptos del Fuero Nuevo de Navarra por virtud de una declaración del TC, en aras a la prevalencia de principio de respeto a la libertad personal contenido en el art.

10 de la Constitución. Una Sentencia del TC elimina del ordenamiento de Navarra tres preceptos en materia civil, pues se refieren al Derecho de sucesiones (claro que están recogidos en una Compilación, aprobada por ley estatal antes de la Constitución). En cambio en el caso de Valencia, se impide al legislador autonómico realizar intrusiones en la legislación del Código civil relativa a las legítimas. Y nosotros nos preguntamos ¿en cuál de los dos pronunciamientos se produce invasión de competencias legislativas entre el Estado y las CCAA?...

8. Como reflexión final, para comprender en profundidad la trascendencia de las declaraciones del Tribunal vertidas en el texto de la STC 93/2013 acerca de los derechos sucesorios de las parejas estables, parece que se hará preciso esperar a la interpretación jurisprudencial, así como al posterior desarrollo legislativo, de la nueva configuración constitucional de las parejas estables en el contexto del Derecho de Familia y Sucesiones, mediante reformas técnicas que, para Navarra, se encuentran ya anunciadas por el propio legislador a través de la Disposición Final Primera de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, de custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, texto en el que se encomienda al Consejo Asesor de Derecho Civil Foral creado en la Comunidad Foral una próxima "reforma integral del Derecho de Familia".

Pero, de momento, la proyectada reforma se demora, y entre tanto, no parece acorde con el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos subjetivos eliminar de raíz las expectativas hereditarias legítimamente adquiridas por parte de quienes se constituyeron en pareja estable sujeta a la ley navarra conforme a la legalidad entonces vigente, en una interpretación del Fundamento 14 de la STC 93/2013 cuyo texto resulta poco preciso en este punto.

LA DESHEREDACIÓN POR MALTRATO PSICOLÓGICO Y SU DIFICULTAD DE APLICACIÓN PRÁCTICA

THE DISINHERITANCE DUE TO PSYCHOLOGICAL ABUSE AND ITS PRACTICAL DIFFICULTY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 555-564.

Fecha entrega: 06/04/2014
Fecha aceptación: 01/06/2015

JOSE Mª CARRAU CARBONELL
Notario de Lucena del Cid (Castellón)
jmcarrau@notariado.org

RESUMEN: Tras las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 2014 y de 30 de Enero de 2015, se interpreta que el abandono emocional de los padres por los hijos supone un maltrato psicológico que puede considerarse como maltrato de obra a los efectos de desheredación del artículo 853.2 del Código Civil Español. Ello, si bien es acorde al signo actual de los tiempos, plantea problemas de aplicación práctica tanto en el tiempo de redactar el testamento como en el momento de la partición hereditaria, fundamentalmente de tipo probatorio, dada la insuficiente regulación legal.

PALABRAS CLAVE: desheredación, sucesión, herencia, maltrato psicológico, testamento.

ABSTRACT: After the Judgments of the Supreme Spanish Court dated 3rd June 2014 and 30th January 2015, it is considered that parents' emotional neglect from sons produces psychological abuse that can be included as abuse in terms of disinheritance in the article 853.2 of the Spanish Civil Code. That theory is in accordance to current social understanding, but causes trouble in practice, not only when writing the will, but also in the inheritance, basically due to evidence difficulties, though the lack of a complete regulation.

KEY WORDS: disinheritance, succession, inheritance, psychological abuse, will".

SUMARIO: 1. Introducción. La controvertida sucesión legitimaria o forzosa.- 2. Justificación de la desheredación de hijos o descendientes en testamento.- 3 Dificultad práctica.- 3.1. Dificultad en el testamento. 3.2.- Dificultad en la partición hereditaria.- 4. Conclusiones.

1. La existencia y justificación de la sucesión legitimaria o forzosa siempre ha provocado debate, pues han sido y son muchos los partidarios de su atenuación o, directamente, de su desaparición. Desde la época de la redacción del Código Civil, con la discusión entre Joaquín Costa y Alonso Martínez, hasta la actualidad, éste ha sido y es un tema de gran controversia.

Los nuevos modelos familiares, la globalización, el aumento de la esperanza de vida, la movilidad de las personas por motivos laborales, la propugnación de la autonomía de la voluntad por encima de cualquier otro principio jurídico; son, entre otros, algunos de los motivos por los que éste es un debate que en nuestros días está más avivado que nunca.

El Derecho siempre sigue a la realidad, y así comienzan a observarse elementos que podrían darnos a entender que no estamos muy lejos de que llegue el momento de someter este tipo de sucesión a una revisión en profundidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

2. Uno de dichos elementos es el que nos ocupa: la institución de la desheredación, como límite a la sucesión legitimaria, y el impulso a su aplicación práctica dado por el TS en la S. 3 junio 2014. Esta sentencia, en esencia, abre una puerta a la desheredación de descendientes que no tienen vínculos familiares con el testador, y para ello se sirve de una interpretación amplia del párrafo segundo del art. 853 CC, al considerar como maltrato de obra el abandono de los padres por los hijos. La sentencia supone un cambio jurisprudencial trascendente, al pasar de la interpretación restrictiva del art. 853 CC (cfr. STS 4 noviembre 1997) a una interpretación extensiva.

Además, ya no pueden admitirse opiniones que consideren que simplemente la sentencia citada trataba de resolver un caso concreto con justicia, pero sin tener voluntad de permanencia, pues el TS, con el mismo ponente, ha reiterado los mismos criterios en la S. 30 enero 2015. Por tanto, nos encontramos ya ante verdadera jurisprudencia, ante doctrina legal del TS, por existir ya al menos dos fallos idénticos en los que se resuelve con idénticos fundamentos, hasta el punto de que la segunda sentencia básicamente copia los fundamentos jurídicos de la primera.

Para ello, el TS se sirve del siguiente *íter* argumentativo, tanto en la S. 3 junio 2014 como en la de 30 enero 2015. En primer lugar, parte de que la desheredación sólo puede tener lugar por las causas recogidas en la ley, pues el art. 848 CC señala que "La desheredación sólo podrá tener por alguna de las causas que expresamente señala la ley."

En segundo lugar, señala que la interpretación de este precepto debe ser estricta, en lo que atañe a la enumeración de causas de desheredación, pues no pueden añadirse o eliminarse causas, siendo sólo aplicables las de los arts. 852 a 855 CC. Señala la sentencia así que "en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (…) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva (…)".

En tercer lugar, y aquí radica el quid de la cuestión, señala, empero, que lo que sí puede interpretarse es la significación y alcance de cada una de las causas recogidas. Dice en este sentido el Tribunal Supremo que "no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo".

Y en cuarto lugar, concluye entendiendo que el art. 853 CC, párrafo segundo, puede interpretarse de forma extensiva, incluyendo el maltrato psicológico como modalidad del maltrato de obra, y entendiendo que el abandono emocional, contrario a los deberes inherentes a toda relación paterno-filial, puede ser considerado como maltrato psicológico. Aquí, como decimos, radica la *ratio decidenci*, pues expresa la sentencia que "Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (…), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen (…)." Y añade: "En orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra (…)".

Para ello, aunque no lo señale expresamente, el TS se sirve de una de las armas más poderosas de las que disponen los tribunales en materia de Derecho privado: el art. 3 CC, que le permite interpretar la norma utilizando un criterio lógico o finalista, y además tener en cuenta la realidad social

actual, que, como hemos señalado, es radicalmente diferente a la existente en el tiempo de promulgarse el Código Civil.

Los argumentos a favor de esta interpretación de la norma son, fundamentalmente, dos: por una parte, el respeto a la dignidad de la persona recogido en el art. 10 CE; y por otra, el principio de conservación de los negocios jurídicos; y su consecuencia en el ámbito sucesorio: el principio de *favor testamenti*, como criterio de interpretación del testamento, contenido en el art. 675 CC. Señala el TS que "Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (…) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de "favor testamenti" (…)."

3. Esta teoría que enuncia el TS es valorada positivamente en paralelo a las críticas a nuestro sistema legitimario. No obstante, plantea una serie de problemas para ejecutarse en la práctica en dos momentos fundamentalmente: en el momento de otorgar el testador su testamento incluyendo la desheredación; y en el momento de otorgarse la partición de herencia en base a dicho testamento.

4. La interpretación jurisprudencial reseñada permite que al otorgarse el testamento pueda efectivamente redactarse éste conforme a la verdadera voluntad del testador que desee desheredar a alguno o a todos sus hijos o descendientes por maltrato psicológico. Ahora bien, se hace necesario que el asesoramiento del Notario en el testamento abierto advierta de los escollos que pueden aparecer.

Principalmente, a la vista de la sentencia, surge la dificultad de diferenciar entre la voluntaria ruptura de vínculos o abandono emocional y el maltrato psicológico por abandono familiar. En este sentido dice la sentencia que "debe puntualizarse que, fuera de un pretendido "abandono emocional", como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar".

Podría suponerse entonces que el TS ha incluido, como maltrato de obra, el maltrato psicológico por menosprecio y abandono familiar; pero no la simple ruptura de vínculos y abandono emocional. Ésta diferenciación se antoja harto complicada. Podría entenderse que si los hijos o descendientes del testador, simplemente, no le llaman con frecuencia o no le visitan habitualmente, ello no es una justa causa para desheredarlos; y sólo lo será cuando efectivamente se haya producido una ruptura absoluta de comunicación, extendida en el tiempo, que haya provocado un verdadero padecimiento en el testador, hasta el punto de suponer un incumplimiento al deber de respeto que, conforme al adverbio "siempre" del art. 154.2 CC, es vitalicio.

Entendemos que, en el momento en que el Notario escucha al testador para redactar el testamento conforme a su voluntad, debe realizarse la labor de averiguación, para dilucidar cuál es la situación de éste. Deberá partir de la definición del maltrato psicológico que hace la propia sentencia como "acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima". Posiblemente dos criterios para poder saber si concurre justa causa de desheredación sean: en primer lugar, el tiempo durante el cual la relación familiar ha sido inexistente (no es lo mismo un distanciamiento puntual que una completa ausencia de relación paterno filial); y en segundo lugar, el padecimiento que ello ha infringido en el testador, el cual a pesar de ser un criterio subjetivo, es fácilmente identificable cuando el testador se explica abiertamente, y en confianza, al Notario para darle a conocer su voluntad. No olvidemos que la causa que aparece redactada en el Código Civil es el "maltrato de obra" y por tanto, deberá identificarse un verdadero maltrato psicológico.

Estos criterios pueden servirnos a los Notarios para asesorar al testador sobre la viabilidad de su desheredación. Pero, en todo caso, el testamento se redactará conforme a su voluntad, por lo que, si el testador quiere desheredar, a pesar de que dudemos sobre la existencia de los requisitos para que pueda hablarse de maltrato de obra, deberemos redactar la cláusula de desheredación, conforme al art. 849 CC, advirtiendo previamente al testador de que su eficacia definitiva dependerá de que el desheredado impugne y de que se pueda probar efectivamente el maltrato psicológico, como veremos a continuación.

5. Una vez fallecido el testador, y obtenida la copia autorizada del testamento, se deberá proceder a otorgar la escritura pública de aceptación y partición de herencia.

La cuestión inicial consiste en determinar quiénes serán los otorgantes, y la solución clara es que en ella no intervendrá el desheredado, puesto que al ser privado de su legítima, es privado de todo derecho a la herencia salvo en el hipotético caso de que el testador le hubiere legado al desheredado algo con cargo al tercio de libre disposición.

La escritura de partición hereditaria será siempre eficaz si la desheredación ordenada por el testador se funda en justa causa expresada en el testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por los desheredados. Así, la RDGRN 23 mayo 2012, en una partición hecha en base a un testamento que contiene desheredación de hijos, exige en la escritura la expresión de la causa y la identificación concreta de los desheredados; no siendo necesaria acta de notoriedad, pero debiendo aportar el otorgante los datos personales necesarios para que se pueda inferir la aptitud genérica de dichos descendientes para ser desheredados. Se exige que de todos los datos aportados en la escritura resulte, en principio, que los otorgantes son los únicos interesados en la sucesión. Habrá de constar por tanto la edad del desheredado y la identificación de sus descendientes, pues, si el desheredado tiene hijos, se aplicará el art. 857 CC, y estos deberán concurrir al otorgamiento de la escritura, tal y como afirmó la RDGRN 6 marzo 2012. Problema diferente es cómo se acredita la existencia o inexistencia de hijos del desheredado. La RDGRN 29 septiembre 2010 entendió que no era necesaria un acta de notoriedad semejante a la del art. 82 RH, sino que bastaban las manifestaciones de los herederos, que no tienen por qué probar la inexistencia de otros herederos forzosos.

Tras este punto, en el que los nombrados herederos, junto con los legitimarios legatarios, concurren en la Notaría y otorgan la escritura pública, se plantean una serie de problemas, que dependerán de que el desheredado impugne o no la desheredación. En todo caso, lo que es evidente es que la causa de desheredación se presume justa, y que el Notario no debe realizar un juicio de valor. Será el desheredado el que, por la vía del art. 850 CC, podrá impugnar la desheredación.

Y para que el desheredado decida si impugnar o no, será preciso que tenga conocimiento de que ha sido desheredado. Lógicamente, lo tendrá en cuanto que sabrá de la muerte del testador, y si solicita la copia autorizada del testamento, se le deberá entregar por aplicación del art. 226.b) RN. No obstante, si no la solicita, y los herederos otorgan la escritura de partición de herencia, no pensamos que el Notario tenga obligación de notificar al desheredado, pues repetimos que no tiene ningún derecho en la misma mientras la desheredación se presuma justa. Sí parece conveniente hacer constar en la escritura pública la advertencia de que la partición se hace

conforme a un testamento que deshereda y que por tanto, siendo eficaz, está amenazada de una acción de impugnación, hasta que prescriba la acción del desheredado, cuyo plazo de prescripción ha sido discutido.

En todo caso, consideramos que el desheredado lo que impugnará será el testamento, y ello tendrá en su caso consecuencias sobre la eficacia de la partición realizada en base al mismo. El ejercicio por los desheredados de la acción de impugnación puede traer como consecuencia la ineficacia parcial del testamento, y consecuentemente la rescisión o la modificación de la partición de herencia. La acción que pueden ejercitar los desheredados tiene un plazo de prescripción discutido doctrinalmente pero parece razonable entender que se trata de una acción de anulabilidad, por ser una ineficacia parcial y sobrevenida del testamento, con lo que el plazo será de cuatro años contados desde que pudo ser ejercitada, esto es, desde el fallecimiento del testador.

Así, si el desheredado no llega a impugnar, no se planteará ningún problema. Pero si decide impugnar, surgirán en el caso que tratamos difíciles problemas probatorios, pues como señala el art. 850 CC dice que "La prueba de ser cierta la causa de desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare". Ésta prueba no es difícil en otras causas de desheredación en las que existirá una sentencia penal o civil, o una demanda judicial de alimentos.

Pero en el caso que nos ocupa de desheredación de hijos o descendientes a causa del maltrato de obra consistente en maltrato psicológico por abandono familiar, los herederos del testador pueden tener verdaderos problemas para probar que efectivamente el desheredado desatendió al causante, puesto que la falta absoluta al deber de respeto y la falta de toda relación familiar suponen, en definitiva, hechos negativos, cuya prueba puede tornarse imposible. Corresponderá a los tribunales la valoración de la misma, una vez practicada por los medios que los herederos puedan conseguir entre los existentes en los arts. 299 y ss. LEC, fundamentalmente el interrogatorio de partes y de testigos.

Dada la dificultad de esta prueba, puede apuntarse un atisbo de solución, que deberá ser previsto por el testador en vida. Éste, al otorgar su testamento con desheredación, podría solicitar del Notario el otorgamiento de un acta de notoriedad, prevista en el art. 209 RN, que acredite que la relación con el desheredado es inexistente y que éste le ha abandonado y maltratado psicológicamente. También será complicada su autorización, pero seguramente el propio testador pueda aportar más elementos probatorios en vida de los que podrán aportar sus herederos tras su muerte. Podrían

incorporarse al acta manifestaciones del resto de familiares, certificados bancarios que prueben que el testador no recibe ninguna ayuda del potencial desheredado, y cualesquiera otras pruebas que el testador considere puedan servir en el futuro a sus herederos para defenderse de la impugnación de la desheredación. Cabría incluir un informe psicológico de un perito en la materia que acredite dicho maltrato por ausencia de relación familiar. No obstante, repetimos, quedará al juicio del Notario decidir si la notoriedad del maltrato psicológico está suficientemente probada.

En todo caso, una vez impugnado el testamento por el desheredado cabrán dos conclusiones: o se desestima la acción, en cuyo caso la partición conservará su eficacia; o la acción es estimada, con lo que la partición se habrá hecho en base a un testamento devenido ineficaz y será, por tanto, ineficaz. Aquí podrán seguirse dos posiciones: bien se entiende que es un caso de rescindibilidad de la partición por el art. 1074 CC; bien se entiende que es un caso de simple modificación, por considerarse que sería de aplicación del art. 1080 CC, ya que la partición se habrá realizado sin alguno de los herederos, incluyendo a los forzosos. En uno y otro caso, habrá que atribuirle al injustamente desheredado su legítima, la estricta, según la posición jurisprudencial y doctrinal mayoritaria que interpreta así el art. 851 CC. La solución, tanto si seguimos la tesis de la rescindibilidad como si se sigue la de la modificación de la partición, será indefectiblemente en la práctica la ineficacia de la partición realizada y la necesidad de otorgar una nueva escritura pública en la que la partición se realice compareciendo el legitimario injustamente desheredado.

6. La STS 3 junio 2014, que hemos tratado, y su reflejo en la de 30 enero 2015, merecen, como hemos dicho, una valoración positiva. Basten para ello dos razones: está en línea con la evolución de la sociedad, que reclama cada vez más la absoluta libertad de testar; y está en línea con la evolución legislativa imperante en nuestro entorno, que ya ha respondido a dichas demandas sociales, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Común.

Así, tanto el Derecho Foral como el Derecho Comparado tienden a atenuar la rigidez de la sucesión forzosa. Sin ser éste el lugar para un estudio pormenorizado de la materia, cabe reseñar que el Derecho Catalán incluye como causa de desheredación la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario; el Derecho Aragonés y el Derecho Vizcaíno regulan la legítima colectiva; y en el Derecho Navarro y en el Fuero de Ayala existe en la práctica la libertad de testar. Por su parte, el Derecho Inglés tiene como base la libertad de testar; mientras que el Derecho Francés, manteniendo la

sucesión forzosa, la ha restringido y acomodado a la nueva realidad social; y en el Derecho Alemán rige la libertad de testar, concibiéndose la legítima como un derecho de crédito.

En definitiva, como señala Victorio Margariños, en un artículo publicado en "El Mundo" el 3 de Septiembre de 2014, "Esta sentencia supone un paso importante en el proceso de libertad de disposición de los bienes para después de la muerte, y su fundamentación no es ajena a la defensa del valor de dignidad de la persona, germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales. Pero, por muy justa que sea una sentencia, los problemas de fondo siguen ahí, enquistados en una legislación anticuada, pues la solución no puede remitirse a los tribunales, que han de enjuiciar cada caso, con las dificultades que ello supone y lo gravoso que resulta."

Efectivamente, si bien la dirección de la sentencia es óptima, las consecuencias en la aplicación práctica originan problemas de prueba, y ello desemboca en una inseguridad jurídica temporal en las particiones hereditarias realizadas en base a un testamento que contenga desheredación de hijos por maltrato psicológico, pues el heredero no alcanzará la certeza de que tiene un dominio definitivo hasta tiempo después de otorgar la partición, con la consiguiente intranquilidad que ello produce.

Por tanto, parece claro que el camino a seguir es el tradicional: surge un problema jurídico en la realidad social, ello se traduce en una serie de sentencias que resuelven casos reales, y finalmente el legislador acomoda el ordenamiento jurídico a dicha realidad. Falta, por tanto, éste último paso.

Se hace necesaria una reforma del Código Civil en esta materia. Y es aquí donde el legislador deberá elegir: o reforma en profundidad el Derecho Sucesorio para suprimir o atenuar la sucesión forzosa; o reforma la institución de la desheredación, incluyendo la falta de relación familiar entre sus causas e invirtiendo la carga de la prueba, imponiendo al desheredado la prueba de ser merecedor de su legítima. Cuestión diferente es imaginar que en algún momento esta reforma pueda llegar a ser oportuna y prioritaria para el legislador.

LOS DERECHOS LEGITIMARIOS Y LEGÍTIMOS DEL CÓNYUGE VIUDO SEPARADO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES

THE INALIENABLE SUCCESSION RIGHTS AND LEGITIMATE RIGHTS OF THE SEPARATED WIDOWED SPOUSE IN THE SPANISH CIVIL CODE AND IN THE COMPILATION OF THE CIVIL LAW OF THE BALEARIC ISLANDS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 565-576.

Fecha entrega: 30/06/2014
Fecha aceptación: 15/01/2015

Dr. PEDRO GRIMALT SERVERA
Profesora Titular de Derecho Civil
UIB
pedro.grimalt@uib.es

RESUMEN: Los derechos sucesorios del cónyuge viudo no son uniformes en todo el territorio español, ni siquiera en algunas Comunidades Autónomas como en las Islas Baleares. El cónyuge viudo no tiene derechos legitimarios en Ibiza/Formentera. En el Código Civil, estos derechos vienen condicionados por la separación judicial o por la separación de hecho del matrimonio. En Mallorca/Menorca, estos derechos no sólo vienen condicionados por la separación judicial o por la separación de hecho del matrimonio, también puede ser determinante saber quién es el culpable de la separación.

PALABRAS CLAVE: derechos sucesorios del cónyuge viudo separado, separación judicial, separación de hecho, culpabilidad en la separación, Código Civil español, Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

ABSTRACT: The succession rights of the widowed spouse are not uniform throughout the Spanish, even in some autonomous communities as in the Balearic Islands. The widowed spouse does not have inalienable succession rights in Ibiza/Formentera. In the Civil Code, these rights are conditioned by legal separation or separation in fact of marriage. In Mallorca /Menorca, these rights are conditioned not only by legal separation or de facto separation of marriage, it can also be determining who to blame for the separation.

KEY WORDS: inheritance rights of the widowed spouse, legal separation, separation of fact, blame in the separation, Spanish Civil Code, Compilation of the Civil Law of the Balearic Islands.

SUMARIO: 1. Introducción. Los derechos sucesorios del cónyuge viudo separado en el Código Civil.- 2. Los derechos sucesorios del cónyuge viudo separado en la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares: Ibiza y Formentera.- 3. Los derechos sucesorios del cónyuge viudo separado en la compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares: Mallorca y Menorca.

1. Una de las peculiaridades del Derecho Civil español es que no existe, en ciertas materias (muy especialmente en régimen económico matrimonial y derecho de sucesiones), un único Derecho Civil, sino que éste puede ser diferente en función del territorio en el que uno se encuentre o de la vecindad civil que uno tenga; y esto es lo que ocurre respecto a los derechos legitimarios o legales de los cónyuges viudos separados.

No es objetivo de este artículo exponer todo el régimen jurídico de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, sino analizar las diferencias existentes entre el Código Civil español (CC) y la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares (CDCIB), y las que establece la propia CDCIB para las islas de Ibiza y de Formentera respecto a las de Mallorca y de Menorca, a los efectos de determinar si un cónyuge separado, judicialmente o de hecho, tienen derechos sucesorios respecto al cónyuge fallecido (obviamente, quedan excluidos del ámbito de este estudio los divorciados, pues ya no son cónyuges[1] y carecen en todo caso, tanto en el CC como en la CDCIB, de derechos legitimarios y legítimos)[2].

[1] A diferencia de lo que ocurre con la separación judicial que, entre otros efectos, produce la suspensión de la vida en común de los casados (art. 83 CC), pero que no disuelve el matrimonio, el divorcio sí que disuelve el matrimonio: "El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio" (art. 85 CC).

[2] A los efectos sucesorios, el cónyuge viudo, en Baleares, se equiparan el conviviente supérstite de una pareja estable: "Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo" (art. 13 Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables). Y a los efectos de, llegado el momento, de poder equiparar cónyuge viudo separado con «conviviente separado», no está de más tener en cuenta que una de las causas de extinción de la pareja estable es «Por cese afectivo de la convivencia durante un período superior a un año» (art. 8.1c Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables).

En el CC, el cónyuge viudo separado, de hecho o de derecho, no es legitimario respecto a su cónyuge fallecido[3]: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora[4]" (art. 834 CC); por tanto, *a contrario,* el cónyuge separado no tiene derecho legitimario alguno sobre la herencia de su cónyuge. Pero no sólo está excluido de la sucesión legitimaria, también lo está de la sucesión legal. En efecto, cuando se abre la sucesión legal, el art. 944 CC dispone que "En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente"; ahora bien, el precepto anterior es matizado por el art. 945 CC: "No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho".

2. Acabamos de ver que los derechos legitimarios y legales del cónyuge viudo se hacen depender de si éste está separado de hecho o judicialmente. Ahora bien, estas reglas no son uniformes en todo el territorio español y así, en la CDCIB, se establecen reglas distintas; es más, Ibiza y Formentera tienen una regulación distinta respecto a Mallorca y Menorca.

En cuanto a Ibiza y Formentera, y a diferencia de lo que ocurre en el CC y en Mallorca y Menorca, el cónyuge viudo (separado o no, es indiferente) no es legitimario. En efecto, el art. 79 CDCIB dispone que los legitimarios son los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos y, en defecto de los anteriores, los padres, por naturaleza y adopción (por tanto, el cónyuge no es legitimario ni en Ibiza ni en Formentera –o mejor, cuando a la sucesión le sea de aplicación el Capítulo V del Título II de la CDCIB-)[5].

[3] "Son herederos forzosos: […] 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. […] 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. […] 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código" (art. 807 CC).

[4] Si en vez de descendientes, el cónyuge viudo concurriera con ascendientes, el cónyuge viudo no separado tendría derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 CC); y, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 944 CC, "No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia" (art. 838 CC).

[5] "Son legitimarios: […] A) Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos. […] B**)** Los padres, por naturaleza y adopción: […]" (art. 79 CDCIB). Obsérvese que, en Ibiza y en Formentera, los abuelos y demás ascendientes de posterior grado no son considerados como posibles legitimarios.

Ahora bien, dicho lo anterior, el art. 84, primer párrafo, CDCIB sí que incluye al cónyuge entre los posibles sucesores si se abre la sucesión legal; es más se remite a lo previsto en el CC: "La sucesión intestada en Eivissa y Formentera se rige por las normas del Código civil". Pero antes de continuar, debe observarse que, efectivamente, se aplican las reglas del CC, pero no las vigentes en la actualidad, sino la vigentes en el momento de entrar en vigor la CDCIB, tal como dispone la disposición final segunda de la CDCIB, "Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley"; por tanto, el cónyuge viudo sucede *ab intestato* al cónyuge finado en defecto de descendientes y ascendientes siempre y cuando el cónyuge viudo no estuviera separado judicialmente o separado de hecho acordado mutuamente que conste fehacientemente (en el momento de aprobarse la CDCIB, el art. 945 CC disponía que "No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente").

Siguiendo con la sucesión intestada y los derechos del cónyuge viudo, si ésta se abre, el art. 84, segundo párrafo, CDCIB, dispone que "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el cónyuge viudo adquirirá, libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes". Esta regla se asemeja al derecho que tiene el cónyuge viudo en el CC para reclamar su derecho a la legítima si se abre la sucesión intestada y devienen herederos por ello los descendientes o los ascendientes del finado, pero con una importante diferencia: el derecho previsto en el art. 84, segundo párrafo, CDCIB, no es legítima (el cónyuge no es legitimario), por lo que entiendo, como ya he manifestado en otras ocasiones, que se trata de un derecho disponible por el causante y que el mismo se calcula, no en función de todo el haber hereditario, sino en función del haber hereditario que se difiere *ab intestato*[6]. Asimismo, entiendo que el cónyuge viudo sólo podría reclamar el derecho al que se refiere el art. 84, segundo párrafo, CDCIB, si en el momento del fallecimiento del causante, no estuvieran separados judicialmente o separados de hecho por mutuo

[6] GRIMALT SERVERA, P.: "Los derechos legitimarios en el Derecho Civil Balear", en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Lluis Puig Ferriol*, volumen II, Valencia (2006): Tirant lo Blanch, pp. 1617-1618. Trabajo que tiene su origen en una ponencia de 2003 durante las jornadas del Curso de Derecho Civil Balear, organizada por la Universidad de las Illes Balears, la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares y la Asociación de Abogados de Familia.
En este sentido, CARDONA GUASCH, O.: "La sucesión testada en el Libro III", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Civil Balear* (coord. por M. P. FERRER VANRELL)*,* Palma (2003), segunda edición: Universitat de Les Illes Balears, p. 482.

acuerdo[7] (se trata de un derecho disponible que se inserta en la sucesión legal –el cónyuge viudo no es titular de este derecho en virtud de su condición de legitimario, de aquí que no resulte adecuado, a mi juicio, la interpretación del art. 84, segundo párrafo, CDCIB, en relación con el art. 834 CC-).

3. En los dos epígrafes anteriores, se ha puesto de manifiesto que el CC y la CDCIB, para las islas de Ibiza y de Formentera, no regulan de igual forma los derechos sucesorios legales de los cónyuges viudos. A continuación, se verá que la propia CDCIB, para las islas de Mallorca y de Menorca, tiene un régimen distinto, no ya sólo respecto al CC, sino incluso respecto a las islas de Ibiza y de Formentera.

En efecto, respecto a las islas de Mallorca y de Menorca, el punto de partida es el art. 44, primer párrafo, CDCIB[8]: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto, será legitimario en la sucesión de éste[9]"[10]. El cónyuge viudo separado judicialmente o de hecho no es legitimario (hasta aquí, la regla es la misma que en el CC), salvo que la separación sea imputable al finado (excepción no prevista en el vigente CC). En un primer momento, que los derechos del cónyuge viudo separado se hagan depender de si la causa de separación puede ser imputada o no al cónyuge fallecido, puede sorprender en un régimen matrimonial, como es el actual, en el que el éxito de la separación judicial no se hace depender de la concurrencia de una causa concreta, sino que depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges (al menos transcurridos tres meses de

[7] En este sentido, CARDONA GUASCH, O.: "La sucesión", cit., p. 481.

[8] Si bien el art. 44 CDCIB forma parte del Libro I, De las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca, también resulta de aplicación en Menorca, por lo previsto en el art. 65 CDCIB: "Rige en la isla de Menorca lo dispuesto en el Libro I de esta Compilación, excepción hecha de los artículos 6 y 7, en lo referente a la donación universal de bienes presentes y futuros, del Capítulo II del Título II, de los artículos 50 y 51 y del Título III".

[9] Y al igual que ocurre en el CC, el derecho del cónyuge viudo se hace depender de si concurre o no con descendientes o ascendientes: "Concurriendo con descendientes, la legítima vidual será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios; y, en los demás supuestos, el usufructo universal" (art. 44, tercer párrafo, CDCIB).

[10] "Son legitimarios, en los términos que resultan de los artículos siguientes: […] 1.º Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos. […] 2.º Los padres, por naturaleza o adopción. […] 3.º El cónyuge viudo» (art. 41 CDCIB). Obsérvese que en las islas de Mallorca y de Menorca, pueden ser legitimarios los padres del causante, pero, al igual que en Ibiza y en Formentera, pero a diferencia de lo que ocurre en el CC, no va más allá respecto a los ascendientes (los abuelos y demás ascendientes de posterior grado no son legitimarios en Baleares).

matrimonio[11]). Pongámonos en contexto: cuando el actual art. 44, primer párrafo, CDCIB, entra en vigor, la separación matrimonial judicial requería la concurrencia de alguna de las causas previstas en el art. 82 CC[12], causas que permitían plantearse la culpa o, como mínimo, la responsabilidad en la separación judicial; con lo cual, hacer depender la legítima del cónyuge viudo separado a que dicha separación fuera imputable al cónyuge finado, podía considerarse coherente en esas relaciones que se derivaban de la relación conyugal cuando ésta estaba en crisis imputable a uno de ellos. Pero el régimen de la separación judicial vigente en el momento de entrar en vigor el art. 44, primer párrafo, CDCIB, fue modificado sustancialmente en 2005, desapareciendo (transcurridos tres meses de matrimonio) la necesidad de alegar causa alguna, con lo cual, la idea de imputación de la separación a los efectos de determinar si el cónyuge separado mantiene sus derechos legitimarios puede cuestionarse y plantearse si resulta necesario adecuar, concordar, la interpretación de este art. 44, primer párrafo, CDCIB, con el vigente régimen de la separación judicial. Pues bien, tal posibilidad ha sido descartada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (TSJIB), en su sentencia 2/2014, de 5 de junio: "[…] El recurso se extiende luego a

11 "Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: […] 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. […] 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio […]".

12 "Son causas de separación: […] 1.ª El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. […] No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue. […] 2.ª Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. […] 3.ª La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años. […] 4.ª El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia. […] 5.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento. […] 6.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años. […] 7.ª Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3.º, 4.º y 5.º del artículo 86".

diversas consideraciones respecto de la evolución legislativa que culminó con la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el artículo 834 del Código Civil, añadiendo a la separación judicial el supuesto de separación de hecho, y, sobre todo, eliminando el inciso 'o lo estuviere por culpa del difunto'. De esta manera, ciertamente, el sistema de separación del actual Código Civil es no causal, y esto tiene sus efectos en la privación de la legítima vidual, porque la misma acaece por el simple dato de la existencia de separación, judicial o de hecho, sin consideración alguna a la hipotética causa que la hubiera provocado, ni mucho menos a su imputación. […] Pues bien, teniendo esto en cuenta, el recurso pretende que por esta Sala casacional se imponga una nueva interpretación y aplicación del artículo 45 de la Compilación Balear, que, según dice, procede de la redacción de 1961, que esté conforme con el artículo 834 del Código Civil y se ajuste a la realidad social del tiempo como, según afirma, exigen los artículos 1 de la Compilación y 3 del Código Civil. […] Para empezar, la remisión al artículo 1 de la Compilación conduciría sin más a la desestimación de lo que se interesa, porque no sólo dicho artículo nada contiene respecto de la alegada 'realidad social del tiempo', sino que establece claramente que 'el Derecho civil de las Islas Baleares regirá con preferencia al Código civil y demás leyes estatales'. De manera que la pretensión de reinterpretar los claros y rotundos términos en que se produce el artículo 45 de la Compilación mediante una superposición del artículo 834 del Código Civil, está obviamente condenada al fracaso. […] Por otra parte, el artículo 45 de la vigente Compilación tampoco se corresponde con el redactado de la primitiva Compilación de 1961, que se refería únicamente al caso de separación legal, mientras que el actual, con motivo de la reforma de la Compilación por la Ley 8/1990, de 28 de junio, adicionó el supuesto de la separación de hecho. […] Finalmente, no cabe imputar a descuido o ignorancia el mantenimiento del sistema de separación causal que rige en nuestro Derecho Civil Propio. Así lo atestigua el hecho indudable de que, como reconoce ingenuamente el propio recurso, en las repetidas modificaciones de la inicial redacción compilatoria de 196, no se haya procedido a eliminar el referido carácter causal […]".

Cuestión distinta es determinar qué debe entenderse por causa imputable al cónyuge fallecido para determinar si el cónyuge viudo mantiene sus derechos legitimarios. Como ya me planteé en su momento, "[…] ¿Qué debe entenderse por *causa imputable al difunto*? ¿Debe existir una situación de *cónyuge culpable/cónyuge inocente* para poder aplicar el art. 45 de la Compilación o lo que se exige es que en el cónyuge finado concurra alguna de las causas descritas en el art. 82 del Código Civil [vigente en el momento en el que entró en vigor la CDCIB] y que, por tanto, […] [hubieran autorizado a solicitar la

separación judicial al cónyuge supérstite]? […][13]". Lo que parece claro es que no resulta imprescindible para apreciar la imputabilidad de la separación que ésta sea declarada por sentencia firme antes del fallecimiento del causante, pues el cónyuge viudo separado de hecho por causa imputable al cónyuge finado mantiene sus derechos legitimarios (si están separados de hecho, es porque no hay sentencia judicial que decrete la separación); incluso, decretada la separación judicial sin que la sentencia se pronuncie expresamente sobre la "imputabilidad de la separación", no es óbice para que en un proceso judicial posterior se plantee la misma, pues la citada sentencia del TSJIB 2/2014, de 5 de junio, entiende que resulta correcto integrar el fallo de la sentencia que decretó la separación judicial[14], pero sin pronunciamiento de imputación de la separación, con sus fundamentos jurídicos a los efectos de determinar si se podía imputar la separación al cónyuge fallecido: "[…] En cualquier caso, yerra el recurso al pretender que la sentencia de apelación y la confirmada de primera instancia hayan procedido a la ejecución de la sentencia de separación. De ningún modo, ya que el tema litigioso en ambas instancias fue y sigue siendo la reclamación de la legítima por la viuda separada judicialmente, para lo que era imprescindible, en aplicación del art. 45 de la Compilación, que se aclarara si la separación había tenido lugar por causa imputable al difunto, ejercicio en el que tuvo que ponderarse, como prueba documental, la mencionada sentencia, en interpretación integradora de su fallo y de los fundamentos que lo motivaron. Esta función integradora es justamente la que han efectuado las sentencias de primera instancia y la de apelación, llegando a la inexcusable conclusión de que la separación judicial fue determinada por causa imputable al marido, luego causante, con lo que la viuda continuaba teniendo incólume su derecho a la legítima correspondiente […]"[15]. En la actualidad, dado el vigente régimen de separación judicial, es más que probable que no se encuentren pronunciamientos expresos sobre a quién imputar la separación, incluso es perfectamente factible que ni siquiera se pueda deducir de los fundamentos que motivaron la sentencia, por lo que, entiendo, cabría plantear la cuestión en un proceso posterior (tal como ocurriría si se tratase de una separación de hecho). Pero retomando el problema de si debe

[13] GRIMALT SERVERA, P.: "Los derechos legitimarios", cit., pp. 1619-1620.

[14] Previa a la referida reforma del art. 82 CC de 2005.

[15] La misma sentencia, algunos párrafos antes, ya se había pronunciado del mismo modo: "[…] Dicha labor integradora y ponderativa a los efectos de prueba documental era absolutamente imprescindible para determinar si la viuda separada judicialmente tenía o no derecho a la legítima vidual, en vista de la reiterada dicción del artículo 45 de la Compilación al que nos hemos referido ampliamente en el Fundamento de Derecho anterior. No hay por tanto yerro alguno en la sentencia de apelación, ni por consiguiente, infracción del art. 222.4 de la Ley Rituaria […]".

atenderse a la "culpabilidad" o a la "concurrencia de una causa legal de separación" (¿las previstas en el art. 82 CC cuando entró en vigor el vigente art. 44 CDCIB?) para determinar la "imputación de la separación" a uno de los cónyuges, entiendo que la «imputación» debe determinarse en función de la "culpabilidad" del cónyuge finado, con la idea de proteger "al cónyuge inocente" y no de castigar "al cónyuge culpable". Esta idea cabría deducirla, aunque en *obiter dictum*, de la sentencia del TSJIB 2/1998, de 9 de diciembre: "[…] En esta sentencia para resolver el recurso se juega constantemente con la idea de *causa legal de separación imputable* al finado (se consideró que el cónyuge fallecido había incurrido en abandono injustificado del hogar) y *ausencia de causa legal de separación* en la viuda. […] Sin embargo, en *obiter dictum,* el Tribunal Superior de Justicia deja la puerta abierta a la apreciación de la culpabilidad del cónyuge finado. En efecto, el Tribunal Superior de Justicia afirma que '[…] podría quizás explicarse dicho traslado desde el punto de vista humano, dada la situación en que se hallaba por efectos de su grave y cruel enfermedad. Pero lo que resulta incuestionable es que tal cambio de domicilio [el del finado], *al no ser causa atribuible a la esposa y sí en cambio imputable a la propia conveniencia y voluntad del marido*, *en modo alguno puede repercutir negativamente en perjuicio de ella* […]'. Es decir, quizás pudiera justificarse el abandono del hogar conyugal, quizás no concurra ninguna causa legal de separación, pero si la *responsabilidad* de la separación sólo puede ser imputada a uno de los cónyuges (concurra causa de separación o no), el *cónyuge inocente* no puede verse perjudicado por la actuación del primero; con lo cual, éste último debería conservar sus derechos legitimarios (no importa si existe causa de separación, sino quién es el *responsable* de la misma). […] En ambos casos, tanto si se aplica la regla de la causa legal como la regla de la culpabilidad como *criterio de imputación*, parece, tal como se deduce de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que la finalidad del precepto es la de preservar los derechos del cónyuge *inocente* (y no la de castigar al cónyuge *culpable*). Consecuentemente, cuando la separación matrimonial sea *imputable* a ambos, en la medida en que no existirá un *cónyuge inocente*, los dos cónyuges perderán sus derechos legitimarios […][16]".

Sin embargo, no podemos dejar de citar lo que se dice en la sentencia del TSJIB 2/2009 de 27 julio, de la que uno podría deducir que toda separación extingue los derechos legitimarios del cónyuge viudo, aunque tal posibilidad ni sería concorde con lo dispuesto en el art. 44 CDCIB ni con lo que se deduce de la más que reciente sentencia del TSJIB 2/2014, de 5 de junio: "[…] La sentencia de la Audiencia Provincial considera que la descrita situación fáctica no entraña la separación de hecho que priva de legítima

[16] GRIMALT SERVERA, P.: "Los derechos legitimarios", cit., pp. 1621-1622 (en nota a pie de página 8).

vidual con arreglo al art. 45 de la Compilación. Su razonamiento parte de dos premisas previas: que la expresión 'separación de hecho' debe interpretarse restrictivamente y que el art. 45 no otorga eficacia a toda separación de hecho sino que excluye la unilateral aunque sea consentida [...].Tales criterios no pueden admitirse[17]. [...] No es cierto asimismo que la única separación de hecho que excluye la legítima vidual sea la mutuamente convenida. La dicción del art. 45 no ofrece de por sí apoyo alguno a la idea, ya que habla de la separación de hecho sin sujeción a ningún condicionante. La interpretación resulta además insostenible en vista de que la reforma operada en el Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio , en materia de separación y divorcio permite obtener la separación judicial y el divorcio a petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio como regla general. Si la separación judicial decretada por la simple voluntad de un esposo priva al otro de derecho a legítima, sería inconsecuencia de difícil explicación denegar el mismo efecto de pérdida a la separación de hecho que acaece sin previo acuerdo de los consortes [...][18]".

[17] Respecto a lo que debe entenderse por "separación de hecho", dice la sentencia del TSJIB 2/2009, de 27 de julio: "[...] Una norma se interpreta de manera restrictiva cuando se reduce su campo natural de aplicación al subordinar su eficacia a la concurrencia de elementos adicionados a los que establece el texto positivo. No hay razón alguna que justifique operación semejante en el caso del citado precepto. Cosa distinta es que la pérdida del derecho sucesorio requiera prueba cumplida del supuesto normativo que lo determina. La separación genuina supone una ruptura de la vida de pareja, firme y con propósito de definitiva. No se da en el caso de meros distanciamientos transitorios e intermitentes que no revelan la voluntad decidida de poner fin a la unión y, a la par, la segura desaparición de la affectio. El párrafo segundo del hoy derogado art. 87 del Código Civil cuidaba de advertir en este sentido que la interrupción de la convivencia que obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga no implica cese efectivo de la convivencia conyugal. El problema que suscita en este aspecto la aplicación del art. 45 no reside en el alcance de la norma sino en caracterizar las relaciones entre los consortes como constitutivas de una auténtica separación de hecho [...]".

[18] Se sigue diciendo en esta sentencia del TSJIB 2/2009, de 27 de julio: "[…] La convivencia se halla además en la raíz de la atribución legal de derechos sucesorios al cónyuge supérstite. En medida mayor o menor pero siempre cierta, todo conviviente se beneficia de la posición económica del otro y participa del nivel de vida que a éste le ofrecen sus ingresos y patrimonio. También ocurre así, resulta notorio, en los regímenes matrimoniales de separación de bienes. Como preceptúan a título de ejemplo los arts. 4.1 y 67.2 de la Compilación Balear con fórmulas similares, los esposos están obligados a sostener las cargas del matrimonio. El reconocimiento de legítima vidual -en el inicio histórico sólo a favor de la viuda- busca el objetivo de proporcionar al supérstite recursos con que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. La legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja. Si, pues, no existe convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación [...]".

Para finalizar los derechos legales del cónyuge viudo en Mallorca/Menorca, el art. 53 CDCIB dispone que "La sucesión abintestato se regirá por lo dispuesto en el Código civil, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que se reconocen al cónyuge viudo en el artículo 45 y de lo previsto en el artículo 51, ambos de esta Compilación", entendiendo, como ya se ha dicho respecto a Ibiza/Formentera, que dicha remisión es estática, por lo que el cónyuge viudo sucederá *ab intestato* al cónyuge finado en defecto de descendientes y ascendientes siempre y cuando el cónyuge viudo no estuviera separado judicialmente o separado de hecho acordado mutuamente que conste fehacientemente. Eso sí, la sucesión intestada no priva al cónyuge viudo de sus derechos legitimarios, por lo que si la herencia se ofrece con éxito a descendientes o ascendientes, el cónyuge viudo tendría derecho a la legítima, siempre que concurrieran las condiciones del art. 45 CDCIB.

LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN EL QUE SE DISPONE DE UN PISO COMO LEGADO A FAVOR DE UNA DETERMINADA PERSONA. COMENTARIO A LA STS NÚM.682/2014, DE 25 DE NOVIEMBRE

VALIDITY OF A HAND WRITTEN WILL IN WHICH A FLAT IS GIVEN AS A LEGACY IN FAVOR OF A CERTAIN PERSON. COMMENT ON STS Nº 682/2014, OF NOVEMBER 25

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 577-594.

Fecha entrega: 12/12/2014
Fecha aceptación: 01/06/2015

ALMUDENA CARRIÓN VIDAL
Abogada
almudenacarrionvidal@hotmail.com

RESUMEN: El Tribunal Supremo considera que la expresión "deseo que se le entregue un piso a Gema", contenida en un testamento ológrafo, desprende la inequívoca voluntad de la causante de instituir a Gema como legataria.

PALABRAS CLAVE: testamento abierto, testamento ológrafo, legado alternativo, autenticidad autografía y firma, revocación parcial testamento abierto anterior, existencia de verdadera *voluntas testandi.*

ABSTRACT: The Supreme Court considers that the expression "I want a flat will be given to Gema", contained in a hand written will, shows a clear willingness of the testator about the fact of to designate Gema as a legatee

KEY WORDS: unsealed will, hand written will, alternative legacy, authenticity of the signature, partial reversal of the previous unsealed will, existence of a true *voluntas testandi.*

SUMARIO: 1. Supuesto de hecho.- 2. Doctrina.- 3. Problemática general del testamento ológrafo en cuanto a su contenido.- 4. La "esencia" del litigio.- 5. Contenido de los documentos manuscritos por la testadora.- 6. Existencia de verdadera "voluntas testando in actu".- 7. La cuestión de la firma del testamento.- 8. Existencia de un único testamento ológrafo.- 8.1. Consecuencias de la sola existencia del segundo de los escritos de fecha 15 enero 2001.- 8.2. El escrito de 6 mayo 2002, ¿revocatorio del segundo de los escritos fechados en 15 enero 2001?- 8.3. El carácter "interpretativo" o "aclaratorio" del escrito de 2002.- 9. La revocación parcial del testamento abierto anterior.- 10. ¿Naturaleza de "sublegado" de la disposición testamentaria a favor de Carina?

1. Doña Socorro, fallecida el 28 de septiembre de 2005, había otorgado testamento abierto con fecha 13 de abril de 1993, en el que, manifestando su estado de viudez y carencia de descendencia,-legaba a su sobrina Doña Yolanda una casa (integrada por varios pisos) sita en la ciudad de Gijón. Asimismo, tras ordenar otros legados, instituía herederos por partes iguales a sus sobrinos Yolanda, Erica, Emma, Martín, Jacobo y Jacobo.

Durante los años 2001 y 2002, Doña Socorro formuló varios escritos (a lo que parece, todos ellos de su puño y letra), e inspirados por el propósito de favorecer a Carina (diminutivo de doña Gema), persona que, al parecer,-vino atendiendo y cuidando-a la causante (a plena satisfacción de esta)-durante los últimos años de su vida. Las expresiones de la testadora acerca del extremo a que acaba de hacerse referencia no dejan lugar a la duda: "por su buen comportamiento conmigo", "por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa".

Dos de estos escritos (ambos firmados por la causante) llevan la misma fecha (15 de enero de 2001), y constituyen de algún modo-precedente del verdaderamente decisivo, de-6 de mayo de 2002, sobre el cual gira toda la argumentación de la sentencia, que lo declarará válido y eficaz en cuanto constitutivo de un testamento ológrafo.

El elenco documental se cierra con un escrito, sin fecha ni firma, por el que la causante donaba a "Carina" (diminutivo, como se ha dicho, de la aludida doña Gema) la cantidad de 12.000 euros, y un cheque por idéntico importe,

firmado y sin fecha. Las carencias apuntadas impedían desde luego toda consideración acerca del carácter de testamentos ológrafos de los mismos.

Fallecida doña Socorro, doña Gema interpuso demanda instando se declarase la validez y eficacia del testamento ológrafo, siquiera considerando como tales la totalidad de los documentos mencionados.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón estimó la demanda, declarando la validez y eficacia de dos de los documentos referidos: el-segundo de los-fechados el 15 de enero de 2001 y el de 6 de mayo de 2002 (la inexistencia de "voluntas testandi" en el primero, y la ausencia de requisitos formales en el cuarto, impedían de entrada su posible consideración como "testamento"). El eje central de la argumentación del fallo de la primera instancia habría de ser, pues, con toda lógica, el de la existencia de una verdadera voluntad de testar por parte de Socorro en los dos documentos mencionados.

"De los escritos se desprende la clara voluntad de la testadora de favorecer a la demandante…", advirtiendo asimismo el juzgador de instancia acerca de la falta de prueba por cuanto se refiere a hipotéticas presiones desplegadas por la legataria (doña Gema) sobre la causante en orden al otorgamiento de la disposición, sin que sea suficiente la sola alegación de la existencia de aquéllas, si no va a acompañada de prueba alguna acerca de tales extremos.

Interpuesto recurso de apelación por los sobrinos de doña Socorro, la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, en sentencia de 10 de abril de 2012, revocó la del Juzgado y desestimó en su integridad la demanda presentada.

Así como la existencia de una verdadera "voluntad de testar" había conducido a apreciar la existencia-de testamento ológrafo-por parte del Juzgado, el fallo de la Audiencia partirá del extremo contrario: constata la existencia de un simple "ruego", "exhortación", "deseo", "indicación". Doña Socorro no habría "mandado" u "ordenado" que quería se hiciese con sus bienes para después de su muerte, sin que los herederos/legatarios pudieren alterar su destino:

"No se puede entender que doña Socorro tuviere la resuelta intención de disponer de sus bienes por sí misma de manera definitiva, sino que lo que se exterioriza en dichos documentos es simplemente un deseo que dirige a sus sobrinos, pero no que ella disponga de un bien suyo a favor de un tercero, ya que en ningún momento manifiesta intención de instituir a doña Gema

heredera o legataria de un bien, sino que más bien se dirige a sus herederos para que fueran éstos los que le cedieran un bien, pero sin hacerlo ella".

En definitiva: entre la "sugerencia" o la "indicación", y la "orden" y el "mandato", el fallo de la Audiencia se inclina por considerar que la voluntad de doña Socorro se quedó, "no pasó", de la primera de las opciones. Se estaría, pues, en el ámbito de los "ruegos", quizá de las "exhortaciones", no constitutivas desde luego de una verdadera "voluntas testandi".

Frente a la sentencia de la Audiencia, la demandante interpuso recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, fundamentado en tres motivos siquiera reconducibles a una sola cuestión, que el fundamento de derecho primero de la sentencia objeto de comentario, describe en los siguientes términos:

"La calificación de un texto manuscrito –y querido– por una persona de avanzada edad, aunque no se prueba una incapacidad, ni una presión, que "desea" que un piso "se entregue a Gema por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa".

La sentencia declara haber lugar al recurso.

2. Presupuesta la capacidad de testar, así como la autenticidad de la autografía y de la firma, extremos todos ellos acreditados en autos, el problema esencia del litigio es el de si concurre la intención de la causante, su voluntad testamentaria de disponer "mortis causa" de un determinado inmueble, un piso, como legado (rectius, sublegado) a favor de una determinada persona, la demandante en la instancia y recurrente en casación, doña Gema.

El texto según el cual "…deseo que un piso se le entregue a Gema", no puede pensarse que sea un simple ruego (de doña Socorro) a sus sobrinos, herederos, o a la legataria que lo era de la casa entera, sino que era su voluntad (testamentaria), sin que tengan trascendencia jurídica los móviles que le llevan a ello, respecto de los cuales no se ha probado su falsedad.

El escrito de 6 de mayo de 2002 es un verdadero testamento ológrafo, cuyo contenido es un legado alternativo, que revoca parcialmente, sólo en cuanto a dicho sublegado, el testamento abierto otorgado por la misma causante en fecha 13 de abril de 1993.

3. El art. 688 CC contiene una regla de fondo (capacidad) y otras referentes a los requisitos formales que el testamento ológrafo debe cumplir, pero desde una perspectiva distinta a la que contempla el precepto a que acaba de hacerse referencia, el testamento ológrafo puede suscitar otros problemas. Me refiero a los que puede originar el contenido mismo del escrito. Que sea lo suficientemente claro, de modo o manera que no haya dudas de que, efectivamente, se trata de un testamento. Desde esta perspectiva, la oscuridad o imprecisión del texto manuscrito ha dado lugar a que, en ocasiones, la jurisprudencia haya negado que el escrito en cuestión fuere, efectivamente, un testamento. El ológrafo, por su propia naturaleza, por el modo de su otorgamiento, sin la presencia e intervención de notario autorizante que pueda corregir esas imprecisiones u oscuridades,-se presta desde luego con probabilidad mucho mayor que el abierto a la existencia en su texto de expresiones oscuras, ambiguas, imprecisas, que dificulten, o incluso hagan imposible, su calificación como negocio jurídico testamentario. La "frontera" entonces entre la simple "sugerencia" o-"indicación", de un lado, y la "orden" o "mandato", de otro, respecto de lo que el causante quiere que se haga con sus bienes tras su muerte, "frontera" que viene a trazar la línea divisoria entre lo que es testamento y lo que no lo es,-puede ofrecerse en el ológrafo mucho más difuminada que en el abierto, en el que, como se acaba de indicar, la intervención notarial puede "dirigir", "conducir", "encauzar" (a través de la utilización de los términos en cada caso procedentes) la voluntad del testador. Constata, con razón, SERRANO ALONSO, E.: *Manual de Derecho de sucesiones*. Madrid (2005): Edisofer, p. 112, la división de la doctrina "acerca de las ventajas e inconvenientes de esta forma de otorgar testamento. Gran parte de los inconvenientes se derivan de su facilidad de otorgamiento, facilidad a la que se ha referido en repetidas ocasiones la jurisprudencia (así, la STS 24 febrero 1961, RJ 1961 351, "una persona mayor de edad con sólo saber leer y escribir, aun sin cultura amplia, puede otorgar su testamento en forma ológrafa"), pero facilidad que, de otra parte, aumenta las posibilidades de incurrir el testador en defectos técnicos, consecuencia de la falta de asesoramiento jurídico que normalmente realiza el notario en los testamentos en que interviene, y que pueden privarlo de eficacia".

Con todo, no parece que las consideraciones que acaban de hacerse, exactas desde luego "en abstracto" para el testamento ológrafo como figura jurídica, puedan venir referidas al supuesto de hecho contemplado por la sentencia, en el que la "voluntad de testar" se manifiesta desde luego con la máxima claridad, tal y como, con pleno acierto, estimó el Supremo en el fallo objeto de comentario.

4. Aunque en el primero de los fundamentos de derecho se afirme que "todo el presente proceso, desde la instancia hasta la casación, gira alrededor de la validez de un testamento ológrafo otorgado por doña Socorro", lo que quizá podría hacer pensar en una problemática de más amplio espectro (autenticidad de la autografía, de la firma, capacidad de testar, etc.), el eje de la cuestión viene descrito ya como "esencia del litigio" en el segundo de los fundamentos: "Lo que sí plantea problema es si concurre la intención de la causante, su voluntad testamentaria de disponer mortis causa de un determinado inmueble, un piso, como legado (*rectius*: sublegado) a favor de una determinada persona, la demandante en instancia y recurrente en casación, doña Gema".

En definitiva, se trataba de dilucidar si cabía o no "calificar" como testamento ológrafo alguno o algunos de los- documentos (todos ellos manuscritos) y que vinieren firmados por la causante, lo que evidentemente pasaba por determinar la existencia de una manifestación de voluntad de aquélla "ordenando" el destino del inmueble tras su fallecimiento.

Dicho de otro modo, las-expresiones utilizadas por doña Socorro acerca de lo que deseaba se hiciese con dicho inmueble tras su muerte ¿pertenecían al ámbito de las "sugerencias", de los "ruegos", o de las-"indicaciones", o, por el contrario, al de los "mandatos" o "disposiciones" propias de un negocio jurídico testamentario?

5. Resulta ciertamente de interés proceder a la transcripción literal de los citados documentos porque, como se ha dicho, todos ellos presentan como denominador común ese propósito, manifestado de modo más o menos explícito, de favorecer, de beneficiar, a doña Gema, a la que la testadora refiere expresiones de sumo aprecio, y del siguiente tenor: "por su buen comportamiento conmigo", "por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa".

Por cuanto se refiere a los dos primeros escritos, fechados ambos el 15 de enero de 2001, existen entre ellos-apreciables diferencias de contenido que habrían de conducir a "concentrar" de alguna manera en el tercero de los documentos (el fechado el 6 de mayo de 2002) su hipotética consideración como testamento ológrafo, consideración esta-que acabaría por prevalecer.

El primero de los escritos fechado en Gijón el 15 de enero de 2001, venía firmado por-la causante, pero su mismo tenor literal aproximaba más a la simple expresión de un ruego, o recomendación dirigida a sus sobrinos, que a

la constatación de una verdadera voluntad de testar, de disponer "mortis causa" de bienes, a favor de alguien (en el caso, doña Gema):

"Gijón 15 enero 2001. Quiero que cuando yo me muera tengan en cuenta mis sobrinos y Jacobo se haga cargo de cumplir con Carina (Gema) cúmplase esto".

Presupuesto, como se ha dicho, que el escrito lo era de puño y letra de la causante, firmado por ella, y la constancia de la fecha, se impone concluir que el obstáculo, (insalvable desde luego) en orden a su hipotética consideración como testamento ológrafo venía dado por la inexistencia de una verdadera "voluntad de testar". Y es que, ciertamente, el tenor literal del escrito parece conduzca más a la simple expresión de "un ruego" o "encargo" ("tener en cuenta mis sobrinos", "Jacobo se haga cargo de cumplir con…"), que a la existencia de una voluntad testamentaria propiamente tal. Tras su lectura, se tiene desde luego la impresión de estar más en el ámbito de "las sugerencias" o "indicaciones" de lo que la (luego) testadora deseaba se hiciere con sus bienes para después de su muerte, que ante una "orden" o "mandato" de lo que, imperativamente, dispusiere aquélla, sin margen alguno para que los herederos pudieren alterar una voluntad propiamente testamentaria.

El segundo documento, fechado asimismo en Gijón el 15 de enero de 2001, manifestando (a diferencia del anterior) una voluntad propiamente testamentaria, y contando asimismo con la firma de la causante, diríase trata ya de "concretar" de modo más preciso ese propósito o intención de beneficiar a la persona que había venido cuidándola. Y es que,-pese a que la expresión de la voluntad de doña Socorro se ofrecía en éste con trazos diríase más enérgicos, más acentuados, que en el documento posterior de 2002, que es el que posteriormente habría de declararse válido y eficaz como testamento ológrafo, adolecía de un mayor grado de imprecisión en cuanto al inmueble concreto del que la causante pretendía disponer a favor de aquélla ("que le den un piso de mi propiedad bien sea en Oviedo o en Gijón"),-imprecisión que, consecuentemente, no podía menos de "proyectarse" de algún modo respecto de la determinación del heredero o legatario "gravado" en su caso por la disposición testamentaria a favor de doña Gema.

"Gijón 15 de enero de 2001. Socorro. Me dirijo a todos mis sobrinos para que le den un piso a Gema de mi propiedad bien sea en Oviedo o en Gijón. Es mi deseo que esto se cumpla por su buen comportamiento conmigo".

Se llega así al documento tercero, de fecha 6 de mayo de 2002, con el siguiente tenor literal, y asimismo firmado por doña Socorro:

"Gijón a 6 de mayo 2002. Socorro desea que un piso de la casa de la NUM001, CALLE 00NUM000 se le entregue a Gema por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa". Firma. "Socorro".

En este tercer documento, si bien de un lado esa "voluntas testandi", aun presentándose clara e indubitada, dista sin embargo de ofrecerse con trazos tan enérgicos como en el documento de 15 de enero de 2001 ("Me dirijo a todos mis sobrinos para que le den un piso de mi propiedad. Es mi deseo que esto se cumpla…"), de otro, concretaba ya de modo más preciso y pormenorizado, el inmueble cuya propiedad la testadora quería transmitir a su cuidadora, haciendo recaer el cumplimiento de la disposición testamentaria sobre su sobrina Yolanda, instituida heredera por partes iguales con los-restantes sobrinos de la causante, y legataria, además,-del inmueble en el que se ubicaba el piso del que la testadora disponía a favor de Socorro.

Se aprecia, por tanto, en este elenco de escritos, una especie de "gradación ascendente", como si la "voluntas testandi" de doña Socorro fuere "conformándose" de modo progresivo, como por etapas, hasta desembocar ya en un documento en el que esa "voluntas" se ofrece clara, no solo en sí misma, sino también respecto al bien concreto objeto de la disposición testamentaria y, consiguientemente también, como se ha dicho, respecto al heredero/legatario/a gravado/a con el cumplimiento de aquélla. Esta idea de "gradación ascendente", me parece quizá más exacta que la aludida por la sentencia del Supremo ("Son varios escritos que pueden considerarse como precedentes hasta llegar al discutido testamento ológrafo", fundamento de derecho primero), y ello por cuanto más que una sucesión puramente "cronológica", parece tenga que ver más bien con la existencia de una "voluntad testamentaria" de formación "progresiva", como por fases, que finalmente desembocaría en la expresión de la-ya plenamente formada.

El elenco documental concluye con un escrito, sin fecha ni firma, por el que la causante donaba a "Carina" (diminutivo de la aludida doña Gema) la cantidad de 12.000 euros, y un cheque por idéntico importe, firmado y sin fecha. Las carencias apuntadas impedían desde luego toda consideración acerca del carácter de testamentos ológrafos de los mismos.

6. La STS 10 diciembre 1956 (RJ 1956, 3860), siguiendo la doctrina sentada en la de 8 julio 1940 (RJ 1940, 689), afirmó que: "por ser el ológrafo la expresión "ad extra" de la íntima voluntad del testador en el momento de redactarlo, tal expresión ha de revelar el "animus testandi in actu", esto es la resuelta intención del testador de disponer de sus bienes por sí mismo en aquellas líneas que está escribiendo y de manera definitiva en aquella ocasión,

y por ello dijo la sentencia de esta Sala de 8 julio 1940 (RJ 1940, 689) que no es verdadero testamento el acto que aun presentando la forma externa, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto del destino de su patrimonio, y que el testamento no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es el "animus testandi in actu" a que antes se alude", añadiendo además el fallo de 1940 que "si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición "mortis causa" en sus palabras".

Esta era ciertamente la cuestión "nuclear" abordada por la sentencia que se comenta, la clave asimismo de la argumentación de los herederos-para oponerse a la demanda, y el fundamento también de la sentencia de la Audiencia Provincial, revocatoria de la del Juzgado, estimativa de la existencia del testamento.

En la sentencia objeto de este comentario, sin embargo, no sólo se ofrecía meridianamente clara la existencia de ese "animus testandi in actu" antes aludido, sino que también "el modo y términos" con los que la causante se expresaba (como recalca la sentencia 8 de julio 1940), no permitía-calificarlos como "indiferentes" en orden a la constatación de la existencia de esa "voluntad de testar". O dicho de otro modo: presupuesta la posibilidad de-apreciar la existencia de la "voluntad de testar", incluso al margen en alguna medida del modo y de los términos utilizados por el testador para expresar aquélla, diríase que en la sentencia que nos ocupa *también* los términos utilizados venían a confirmar el propósito de la causante de disponer para después de su muerte del inmueble en cuestión.

Con razón, pues, el ponente excluye la cuestión planteada del marco de la "interpretación", situándola con acierto en el de la "calificación". Y es que los términos empleados, por su misma claridad, hacían ciertamente innecesaria su interpretación ("in claris non fit interpretatio"). Se trataba, pues, de "la calificación de un texto manuscrito –y querido– por una persona de avanzada edad, que "desea" que un piso "se entregue a Gema por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa" (fundamento de derecho primero).

La "voluntad de testar" aparece en el texto literal "… deseo que un piso se le entregue a Gema… No puede pensarse que sea un simple ruego a sus sobrinos, herederos, o a la legataria que lo era de la casa entera, sino que era su voluntad (testamentaria), "deseo", de que un piso de una casa de la que era propietaria sea destinado a una persona, sin que tengan trascendencia jurídica

los móviles que le llevan a ello, "por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa", los que, por cierto, tampoco se han probado que sean falsos".

"Cuyo texto, si bien es indudable, se completa con elementos extrínsecos,… los dos escritos de puño y letra firmados por la causante, con fecha 15 enero 2001 y que expresan que "se haga cargo de cumplir con Carina…", sin concretar y "… que le den un piso a Gema… es mi deseo que esto se cumpla…". "La verdadera voluntad de la causante no puede ser más explícita, tanto más cuanto era una persona lega en derecho y expresa lo que siente y desea, lo que jurídicamente es disponer "mortis causa" de un inmueble de su propiedad" (fundamento de derecho tercero).

De interés, por cuanto a la inexistencia de voluntad testamentaria se refiere, la STS 4 noviembre 2009 (RJ 2009 5835):

"El testador declaró que quería que se cumpliese lo que aparecía en un documento depositado en la Notaría. Para que esta voluntad valiese como testamento se requeriría que hubiese quedado cubierta con la forma del testamento ológrafo, lo que no ocurre aquí, por estar conservado lo que se pretende que valga como declaración de voluntad por causa de muerte, en un documento informático, que no cumple ninguna de las formas requeridas en el Código para la validez del testamento".

7. La firma del testamento no constituye, ciertamente, cuestión controvertida en la sentencia objeto de comentario. En el fundamento de derecho segundo, la sentencia se refiere, "como extremos esenciales, que no se han discutido y de los que se debe partir" en orden a sostener la existencia de un testamento ológrafo, y por este orden, a la capacidad para testar, la autenticidad de la autografía y de la firma, y a la revocación parcial del testamento abierto anterior, otorgado por la causante en 1993. En lo atinente al segundo de los extremos aludidos, el de la firma del testamento, el fundamento de derecho segundo se refiere a "la autenticidad de la autografía *y de la firma* que han quedado probadas en autos, como *la habitual* de la testadora" (la cursiva es mía).

La cuestión del carácter "habitual" de la firma empleada por el testador en el ológrafo presenta cierto grado de interés, que no parece descabellado haya que conectar, casi necesariamente, con la famosa STS 8 de Junio 1918 ("Pazicos de mi vida"). Frente a una errónea intelección del término "habitual" (identidad absoluta entre la firma utilizada en el testamento y las (firmas) anteriores del testador en otros cualesquiera documentos), la STS 5

mayo 2011 (RJ 2012 1101), fundamento de derecho tercero,-sienta-importante doctrina al respecto que, por ello, conviene transcribir:

"… los requisitos que exige para el testamento ológrafo el artículo 688 (autografía, firma, fecha y sin enmiendas) no incluye la habitualidad de la firma… Y también es cierto que la doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma *"habitual"* o *"usual",* pero nunca lo han hecho en el sentido de que la misma deba ser *idéntica* a las anteriores sino que no sea una *distinta*, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como *habitual* debe entenderse la que usa en el momento actual, la habitual en el momento presente, en función de la persona y de sus circunstancias (por ejemplo, la edad), sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas".

8. Aun afirmándose, con razón, como hizo la sentencia del Juzgado, la validez y eficacia de ambos documentos (del segundo de los fechados el 15 de enero de 2001, y del de 6 de mayo de 2002),-por concurrir en ambos los requisitos de fondo y de forma propios del testamento ológrafo ("de los escritos –explica la sentencia de instancia– se desprende la clara voluntad de la testadora de favorecer a la demandante…"), es claro que venían a constituir un único negocio jurídico testamentario, presentándose el documento de 6 de mayo de 2002 de algún modo como "concreción" (como se ha dicho) del segundo de los fechados el 15 de enero del año anterior, tanto por cuanto se refiere al inmueble mismo objeto de-disposición testamentaria, como en lo atinente a la determinación del heredero/a legatario/a gravado/a con el cumplimiento de aquella.-En este sentido, la sentencia del Supremo refiere, y atribuye, la calificación de "ológrafo"-exclusivamente al escrito de 6 de mayo de 2002.

Cierto grado de interés presenta, no obstante, la cuestión atinente a la "relación" o "coexistencia" entre el segundo de los documentos fechados el 15 de enero de 2001 y el de 6 de mayo de 2002. Interés que, a lo que creo, viene a suministrárselo la sentencia del juez de primera instancia que, como se ha dicho, estimó la validez y eficacia de ambos documentos. A juicio, pues, del juzgador de la instancia, la naturaleza de testamento ológrafo era predicable no sólo del documento de 6 de mayo de 2002, sino también del fechado el 15 de enero de 2001. Es el fallo del TS el que digamos "reduce" esa calificación al escrito de 6 de mayo de 2002, por las razones a que se ha hecho referencia con anterioridad. Pero con todo, el interés que de suyo presenta el tema de las "relaciones" entre ambos escritos vendría ligado precisamente a la hipótesis de que no hubiere existido ese escrito de 6 de

mayo de 2002. ¿Cuáles hubieren sido las consecuencias de la sola existencia del segundo de los escritos fechados el 15 de enero de 2001?

8.1. Presupuesta su calificación como testamento ológrafo, tal y como le atribuye la sentencia del juzgado, calificación que no cabría entender venga después excluida por el fallo del Supremo (digo que no cabría entenderla excluida, por cuanto no parece pueda dársele ese alcance al inciso contenido en el fundamento de derecho primero, y que textualmente, dice:

"… el escrito de fecha posterior, 6 mayo 2002, *es el que se presenta y se discute, como el verdadero testamento ológrafo,* con este texto…" (la cursiva es mía).

No se quiere decir con ello que el escrito de 2001 no fuere un testamento ológrafo. No se está negando tal condición al citado escrito, sino que lo que se quiere decir es algo mucho más simple: presupuesto que el escrito de 2002 "precisa", "concreta", "determina" en definitiva, extremos que en ese escrito de 2001 se ofrecían con cierto grado de indeterminación (aunque no propiamente en el sentido jurídico del término) nada más lógico en consecuencia que centrar el análisis, y también la calificación jurídica, en el último de los escritos de la testadora, configurado así como "concreción" o "determinación" del anterior.

Presupuesta así en hipótesis la sola existencia del segundo de los escritos de 2001 ("Me dirijo a todos mis sobrinos para que le den un piso a Gema de mi propiedad bien sea en Oviedo o en Gijón. Es mi deseo que esto se cumpla por su buen comportamiento conmigo"), la aludida "indeterminación" (insisto, no propiamente jurídica) vendría a incidir, de un lado, sobre la persona/s gravada/s con la disposición testamentaria y, de otro, sobre el bien objeto de la disposición.

En cuanto a los gravados con la disposición, tratándose de la atribución a Gema de un bien concreto de la herencia de Socorro, se impone concluir que se trataría de una sucesión a título particular, configurándose así en aquélla la condición de "legataria". Pero en relación a la persona gravada con el legado (puede serlo el heredero u otro legatario), es sabido caben varias posibilidades de designación, de las que quizá la primera que hay que considerar es, precisamente, la que se contendría en el citado documento de 2001: que el testador se limite a ordenar el legado, pero sin precisar sobre quién/es recae la carga de proceder a su entrega, existiendo varios herederos, como era el caso, y algunos de ellos asimismo legatarios. En el testamento abierto otorgado por Socorro el 13 de abril 1993, legó a su sobrina Yolanda "la casa número NUM000 de la CALLE000, de esta villa de Gijón", y,

asimismo, tras otros legados, instituyó herederos por partes iguales a todos sus sobrinos.-Yolanda era, pues, heredera y legataria. Pero la proposición: "me dirijo a todos mis sobrinos" (tenor literal del citado documento de 2001), necesariamente habría conducido –por aplicación del art. 859 CC– a entender obligados al pago del legado a todos los instituidos "en la misma proporción en que sean (fueren) herederos". Los coherederos responderían "mancomunadamente" –en proporción a su cuota hereditaria– y no "solidariamente".

En cuanto al bien objeto de la disposición ("… que le den un piso de mi propiedad, bien sea en Oviedo o en Gijón"), es sabido que los legados se caracterizan por la amplia gama de posibilidades objetivas de que son susceptibles, y, en el caso que nos ocupa, es claro que se trataría de un "legado alternativo", figura ésta expresamente contemplada en el art. 874 CC, precepto-que sin embargo no ofrece ninguna descripción o noción de la misma, limitándose el legislador a afirmar que "se observará lo dispuesto para las *obligaciones de la misma especie*, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador". El causante ha previsto, pues, distintas prestaciones a cargo del/de los heredero/s gravado/s, quienes por tanto serán los legitimados para llevar a cabo la elección entre las diversas prestaciones previstas, conforme a lo establecido por el art. 1.132.1 CC. Dejemos de lado aquí los problemas que podrían suscitarse por cuanto se refiere a la "elección" del piso (de Oviedo o Gijón) que, en su caso, debiere haberse entregado a Gema.

El documento de 2002 cambiará estos planteamientos, aunque más desde luego en cuanto a las personas (la testadora grava ya exclusivamente con el legado a su sobrina Yolanda), que en cuanto al objeto mismo del legado ("un piso de una determinada casa"). A lo que parece, se seguiría estando-en el marco del-"legado alternativo", siquiera ahora circunscrito ya a alguno de los pisos existentes en un edificio determinado.

8.2. ¿Cabría hablar de efecto *revocatorio* alguno del documento de 2002 sobre el documento de 2001? Llama la atención la discrepancia que resulta entre la sentencia del juzgado y la propia del TS, por cuanto se refiere a la relación entre el tantas veces citado escrito de 6 de mayo 2002 y el segundo de los fechados el 15 de enero 2001. La sentencia del Supremo se ofrece meridianamente clara en cuanto a la consideración, como testamento ológrafo, únicamente del escrito de 6 de mayo 2002. Así, en el fundamento de derecho primero, se afirma:

"… el escrito de fecha posterior, 6 mayo 2002, es el que se presenta y se discute como *el verdadero* testamento ológrafo…".

Y en el fundamento de derecho tercero, se reitera idéntica afirmación:

"El escrito de 6 mayo 2002 es un verdadero testamento ológrafo que reúne los requisitos formales, es decir, su voluntad "resulta expresada en la forma requerida por la ley. Requisitos que son y se cumplen en el presente caso, conforme al artículo 688 del Código civil, la autografía total, la firma, la fecha, el salvar tachaduras…" [STS 26 noviembre 1968 (RJ 1968 5542)].

Esta atribución, como digo, con carácter exclusivo, de la dicha calificación al escrito de 2002, contrasta desde luego con el criterio mantenido por el juzgador de instancia, que no duda en atribuir aquella a ambos documentos:

"… declaro la validez y eficacia, como testamento ológrafo de la causante, de los documentos nº 9 y 10, presentados con el escrito de demanda…".

Existe, pues, una cierta diferencia de apreciación: mientras para la sentencia del TS el testamento ológrafo vendría constituido únicamente por el segundo de los documentos, el juzgador de instancia, aun refiriéndose también a un único testamento del tal naturaleza, considera al mismo "integrado", o "constituido" por ambos documentos.

La sentencia del Supremo excluye al documento más antiguo, y "concentra" la calificación en el de 2002, pero no parece desde luego lo haga con apoyo en un pretendido efecto "revocatorio" de este segundo documento sobre el primero Realmente, no explica la causa de esa calificación "en exclusiva", pero es claro que "no la sitúa" propiamente en una hipotética revocación del segundo de los escritos de 2001 por el de 2002.

8.3. El escrito de 2002 presenta un doble carácter: de un lado, y por cuanto se refiere al segundo de los escritos de la testadora fechados en 2001, parece presentarse como un testamento "interpretativo" o "aclaratorio". De otro, y en lo atinente, al testamento abierto otorgado el 13 de abril 1993, se ofrecería como un testamento "puramente codicilar" [DÍEZ PICAZO, L.: "La pluralidad de testamentos", en *Estudios de Derecho Privado*. Madrid (1980): Civitas, pp. 370 y 376]. "La declaración interpretativa, contenida en un documento que reúna todos los requisitos de un testamento, es absolutamente vinculante. Puede hablarse entonces de testamento interpretativo o aclaratorio" (DÍEZ PICAZO, L.: "La pluralidad", cit., p. 371).

Y es que la declaración unilateral que interpreta un negocio jurídico unilateral no recepticio debe considerarse como formando parte integrante del negocio interpretado y constituyendo con él un negocio objetivamente complejo, en cuanto que son varias declaraciones de un único sujeto encaminadas a reglamentar una misma materia.

Desde la perspectiva del art. 739 del CC, "es evidente que el testamento aclaratorio no revoca el testamento aclarado y que la dedicación del nuevo negocio a una función meramente interpretativa es de por sí una declaración de subsistencia del testamento anterior" (DÍEZ PICAZO, L.: "La pluralidad", cit., pp. 371-372).

De otro lado, y por cuanto se refiere ya a la incidencia de ese negocio jurídico testamentario ológrafo, y objetivamente complejo (por cuanto integrado por varias declaraciones) sobre el testamento abierto otorgado en 1993, parece se imponga concluir que se trataría, como se ha apuntado en precedencia, de un testamento "puramente codicilar", denominándose así "a aquél en el cual el testador se limita a establecer uno o varios legados, u otras disposiciones particulares, sin establecer nada en cuanto a la institución de heredero". Coexistiría así "un testamento codicilar posterior con un testamento pleno anterior" (DÍEZ PICAZO, L.: "La pluralidad", cit., pp. 376-377), siquiera en el supuesto concreto contemplado por la sentencia que se comenta, ese testamento "puramente codicilar" (ológrafo) y desde luego revocatorio parcialmente del testamento abierto otorgado en 1993 (cfr. STS 12 junio 2002 (RJ 2002 8581),-se ofrecería a su vez-como un negocio objetivamente complejo, con apoyo en el argumento apuntado en precedencia.

Nos hallaríamos, pues, en el ámbito genérico de la "compatibilidad testamentaria", tan certeramente estudiada por el Profesor DÍEZ PICAZO en el marco más general de "la pluralidad de testamentos". Y es que "dentro del concepto genérico de compatibilidad, como posibilidad lógica de coexistencia, puede aislarse una especie de gran interés a la que vamos a llamar "compatibilidad por disparidad del ámbito de extensión objetiva de los testamentos" (DÍEZ PICAZO, L.: "La pluralidad", cit., p. 376). Cada testamento tendría así acotado su ámbito de aplicación, ámbito que sería distinto en cada uno de ellos, como lo sería asimismo su contenido económico.

9. El fallo de la sentencia declara "parcialmente revocado, sólo en cuanto a este piso se refiere, el testamento abierto otorgado por dicha causante en fecha 13 abril 1993". El alcance de la revocación viene abordado así mismo en el fundamento de derecho segundo, que afirma "ser evidente e indiscutido

por las partes que el testamento ológrafo dispone un sublegado (legado a cargo de una legataria) sin revocar el testamento abierto anterior".

Presupuesta, claro es, la revocación parcial del testamento abierto de 1993 por el ológrafo posterior, se impone desembocar en la compatibilidad entre ellos, o lo que es lo mismo, en "la posibilidad de coexistencia, o mejor aún, de conjunta ejecución" (DÍEZ PICAZO, L.: "La pluralidad", cit., p. 375).

De gran interés para la cuestión, STS 4 noviembre 1961 (RJ 1961 4436), por el elevado grado de similitud entre el supuesto fáctico abordado por aquella y el propio de la sentencia que se comenta:

"La sentencia recurrida, con olvido de la derogación del testamento abierto en todo lo que se oponga o resulte incompatible con el testamento posterior, el ológrafo, sitúa en el mismo rango a las liberalidades de ambos testamentos, con agravio de los principios que desenvuelve el artículo 739 del Código civil y desnaturaliza la postrera declaración de voluntad solemne y autorizada del 'de cuius' que justamente en su último testamento y al solo fin de premiar con los legados que ordena de preferencia sobre los del testamento abierto los señalados servicios del legatario, se decide a otorgarlo, respetando su testamento anterior, pero naturalmente en todo aquello que no impidiera el libre juego de su voluntad para la plena efectividad de los legados que el testamento ológrafo contiene…" (considerando décimo).

10. El fundamento de derecho tercero, por cuanto se refiere al contenido mismo de la disposición albergada en el testamento ológrafo, la califica textualmente como "un legado alternativo", "un piso de la casa", "que contempla el artículo 874… ya que la casa entera la había legado a una sobrina suya (codemandada), lo que le da la naturaleza de sublegado". Parece se den así en el supuesto contemplado las figuras del "prelegado", de un lado, y del "sublegado" de otro: la primera, por cuanto el legatario puede ser él mismo heredero, es el legado dispuesto a favor del heredero el que se denomina "prelegado"; la segunda, por cuanto el propio legatario puede ser gravado con un legado, originándose entonces la figura del "sublegado" (legado a cargo del legatario).

A Yolanda, sobrina de la testadora, le había sido atribuido (en el testamento abierto otorgado en 1993), y en concepto de "legado" el inmueble al que sin duda pertenecía el piso ("un piso) respecto del cual la testadora (ahora en testamento ológrafo de 2002) manifestaba su voluntad "de que le fuere entregado a Gema por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa". Pero, en ese mismo testamento abierto de 1993, en el que asimismo se

ordenaban otros legados, la citada sobrina venía asimismo instituida heredera "por partes iguales" (juntamente con los restantes sobrinos de la testadora, Erica, Emma, Martín, Jacobo y Jacobo") en el activo hereditario restante. Concurría, pues, en Yolanda la doble condición de "heredera" y de "legataria". Ello quizá venga a arrojar un cierto grado de duda en cuanto a la procedencia de calificar como "sublegado" el ordenado por la testadora a favor de la persona que la vino cuidando, y ello por cuanto la disposición testamentaria gravaba a un heredero que era, asimismo, legatario. "Según el gravado sea heredero o legatario, tendremos un legado o un sublegado" [LACRUZ BERDEJO, J. L: *Derecho de sucesiones.* Barcelona (1981): Librería Bosch, pp. 297-298]. Quizá resulte razonable entender que la existencia de un "sublegado" requiera que el gravado por aquél sea, exclusivamente, legatario, y que en consecuencia la solución deba ser otra cuando asimismo se de en él la condición de heredero. Y ello parece podría fundamentarse asimismo en el régimen de la responsabilidad por deudas y cargas de la herencia, notoriamente diferenciado en uno u otro caso.

LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS DE BUEN GOBIERNO EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL·

INCORPORATING THE GOVERNANCE RULES IN THE SPANISH CORPORATION ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 595-610.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 01/07/2015

· El trabajo se corresponde a la ponencia "Las modificaciones legislativas en el régimen de las sociedades cotizadas" presentada en la Jornada sobre sociedades mercantiles celebrada en el Colegio de Abogados de Tarragona el día 13 de febrero de 2015 y titulada "La nueva Ley de mejora del gobierno corporativo: el régimen de las sociedades de capital después de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre". Agradezco a sus organizadores -el Magistrado de la Audiencia Provincial de Tarragona, Ilmo. Sr. Manuel Díaz Muyor, y al Decano del Colegio de Abogados, Ilmo. Sr. Manel Albiac Cruxent- su amable invitación a las Jornadas.

PABLO GIRGADO PERANDONES
Profesor titular de Derecho Mercantil
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)
pablo.girgado@urv.cat

RESUMEN: El artículo realiza una aproximación a la reforma del régimen de las sociedades cotizadas como consecuencia de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. La reforma incorpora al texto legal las reglas existentes en los Códigos de Buen Gobierno, afectando fundamentalmente, a la regulación de la Junta General y del Consejo de Administración en las sociedades cotizadas.

PALABRAS CLAVE: reforma legal, sociedades cotizadas, gobierno corporativo.

ABSTRACT: This paper aims at making a first approach to the reform of listed companies as a result of Law 31/2014, of December 3. The reform in the Spanish Corporations Act incorporates the existing Rules for Good Corporate Governance, affecting mainly to the regulation of the Shareholders Meeting and the Board of Directors in listed companies.

KEY WORDS: legal reform, listed companies, corporate governance.

SUMARIO: 1. Antecedentes y orientaciones de la reforma.- 2. Modificaciones al régimen de la Junta General.- 3. Modificaciones al régimen del Consejo de Administración.- 3.1. Especialidades en la organización y el funcionamiento del Consejo de Administración.- 3.2. Especialidades en la remuneración de los consejeros.- 4. Otras modificaciones en el régimen de las sociedades cotizadas- 4.1. Reducción y adecuación de porcentajes.- 4.2. Limitación de los derechos de información sobre la identidad de los accionistas.- 4.3. Información en el seno de las sociedades cotizadas. 5. Valoración final.

1. El régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas, es decir, aquellas "cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial" (art. 495 LSC), ha sufrido relevantes cambios en los últimos años y es objeto de especial atención por los legisladores español y comunitario. Entre otras, cabe destacar la anterior reforma procedente de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, y que incorporó al ordenamiento español la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas. En esta ocasión, abordaremos la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Al margen de la consideración de la cotizada o no como un subtipo de la sociedad anónima su regulación, inicialmente, se incardinaba en la legislación del mercado de valores. Ello no es extraño ya que, como hemos indicado al principio, la negociación de sus acciones en un mercado secundario oficial es la nota característica de estas sociedades. Así, con ocasión de la Ley de Transparencia en 2007 se añadió a la LMV un título X dedicado al tratamiento de las sociedades cotizadas. Posteriormente, con la aprobación de la vigente LSC en 2010 se incorporó como Título XIV un apartado dedicado a las sociedades anónimas cotizadas.

El núcleo de la reforma y uno de los aspectos más sobresalientes del régimen de las sociedades cotizadas en la LSC se corresponde con la conocida materia del Gobierno Corporativo (o *Corporate Governance*, en la terminología anglosajona), si bien no se trata de una materia privativa de las sociedades cotizadas sino también de las que no lo son. Con carácter preliminar, pero de manera breve, conviene acercarse a la figura. Los accionistas en la sociedad cotizada asumen un papel inversor y no se implican en la gestión de la sociedad, pues estamos ante sociedades abiertas y con un capital atomizado.

La falta de tal ejercicio de vigilancia implica que su ejercicio se lleve a cabo por los mismos que han de ser controlado, es decir, por los propios administradores, y especialmente, aquellos que desempeñan las funciones ejecutivas. Los mecanismos para resolver esta situación se orientan, por un lado, hacia el reforzamiento de la Junta General (en adelante, JG), y, por otro, hacia el establecimiento de mecanismos de control de la gestión de los administradores.

Conectado con ambos mecanismos, se ha de situar el mencionado tema del gobierno corporativo y su tratamiento en la modernización del Derecho de sociedades.

La temática del gobierno corporativo ha dejado de consistir únicamente en un conjunto de reglas de cumplimiento voluntario (mal llamado *soft law*) – así, en el Informe Olivencia de 1998- y ha ido incorporándose al ordenamiento, tímidamente en sus inicios y de una manera más clara y eficaz en cambios legislativos como el ahora analizado. La reforma incorpora buena parte de las reglas contenidas en los Códigos de Buen Gobierno, de tal manera que podemos hablar de un proceso de "legalización" de las Recomendaciones contenidas en el Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG, 2006).

Esta respuesta legislativa no implica la supresión del mecanismo autorregulador del CUBG, caracterizado por la aplicación de la regla de cumple o explica" porqué no cumples (*comply or explain*). Este mecanismo sigue y seguirá en vigor, como se puede observar en la revisión de su contenido que está llevándose a cabo, aunque su aplicación haya sido hasta el momento insuficiente para resolver las necesidades de un buen gobierno corporativo.

A nivel comunitario, los esfuerzos de las diversas iniciativas comunitarias -entre otras, el Libro Verde de 2001, el Plan de Acción de la Comisión Europea de 12.12.2012- en materia de gobierno corporativo se sustancian en tres puntos: un aumento en la transparencia de las sociedades cotizadas (ej., informe anual de gobierno corporativo), un incremento de la participación de las acciones en la sociedad (control del accionista en JG) y la modernización del CA (en especial, respecto de su composición y el mecanismo de remuneración).

Estos esfuerzos se concretan en reformas como la que es objeto de nuestro trabajo, como nos recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014. En ella, se recoge tales principios y los fines perseguidos por las iniciativas comunitarias mencionadas (Libro Verde, Plan de Acción).

2. La finalidad de la normativa sobre la JG de las sociedades cotizadas se incardina en el establecimiento de mecanismos eficaces para promover su asistencia y el reforzamiento de sus derechos y su ejercicio antes, durante y después de la JG. La reforma legislativa se inicia con su reordenación en tres secciones (competencias, reglamento y funcionamiento de la JG).

Así, respecto de la JG son varias las cuestiones objeto de atención: el incremento de competencias, la mejora de la información previa en caso de que la JG acuerde sobre nombramientos, la ratificación o reelección de miembros del Consejo de Administración (en adelante, CdA), el reconocimiento de un derecho a completar el orden del día y establecer nuevas propuestas de acuerdo, la fijación de un porcentaje intocable en defensa de los accionistas para asistir a la JG. Veamos cada una de ellas:

En primer lugar, se establece una sección específica para detallar estas competencias adicionales y específicas reservadas a la JG (art. 511 bis). En concreto, se refiere a:

- la transferencia a entidades dependientes de "actividades esenciales" desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas;

- las operaciones "cuyo efecto sea equivalente" al de la liquidación de la sociedad,

- y la política de remuneraciones de los consejeros en los términos legalmente establecidos.

Respecto de la primera competencia añadida, cabe destacar, además, la prevención del legislador de presumir *iuris et de iure* este carácter esencial de las actividades y de los activos operativos en caso de que la operación supere el veinticinco por ciento del total de activos del balance.

En segundo lugar, se insiste en la necesidad de una información previa más detallada de todas y cada una de las propuestas a tratar en la JG (art. 518). En especial, la letra e del citado artículo resalta la necesidad de información sobre la identidad, el currículo y la categoría a la que pertenezca cada uno de los miembros del CdA, así como la propuesta e informe relativos a su nombramiento y reelección del art. 529 decies.

En tercer lugar, se reduce el porcentaje necesario para ejercitar el derecho a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas de acuerdo, en concreto, del cinco al tres por ciento (art. 519). El motivo de tal reducción

está justificado por tratarse el cinco por ciento de un porcentaje demasiado elevado para una sociedad cotizada.

En cuarto lugar, se reduce a cinco días el plazo del que dispone el accionista para requerir la información antes de la celebración de la JG (art. 520).

En quinto lugar, y respecto al derecho de asistencia a la JG y su posible limitación (art. 521 bis), se prohíbe la exigibilidad por vía estatutaria de la posesión por el accionista de más de mil acciones para poder asistir a la JG.

Finalmente, en sexto lugar, la norma simplifica el régimen anterior correspondiente a la delegación de la representación y ejercicio del voto por parte de las entidades intermediarias (art. 524).

3. La reforma en esta sección es sustancial, frente a la situación anterior con pocos preceptos, el legislador ha incorporado otros nuevos (en total, con 18 nuevos artículos, desde el art. 529 bis hasta el art. 529 novodecies). La reforma significa incorporar a la LSC las reglas específicas procedentes del Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG), al que hemos hecho mención con anterioridad.

3.1. Igual que antes con la JG, en este capítulo también se reorganizan las secciones en tres (reglamento, especialidades del CdA y remuneración de los consejeros).

La primera nota característica es la exigencia del CdA como forma de articular el órgano directivo en las sociedades cotizadas (art. 529.1 bis). Además, el precepto añade una obligación –calificable como *de medios* y no *de resultados*- que, aparentemente centrada en velar por el procedimiento de selección de sus miembros, pretende, mediante una larga redacción, la incorporación de mujeres al CdA (art. 529.2 bis).

Por otro lado, otra de las notas características se corresponde con la fijación de un conjunto de facultades específicas del consejo y, además, indelegables. Con ello, entendemos que se trata de poner freno al creciente poder de los consejeros delegados y otros directivos en la sociedad cotizada. Con respecto a estas facultades, el legislador –además de las ya establecidas para todas las sociedades de capital en el art. 249 bis- señala las siguientes (529 tercies):

a) la aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos;

b) la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control;

c) la determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento;

d) la aprobación de información financiera que, como cotizada, deba hacer pública la sociedad periódicamente;

e) la definición de la estructura del grupo de sociedades del que la sociedad sea entidad dominante

f) la aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la JG;

g) la aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo.

h) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el CdA de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión. Solo se exceptuarán de esta aprobación las operaciones que reúnan simultáneamente las tres características siguientes:

- 1º que se realicen en virtud de contratos cuyas condiciones estén estandarizadas y se apliquen en masa a un elevado número de clientes,

- 2º que se realicen a precios o tarifas establecidos con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio de que se trate, y

- 3º que su cuantía no supere el uno por ciento de los ingresos anuales de la sociedad.

i) La determinación de la estrategia fiscal de la sociedad.

No obstante, admite, en casos de urgencia debidamente justificada, que las citadas competencias puedan adoptarse por personas delegadas para ello, siempre y cuando se ratifiquen sus decisiones en el primer CdA que se celebre (529.2 tercies). Aquí la cuestión que se puede plantear es la no ratificación de las decisiones adoptadas por el consejo y las consecuencias que de ello se puede derivar tanto para la sociedad como para el tercero que contrató con ella.

Aunque de menor extensión, el legislador también se preocupa por establecer una serie de medidas dirigidas a contribuir al buen funcionamiento del Consejo. Así se cuenta con obligaciones de sus miembros como la de asistencia a las reuniones del consejo (art. 529 quater), que se deberá de reunir, al menos, trimestralmente. Se admite, en todo caso, la posibilidad de delegación en otro consejero, pero evitando que los consejeros no ejecutivos pueda hacerlo a favor de uno ejecutivo. La razón detrás de este planteamiento radica, en nuestra opinión, en el interés por impedir un debilitamiento de los consejeros encargados de "la vigilancia" del consejo.

Igualmente, se establece la obligación de informar previamente a los consejeros de los asunto a tratar (art. 529 quinquies). Con ello, se pretende reforzar la participación de los consejeros a través de un conocimiento mayor de la marcha de la empresa. Pero, como en supuestos anteriores, la urgencia de la convocatoria puede justificar la ausencia de tal información. No obstante, entendemos que no ha de desconectar tal obligación del deber de los consejeros de desplegar una actitud proactiva en la marcha de la empresa. En realidad, detrás de tal exigencia se encuentra el deber de diligencia del administrador de la sociedad, es decir, se concreta en una obligación de actividad, es decir, de desplegar los medios necesarios. Pero, como en supuestos anteriores, la urgencia de la convocatoria puede justificar el incumplimiento del deber de informar.

En cuanto a la figura del Presidente del consejo, el art. 529 sexies detalla cuáles son las competencias mínimas atribuidas al ejercicio de su cargo; así:

- convocar y presidir las reuniones del CdA fijando el orden del día de las reuniones y dirigiendo las discusiones y deliberaciones;

- salvo disposición estatutaria en contra, presidir la JG de accionistas;

- velar por que los consejeros reciban con carácter previo la información suficiente para deliberar sobre los puntos del orden del día,

- y estimular el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones, salvaguardando su libre toma de posición.

Además, re reconoce que, salvo pacto estatutario en contrario, la elección del Presidente pueda recaer tanto en consejeros ejecutivos como independientes. En el caso de designación como tal de un consejero ejecutivo –práctica frecuente en las sociedades cotizadas españolas- se requiere el voto favorable de los dos tercios de los miembros del consejo. En caso afirmativo, se deberá nombrar necesariamente a un consejero coordinador entre los independientes quien habrá de actuar como contrapeso (art. 529 septies). Entre las competencias de este último, cabe destacar la facultad de convocar al consejo, de incluir puntos en el orden del día en caso de que ya se hubiera convocado, de coordinar a los consejeros independientes y la evaluación periódica del Presidente del consejo.

En relación con el Secretario del Consejo (art. 528 octies), las funciones asignadas son, entre otras posibles, las siguientes:

- conservar la documentación del CdA, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas;

- velar por que las actuaciones del consejo se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna,

- asistir al presidente para que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado.

Una de las notas novedosas de la nueva redacción es el establecimiento de una obligación anual de autoevaluación a los miembros del consejo (529 nonies). A la vista del resultado, será necesario proponer un plan de acción que tenga como objetivo corregir las deficiencias detectadas en el informe de autoevaluación.

El art. 529 decies atiende al régimen de nombramiento de los consejeros, recordando la competencia de la JG. No obstante, en cuanto a la facultad de proponer su nombramiento o reelección, la normativa distingue entre su atribución a la Comisión de nombramiento y retribuciones para los consejeros independientes y al propio CdA para los demás casos. En todo caso, la propuesta debe ir acompañada de un informe justificativo del consejo en el que se valore la competencia, experiencia y méritos del candidato propuesto, que se unirá al acta de la JG o del propio consejo. Además, la propuesta de nombramiento o reelección de cualquier consejero no independiente deberá ir precedida, además, de informe de la comisión de nombramiento y retribuciones.

Igualmente, el citado precepto contempla otras particularidades que conviene destacar, así:

- en caso de cooptación, el consejero designado tendrá que ser, necesariamente, accionista, y, además, en caso de vacante tras la convocatoria de JG y antes de su celebración, se reconoce al Consejo la facultad de designar un consejero hasta la celebración de la siguiente JG.

- se elimina –expresamente se declara que "no procederá"- la designación de suplentes;

En cuanto a la duración del cargo (art. 529 undecies), el máximo se fija en cuatro años, frente al hasta ahora, en general, de seis, pudiendo renovarse por idéntico período de duración máxima. No obstante, cabe menciona que este tema es objeto de atención por la Disposición Transitoria de la norma, según la cual se permite completar su mandato a los consejeros nombrados con anterioridad al 1 de enero de 2014.

De gran relevancia es el nuevo art. 529 duodecies que incorpora a la LSC las categorías de consejeros, procedente de los Códigos de Buen Gobierno y que hasta ahora estaban reguladas mediante la Orden Ministerial ECC/461/2013, de 20 de marzo. Sin menoscabo de la naturaleza monista del órgano de administración en nuestro ordenamiento jurídico -a diferencia de otros como el alemán, caracterizados por su organización dualista-, el CUBG y ahora la LSC, van a diferenciar a los consejeros en atención a las funciones que desempeñan en el CdA. De tal manera, el propio Consejo reduce su función a la de supervisar, desde una perspectiva general, cuales son las actividades desempeñadas por su miembros y sus comisiones. En este sentido, cabe recordar la Recomendación 8ª CUBG, que indica lo siguiente: "Que el Consejo asuma, como núcleo de su misión, aprobar la estrategia de la compañía y la organización precisa para su puesta en práctica, así como

supervisar y controlar que la Dirección cumple los objetivos marcados y respeta el objeto e interés social de la compañía".

Con ello, se sigue las recomendaciones de la Unión Europea que pretende una mayor transparencia en el funcionamiento de la administración de las sociedades cotizadas y, de este modo, consigue poner de manifiesto la diversidad de funciones y obligaciones que asumen cada uno de los miembros que la integran. Igualmente se entiende el interés en que nadie domine de tal forma la toma de decisiones dentro de la sociedad que impida su control y supervisión; en consecuencia, se adoptan medidas destinadas a funcionar de contrapeso a tales poderes. En este sentido, se ha de comprender el papel de los consejeros no ejecutivos en la resolución de los posibles conflictos de intereses que surjan con los consejeros ejecutivos.
Por ello, los nuevos preceptos de la LSC diferencian dos grupos de consejeros, ejecutivos y no ejecutivos, y, al mismo tiempo, en estos últimos distingue entre consejeros dominicales, independientes y externos. Con tal fin, el citado art. 529 duodecies los define del siguiente modo:

- los consejeros ejecutivos, "… aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantenga con ella",

- los consejeros no ejecutivos, "… todos los restantes consejeros de la sociedad, pudiendo ser dominicales, independientes u otros externos",

- los consejeros dominicales, "… aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionaria no alcance dicha cuantía, así como quienes representen a accionistas de los anteriormente señalados",

- y los consejeros independientes "… aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos". Además, añade una formulación negativa de la consideración como consejero independiente en una serie de supuestos, de los que se desprende la hipotética falta de independencia del candidato (v. art. 529 duodecies.4 2º párr.).

En otro orden, el art. 529 terdecies se dedica a las Comisiones especializadas que pueden integrar el CdA, exigiendo al menos que exista una Comisión de auditoria (art. 529 quaterdecies) y otra de nombramientos y retribuciones, que, a su vez, puede dividirse en dos (art. 529 quinquedecies).

Ambas comisiones se componen exclusivamente por consejeros no ejecutivos y nombrados por el CdA, al menos dos de ellos deben ser consejeros independientes. En la comisión de auditoría, uno de los independientes se le designa en atención a sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad y auditoría o en ambas. En la comisión de nombramientos y retribuciones, el presidente se le designa de entre los consejeros independientes que formen parte de ella.

3.2. Otro de los apartados destacados de la reforma es la atención al régimen de remuneración de los miembros del CdA (Sección 3ª). En concreto, se consagra el carácter necesariamente retribuido de tal condición (art. 529 sexdecies). Cuestión evidente, pero que no está de menos su confirmación. Al mismo tiempo, se ocupa en diferenciar entre la remuneración general para todos los consejeros en cuanto tales (art. 529 septdecies), de la específica del consejero ejecutivo (art. 529 octodecies). En cuanto a la general, se exige su previsión estatutaria que, además, deberá de contemplar su importe máximo anual. La remuneración específica de cada uno de ellos exige, además, atender a determinadas circunstancias objetivas relevantes, como las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero o su pertenencia a comisiones del consejo.

En el caso de los consejeros ejecutivos, se detalla aún más los distintos parámetros que se han de emplear para el cálculo de sus componentes variables y de sus condiciones principales, en particular, en los relativo a su duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, de no concurrencia post-contractual y de permanencia o fidelización (art. 529.1 octodecies)

Finalmente, el art. 529 novodecies regula la política de remuneraciones de los consejeros y su aprobación por la JG de la sociedad. Esta política se ajustará al sistema de remuneración estatutariamente previsto y se aprobará por la JG al menos cada 3 años, debiendo formularse como punto separado en el orden del día.

4. Aunque el núcleo de la reforma gravita sobre las especialidades de la JG y el CdA que hemos visto en los epígrafes anteriores, no podemos dejar de atender a otras cuestiones jurídicas atendidas por el legislador en la regulación de las sociedades cotizadas. Estas modificaciones las hemos agrupado en tres puntos concretos: adecuación de los porcentajes exigidos por la ley a la relevancia de las sociedades cotizadas, limitaciones a los derechos de información reconocidos a determinadas asociaciones y sujetos

sobre la identidad de los accionistas y, quizá el de mayor enjundia, el derecho de información societaria.

4.1. El primero de ellos ubicado en el concepto de sociedad cotizada (art. 495.1), aunque referido a cambios puntuales sobre porcentajes. Así, en concreto, cabe destacar:

- (letra a) la reducción del porcentaje para el ejercicio de determinados derechos de la minoría reconocidos en la LSC. A diferencia del común a las SA no cotizadas que se establece en el 5% del capital social, el legislador capital lo reduce a un 3% a fin de promover la participación accionaria;

- (letra b) la reducción al uno por mil de la fracción de capital social exigida por la LSC para poder impugnar los acuerdos sociales, en contraste con el más elevado criterio general que exige un uno por ciento del capital social (arts. 206.1 y 251 LSC);

- (letra c) la reducción a tres meses del plazo para impugnar los acuerdos sociales, que es de un año en el resto de sociedades anónimas; a salvo de los acuerdos contrarios al orden público que no tienen límite temporal.

4.2. El segundo punto afecta a las especialidades en materia de acciones, en concreto al derecho que tiene la sociedad a conocer "en cualquier momento" cuál es la identidad de sus accionistas (art. 497). Como es sabido, las sociedades cotizadas representan sus acciones mediante anotaciones en cuenta cuya llevanza es gestionada por una entidad determinada: la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores (conocida como *Iberclear*, cfr. arts. 5 y ss. LMV y RD 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles). Con el fin de que la sociedad cotizada –y emisora de tales valores- pueda conocer quiénes son sus accionistas y con ello cumplir con sus obligaciones legales (LSC), se reconoce en el art. 497.1 su derecho a obtener de la entidad encargada de la llevanza de sus valores los datos correspondientes de los accionistas, en los que se comprende su dirección y datos de contacto.

Este derecho, además, se reconoce, por un lado, a las asociaciones de accionistas de la propia sociedad, siempre que estén constituidas como tal en la sociedad emisora y que sus miembros alcancen como mínimo el uno por ciento del capital social. Y por otro lado, esta facultad de información también se observa para aquellos accionistas que, individual o

conjuntamente, sin llegar a constituir una asociación como la mencionada, alcancen al menos el tres por ciento del capital social.

Pues bien, el legislador se ha preocupado por limitar el derecho reconocido a tales asociaciones y accionistas a fin de evitar una utilización abusiva de tal información. En concreto, se establece que tal derecho "exclusivamente" se podrá ejercer "… a efectos de facilitar su comunicación con los accionistas para el ejercicio de sus derechos y la mejor defensa de sus intereses comunes". El incumplimiento de este régimen implica la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la asociación o al accionista que la haya solicitado, si bien sólo en caso de utilización abusiva o perjudicial.

No obstante, queda aún pendiente el desarrollo reglamentario que ha de concretar los aspectos técnicos y formales necesarios para el ejercicio de este derecho. A la espera de tal regulación, continúa vigente la aplicación del antes citado RD 116/1992, de 14 de febrero.

Esta reforma sobre la identificación de los accionistas se incardina en las iniciativas comunitarias de incrementar la transparencia en el seno de la sociedades cotizadas, conociendo en este caso cuál es el reparto del capital social y en qué manos se encuentra a través de dotar de "visibilidad" a las acciones que lo integran.

4.3. Al margen del tratamiento de los pactos parasociales y su sometimiento a publicidad (arts. 531 ss., regulado anteriormente en la Ley 25/2011, de 1 de agosto), otro apartado destacado de la reforma a tener en cuenta se corresponde con el de la información societaria.

Así, en primer lugar, desarrolla los llamados instrumentos especiales de información, facilitando la participación de accionistas en la sociedad cotizada (art. 539). La regulación anterior ya admitía esos dos medios de participación que ahora son objeto de una atención mayor:

a) por un lado, la creación de un foro electrónico de los accionistas en la página web con carácter previo a la celebración de la JG, que permita comunicarse a los socios y a sus asociaciones, entre otros asuntos, a fin de conocer las propuestas y facilitar las solicitudes de adhesiones a las mismas y otras iniciativas.

b) por otro, la constitución de asociaciones de accionistas para representar a los mismos en la JG y velar por los derechos que le reconoce la ley. En tal sentido, estas asociaciones se regirán, en general, por la Ley Orgánica

1/2002, de 22 de marzo, que regula el derecho de asociación, y, además, habrán de inscribirse en el Registro correspondiente de la CNMV y respetar las normas específicas del mercado de valores. Al respecto, cabe señalar que está previsto el desarrollo reglamentario de un régimen específico para tales asociaciones.

En ambos casos, se cumple con la finalidad del legislador de interesar a los accionistas de las cotizadas por lo asuntos de la sociedad y estimular su participación en la JG.

Y, en segundo lugar, incorpora el deber del consejo de elaborar dos informes: uno que se corresponde con el conocido informe anual de gobierno corporativo (art. 540) y otro relativo al informe anual sobre remuneraciones de los consejeros (art. 541). Además, se incorpora una obligación de añadir como información en la web de la sociedad el período medio de pago a sus proveedores. Ambos informes se difundirán como hecho relevante de la sociedad.

Respecto al primer informe, la Ley dispone que las cotizadas deben hacer público con carácter anual un informe de gobierno corporativo, que ha de comunicarse necesariamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siendo objeto de publicación como hecho relevante. El informe debe ofrecer una explicación detallada de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica. Además, la norma recoge cuál ha de ser el contenido mínimo de citado informe de gobierno corporativo.

Respecto al segundo, la Ley también exige la elaboración y publicación con carácter anual de un informe relativo a la remuneración de los consejeros. La información facilitada debe ser completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de los consejeros aplicable al ejercicio en curso. Además, se exige, aunque sea con carácter consultivo y como punto separado del orden del día, el sometimiento de tal informe a votación en JG (art. 541.4).

Finalmente, la LSC dispone que el Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, determinen cuál es el contenido y estructura del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros. Entre las cuestiones de interés que se informen cabe resaltar las relativas a la remuneración de los consejeros (el importe de los componentes fijos de retribución, los conceptos retributivos de carácter variable, los criterios de desempeño elegidos para su diseño, el papel desempeñado por la comisión de retribuciones). En este sentido, cabe

remitirse al modelo estandarizado de la CNM, aprobado por la Circular 5/2013, de 12 de junio, y que es de cumplimiento necesario para las sociedades cotizadas.

5. A modo de conclusión, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha introducido cambios relevantes en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas. Procedentes fundamentalmente de las reglas establecidas en los Códigos de Buen Gobierno, su incorporación a la LSC implica su "legalización" y, en consecuencia, el reforzamiento sustancial de su función como mecanismo de control de los órganos que gobiernan las sociedades cotizadas. El reconocimiento de un mayor peso a la JG y el establecimiento de mecanismos legales de control al Consejo de Administración supone una mejora sustancial en la organización de estas sociedades. Ahora queda por ver el éxito de este cambio de mecanismo regulatorio ante la insuficiencia del anterior instrumento de cumplimiento voluntario y si precisa de posibles ajustes que lo complementen en consonancia con las iniciativas comunitarias en este ámbito, el del gobierno de las sociedades cotizadas.

A nivel comunitario, los esfuerzos de las diversas iniciativas comunitarias -entre otras, el Libro Verde de 2001, el Plan de Acción de la Comisión Europea de 12.12.2012- en materia de gobierno corporativo se sustancian en tres puntos: un aumento en la transparencia de las sociedades cotizadas (ej., informe anual de gobierno corporativo), un incremento de la participación de las acciones en la sociedad (control del accionista en JG) y la modernización del CA (en especial, respecto de su composición y el mecanismo de remuneración).

Estos esfuerzos se concretan en reformas como la que es objeto de nuestro trabajo, como nos recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014. En ella, se recoge tales principios y los fines perseguidos por las iniciativas comunitarias mencionadas (Libro Verde, Plan de Acción).

NUEVAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL

NEW AMENDMENTS TO SPANISH INSOLVENCY ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 611-626.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 01/07/2015

RAFAEL NEBOT SEGUÍ
Especialista en Transparencia Bancaria y Conducta de Mercado
Banco de España
rafael.nebot@gmail.com

RESUMEN: En línea con las últimas reformas de la Ley Concursal, encaminadas a lograr la continuidad de empresas viables desde un punto de vista operativo, pero que no lo son desde una perspectiva financiera, la Ley 9/2015 vino a convalidar el texto del RDL 11/2015 y, adicionalmente, aclaró algunas dudas surgidas, introdujo mejoras técnicas y modificó algunos preceptos para incrementar la efectividad en la incentivación de la firma acuerdos de refinanciación y de la extensión de sus efectos a acreedores disidentes y, asimismo, para favorecer la venta unidades productivas rentables. A su vez, para el caso de que fracasen tales medidas, mediante el RDL 1/2015 (tramitándose como Proyecto de Ley), se introduce, con mayor o menor acierto respecto de sus condicionamientos, el mecanismo de segunda oportunidad, como excepción al principio general de responsabilidad patrimonial universal del deudor.

PALABRAS CLAVE: Ley 9/2014; mecanismo de segunda oportunidad; Real Decreto-ley 1/2015; Reformas de la Ley Concursal.

ABSTRACT: In line with the recent amendments to the Spanish Insolvency Act, which aims to ensure the continuity of viable businesses from an operational point of view, but not from a financial perspective, the Law 9/2015 validated the text of RDL 11/2015, but it, also, further clarified some queries raised, introduced technical improvements and modified some provisions to increase effectiveness in encouraging the achievement of refinancing agreements and the extension of their effects to dissident creditors and, likewise, favouring the sale of profitable productive units. Additionally, in case of failure of such measures, RDL 1/2015 (currently being processed as Bill) introduces, with varying degrees of wisdom regarding their requirements, the mechanism of second chance as an exception to the general principle of unlimited liability of the debtor.

KEY WORDS: Act 9/2015; Amendments to Spanish Insolvency Act; Royal Decree Act 1/2015; Second-chance mechanism.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Cronología de las recientes reformas en materia concursal.- 3. Las novedades más relevantes introducidas por la Ley 9/2015 respecto del RDL 11/2014.- 4. Líneas generales del novedoso mecanismo de segunda oportunidad, introducido por el RDL 1/2015.

1. Como continuación de las anteriores reformas legislativas en materia concursal (que ya fueron objeto de comentario en artículo precedente, titulado "Últimas reformas de la Ley Concursal", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 2, febrero 2015, pp. 621-636), concretamente, de las operadas por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptaron medidas urgentes en materia de refinanciaciones y reestructuración de deuda empresarial (procedente del "Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo"), y por el "Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal", el legislador aprobó la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de "Medidas urgentes en materia concursal" , procedente de la tramitación como Proyecto del RDL 11/2014. No obstante, durante la tramitación del referido Proyecto de Ley, se aprobó el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, "de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social", actualmente, tramitándose como Proyecto de Ley, habiendo sido enviado el texto, tras la fase de enmiendas, por la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados al Senado, el pasado 26 de junio de 2015.

La finalidad del presente artículo es describir someramente las novedades más relevantes introducidas por la Ley 9/2015, en comparación con el texto del RDL 11/2014, principalmente, desde la óptica de las modificaciones estrictamente del derecho sustantivo concursal, excediendo del objeto del presente artículo la descripción detallada y minuciosa de todas y cada una de las reformas practicadas, y realizar una breve mención al mecanismo de segunda oportunidad introducido por el RDL 1/2015.

En cuanto al RDL 1/2015, su análisis será objeto de comentario en profundidad, como merece, en próximo artículo, una vez, se apruebe como ley el Proyecto de Ley remitido, a fecha de redacción del presente artículo, al Senado. Sin embargo, no quería dejar pasar la oportunidad de analizar algunas pinceladas del régimen ya establecido por trámite de urgencia.

2. Con el fin de aportar algo de claridad entre la sucesión de reformas llevadas a cabo, a través de distintos instrumentos normativos, justificándose el legislador en la urgencia imperante en la adopción de las medidas reformistas, que ha puesto de moda la tramitación mediante real decreto-ley y su posterior tramitación como ley ordinaria, a continuación trato de resumir la secuencia en la que han tenido lugar las reformas:

a) El primer paquete de reformas urgentes en materia concursal fue introducido por la Ley 17/2014 (procedente del RDL 4/2014), que se centró, principalmente, en incentivar la firma de acuerdos de refinanciación y de reestructuración empresarial, mediante la adopción de medidas preconcursales, para evitar el concurso y/o la liquidación, protegiendo así a los acreedores firmantes, ampliando la tipología de acuerdos a adoptar y estableciendo un nuevo régimen de mayorías, y nuevas reglas de adopción de acuerdos y de extensión de sus efectos, así como, imponiendo una forma novedosa de valorar las garantías (que ha venido a conocerse como la regla del noventa por ciento);

b) El segundo paquete de medidas urgentes de reforma concursal se integró en el RDL 11/2014 (cuya tramitación como Proyecto de Ley dio lugar a la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que es objeto de comentario), que se centró, en lugar de en la fase previa al concurso, en la fase común del concurso, en el convenio y en la fase de liquidación, trasladando a dichas fases las múltiples premisas que habían sido introducidas por el RDL 4/2014 (luego Ley 17/2014) para las fases preconcursales;

c) Durante la tramitación como Proyecto de Ley del RDL 11/2014, que culminó con la Ley 9/2015, el legislador español, tras las indicaciones y exigencias reiteradas del FMI, BCE, UE y de otras instituciones, aprobó, también mediante trámite de urgencia, tal y como viene siendo práctica habitual en las últimas reformas, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, "de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social" (actualmente, tramitándose como Proyecto de Ley). El RDL 1/2015 introdujo modificaciones a preceptos que habían sido previamente modificados por el RDL 11/2014, superando, por tanto, la redacción dada por éste último. En consecuencia, el legislador se vio obligado, en la Ley 9/2015, en su trámite de enmiendas, a introducir las reformas propias del RDL 11/2014, incluyendo, a su vez, correcciones o aclaraciones en el articulado de la LC, derivadas de lecciones aprendidas en la aplicación práctica de las reformas que le preceden, así como teniendo en consideración la redacción de algunos preceptos ofrecida por RDL 1/2015, cuando la misma superaba la redacción anterior;

d) Como he comentado, la tramitación como Proyecto de Ley de segunda oportunidad, aprobado por el Congreso el 23 de junio de 2015, que, a fecha de redacción del presente artículo, sigue su tramitación en el Senado, convalida el contenido del RDL 1/2015, ya en vigor, introduciendo algunas enmiendas a su articulado;

e) El legislador, ante la incesante actividad reformista en materia concursal, en la disposición final octava de la Ley 9/2015, habilita al Gobierno para elaborar y aprobar, hasta el 27 de mayo de 2016, un texto refundido de la Ley Concursal, autorizándole a regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos. Por tanto, parece que, en un futuro no muy lejano, verán la luz nuevos artículos comentando las venideras "refundiciones" (o quizá reformas).

3. Las novedades más relevantes introducidas por la Ley 9/2015 respecto del RDL 11/2014 (cuyas novedades ya fueron objeto de comentario en el artículo previo referido al inicio del presente artículo), del que procede, son las siguientes:

3.1. En cuanto a las normas relativas a la clasificación de créditos: se extiende la condición de crédito con privilegio especial a los créditos por "contratos" de arrendamiento financiero o de "compraventa" con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, habiendo suprimido la referencia a "cuotas" de los contratos de arrendamiento financiero y "plazos" de la compraventa con precio aplazado. Por tanto, ya no será privilegiada solamente la "cuota" sino todos los conceptos adeudados por el contrato de arrendamiento financiero.

3.2. Por lo que respecta a las novedades más relevantes en materia de acuerdos de refinanciación, resulta relevante destacar:

a) A pesar de que el RDL 11/2014 no modificó el artículo 5 bis LC ("Comunicaciones de negociación y efectos"), por estar fuera de su objetivo, más centrado en fases concursales que en las preconcursales, la Ley 9/2015 introduce novedades clarificadoras en el texto del art. 5 bis. Concretamente, exige ahora que sea el deudor quien indique los bienes de su patrimonio que considera necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, correspondiendo al Juez resolver cualquier recurso derivado de la disconformidad del acreedor en la calificación del bien en cuestión como necesario. Respecto de los acuerdos de refinanciación homologados (disposición adicional cuarta de la LC), podrán paralizarse ejecuciones

judiciales o extrajudiciales frente a todo tipo de bienes o derechos, siempre que el 51 % o más de los acreedores financieros hubieran apoyado las negociaciones.

b) Por lo que atañe a los acuerdos de refinanciación "no rescindibles" (únicamente rescindibles a iniciativa de la administración concursal) del artículo 71 bis LC y de los acuerdos de refinanciación homologables de la DA 4ª LC, tal y como reza la Exposición de Motivos de la LC, "En el artículo 71 bis se regula el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y en la disposición adicional cuarta se introducen una serie de modificaciones para aclarar el régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados y se precisa, a efectos de determinar el valor razonable de los bienes dados en garantía, que éste no podrá exceder del valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado". Se incorpora la regla de extensión del cómputo de votos de todos los acreedores del sindicato que se introdujo respecto de las mayorías para la homologación de acuerdos (disposición adicional cuarta LC) y para la aprobación del convenio (artículo 121.4 LC) a los acuerdos "no rescindibles". De modo que, cuando en el sindicato voten a favor, al menos, el 75 por ciento, el 100 por cien del pasivo del sindicato computará en la mayoría de 3/5 exigida. Se plantea la duda interpretativa de si el legislador también pretende que se extiendan los efectos del acuerdo de refinanciación alcanzado, a la luz del artículo 71 bis LC, a los acreedores del sindicato disidentes, pero englobados dentro de la minoría del 25 por ciento o menor. Sin embargo, no parece que de la interpretación literal del artículo 71.1.b.1º LC pueda alcanzarse la conclusión de la extensión de efectos a los disidentes, puesto que, a diferencia, de lo que hace el legislador en la DA 4ª, para los acuerdos homologados, en el precepto referido se mantiene la frase "A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo", por ende, parece que está pensando, únicamente, en favorecer la adopción de acuerdo de refinanciación "no rescindibles" flexibilizando la norma de mayoría, pero no extendiendo sus efectos.

c) En relación con los acuerdos homologados de la DA 4ª LC, contrariamente a lo comentado, parece más claro que todos los efectos del acuerdo homologado se extienden a los acreedores financieros del préstamo sindicado que no hubieran votado a favor de la aprobación de acuerdo de refinanciación, puesto que el legislador ha suprimido del apartado 1º de la DA 4ª LC, la expresión: "A los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes…", y ha introducido que: "se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo…".

Adicionalmente, en cuanto al régimen de valoración de garantías, se adiciona como nuevo límite máximo el valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia pactado y se suprime la necesidad de contar con informe de experto independiente "cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo".

3.3. Las novedades destacadas en materia de convenio concursal podrían resumirse en las siguientes:

a) Tal y como reza la Exposición de Motivos, "se incluyen una serie de modificaciones para obligar a que la información relativa tanto al convenio como al informe de los administradores y sus impugnaciones sea comunicada telemáticamente a los acreedores de los que conste su dirección electrónica, facilitando así un conocimiento más rápido de determinados trámites del proceso concursal".

b) Merece especial mención la aclaración introducida, respecto del texto del RDL 11/2014, en la redacción del apartado 2º del artículo 100 LC, en el que se incluye que la propuesta de convenio podrá contener, además "de quitas y esperas", proposiciones alternativas "o adicionales" para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Ahora queda claro que en el contenido de la propuesta de convenio podrán incluirse, además de las quitas y esperas, conversiones de créditos en acciones, participaciones, préstamos participativos u otros instrumentos financieros.

c) Las novedades sustantivas más relevantes en sede de convenio, se introducen en relación con la junta de acreedores, concretamente: i) en las reglas de constitución de la misma (apartado 4 del artículo 116 LC), otorgando validez al quorum suficiente para la constitución de la junta cuando, en defecto de la concurrencia de, al menos, la mitad del pasivo ordinario, concurra la mitad del pasivo con excepción de los acreedores subordinados (por tanto, incluyendo a los privilegiados). Por tanto, podría darse el supuesto de que se aprobará un convenio, únicamente, por acreedores privilegiados; y, ii) en relación con las mayorías requeridas para la aprobación del convenio, se elimina el apartado 1 del artículo 123, que establecía que: "la asistencia a la junta de los acreedores privilegiados y su intervención en las deliberaciones no afectarán al cómputo del quórum de constitución, ni les someterán a los efectos del convenio que resulte aprobado", siendo ello plenamente coherente con la novedad comentada en el apartado (i) anterior. Adicionalmente, continuando con el mayor peso otorgado a la participación de los acreedores privilegiados, se establece (en

los apartados 2 y 3 del artículo 124 LC): "2. A efectos del cómputo de las mayorías previstas en el apartado anterior, se consideran incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta. 3. La aprobación del convenio implicará la extensión de sus efectos a los acreedores ordinarios y subordinados que no hubieran votado a favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 134. Si no se alcanzaren las mayorías exigidas se entenderá que el convenio sometido a votación queda rechazado". Lo anterior implica que los acreedores privilegiados podrán, con su sola asistencia, cuando supongan, al menos, el 50 por ciento del pasivo, declarar válidamente constituida la junta de acreedores, y si, por ejemplo, votan a favor de la propuesta sacarla adelante, con una mayoría del 50 por ciento o del 65 por ciento en función del contenido de la misma; no obstante, para la extensión de sus efectos a los acreedores privilegiados debemos acudir a las reglas de extensión del artículo 134 LC.

3.4. Centrándome en las novedades más destacadas respecto de la fase de liquidación:

a) Se aclara que las reglas legales de liquidación actúan como reglas supletorias respecto del contenido de plan de liquidación, en tal sentido, indica la Exposición de Motivos que "A la luz de las dudas surgidas, se aclara qué reglas del mismo tienen carácter supletorio y cuáles de ellas deberán aplicarse en toda liquidación, haya o no plan de liquidación. En particular, se propone aplicar a todas las liquidaciones las nuevas reglas de purga o subsistencia de las posibles garantías reales a las que pudiesen estar sujetos todos o algunos de los bienes incluidos en una unidad productiva y las reglas sobre sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social";

b) Como novedad relevante, ahora se amplía el margen de diferencia, del 10 al 15 por ciento, que permite al juez, como excepción al procedimiento de subasta establecido, adjudicar la venta a una oferta más baja que otra u otras, por entender que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa, los puestos de trabajo y la mejor satisfacción de los créditos;

c) Cuando se produzca la transmisión de los bienes en liquidación, subsistiendo la garantía que pese sobre ellos, se indica ahora que "no tendrá lugar la subrogación del adquirente […] cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social". Por tanto, éstos seguirá adeudándolos el deudor (vendedor), pero estarán garantizados por los bienes propiedad del adquirente, que se convertirá en garante no deudor;

d) Se aclara que el acreedor privilegiado en caso de enajenación del bien afecto a su garantía podrá hacer suyo el importe obtenido hasta el importe de la deuda originaria, despejando las dudas que pudiera haber respecto de la limitación de hacer suyo hasta el valor de la garantía. A este respecto, se indica en la Exposición de Motivos que: "De este modo, no se alteran las garantías registradas ni las reglas establecidas para su ejecución";

e) Se eleva ahora el porcentaje de retención que puede efectuar el juez, del 10 al 15 por ciento, del importe de las ventas de bienes y derechos o de los pagos en efectivo que se efectúen, para atender a las deudas con los acreedores que hubieran impugnado los actos de liquidación, cuyos recursos prosperen.

3.5. En sede de calificación del concurso, se aclaran algunas dudas originadas con la redacción del RDL 11/2014, en el que se potenciaba la firma de acuerdos de refinanciación: a) estableciendo una presunción de concurso culpable para el caso de que el deudor, sus administradores o liquidadores se hubieran opuesto "sin causa razonable" a la capitalización de créditos o de emisión de instrumentos convertibles impidiendo la firma de acuerdos de refinanciación del art. 71 bis LC o de la Disp. Adic. 4ª LC (art.165.4º LC). Se establecía como presunción (no se especificaba si iuris tantum o iuris et de iure), para considerar que la oposición no responde a "causa razonable", que el informe de experto independiente (que pueden solicitar el deudor y los acreedores voluntariamente) así lo determine. Ahora se extiende la referida presunción al Acuerdo Extrajudicial de Pagos y se despeja la duda apuntada respecto del carácter de la presunción en favor de la presunción iuris tantum.

Adicionalmente, se sustituye la referencia al "dolo o la culpa grave" por la presunción de la "culpabilidad" del concurso directamente y se extiende la doctrina jurisprudencial (hoy ya lege lata, tras la última reforma de la Ley de Sociedades de Capital) de "la prueba de resistencia", que opera en las juntas de las sociedades de capital, a la junta de acreedores, en el sentido, de activar únicamente la presunción de culpabilidad respecto de la falta de asistencia del deudor, sus representantes legales, administradores o liquidadores a la junta de acreedores, para el caso de que "su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio".

3.6. Aunque excede el objeto del presente artículo, únicamente, destacar algunas novedades adicionales relativas a otras ramas jurídicas:

a) desde el punto de vista laboral: destacar que se incluyen dentro de la clasificación de créditos privilegiados como créditos laborales a los de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. A su vez, se amplían las competencias de la administración concursal en este ámbito., de modo que, ahora, tendrá las siguientes competencias, a la luz de la nueva redacción de los puntos 1.º y 3.º de la letra c) del apartado 1 del artículo 33, que queda redactado de la siguiente manera: "c) En materia laboral: 1.º Dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que hubieran recaído a la fecha de la declaración de concurso en procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. 3.º Intervenir en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores".

En cuanto a los contratos de trabajo (artículo 64 LC), se adapta su redacción a la normativa laboral (Estatuto de los Trabajadores), estableciendo que: "los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas". Se añaden ahora la suspensión de jornada y reducción de jornada; y

b) desde el punto de vista fiscal: la disposición final quinta modifica a su vez la disposición final segunda de la Ley 17/2014, que establecía que las novedades fiscales introducidas en la Ley del Impuesto de Sociedades, respecto de los acuerdos adoptados en el marco de un proceso de reestructuración (por ejemplo, ampliaciones de capital mediante compensación de créditos), resultarían de aplicación "para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2014". Ahora se sustituye la referencia entrecomillada por la siguiente: "para los períodos impositivos que concluyan a partir de la entrada en vigor del http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/524973-rdl-4-2014-de-7-mar-medidas-urgentes-en-materia-de-refinanciacion-y-reestructuracion.htmlRDL 4/2014" (que entró en vigor el 9 de marzo de 2014".

3.7. Desde el punto de vista de la protección de los deudores hipotecarios, por lo que respecta a las novedades introducidas por la Ley 9/2015, comentar, tal y como se indica en la Exposición de Motivos, que "La disposición final cuarta modifica la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introduciendo la posibilidad de que un porcentaje de las viviendas que integran el fondo social de viviendas se puedan destinar a personas que hayan sido desalojadas de sus viviendas por impago de préstamos no hipotecarios".

3.8. Por último, indicar que, desde el punto de vista del derecho societario, se modifica el apartado 2 del artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital, ampliando la facultad del órgano de administración para trasladar el domicilio social, sin acuerdo de la junta general, a lo largo de todo el territorio nacional, en lugar de, únicamente, en el mismo término municipal, siempre que lo estatutos no digan lo contrario.

4. En relación con el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de "mecanismo de segunda oportunidad", tal y como anunciaba en la parte inicial del artículo, me limitaré a dar algunas pinceladas sobre su configuración.

Tras la exigencias e indicaciones provenientes de diversas instituciones comunitarias e internacional, destacando el papel del Fondo Monetario Internacional, la Unión Europea y el Banco Central Europeo, el legislador español, tras consultar a diversos sectores, aprobó la norma que introducía en España el llamado "mecanismo de segunda oportunidad" (o "fresh start" en terminología anglosajona) para personas físicas. Hasta dicha fecha, ya se contaba con algunas limitaciones a la responsabilidad patrimonial universal (recogido en el artículo 1.911 del Código Civil) en nuestra Ley Concursal, introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, para el deudor personal natural (artículo 178 bis.2. LC) y para el deudor empresario persona natural (artículo 242.2.5º LC).

El RDL 1/2015 introduce un nuevo artículo 178.bis LC, que regula con minuciosidad el llamado por nuestro legislador "beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho", cuyas notas o condicionamientos principales son los siguientes:

a) El deudor deberá ser de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable (se prevé alguna excepción,

discrecional para el juez, en el Proyecto de Ley que se está tramitando); 2.º Que el deudor no haya sido ni condenado en sentencia firme por determinados delitos contenido patrimonial; 3.º Que, reuniendo los requisitos, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos; 4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios; 5.º Que, alternativamente al número anterior: i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6. ii) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42. iii) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años. iv) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad (este requisito no será exigible hasta después del 28 de febrero de 2016). v) Acepte de forma expresa, la publicación del beneficio obtenido en el Registro Público Concursal, por un plazo de cinco años.

La inclusión de los deudores que se encuentren en el apartado 5º es la novedad más destacada, puesto que la regulación anterior ya previó la remisión de deudas siempre que se abonarán todos los créditos contra la masa, privilegiados y el 25 por ciento de los ordinarios para el deudor persona natural.

Como puede observarse, los requisitos son muchos y de difícil cumplimiento por deudores en situación de dificultad extrema, motivo por el cual ha recibido múltiples críticas la presente regulación, puesto que se aleja notablemente de las recomendaciones que provienen de las diversas instituciones y, principalmente, de la del FMI, hasta el punto que puede verse frustrada la finalidad última de la institución del mecanismo de segunda oportunidad.

Tal y como reza la Exposición de Motivos del RDL 1/2015, "la experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo". Lo anterior, puede ser cierto, pero siempre que el mecanismo configurado sea efectivo y, para ello, debe poder ser acogido por un porcentaje importante de deudores, ser definitivo y no rescindible.

b) Los deudores que no hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios, pero que hubieran cumplido los requisitos anunciados en el apartado 5º del punto 3º del artículo 178.bis LC, quedarán exonerados de: 1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público (sigue siendo una de las mayores críticas, el no sacrificio de las instituciones de derecho público respecto de sus créditos, pero su exigencia a las entidades de derecho privado para que renuncien, máxime considerando que los créditos de derecho público suelen suponer el mayor impedimento para levantar un negocio en apuros) y por alimentos. 2.º Respecto a los créditos privilegiados especiales, en general, de la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía.

c) El beneficio se extiende al cónyuge del concursado si éste estuviera casado en régimen de gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico conyugal;

d) Las deudas que no queden exoneradas conforme a lo referido en el apartado anterior (esto es, para los deudores acogidos pero que no pagaron todos los créditos contra la masa, los privilegiados y, o bien, intentaron un acuerdos extrajudicial de pagos o pagaron el 25 por ciento de los ordinarios), deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés. A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos.

e) Una de las características más criticadas es la posibilidad de revocación del beneficio de exoneración, esto es, que no sea definitivo. Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión: i) Incurriese en alguna de las circunstancias que hubiera impedido la concesión del beneficio; ii) incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos; iii) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos (ha sido muy criticada, ya que lo que se pretende es que el deudor, gracias al beneficio, mejore su situación económica, pero para dar empleo, para pagar otras deudas contraídas, puesto que si la mejora supone causa de revocación se desincentiva la mejora; por ello, el Proyecto de Ley prevé la

inclusión de causas tasadas de la mejora económica como: herencia, donación, o juego de suerte o azar), o d) Se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados (está condición ha sido eliminada en el Proyecto de Ley).

f) Se prevé la posibilidad de que el juez, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declare la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables.

Por último, indicar que el RDL 1/2015, además de introducir (o mejor ampliar) el mecanismo de segunda oportunidad, realiza algunas novaciones o mejoras respecto del acuerdo extrajudicial de pagos ("AEP"), consistentes, principalmente, en: a) la ampliación a las personas naturales no empresarios, como sujetos legitimados para solicitar el AEP, y la supresión de impedimentos para poder acogerse, como la no inscripción en el Registro Mercantil de los empresarios que debieran hacerlo, el no depósito de la contabilidad obligatoria o la declaración de concurso de cualquier acreedor del deudor (la eliminación de este último supuesto ha sido muy aplaudida, no así la no eliminación de la limitación del pasivo a un máximo de cinco millones de euros); b) se incentiva la participación del mediador concursal, ampliando la competencia para la tramitación del AEP a las Cámaras de Comercio y, de forma potestativa, a los Notarios, si el deudor es una persona natural no empresario; c) cuando uno de los cónyuges pretenda acogerse a un AEP y ello pueda afectar a la vivienda habitual del otro cónyuge, se requerirá el consentimiento de ambos; d) se suspende el devengo de intereses de los créditos afectados, durante la negociación del AEP; e) se extiende de forma similar la exoneración de responsabilidad de fiadores o avalistas respecto de los acreedores que aprueben el AEP; y, f) se regula un AEP específico y más beneficioso para el deudor no empresario.

Como reformas destacables, que afectan a la protección de deudores vulnerables, se modifican el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (ampliando el ámbito subjetivo del umbral de exclusión, incrementando el límite máximo de rentas que se pueden obtener por la unidad familiar, incluyendo a las personas mayores de 60 años como personas de especial vulnerabilidad y suspendiendo de forma indefinida la aplicación de las cláusulas suelo para quienes se encuentren en el umbral de exclusión), y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (se extiende

la moratoria de lanzamientos hasta 2017, se incrementa el límite máximo de ingresos que pueden obtenerse y se incluye a las personas mayores de 60 años como personas de especial vulnerabilidad).

LA VALORACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS A LA LUZ DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015

THE VALUATION OF INTEREST FOR LATE PAYMENT IN THE LIGHT OF THE STJUE OF JANUARY 21, 2015

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 627-640.

Fecha entrega: 09/04/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Valencia
maria.j.reyes@uv.es

RESUMEN: En este comentario se analiza la STJUE de 21 de enero de 2015 en relación con los efectos que produce la declaración de abusividad de una cláusula sobre intereses moratorios, planteando al efecto si el juez debe integrar dicha cláusula remitiéndose a la norma nacional, que prevé que se aplique el interés legal del dinero, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1108 CC; si no debe aplicarse ningún interés por tratarse de una cláusula nula o, finalmente, si por remisión a lo dispuesto en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, debe aplicarse como límite máximo, el criterio de que el interés no supere tres veces el interés legal del dinero.

PALABRAS CLAVE: cláusula abusiva; interés moratorio; interés remuneratorio; integración.

ABSTRACT: In this comment, STJUE January 21, 2015 is analyzed in relation with the effects that produces the declaration of abusiveness of a clause on interest for late payment, considering the following three possibilities: 1) the judge should integrate the clause applying the national law, which provides that the legal interest rate is applied, in accordance with the provisions of Article 1108 CC; 2) any interest rate must be applied for being a null clause; or 3) by reference to the provisions of Law 1/2013 of May 14, on measures to strengthen protection for mortgage borrowers, debt restructuring and rent social, should be applied as a ceiling, the rule that the interest does not exceed three times the legal interest rate.

KEY WORDS: unfair term; interest for late payment; remunerative interest; inclusion.

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión. - 2. Análisis de la cuestión prejudicial.- 3. Problemas suscitados.- 4. Fallo del TJUE.- 5. Valoración. - 6. Crítica.- 7. A modo de conclusión.

1. Debido a la grave situación que ha atravesado el mercado financiero e hipotecario que ha afectado a un número muy elevado de la población, en muy poco tiempo ha tenido lugar una revisión de las cláusulas pactadas sobre los intereses, que ha cambiado sustancialmente el panorama normativo español.

Y no sólo como consecuencia de la inclusión del tratamiento de las cláusulas abusivas inicialmente en la LGDCU, sino fundamentalmente a raíz de las consideraciones que el TJUE ha puesto de relieve en sus últimas sentencias, a propósito de la buena o mala incorporación de la Directiva 9313/CEE, así como de la reformas que se han operado en el ámbito del derecho interno.

Resultado de la adaptación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores al derecho interno, así como de dichas reformas, la realidad es que en el momento presente nos encontramos con varias leyes cuya aplicación requiere contar con algunos criterios interpretativos que las armonicen, como acontece en relación con la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y su art. 3.2, que dispone la incorporación de un nuevo apartado, el tercero, al art. 114 LH.

2. Esta fue en concreto la situación que se le planteó al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena y que le llevó a proponer una cuestión prejudicial, resultado de la cual es la STJUE de 21 de enero de 2015.

Este Tribunal no ha sido el único que ha obrado de esta forma. El Juez de Primera Instancia núm. 2 de Santander, en auto de fecha 13 de noviembre de 2013 y el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Miranda de Ebro, en auto de fecha 17 de febrero de 2014, también han presentado cuestiones de prejudicialidad ante el TJUE, cuya respuesta contribuirá a esclarecer los puntos oscuros que esta última STJUE ha dejado sin resolver.

En concreto, la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Santander presenta las siguientes cuestiones: 1) cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio ¿debe extraer cómo consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el qué pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional?; y 2) cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado ¿debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo para instar la ejecución previsto en la norma nacional?.

3. También, de forma reiterada, por parte del Juzgado de 1. ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Miranda de Ebro se pregunta si los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13/CEE se oponen a la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013 y si los arts. 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a normas nacionales, como son el art. 114 LH y el 693 LEC.

En el primer caso en concreto, se suscita por parte del Juzgado de 1º Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena si la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013 contraviene la correcta aplicación de la Directiva 9313/CEE, sobre cláusulas abusivas, al imponer que los préstamos que se hayan suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, pero que todavía no hayan sido satisfechos, deberán recalcularse de forma que no superen el tope máximo de tres veces el interés legal en los intereses moratorios, lo que cuestiona si es posible que el juez pueda entrar a ponderar la cláusula del interés moratorio sin contravenir el mandato comunitario cuando ésta se haya apreciado que es nula.

El supuesto de hecho que propició la interposición de la cuestión de prejudicialidad, origen de la STJUE de 21 de enero de 2015, se centra en varios litigios principales referidos a diferentes procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados por Unicaja Banco y Caixabank con el objeto de obtener la ejecución forzosa de varias hipotecas constituidas entre el 5 de enero de 2007 y el 20 de agosto de 2010 para garantizar importes comprendidos entre 47 000 euros y 249 000 euros.

4. En concreto, en el asunto C□482/13, el préstamo hipotecario llevaba aparejados intereses moratorios calculados al tipo del 18 %, el cual podía aumentar si, al incrementar en cuatro puntos el tipo de interés variable, resultara un tipo de interés superior a aquél, no pudiendo rebasarse en ningún caso el tope máximo del 25 % nominal anual; en los asuntos

C□484/13, C□485/13 y C□487/13, los préstamos hipotecarios llevaban aparejados intereses moratorios calculados al tipo del 22,5 %.

Asimismo, todos los contratos de préstamo referidos a los litigios principales incluyen una cláusula con arreglo a la cual, en caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones de pago, el prestamista puede anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital pendiente, más los intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados.

Entre el 21 de marzo de 2012 y el 3 de abril de 2013, Unicaja Banco y Caixabank presentaron ante el órgano jurisdiccional remitente demandas de ejecución por las cantidades debidas tras aplicar los tipos de interés de demora estipulados en los respectivos contratos de préstamo hipotecario.

En el marco de estos procedimientos, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) Si de conformidad con la Directiva 93/13 […], en particular con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante o por el contrario debe proceder a moderar la cláusula de intereses dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses.

2) Si la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 […] no supone sino una limitación clara a la protección del interés del consumidor, al imponer implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma.

3) Si la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 […], contraviene la Directiva 93/13 […], en particular el artículo 6, apartado 1, de la mencionada Directiva, al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad en materia de protección al consumidor y evitar la aplicación de la sanción de nulidad y no vinculación sobre las cláusulas de interés de demora incursas en abusividad estipuladas en préstamos hipotecarios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 […]".

5. El Tribunal de Justicia declaró que el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 77).

Si bien conviene en que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representaran para éste una penalización (en este sentido, sentencia, Kásler y Káslerné Rábai, C:2014/282, apartados 82 a 84).

El ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora.

6. El fallo recuerda que, en este contexto, con arreglo al art. 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase el auto Sebestyén, C-342/13, EU: C:2014:1857, apartado 29 y jurisprudencia citada).

Por lo tanto, es preciso considerar que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional.

Ello implica, por una parte, que cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato relativa a intereses de demora calculados a partir de un tipo inferior al previsto por la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, la fijación por ley de ese límite máximo no impide a dicho juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del art. 3 de la Directiva 93/13. De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva.

Por otra parte, en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula.

Por consiguiente, del conjunto de las anteriores consideraciones resulta que el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

— no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y

— no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva.

7. De lo expuesto se deduce que esta sentencia pone en evidencia los efectos que derivan de la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas en relación con los intereses moratorios, en contraposición a los efectos que derivan de la aplicación de la Ley 1/2013, a propósito también de los intereses, y que fue la Ley que avanzó en materia de protección de los consumidores tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, Aziz (C□415/11).

8. Tradicionalmente cuando los jueces entendían que una cláusula era abusiva, además de declarar dicha condición, integraban su contenido con el resto del contrato y moderaban el alcance de la cláusula que habían declarado abusiva de conformidad con el resto del articulado del contrato a tenor de lo establecido en el derogado art. 83.2 TRLGDCU, en correlación con lo dispuesto en el art. 65 del mismo texto.

Dicha integración quedó sin embargo declarada contraria a la buena aplicación de la Directiva 93/13/CE, en las sentencias: Banco Español de Crédito de 14 de junio de 2012, [TJCE 2012, 143], C:2012/349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai [TJCE 2014, 105], C:2014/282, apartado 77), por entender que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 y que la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse nulidad tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias Banco Español de Crédito [TJCE 2012, 143], C:2012/349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai [TJCE 2014, 105], C:2014/282, apartado 79).

Dicho pronunciamiento introdujo notorios cambios en el ordenamiento interno, recogidos en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, además de generar otros problemas como el que deriva de la propia declaración de nulidad que obligaría a retrotraer los efectos que se hayan podido generar al momento anterior a su declaración, que algunas sentencias empiezan ya a reconocer en contra del criterio sentado en la STS de 9 de mayo de 2013, como puede comprobarse en el impecable AAP Pontevedra (Sección 6ª), núm. 44/2015 de 30 enero, (JUR 2015\63548), con un amplio razonamiento de los motivos en sentido contrario.

Pero el efecto más inmediato es que el juez queda limitado a declarar la nulidad de la cláusula y por tanto exclusivamente su condición de no puesta. Así lo declara expresamente el actual art. 83 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, cuyo apartado 2º establecía que la cláusula declarada nula se integraría conforme al principio de buena fe objetiva, en correlación con el art. 65 del mismo cuerpo legal.

9. Establecida esta premisa para todos los contratos establecidos con cláusulas predispuestas entre un consumidor y un profesional, la Ley 1/2013 vino a establecer una serie de mejoras para los deudores hipotecarios que hayan suscrito un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, entre las que merecen destacarse la fijación de un límite a los intereses moratorios y de vencimiento anticipado, extendiendo dicho efectos, no sólo a los contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley sino también a los pactados anteriormente cuyos intereses no hubiesen sido pagados, de forma, que, aparentemente lo dispuesto en esta Ley puede entrar en contradicción con lo dispuesto en la Directiva 93/13/CE, puesto que si se declara la nulidad de la cláusula posteriormente el juez no puede ponderar el interés, ni integrar la cláusula.

En este sentido, la STJUE de 21 de enero de 2015, al hilo de la cuestión prejudicial que resuelve, llega a una solución contemporizadora en la que, al mismo tiempo que respeta el derecho nacional, mantiene el criterio trazado anteriormente cuando se trata de cláusulas abusivas pero poco solventa acerca de cuál debe ser el criterio que deba seguirse cuando la cláusula que regula los intereses moratorios haya sido declarada nula, pues las conclusiones ya señaladas que derivan de la misma dejan sin resolver esta cuestión

Por ello, puede entenderse que la cuestión que realmente ha clarificado ha sido la relativa a si la disposición transitoria segunda es una cláusula que no contraviene lo dispuesto en la Directiva 93/13/CE, por lo que deja a salvo las medidas tomadas por el legislador español.

Pero más allá de declarar la validez de dicha disposición los efectos quedan limitados a que cuando los procedimientos de ejecución o de venta extrajudicial se encuentren iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y ya se hubiera fijado la cantidad por la que se despachare ejecución o por la que se procediere a la venta extrajudicial, el Secretario Judicial o el Notario habrán de conferir dicho traslado al ejecutante para el recalculo de intereses conforme a lo dispuesto en el art. 114 LH.

10. Por ello, al margen de aceptar dicha situación, queda sin resolver la cuestión de que si en el caso de que se declare abusiva la cláusula de intereses de demora corresponde aplicar el interés legal, como norma nacional de referencia, previsto en el art. 1108 CC o procede solamente declarar la supresión de la cláusula.

Esta cuestión es sumamente relevante porque aunque es cierto que el ámbito de aplicación de la Ley 1/2013 no se circunscribe únicamente a préstamos hipotecarios suscritos por deudores que sean consumidores, pocos serán los supuestos de préstamos hipotecarios que se soliciten para la adquisición de una vivienda habitual en la que el adquirente no tenga dicha condición, como refleja la SJM núm. 1 de Granada de 16 febrero 2015, (JUR 2015\60624).

Por los motivos expuestos, la cuestión sigue centrándose en cómo valorar el mandato contenido en la Ley 1/2013, de que el interés de demora no puede superar en más de tres veces el interés legal, en concordancia con la interpretación de la Directiva 93/13/CE, cuando la cláusula por interés moratorio sea declarada nula.

11. Según han venido planteando los Tribunales, una vez declarada la nulidad de la cláusula por abusiva, pueden suscitarse varios interrogantes sobre la aplicación de los intereses moratorios, habida cuenta además de que la STJUE de 14 de marzo de 2013 tampoco fijó un límite a los intereses de demora sino que remite "al análisis de la normas nacionales" para determinar el carácter abusivo de estos intereses, sin perjuicio de que, en su párrafo 76 aportara dos criterios interpretativos: comparar las normas nacionales aplicables a falta de pacto y lo pactado, que, en este caso sería el abono de los intereses legales (art. 1108 CC) y valorar si el consumidor habría aceptado dicha cláusula haber sido negociada.

El primero de ellos sería si el tope fijado por la Ley 1/2013 supone que todo pacto que lo supere es abusivo; el segundo, si sólo cabría entender que al declarar la nulidad de la cláusula ésta quedaría suprimida y, finalmente, si la supresión de la cláusula de interés abusivo permitiría integrarla con el interés correspondiente al legal del dinero establecido en el art. 1108 CC.

12. Cuando se trata de intereses hay que diferenciar entre los correspondientes al pago de la deuda principal y que se justifican en la contraprestación económica que se recibe y, los intereses de demora que pueden pactarse y que suponen una penalización al deudor por el impago de la deuda que debía pagar y no lo ha hecho. Estos intereses suelen ser

bastantes superiores a los primeros y tradicionalmente se aplican, no sobre el montante que se adeuda, sino sobre el capital del préstamo íntegro.

A estos últimos le son de aplicación el art. 1108 CC, en virtud del cual, si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal y, si se trata de una cláusula predispuesta en un contrato con un consumidor, lo dispuesto en el TRLGDCU, en lo concerniente al tratamiento que dispensa a las cláusulas abusivas. A dichos preceptos habría además que sumar el art. 20.4 LCC de la LCC puesto que, hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2013, la referencia que se utilizaba por parte de algunos tribunales impropiamente por analogía, era la de 2.5% el interés legal del dinero, si bien esta referencia está destinada únicamente para los créditos por descubiertos en cuenta corriente [en este sentido SAP Barcelona, (Sección 19ª), de 21 marzo de 2012, (JUR 2012\195769)]; y, finalmente, entre las disposiciones más recientes en esta materia, la Ley 1/2013, que, únicamente en relación con el préstamo hipotecario y, cuando éste haya sido solicitado para adquirir la vivienda habitual, señala que el precio de los intereses de demora no podrán superar el triple del interés legal [la SAP Murcia (Sección 4ª), de 28 de junio de 2012 (RJ 275214/2012), hace una amplia exposición sobre los criterios mantenidos por los tribunales].

13. Paradójicamente sin embargo la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, con pretendido carácter protector para los deudores que se encuentren más desasistidos, emplea un interés de referencia superior, al que algunos Tribunales venían incorrectamente aplicando por analogía, el de 2.5 veces el interés legal del dinero por analogía con lo dispuesto en el art. 20.4 LCC, lo que impide considerar que esta Ley haya resultado más beneficiosa para el deudor del préstamo hipotecario en este aspecto, habida cuenta además de que dicho préstamo se encuentra avalado con una hipoteca y que, en dichos préstamos ha sido objeto de especial atención el tratamiento de las cláusulas abusivas.

Y también paradójicamente, la cuestión prejudicial se centra básicamente en la interpretación de la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013 cuando podría haberse pronunciado sobre el alcance del art. 114 LH, que deja el abierto el interrogante en los mismos términos que se mantenía anteriormente.

14. La interpretación por parte de los tribunales ha sido diversa. Así, se ha defendido que, en este caso, la parte correspondiente al montante de los intereses remuneratorios deberá integrarse con el montante correspondiente al interés legal, por remisión a lo dispuesto en el art. 1108 CC, como entiende la SAP Ciudad Real, (Sección 1ª), de 13 de junio de 2013, (RJ 549/2012, núm. de sentencia 182/2013, o el AAP Cáceres, (Sección 1ª), de 16 de octubre de 2014, si bien ha habido pronunciamientos que se han opuesto a este criterio y, en su lugar o no lo han aplicado, como resultó en la SAP de Murcia (Sección 4ª), de 6 mayo de 2013, (AC 2013\1459), o han impuesto el mismo que interés que el remuneratorio.

Sin embargo, en sentido opuesto al criterio que ha mantenido que aceptar que la eliminación de la cláusula de intereses de demora supone un enriquecimiento injusto a favor del deudor moroso y ser una medida que favorezca el incumplimiento, por lo que esta opción no parece aconsejable, se ha pronunciado con argumentos no faltos de razón, la SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 27 febrero 2014, (AC 2014\459), que defiende que la declaración de nulidad lleva aparejada únicamente su supresión.

Argumenta su decisión en que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 no es una norma especial frente al art. 1108 CC, y que, caso de no aplicarse, se estaría privando de efecto a dicha norma legal específicamente prevista y con expreso efecto retroactivo y en que esta norma es perfectamente compatible con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, puesto que viene referida a supuestos de cláusulas sobre intereses moratorios que no sean nulas, por abusivas o por cualquier otra causa.

Prosigue en que se trata de una decisión política del legislador de fijar un límite al tipo de interés moratorio cuando el préstamo hipotecario tiene por objeto la adquisición de la vivienda habitual, pero en nada afecta a las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de una cláusula, cuya sanción es que se tenga por no puesta y, por tanto, sea eliminada del contrato, sin que proceda moderación o integración de ninguna clase; para concluir que la Disposición Transitoria Segunda ha de interpretarse en el sentido de que se aplica a los supuestos en que, fijándose una cláusula de interés de mora superior al triplo del interés legal, no se está ante una cláusula abusiva, puesto que, en caso contrario, es decir, de considerar que se trata de una cláusula incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y que la misma tiene carácter abusivo, el efecto inmediato es su nulidad de pleno derecho y su expulsión del contrato, sin posibilidad alguna de moderación o integración.

En efecto, la STJUE de 21 de enero de 2015 considera válida esta disposición por considerar que se trata de una norma de derecho nacional, que no impide que el juez declare el carácter abusivo de una cláusula y ser reflejo también de su anterior sentencia de 30 de abril de 2014, en la que, resolviendo una cuestión prejudicial relativa al Derecho húngaro, considera acorde a la normativa comunitaria la posibilidad de subsanar la nulidad de una cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria de derecho nacional.

Conforme a dicha sentencia la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se ajusta al objetivo del art. 6.1 Directiva 93/13/CEE, ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

La resolución estima que si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. El citado Tribunal acaba concluyendo que el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, nada se opone a que el juez nacional pueda subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.

15. Poco aporta, por tanto, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, con relación a los intereses de demora, salvo su limitada aplicación a supuestos de adquisición de vivienda familiar.

Más interesante es su prohibición expresa de capitalizar estos intereses y su mandato de que, en caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplique en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés.

De otra parte, el nuevo apartado del art. 114 LH limita el montante de los intereses de demora, como se pone de manifiesto en las RRDGRN de 18 de noviembre y 26 de noviembre de 2013, pero no de los remuneratorios, lo que

puede conducir a situaciones en las que la cantidad correspondiente a cada uno de ellos se encuentre descompensada.

También en relación con los intereses, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, además de las dudas que ha dejado suscitadas, se echa en falta que no haya entrado a regular una de las situaciones que crean mayor injusticia, que son aquellas que se generan una vez producido el impago de determinadas cuotas, de las que suele derivarse que se paguen intereses de demora por todo el capital y no sólo por la parte de capital efectivamente impagado, sobre todo si se ha convenido una cláusula de vencimiento anticipado.

Finalmente, sin embargo, con relación a la excepción del art. 579.2 a) LEC, que menciona el art. 114 LH, referido a ejecuciones hipotecarias en las que no se ha saldado totalmente la deuda, el criterio que se impone es más favorable para el deudor al aplicarse el interés legal del dinero.

EL ARTÍCULO 18 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES ITALIANO A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LABORALES

ARTICLE 18 OF THE STATUTE OF LABOURERS ACCORDING TO THE LAST REFORMS OF LABOR LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 641-654.

Fecha entrega: 30/05/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

GIUSEPPINA PENSABENE LIONTI
Becaria de Investigación en Derecho Privado.
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidades de Palermo y de Valencia.
giuseppina.pensabenelionti@unipa.it

RESUMEN: En las siguientes líneas se realizará un somero repaso sobre las principales las modificaciones de la disciplina italiana de los despidos individuales recogida en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano, introducidas por las últimas reformas laborales. En ellas se constará el impacto de dichas reformas en el cuadro legislativo de referencia, viéndose reducida la posibilidad de readmisión del trabajador en el caso de despido individual improcedente. Además se harán unos apuntes críticos sobre el concepto de *flexsecurity*, de cual se destaca una gran inflación en el presente contexto de crisis económica.

PALABRAS CLAVE: Estatuto de los Trabajadores, despido, readmisión, indemnización, *flexsecurity*, crisis económica.

ABSTRACT: This paper examines the amendments made to the Italian regulation of individuals' dismissals following the enforcement of labor law reforms in the last years. The starting point of the analysis is the impact that the new provision had on the previous legislative framework and the main issues resulting from its implementation. Also, this paper concludes with an evaluation of the concept of "flexsecurity", which is often used in the context of the current crisis.

KEY WORDS: Statute of Laborers, dismissal, compensation, readmission, flexsecurity, economic crisis.

SUMARIO: 1. El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano: un apunte sobre su origen.- 2. El texto normativo anteriormente vigente. 3. La "Riforma Fornero" y la fragmentación de la unidad de la disciplina de los despidos individuales.- 4. El "Jobs Act" y sus medidas de ajuste.- 5. Reformas laborales y "felxsecurity" europea: lo que queda del artículo 18.

1. El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano (Ley n. 300/1970), originariamente titulado "Reintegrazione nel posto di lavoro", representa sin lugar a dudas una de las novedades normativas más significativas (sino la más significativa) introducida hasta entonces por el legislador italiano en materia de derecho laboral. En efecto, no es una casualidad que, con respecto al mundo del trabajo, dicho artículo haya sido definido por la doctrina como "la madre de todas las tutelas" [CESTER, C.: "Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo", *Giurisprudenza Italiana* (2014), enero, p. 194].

Más específicamente el artículo 18 ha determinado un cambio sustancial en la tutela efectiva del trabajador, sustituyendo el régimen de estabilidad obligatoria (débil) por el régimen de estabilidad real (fuerte) en las empresas con más de 15 empleados. Dicha estabilidad real consiste más bien en la conservación a largo plazo del puesto de trabajo, frente a un desistimiento empresarial del contrato de trabajo producido en ausencia de una "giusta causa", de un "giustificato motivo" o de cualquier otro previo incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, de las normas legales o convencionales aplicables. Con lo que, solo en presencia de determinados requisitos establecidos por la ley el empresario puede despedir al empleado, siendo de otra manera el despido improcedente [por todos, GRANDI, M.: *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*. Padua (1985): Cedam, p.70].

2. Es un dato incontestable que las últimas reformas laborales han llevado a la total "desestructuración" y "fragmentación" de la unidad de la disciplina de los despidos individuales establecida por el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano. En efecto, la emersión de las nuevas normas introducidas por la "Reforma Fornero" y por el "Jobs Act" presenta evidentes alteraciones de la normativa originaria que regulaba la reintegración en el puesto de trabajo.

Además, los cambios acaecidos en los "tiempos de la crisis" se han convertido en una auténtica "revolución copernicana" de la disciplina

prevista por el artículo en cuestión. Lo cual hace que hoy en día nos enfrentemos a un triste escenario de cierta inseguridad jurídica.

Para entender todo ello y captar los aspectos de dicha disciplina que resultan mayormente perjudicados por las citadas reformas, cabe resumir brevemente los rasgos generales del régimen anteriormente vigente. De esta manera será más sencillo también analizar después las recientes modificaciones del artículo objeto de este trabajo.

El texto anteriormente vigente del art. 18 establecía un régimen unitario por cualquier tipo de ilegitimidad del despido (nulidad, ineficacia, anulabilidad).

Así pues, el juez, con la sentencia con la que declaraba ilegitimo el despido, condenaba el empleador: a) a la reintegración del empleado ilegítimamente despedido; b) a la indemnización de los daños sufridos por el mismo, c) al pago de las prestaciones asistenciales desde el momento del despido hasta el momento de la efectiva reintegración. Y, en cualquier caso, la medida de la indemnización no podía ser inferior a cinco mensualidades de la retribución global de hecho.

Sin embargo, el empleador no tenía alternativas: o reintegraba al empleado o le pagaba la indemnización y las prestaciones asistenciales mientras no le reintegrase en el puesto de trabajo, "tertium non datur". Lo cual tenía también una función de "coacción indirecta" respecto al empleador que no cumplía espontáneamente con la obligación de readmisión del empleado en el puesto de trabajo [GALANTINO, L.: *Diritto del lavoro*. Turín (2010): Giappichelli, p. 488].

Realmente, sólo el trabajador podía desvincular al empleador de dichas obligaciones pidiendo una indemnización de 15 mensualidades de la retribución global de hecho en lugar de ser reintegrado. Además, debido a las innovaciones introducidas por la Ley nº. 108/1990, se extendió el ámbito de aplicación del régimen de reintegración previsto por el art. 18 del Estatuto a cualquier hipótesis de despido dispuesto por razones discriminatorias (por causa de raza, lengua, sexo, ideología, religión, política o sindical), independientemente del aspecto dimensional del empleador. Con lo cual, en caso de despidos discriminatorios, el art. 18 Ley nº. 300/1970 se aplicaba en todo caso, es decir también cuando el número de empleados en la empresa resultaba inferior a 15.

3. Sin embargo, a pesar de las evidentes ventajas para el trabajador ofrecidas por dicha "tutela reforzada" del puesto de trabajo, siempre se ha planteado

en la doctrina y en la jurisprudencia italianas la "vexata quaestio" de las consecuencias económicas del régimen previsto por el artículo 18 contra el despido ilegítimo a la hora de atribuir mayor flexibilidad al mercado laboral y de favorecer la movilidad tanto de los "insiders" como de los "outsiders", de acuerdo con las sugerencias de la Comunidad Europea "in subiecta materia" [ICHINO, P.: *Il Lavoro e il mercato*. Milán (1996): Mondadori, p. 105 ss.].

Ello se desprende claramente de las últimas reformas laborales que han modificado profundamente el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano.

Más específicamente, la Reforma Fornero (Ley n. 92/2012) ha eliminado el sistema sancionador unitario basado en la sanción de la reincorporación que, como ya se ha apuntado, se aplicaba a todo tipo de ilegitimidad del despido (nulidad, anulabilidad e ineficacia); introduciendo un sistema sancionador mucho más articulado que consta de cuatro niveles diferentes de tutela. Ello arroja tipológicamente las siguientes formas de regulación, tal y como están denominadas por la doctrina: "tutela reintegratoria piena" art. 18, co. 1, 2, 3); "tutela reintegratoria con indennitá limitata" (art. 18 co. 4 e 7); "tutela indennitaria forte" (art 18, co. 5 e 7); "tutela indennitaria ridotta" (art. 18, co. 6) [CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., y TREU T.: *Diritto del Lavoro* 2. *Il rapporto di lavoro subordinato*. Turín, (2013): Utet, p. 417].

La "tutela reintegratoria piena" es la paradigmática del sistema regulador anteriormente vigente de "estabilidad real". Es decir, en caso de despido improcedente, quedan las sanciones tanto de la reincorporación en el puesto de trabajo, como de la indemnización de los daños sufridos por el trabajador y del pago de las prestaciones asistenciales desde el momento del despido hasta el momento de la efectiva reintegración. Sin embargo, según lo establecido por el nuevo art. 18, co. 1, 2 y 3 este nivel de tutela se aplica en los siguientes casos de despido improcedente: a) despido discriminatorio; b) despido nulo por causa de maternidad o de paternidad; c) despido causado por "motivo illecito determinante" "ex" art. 1345 Cod. Civ.; d) despido ineficaz mediante comunicación verbal.

Más específicamente, el empresario cumple la obligación de reintegrar al empleado en el puesto de trabajo a través de una invitación -tramitada por escrito- a volver a desarrollar la propia prestación de un servicio. En consecuencia, el empleado, en el plazo de 30 días tras la recepción de dicha invitación, debe reincorporarse en el puesto de trabajo o renunciar a la reintegración, y pedir en sustitución de la misma, una indemnización de 15 mensualidades sobre la última retribución global de hecho.

Así pues, al recurrir de uno de dichos casos (que constituyen un "numerus clausus" de supuestos) siempre cabe la reintegración, tal y como estaba previsto por el texto anteriormente vigente del art. 18, aunque se trate, por ejemplo, de empresas con menos de 15 empleados o de categorías peculiares de trabajadores como los que componen el personal directivo ("dirigenti").

El régimen de reincorporación en el puesto de trabajo, entonces, se aplica tanto al despido discriminatorio como al despido causado por "un motivo ilícito determinante" ex art. 1345 C.c. Este último artículo prevé que el contrato es ilícito cuando las partes lo han estipulado por un motivo ilícito y común, es decir, conocido por ambas. Sin embargo, el nuevo art. 18 del Estatuto requiere que el motivo por el que se ha estipulado el contrato no sea sólo ilícito y común, sino que también tiene que ser exclusivo. Con lo cual, el motivo ilícito tiene que representar la única razón en la que se fundamenta el despido para poder aplicarse la sanción de la reintegración. Y uno de los aspectos más novedosos de la reforma es precisamente que el despido ilegitimo por falta de justa causa o de justificado motivo ya no cabe en el ámbito del régimen de reincorporación, sino que la ley establece la aplicación de una mera indemnización.

A la luz de lo expuesto, un problema que se podría plantear en la práctica consiste en si se aplica la sanción de la reintegración o la sola indemnización en el caso de despido sin justa causa o sin justificado motivo, cuando el empleado demandante declare que no hay ausencia de justa causa o de justificado motivo sino que hay una razón ilícita determinante o discriminatoria.

La "tutela reintegratoria con indennitá limitata" representa la segunda tipología sancionadora introducida por la Ley n. 92/2012. Dicha tipología sigue previendo la reintegración, pero reduce la indemnización fijando un techo máximo de 12 mensualidades con respecto a la última retribución global de hecho. Además, desaparece la disposición que preveía un "mínimum" de indemnización de 5 mensualidades. Este régimen se aplica a los despidos gravemente infundados. En efecto, la letra del nuevo art. 18 Co. 4 y 7, hace referencia a los siguientes tipos de despido: a) los despidos disciplinares declarados judicialmente ilegítimos por "insussistenza del fatto contestato" o porque "il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili"; b) los despidos económicos por justificado motivo, objetivos e ilegítimos por "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento"; c) los despidos ilegítimos por justificado motivo objetivo, consistente en la inhabilidad física o psíquica del empleado; d) los

despidos intimados infringiendo el art. 2110,Co. 2 Cod. Civ., que concierne al "periodo di comporto".

También este segundo nivel de tutela plantea unos problemas interpretativos. En particular, resulta de importancia fundamental establecer qué es lo que abarca la expresión "insussistenza del fatto contestato", siendo poco claro lo a que realmente quería referirse el legislador del año 2012 cuando introduzco dicha expresión en el art. 18 del Estatuto. Tal es así que de ello dependerá la aplicación de la tutela real o de la tutela meramente económica. Sin embargo, las situaciones de mayor incertidumbre nacen cuando no hay una expresa previsión que excluye la legitimidad de la sanción del despido. Es decir, cuando no hay un convenio colectivo o un código disciplinar que lo prevé, o cuando no está demostrado que el empleado no ha cometido el hecho por el que ha sido despedido. Así pues, concretamente habrá de aplicar el principio básico de proporcionalidad entre el hecho puesto para fundamentar el despido y la sanción propia del despido ex art. 2106 Cod. Civ. Por tanto, ¿cuándo en este caso se puede considerar que hay "insussistenza del fatto contestato"? A nuestro modo de ver, cuando el hecho sobre el que se fundamenta el despido sea reconducible al empleado, y éste no lo haya cometido con la voluntad de hacerlo (es decir que falta el dolo y la culpa), o cuando este mismo hecho no quepa en el ámbito de aquellos hechos que objetivamente justifican el despido según el citado principio ex art 2106 Cod. Civ. En efecto, en este último caso, la jurisprudencia suele seguir aplicando la tutela de la reintegración considerando la hipótesis en cuestión como un caso de "insussistenza del fatto contestato" [por ejemplo, BOLEGO, G: "Il licenziamento disciplinare nel prisma della disciplina introdotta dalla l. n. 92/2012 (comento de la sentencia del Trib. Ravenna, 18.3.2013)", *Rivista italiana di diritto del lavoro* (2013), II, p. 549].

Por lo que concierne los últimos dos niveles de tutela, es decir la "tutela indennitaria forte" y la "tutela indennitaria ridotta", cabe subrayar que ellos representan las novedades más relevantes de la reforma del art 18 del Estatuto de los Trabajadores, ya que no prevén la reincorporación en el puesto de trabajo, sino que establezcan una mera indemnización.

Más específicamente, la "tutela indennitaria forte" consiste en la aplicación - previa declaración del juez de resolución del contrato de trabajo - de la sanción de la indemnización en una medida que puede variar de un mínimo de 12 a un máximo de 24 mensualidades de la última retribución global de hecho, teniendo en cuenta y motivando las siguientes pautas: a) el número de empleados; b) la dimensión de la actividad económica; c) el comportamiento y las condiciones de las partes. Dicha tutela se aplica a todos los despidos que no caben en el área de la "tutela reintegratoria con indennitá limitata"

previamente apuntada, y también a todos los casos de despido económico salvo la hipótesis de manifiesta insubsistencia de las razones objetivas y productivas aportadas por el empleador.

En cambio, la "tutela indennitaria ridotta" - que garantiza una indemnización, que puede ser mínima y modesta en su cuantía (de 6 a un máximo de 12 mensualidades)- , se aplica a los despidos ineficaces por haber sido realizados: a) en falta de motivación ex art. 2, l. n. 604/1966; b) con infracción del procedimiento establecido por el art.7 l. n. 300/1970; c) con infracción del procedimiento previsto por el art. 7 l. n. 604/1966.

Así bien, con respecto a estos niveles de tutela, cabe destacar que, en el caso de "licenziamento per giustificato motivo oggettivo", la no existencia del hecho puesto de fundamento para el despido debe ser manifiesto, es decir que se tiene que percibir sin necesitad de específicos razonamientos o explicaciones judiciales [LIEBMAN, S. y GRAMANO E.: "La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni oggettive", en AA.VV.: *Il nuovo diritto del mercato del lavoro* (coord. por M. PERSIANI y S. LIEBMAN). Turín (2013): Utet, p. 366]. Y aun así no se aplica la reincorporación, sino la indemnización establecida por el art. 18, punto 7 de la Ley nº. 300/1970. Así pues, en este caso la tutela real llega realmente a ser la "extrema ratio" [VALLEBONA, A.: *La riforma del lavoro 2012*. Turín (2012): Giappichelli, p. 59].

Todo ello es debido al hecho de que este tipo de despido no es consecuencia de una determinada conducta del empleado, sino que deriva de causas empresariales, es decir de alguna exigencia interna en la organización de la propia empresa. Así bien, el legislador del 2012 introdujo medidas de indemnización y efectos sancionadores diferentes en función de la "gravedad" de dicha exigencia o interés interno a la empresa, únicamente distinguiendo entre la hipótesis de "manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento" y "las demás hipotesis". Nada más añade el contenido del art 18, punto 7 del Estatuto. En realidad, en la práctica reglamentariamente se ha recogido una actuación que se venía realizando, y quizás lo más importante es recordar que el juez es el único competente para considerar "manifiesta" o "no manifiesta" la "insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento". Con lo cual la actividad judicial podría convertirse en una actividad totalmente discrecional, debido sobre todo a la excesiva amplitud de la letra de la ley [en este sentido vid. CARINCI, F.: "Complimenti Dottor Frankestein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro", *Il Lavoro nella Giurisprudenza* (2012), 5, p. 529; MAGRINI, S.: "Quer pasticciaccio brutto (dell'ar. 18)", *Argomenti di Diritto del Lavoro* (2012), 3, p. 537].

4. A grandes rasgos son éstas las características de la nueva disciplina del despido individual introducida por la Ley n. 92/2012. Y como se desprende claramente de todo lo expuesto hasta ahora, la reincorporación en el puesto de trabajo ya no es la consecuencia "ordinaria" de la ilegitimidad del despido, sino que se configura como consecuencia "extraordinaria" del mismo, aplicándose en la mayoría de los casos de despidos una tutela basada en meras indemnizaciones [entre otros, vid. MARESCA, A.: "Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori", Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, (2012), I, p. 415; CARINCI, F. "Ripensando il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori", en WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, (2013), 172, p. 27]. Y todo ello -como se ha visto- conlleva unos problemas, interpretativos y prácticos, destacando previamente los más relevantes.

Sin embargo, a pesar de las profundas novedades legislativas hasta ahora apuntadas, la disciplina de los despidos individuales sigue siendo objeto de particular interés por parte del legislador italiano. En efecto, bajo la dirección del nuevo Presidente del Consiglio dei Ministri, Matteo Renzi, se han tomados medidas ulteriores para tratar de "ajustar" el Derecho laboral al contexto de crisis actual, todas conocidas bajo la denominación de "Jobs Act".

En el marco de este cuadro, aun poco definido, sobre las nuevas disposiciones de reforma, que inciden tanto en el sistema de acogida de los "insiders" como en el régimen de salida de los "outsiders", se señalan entre otras, las siguientes intervenciones normativas: a) el Decreto Ley del 20 de marzo de 2014, n. 34 convertido en Ley del 16 de mayo de 2014, n. 78, que sobretodo ha modificado la disciplina de los contratos de formación y de aprendizaje y de los contratos a tiempo definido a través de la introducción de un primer "borrador" de la nueva figura del "contratto a tempo indeterminato a tutela crescente"; b) la Ley nº. 183/2014, que contiene los principales objetivos y las finalidades de la reforma en materia de contratos de trabajo a tiempo determinado; c) el Decreto Ley del 4 de marzo de 2015, n. 23 de actuación de la citada Ley nº. 183/2014, que vuelve a hacer hincapié en la disciplina del despido individual ilegítimo.

En resumen, el objetivo general perseguido por el "Jobs Act" a través de las mencionadas regulaciones consiste en introducir un único contrato de trabajo a tiempo determinado pero "a tutelas crecientes", eliminando casi totalmente la sanción de la reincorporación en el puesto de trabajo en el caso de despido ilegítimo, para substituirla por una indemnización predeterminada según los años trabajados.

Esta última reforma tiende entonces a la simplificación de las tipologías contractuales existentes, a través de la homologación de las mismas en el marco regulador de un único contrato laboral: el contrato de trabajo a tiempo determinado "a tutelas crecientes".

Se trata básicamente de un contrato de trabajo que se instaura de forma común a tiempo indefinido pero que, de hecho, se puede resolver de manera más "flexible" recurriendo, en caso de resolución ilegitima por parte del empleador, a una mera sanción económica aplicada según la antigüedad de los servicios prestados, es decir a los años trabajados.

Por eso, la doctrina, a juicio de quien escribe, oportunamente ha hablado de "tutela reducida en caso de despido ilegitimo y con indemnización creciente en relación a la antigüedad del servicio", en lugar de tutela "creciente", tal y como está denominada por la Ley [GARILLI, A.: "Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto", WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT (2015), 245, p. 3].

Por otro lado, por lo que concierne a la disciplina del despido individual "tout court", podría decirse que no viene modificado el texto del art. 18 del Estatuto que, como se ha visto, ya había sido profundamente cambiado por la "reforma Fornero", sino que viene redactado con otro texto totalmente nuevo, que mantiene la reintegración únicamente en el caso de despido discriminatorio, nulo o ineficaz porque comunicado en forma oral, y en algunas hipótesis de despido disciplinar cuando estén los requisitos establecidos por la Ley [en este sentido, vid. CARINCI, F.: "Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del D.lgs. 24 dicembre 2014)", *Il Lavoro nella Giurisprudenza* (2015), 2, p. 115].

Sin embargo, un cambio radical introducido por las reformas del 2014 y del 2015 respecto a la estructura del artículo 18 del Estatuto dibujada por la Ley nº. 92/2012 a través de los últimos tres distintos niveles de tutela que se han expuesto previamente, concierne al despido injustificado, económico y disciplinario.

En efecto, a pesar de que se ha mantenido la configuración de la justa causa y del justificado motivo de despido ex art 3, Ley nº. 604/1966 2119 Cod. Civ., ya no hay casi distinción entre el despido disciplinar y el económico, porque se ha creado una especie de "mix de tutela" que establece la progresiva restricción de la readmisión en favor de una indemnización que no sólo parece reducida respecto al pasado, sino que está fijada de manera rígida, detrayéndola al control judicial [CARINCI, F.: "Un contratto", cit., p. 117].

Así pues, la indemnización llega a ser una especie de "severance pay" que puede ser calculada "ex ante", saliendo del "impasse" doctrinal que, después de la entrada en vigor de la reforma del 2012, consideraba demasiado discrecional el poder atribuido al juez, al individualizar el nivel de tutela aplicable y entonces la cantidad de la indemnización.

Por otro lado, es verdad también que todo ello hace que el juez tampoco pueda medir la cuantía de la indemnización según lo ocurrido en el caso concreto, ni dependiendo del tipo de ilegitimidad del despido, sino que él solo tiene en cuenta los años trabajados por el empleado, con lo cual la indemnización puede ser a bajo coste si se trata de un empleado con pocos años de servicio y, además, no puede ser inferior a 4 mensualidades ni superior a 24 mensualidades.

Pero, la tutela meramente obligatoria hasta ahora descrita está derogada por el artículo 3, punto 2, D.Lgs. n. 23/2015 que prevé que exclusivamente en las hipótesis de despido por justificado motivo y subjetivo o por justa causa en las que esté demostrada la "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore", el juez podrá declarar nulo el despido y obligar al empleador a la readmisión y al pago de una indemnización según lo establecido por la misma Ley.

En este sentido, conviene señalar que nada más ser promulgado el Decreto Ley en cuestión, ha nacido una "querelle" doctrinal sobre el real significado de la expresión "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore". Y, sobre todo, la duda concierne a la naturaleza material o jurídica del hecho puesto a la base del despido. Es decir, si el legislador se refiere a la reconstrucción en si del hecho material o más bien a la calificación del hecho jurídico. De ello depende la posibilidad de que el juez declare la readmisión, ya que – según la nueva versión del art. 18 del Estatuto - se puede declarar solo en caso de despido discriminatorio, o en caso de despido disciplinar cuando está la "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore" en cuestión. Con respecto a ello, recientemente, la propia jurisprudencia ha subrayado la necesidad de distinguir entre hecho material y calificación jurídica [vid. Corte di Cassazione, sent. 6 de noviembre de 2014, n. 23669].

5. Los que se han apuntado hasta ahora constituyen solo algunos de los aspectos mayormente problemáticos que cabe analizar a la hora de examinar "lo que queda" del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales.

Sin embargo, como se ha sido señalado a lo largo del presente trabajo, las reformas acometidas sobre el modelo de reintegración introducido en el año 1970 han supuesto un cambio estructural de calado sobre el artículo 18 del Estatuto, con más sombreas que luces [MARAZZA, M.: "Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)", WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT (2015), 236, p. 7].

Así pues las dudas sobre la correcta interpretación de dicho precepto normativo siguen existiendo, lo cual crea problemas, sobre todo en los casos prácticos sujetos al escrutinio judicial, que es cada vez más discrecional. En efecto, el nuevo régimen previsto por el artículo 18 del Estatuto, tal y como está configurado, aumenta la incertidumbre sobre la posibilidad de readmisión del empleado en el caso de despido improcedente, puesto que la sanción de la reintegración solo se aplica en muy pocos supuestos y que la medida de la indemnización ya no se vincula a un índice conocido (que antes consistía básicamente en el tiempo de baja hasta la readmisión), sino a una serie de variables (como, por ejemplo, "la manifiesta insussistenza del fatto contestato"), muchas de ellas sobre predicciones futuras que dejan un elevado nivel de discreción.

Así pues, la "intentio legis" de las últimas reformas laborales consiste básicamente en circunscribir el ámbito de aplicación de la readmisión únicamente a los casos de violación, en cierta medida, de los derechos fundamentales del trabajador, como en el caso de despido discriminatorio [TULLINI, P.: "Stabilitá del rapporto di lavoro e ruolo del giudice", *Il Diritto del Mercato del Lavoro* (2013), p. 37].

En los demás casos, el "valor" de la estabilidad del puesto de trabajo - que históricamente inspiraba el artículo 18 del Estatuto a la hora de ser introducido en el ordenamiento jurídico italiano - cede frente a los intereses del mercado actual, el cual exige mayor flexibilidad tanto al momento de la instauración como del cese de las relaciones laborales.

Ahora bien, independientemente del resultado que se dé cuando estén ya convertidos en leyes todos los decretos leyes que caben en el ámbito del llamado Jobs Act, lo que parece claro es que, de forma sistemática y con la "excusa" del presente contexto de crisis económica, no solo se han introducido estrategias de "ajuste" y de "flexibilidad laboral", sino que se ha llegado a una verdadera total redefinición de enteros sectores del derecho laboral, como por ejemplo el que concierne al régimen del despido individual regulado por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores.

Bajo esta perspectiva, las modificaciones radicales de las reglas sobre las que se ha basado hasta entonces el derecho laboral se han justificado a través del concepto de "flexsecurity" que se ha puesto muy de moda en ámbito europeo. Básicamente, inspirando las reformas laborales a dicho concepto se pretende alcanzar la salvaguardia de la economía nacional en el marco de un contexto europeo que impone mayor flexibilidad, tanto en el mercado financiero global, como en el mercado del trabajo internacional. Es decir, formalmente, todo ello se realiza para obtener mayor ocupación, para mejorar la cohesión social en el trabajo y redistribuir ecuamente las tutelas en el mercado del trabajo, como si se tratase de una especie de remedio contra la presente crisis económica y también las posibles o futuras situaciones deficitarias [CARINCI, F.: "Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro", *Argomenti di Diritto del Lavoro* (2015), 1, p. 1 y ss.].

Es innegable, por tanto, que la crisis económica ha jugado un importante papel en las últimas líneas de evolución del despido individual, obviamente desde una perspectiva de limitación de la readmisión obligatoria. En efecto, se ha ido promoviendo la exigencia empresarial de disponer de un sistema "flexible" para adaptar las necesidades productivas a los intereses del mercado, lo que siempre ha ocurrido en las situaciones de crisis de empleo por las que ha atravesado la economía italiana.

Sin embargo, será necesario preguntarse si las reformas legislativas operadas en estos últimos años sobre el mercado del trabajo responden realmente a la "necesaria" orientación de la política de empleo seguida en Europa o si el Gobierno italiano ha adoptado medidas draconianas y casi "hetéronomas", para satisfacer exigencias meramente económicas y financiarías a todo coste, incluso el de comprimir la genuina tutela de las posiciones laborales en sus diferentes articulaciones

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS INMUEBLES FRONTERIZOS

DETERMINING THE APPLICABLE LAW OF BORDER PROPERTY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 655-660.

Fecha entrega: 06/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dr. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche
alfonso.ortega@umh.es

RESUMEN: La *Lex rei sitae* plantea problemas en relación con los inmuebles fronterizos, esto es, aquellos bienes inmuebles situados en territorios sometidos a distintas soberanías estatales. Este artículo pretende aportar algunas soluciones a la hora de determinar la ley aplicable a un inmueble fronterizo.

PALABRAS CLAVE: *lex rei sitae*, ley aplicable, inmueble fronterizo

ABSTRACT: *Lex rei sitae* raises issues with border property, that is, those real estate located in territories under various state sovereignty. This article aims to provide some solutions to determining the law applicable to a border property.

KEY WORDS: *Lex rei sitae*, applicable law, border property

SUMARIO: 1. Recurso a la tradicional regla *Lex rei sitae*.- 2. Recurriendo a la solución "Scherrens".

1. Tradicionalmente la regla *Lex rei sitae* ha sido la ley aplicable a los bienes inmuebles, reflejando dos necesidades: a) por un lado, la necesidad de que estos estén sujetos a la soberanía de los Estados donde se encuentren; y, b) por otro lado, la necesidad de otorgarles una protección *erga omnes*, que, sobre la base de los sistemas de publicidad que recaen sobre estos, sólo se puede establecer en los lugares donde los bienes objeto de tales derechos se encuentren [PÉREZ VERA, E.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II. Madrid (2002): UNED, p. 267].

De esta forma, nuestro Código Civil, en el apartado primero del artículo 10 consagra la regla *Lex rei sitae* al señalar que: "La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles".

Nos encontramos ante una solución precisa, previsible y armónica. Así, a) basta saber cuál es el país de situación del bien inmueble para determinar la ley aplicable; b) la regla *Lex rei sitae* nos conduce a soluciones previsibles tanto para las partes de una concreta relación jurídica como para terceros; y, c) se trata de una solución prácticamente universal, prevista en gran parte de los sistemas estatales de Derecho internacional privado [CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, 7ª edición. Granada (2006): Comares, p. 479].

Así, quedan bajo el paraguas de la regla *Lex rei sitae* tanto el modo de adquisición de los derechos reales; el contenido del derecho real, los derechos subjetivos del titular del derecho de propiedad, usufructo o garantía, sus obligaciones, así como los bienes que puedan quedar sujetos a cada tipo de derecho real; la publicidad de los derechos reales; así como la posibilidad y condiciones de oponibilidad de los derechos reales, esto es, sus efectos frente a terceros [FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, 3ª edición. Madrid (2004): Cívitas, pp. 536-539].

Vistas así las cosas, la citada regla de la *Lex rei sitae* plantea problemas en relación con los inmuebles fronterizos, esto es, aquellos bienes inmuebles situados en territorios sometidos a distintas soberanías estatales. En estos

casos, la solución doctrinal mayoritaria es aplicar literalmente la regla de la *Lex rei sitae*, esto es, estar a todas las leyes concurrentes, dependiendo su aplicación de la localización geográfica en cada parte del bien inmueble. De tal modo, la parte del inmueble situada en cada Estado se sujetará a la Ley de dicho Estado. Ahora bien, "esta solución es poco satisfactoria, pues en la práctica, conduce a tratar la propiedad fronteriza como dos inmuebles, dos propiedades distintas, sometidas a dos Leyes nacionales diferentes: *síndrome de la aplicación cumulativa de Leyes*" (CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, cit., p. 483). En la práctica "conduce a tratar el inmueble fronterizo como si fueran "dos inmuebles", dos propiedades distintas sometidas a dos leyes nacionales diferentes" [CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II. 15ª edición. Granada (2014): Comares, p. 1038].

2. Ahora bien, junto a esta clásica solución doctrinal, podríamos acudir a otra proveniente de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 6 de Julio de 1988, "R.O.E. SCHERRENS CONTRA M. G. MAENHOUT, Y OTROS" (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 6 de Julio de 1988, "R.O.E. SCHERRENS CONTRA M. G. MAENHOUT, Y OTROS", *Recopilación de Jurisprudencia 1988 página 03791*, EUR-Lex – 61987J0158 – ES), en la que se resuelve un problema de competencia judicial internacional en el marco de un contrato de arrendamiento relativo a una finca integrada por parcelas situadas en dos Estados, entre R.O.E. Scherrens (Bélgica) y M.G. Maenhout (Bélgica), R.A.M. van Poucke (Países Bajos) y L.M.L. van Poucke (Bélgica).

La cuestión se suscitó en el marco de un "litigio entre el Sr. Scherrens y la Sra. Maenhout y otros y que versa sobre si un arrendamiento rústico fue celebrado verbalmente entre el Sr. Scherrens, como arrendatario, y la Sra. Maenhout y su marido, fallecido con posterioridad, en calidad de arrendadores, en relación con una finca integrada por edificios y un terreno agrícola de una superficie de alrededor de 5 hectáreas que se halla situado en Maldegem (Bélgica), así como cuatro parcelas de terreno que abarcan 12 hectáreas en total, situadas en el municipio de Sluis (Países Bajos)".

En este contexto, "el arrendatario, parte apelante, mantiene que existe un único contrato de arrendamiento para la totalidad de la finca y las parcelas de terreno. Por ello, considerando que no quedaba excluido que el Juez belga y el Juez neerlandés dictaran decisiones contradictorias, el Gerechtshof estimó necesario resolver la cuestión de cuál era el Juez competente en virtud del artículo 16, comienzo y apartado 1, del Convenio en casos similares al de autos. En estas circunstancias el Gerechtshof suspendió el procedimiento y

solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre de qué forma conviene interpretar el artículo 16, comienzo y apartado 1, del Convenio antes citado en lo relativo al arrendamiento rústico celebrado sobre una finca cuyos edificios (con una parte de terreno) se hallan situados en uno de los Estados contratantes (Bélgica) y el terreno (en su mayor parte) en otro Estado contratante (Países Bajos)".

Así, el propio Tribunal de Justicia resolvió que "un litigio cuyo objeto es determinar la eventual existencia de un contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, tienen competencia exclusiva con respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante los tribunales de este Estado, y con respecto a un arrendamiento de inmuebles situado en su totalidad dentro de un sólo Estado contratante, el artículo 16, comienzo y apartado 1, se aplica a todo contrato de arrendamiento de bien inmueble, cualesquiera que sean sus características particulares".

De esta forma "en un litigio cuyo objeto es determinar la existencia eventual de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, en principio, los tribunales competentes, respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante, son exclusivamente los del Estado respectivo".

Por tanto, en la línea de la Sentencia "Scherrens", "cuando los bienes inmuebles situados en un Estado contratante son contiguos a los bienes sitos en otro Estado y la finca se halla situada casi en su totalidad en uno de dichos Estados. En esta situación, puede ser apropiado contemplar la propiedad como una unidad y considerarla como enteramente situada en uno de los Estados al objeto de atribuir a los tribunales de éste competencia exclusiva respecto al arrendamiento del inmueble". Así, "procedería la aplicación exclusiva de la Ley del Estado donde se halla la "parte más relevante" o "parte principal" del inmueble. Ello conduce a la "aplicación de una ley previsible para los sujetos implicados y simplifica la cuestión de la ley aplicable, pues sólo hay una ley aplicable y no dos" (CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, cit., 15ª ed., p. 1038).

Eso sí, en el caso de que no exista una "parte más relevante" del inmueble contiguo, no queda más alternativa que la solución tradicional: la parte del inmueble situada en cada Estado se regulará por la Ley de dicho Estado" (CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, cit., 7ª ed., p. 483).

En el caso en que no exista una "parte más relevante" del inmueble contiguo no queda más alternativa que la solución tradicional: la parte del inmueble situada en cada estado se regulará por la ley de dicho Estado" (CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, cit., 15ª ed., p. 1038). Pero, ¿qué debemos entender por "parte más relevante"? La solución más adecuada –y que otorga seguridad jurídica– debería estar al porcentaje de ocupación del predio: si nos encontramos ante un bien inmueble localizado en un Estado A y un Estado B; si la mayor parte del predio se encuentra localizada en un Estado A, la ley aplicable a todo el bien inmueble debe ser la del Estado A; y, si el predio se reparte por partes iguales entre el Estado A y el Estado B, entonces sí, a cada parte del predio se le aplicará su correspondiente Ley, la del Estado A, a una parte, y la del Estado B, a la parte restante.

No obstante, no debemos de forma automática equiparar "parte más relevante" con "mayor superficie", sino que habrá que ir caso por caso y tener en cuenta otros elementos (precio de mercado, valor de sus atributos, tipo de suelo, etc.). Así, p. ej., parece claro en el caso de servidumbres entre predios situados en Estados diferentes, donde la solución pasaría por aplicar la Ley del país en cuyo territorio se encuentra el predio sirviente (CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, cit., 15ª ed., p. 1039).

En definitiva, si bien el recurso a la tradicional regla *Lex rei sitae* en materia de ley aplicable a los bienes inmuebles –prevista en el artículo 10.1 de nuestro CC–, es, con carácter general, una solución sencilla, fácil, lógica, además de precisa, previsible y armónica; en materia de bienes inmuebles situados en territorios sometidos a distintas soberanías estatales no parece la más adecuada, ya que el sometimiento de un mismo bien inmueble al juego de diferentes ordenamientos jurídicos puede provocar en la práctica soluciones inconciliables sobre un mismo objeto litigioso.

En materia de determinación de la ley aplicable a los inmuebles fronterizos, por analogía, recurriendo a la Sentencia "Scherrens", cuando los bienes inmuebles situados en un Estado contratante son contiguos a los bienes sitos en otro Estado y la finca se halla situada casi en su totalidad en uno de dichos Estados. En esta situación, puede ser apropiado contemplar la propiedad como una unidad y considerarla como enteramente situada en uno de los Estados al objeto de determinar la ley aplicable.

LA LEY VALENCIANA DE MECENAZGO: PRIMERA APROXIMACIÓN

THE VALENCIAN PATRONAGE ACT: FIRST APPROACH

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 661-668.

Fecha entrega: 12/05/2015
Fecha aceptación: 01/06/2015

Dr. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante
j.barcelo@es

RESUMEN: En este trabajo se realiza una primera aproximación a la reciente regulación valenciana del mecenazgo contenida en la Ley 9/2014, de 29 de diciembre.

PALABRAS CLAVE: mecenazgo, patrocinio.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to make a first approach to the recent Valencian regulation of the patronage contained in the Law 9/2014, 29th December.

KEY WORDS: patronage, sponsorhip

SUMARIO: 1. Patrocinio y mecenazgo: problemas de distinción.- 2. Una ley pionera en el panorama jurídico español: la Ley 9/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de impulso a la actividad y del mecenazgo cultural en la Comunitat Valenciana.- 3. Estructura de la ley.- 4. Disposiciones generales.- 5.- El derecho al acceso de la cultura.- 6.- La obligación de promover las actividades culturales.- 7. Las acciones de mecenazgo.- 8. Los incentivos fiscales.

1. Patrocinio y mecenazgo son actividades en auge en los últimos años, entre otras razones por la creciente responsabilidad social de la empresa y las dificultades presupuestarias del sector público.

El patrocinio (básicamente deportivo) se basa en un contrato oneroso que tiene prestaciones recíprocas y busca proyectar la imagen comercial, moviéndose en la esfera de la publicidad (de hecho, el art. 24 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, general de publicidad, lo regula como contrato de patrocinio publicitario).

El mecenazgo presenta mayor complicación en su caracterización: aporta de forma gratuita financiación o bienes para promover o proteger determinadas actividades relacionadas la cultura, sin ninguna finalidad comercial, aunque esto último no es obstáculo para que exista un retorno o contrapartida a favor del mecenas en la esfera de las relaciones públicas (prestigio, notoriedad, etc.).

No resulta, en cualquier caso, fácil la distinción y existe una confusión latente de los dos conceptos (así, concretamente, la discusión en torno al «falso altruismo» de determinadas actuaciones de mecenazgo).

El mecenazgo puede ser considerado, en una primera aproximación, como una donación. Sin embargo, es algo más que una simple donación. La acción espontánea de donar finaliza con la propia donación y no tiene otros objetivos que responder a una situación concreta; el mecenazgo, en cambio, crea un compromiso en el tiempo y permite repetir la misma acción de manera continuada [sobre esta caracterización, PALENCIA-LEFLER ORS, M.: *Donación, mecenazgo y patrocinio como técnicas de relaciones públicas al servicio de la responsabilidad social corporativa*, *Analisi* (2007), núm. 35, p. 158].

2. El pasado 31 de diciembre de 2014 publicaba el *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana* la Ley 9/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de impulso a la actividad y del mecenazgo cultural en la Comunitat Valenciana, que entró en vigor el 1 de enero de 2015.

La nueva ley, calificada como pionera desde el Ejecutivo autonómico, tiene como objeto "favorecer y facilitar el desarrollo de industrias culturales, la creatividad cultural individual y colectiva y la práctica deportiva de los ciudadanos mediante el apoyo económico y organizativo del resto de la sociedad, así como promover el mecenazgo en el ámbito cultural, incluyendo el científico y el deportivo no profesional de la Comunitat Valenciana" (art. 1).

La ley responde a una doble necesidad: por un lado, favorecer y facilitar el crecimiento de la industria y la creatividad cultural; por otro, definir un modelo de mecenazgo cultural, científico y deportivo (queda fuera de esta ley el llamado "mecenazgo social") en la Comunitat Valenciana, dentro del marco legal estatal y en desarrollo de competencias propias.

El marco legal estatal, constituido por una legislación fiscal reguladora de los beneficios del mecenazgo (Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo) y por las Fundaciones que llevan a cabo acciones de mecenazgo (Ley 50/2002, de 23 de diciembre, de Fundaciones), necesita ser complementado, con una serie de medidas que favorezcan las aportaciones económicas para fines de interés general y un nuevo modelo de mecenazgo que aproveche todo el potencial de esta institución y de su importante función social. El objetivo de la Ley 29/2014, en palabras del Preámbulo, es el "generar una auténtica cultura de mecenazgo que sea capaz de implicar activamente a toda la ciudadanía en la sostenibilidad económica y desarrollo de la actividad cultural, científica y deportiva, ya que el sistema debe hacer compatibles las grandes acciones de mecenazgo cultural con el hecho de que cualquier persona física pueda colaborar directamente en acciones de mecenazgo a través de pequeñas aportaciones (micromecenazgo), lo que permite a todos ser partícipes en la promoción de la cultura, la ciencia y el deporte y desarrollar una gran labor social".

La ley se dicta al amparo de las competencias exclusivas asumidas por la Generalitat en el art. 49.1.4ª (cultura), 49.1.5ª (patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que dispone el número 28 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución) y 49.1.7ª (investigación, academias cuyo ámbito principal de actuación sea la Comunitat Valenciana, de fomento y desarrollo de la I+D+I, todo ello sin

perjuicio de lo que dispone el número 15 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución) del Estatuto de Autonomía.

3. La ley se estructura en cuatro títulos (el segundo de los cuales contiene dos capítulos), treinta y dos artículos, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Siguiendo este orden, procedemos a describir el contenido de la ley.

4. El título I contiene las disposiciones generales (arts. 1 a 5). Se establece el objeto de la ley; se definen los diferentes conceptos (mecenazgo cultural, acciones de micromecenazgo, mecenas, gran mecenas); se fijan las actuaciones que constituyen el compromiso institucional de la Generalitat con el mecenazgo (entre ellas, la elaboración de un Plan de Mecenazgo Cultural) y con las asociaciones y fundaciones privadas de interés cultural, científico o deportivo; y se enuncia el principio de tratamiento fiscal adecuado del mecenazgo.

5. El título II contiene dos capítulos. El primero de ellos declara el derecho de acceso a la cultura (art. 6), especialmente a la cultura valenciana (considerándose por los arts. 7 y 8 prioritaria su difusión en Internet y otros medios de comunicación), así como los principios de legalidad y protección de los derechos sobre las creaciones intelectuales, que se concretan en medidas tales como la promoción de sistemas de acceso libre (*open access*) y software libre (*free software*) [art. 10], la difusión de obras intelectuales de autores y creadores valencianos que han pasado al dominio público y la utilización de obras huérfanas por bibliotecas, museos y centros de enseñanza de conformidad con el derecho estatal y comunitario (art. 11). También hay una norma específica (art. 12) dedicada al acceso y utilización de creaciones intelectuales por personas con discapacidad. Además del acceso y difusión de la cultura, el conjunto de medidas del capítulo I del título II pretende concienciar sobre la protección de la propiedad intelectual e industrial y la lucha contra la piratería.

6. El segundo capítulo del título II está dedicado a la promoción de las creaciones intelectuales de la Comunitat Valenciana por parte de la Generalitat; los preceptos, redactadas como mandatos imperativos, obligan a promover el libro y el sector editorial valenciano (art. 13), las obras e interpretaciones musicales valencianas (art. 14), las obras teatrales y de representación escénica valenciana (art. 15), las artes visuales (art. 16) y las obras cinematográficas y audiovisuales valencianas (art. 17). Se establece

también la especial protección de artistas, intérpretes y ejecutantes valencianos (art. 19) y se autoriza a la consellería competente para que establezca acuerdos y convenios de cooperación tanto con bancos y entidades de crédito como con asociaciones y fundaciones de interés cultural para la financiación de diversas actividades vinculadas al cine y al audiovisual valenciano (art. 18). Cierra este capítulo una norma, el art. 20, dedicada a promover la recuperación del patrimonio cultural e histórico, material e inmaterial, de la Comunitat Valenciana.

7. El título III da inicio a la parte que la ley dedica al mecenazgo cultural, definido por el art. 2.1 como "toda contribución privada que tenga por finalidad promover o desarrollar cualquier actividad, patrimonio o infraestructural cultural, científica o deportiva". Como puede verse, el mecenazgo se proyecta en numerosos ámbitos de actuación.

Los arts. 21 a 26 contienen disposiciones de signo variado, pero que tienen como denominador común crear un marco que favorezca la promoción y desarrollo del mecenazgo cultural, dejando para el título IV las disposiciones de naturaleza fiscal.

Las acciones de mecenazgo pueden tener origen en la iniciativa privada (art. 22) o bien en la acción de la Generalitat (art. 23). En este segundo caso, la Generalitat elabora anualmente, a través de la consellería competente en materia de cultura, el Plan de Mecenazgo Cultural de la Generalitat, cuya financiación se realiza mediante aportaciones privadas, incluido el micromecenazgo (también conocido como *crowdfunding*, y cuya definición legal está en el art. 2.2: "aquellas actuaciones de iniciativa pública o privada, ya sea a través de Internet o por otros medios, en las que se solicita de un elevado número de personas actos de liberalidad consistentes en aportaciones económicas para cubrir el coste básico de una actividad de naturaleza cultural, científica o deportiva"); la gestión de este Plan está encomendada a la Oficina de Mecenazgo Cultural (sobre la composición y funciones de esta Oficina, pendiente de desarrollo reglamentario y de entrar en funcionamiento, hay datos dispersos en los arts. 21, 22 y 23).

Una figura de nueva creación es la del gran mecenas, remitiendo su estatuto a un posterior desarrollo reglamentario. Se prevén acciones de publicidad (art. 24) y de reconocimiento social (art. 25). El gran mecenas es definido por el art. 2.4 como «persona física o jurídica que, de forma destacada, impulsa la actividad cultural o las actuaciones incluidas en el Plan de mecenazgo cultural de la Generalitat u otras acciones destacadas de mecenazgo cultural, científico o deportivo de administraciones públicas valencianas o de

organismos e instituciones dependientes y de las universidades, centros de investigación o centros superiores de enseñanzas artísticas de la Comunitat Valenciana». La referencia que aquí hemos hecho al "gran mecenas" obliga a distinguirlo de la figura del "mecenas", que el art. 2.3 conceptúa como "la persona física o jurídica que realiza una contribución privada, principalmente dineraria, en favor de una actividad, patrimonio o infraestructura cultural, científica y deportiva".

De particular interés para el Derecho civil resulta la declaración de fomentar, desde los poderes públicos, los actos de disposición testamentaria en favor de acciones del Plan General de Mecenazgo Cultural y del mecenazgo en general (art. 27), y el hecho de destinar un tercio del caudal de la herencia a actuaciones del Plan de Mecenazgo Cultural cuando se produzca una sucesión intestada a favor de la Generalitat (art. 26).

8. El título IV contiene una extensa regulación (arts. 28 a 32) de medidas de orden fiscal, dirigidas al impulso de las actividades de mecenazgo y que, aunque no lo diga la ley, pretenden, al mismo tiempo, neutralizar los efectos negativos que ha tenido la subida del llamado "IVA cultural". Se establecen deducciones en la cuota autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por donaciones de carácter cultural, se regula la reducción de la base imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en los supuestos de transmisiones mortis causa y de adquisiciones inter vivos, y se dictan los requisitos de las entregas de importes dinerarios para la aplicación de los beneficios fiscales que se recogen en esta ley. Es evidente que los incentivos fiscales juegan un papel importante en la decisión de donar.

LA NUEVA LEY DE DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICACIONES GEOGRÁFICAS PROTEGIDAS

THE NEW LAW ON PROTECTED DESIGNATIONS OF ORIGIN AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 669-678.

Fecha entrega: 29/06/2015
Fecha aceptación: 05/07/2015

ANDREA MOYA LATORRE
Abogada Asociada al Área de Derecho Mercantil de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira en Valencia
andreamoyalatorre@gmail.com

RESUMEN: Desde el pasado 2 de junio de 2015 se encuentra en vigor la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supra-autonómico. Esta ley parte de la base de las referidas figuras de protección como elementos que favorecen la diferenciación de la producción agroalimentaria contribuyendo al incremento de la competitividad de las industrias agroalimentarias -tan relevantes en España- y al desarrollo y sostenibilidad de los tejidos rurales, a la vez que se erigen como una seña de promoción de la imagen de los productos españoles en el exterior. El objetivo de esta ley es ofrecer un marco jurídico armonizado y compatible con la legislación comunitaria para el desarrollo de estas figuras, de ámbito supra-autonómico, cuya ordenación corresponde a la Administración General del Estado español.

PALABRAS CLAVE: Ley 6/2015, de 12 de mayo, denominaciones de origen protegidas (DOP), indicaciones geográficas protegidas (IGP), ámbito supra-autonómico, protección, consejos reguladores.

ABSTRACT: On June 2, 2015, Spanish Act 6/2015, of May 12, on protected designations of origin and geographical indications of supra-autonomic level came into force. This act is based on the fact that these protection figures are elements, which improve the distinction in the framework of production in the agri-food sector, and thus contribute to the competitiveness of the agri-food industries which are very important in Spain, and to the development and sustainability of the rural fabric. At the same time, these figures promote the public image of the Spanish products abroad. This act aims to establish a harmonized legal framework of supra-autonomic level, which shall be ruled by the Spanish Central Administration, and which is compatible with the European legislation that regulates these figures.

KEY WORDS: Spanish Act 6/2015, of May 12, protected designations of origin, protected geographical indications, supra-autonomic level, protections, regulatory councils.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Fundamentación de la nueva Ley.- 3. Contexto legislativo actual.- 4. Disposiciones generales de la Ley.- 5. Cooperación entre Administraciones Públicas.- 6. Sistema de protección.-7. Entidades de gestión.- 8. Sistema de control.- 9. Régimen sancionador.- 10. Datos económicos.

1. En una nueva muestra del interés en potenciar el sector agroalimentario –tan importante para la economía española- y siguiendo la estela de las recientes novedades legislativas en materia agroalimentaria –esto es, la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria y la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario-, el legislador español ha aprobado ahora la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supra-autonómico (en adelante, la "Ley de DOP e IGP" o la "Ley"), publicada en el Boletín Oficial del Estado en fecha 13 de mayo de 2015. Dicha ley, que venía gestándose desde la anterior legislatura socialista, se encuentra en vigor desde el pasado 2 de junio de 2015. Esta nueva ley establece un único régimen jurídico para tanto Denominaciones de Origen Protegidas ("DOP") como Indicaciones Geográficas Protegidas ("IGP"), independientemente del tipo de producto que regulen, no afectando a todas las DOP e IGP, sino únicamente a aquellas que se desplieguen en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

En el presente artículo se pone de relieve tanto la justificación que subyace a la aprobación de esta nueva norma, como las novedades que introduce la misma.

2. Así pues, la fundamentación básica del texto legislativo radica en el reconocimiento del gran número de alimentos con características propias de calidad debido al ámbito geográfico en que han tenido origen, precisamente en forma de Denominaciones de Origen Protegidas ("DOP") e Indicaciones Geográficas Protegidas ("IGP"). Así, la Exposición de Motivos de la Ley de DOP e IGP indica que "las DOP e IGP pueden ser consideradas como un elemento que favorece la diferenciación de la producción contribuyendo al incremento de la competitividad de las industrias agroalimentarias, fundamentalmente a través de la valorización de estos productos por parte del consumidor, siendo, al mismo tiempo, un instrumento vertebrador en el

desarrollo y sostenibilidad de los tejidos rurales y erigiéndose como una seña de promoción de la imagen de los productos españoles en el exterior."

Recordemos que las DOP e IGP son figuras de protección industrial, de titularidad pública, que no pueden ser objeto de apropiación individual, gozando aquellos operadores cuyos productos cumplan los requisitos correspondientes para la utilización de estas figuras, de la protección que éstas otorgan. De conformidad con el Reglamento europeo general vigente en materia de DOP e IGP y directamente aplicable en los Estados Miembros europeos –este es, el Reglamento 1151/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, sobre regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimentarios-, se define a estas dos figuras de protección, en tanto en cuanto apliquen a los productos agrícolas y alimenticios diferentes del vino y de las bebidas espirituosas, de la siguiente forma: una DOP es "un nombre que identifica un producto (a) originario de un lugar determinado, una región o, excepcionalmente, un país, (b) cuya calidad o características se deben fundamental o exclusivamente a un medio geográfico particular, con los factores naturales y humanos inherentes a él, y (c) cuyas fases de producción tengan lugar en su totalidad en la zona geográfica definida." Por su parte, una IGP se define como (a) un nombre que identifica un producto, (b) originario de un lugar determinado, una región o un país, (c) que posea una cualidad determinada, una reputación u otra característica que pueda esencialmente atribuirse a su origen geográfico, y (d) de cuyas fases de producción, al menos una tenga lugar en la zona geográfica definida." La definición de DOP e IGP en el sector vitivinícola, o la de Indicaciones Geográficas ("IG") de bebidas espirituosas, o la de vinos aromatizados u otras bebidas aromatizadas tienen unas características comunes a estas definiciones, con ciertas particularidades específicas de estos productos. Por ejemplo, la definición de DOP e IGP en el sector vitivinícola se halla especialmente regulada en el Reglamento 1308/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013 por el que se crea la organización común de mercados agrícolas y se derogan ciertas disposiciones.

3. El contexto legislativo en el que nace la Ley de DOP e IGP es el siguiente: (a) de un lado, nos encontramos con el marco de la regulación europea que cubre el reconocimiento, protección y control de las DOP e IGP desde un enfoque armonizado –principalmente a través del ya referido Reglamento europeo 1151/2012, sobre regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimentarios, y de los reglamentos particulares aplicables al sector vitivinícola y al de las bebidas espirituosas- y que ha de seguir siendo la regulación marco en esta materia; (b) de otro lado, partimos de la anterior normativa nacional,

en gran parte obsoleta por cuanto se trata en gran medida de normativa preconstitucional –como es el caso de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, de Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes-, y que, ha quedado derogada, con alguna excepción por lo que respecta a la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino, por esta nueva ley, y, (c) por último, contamos con la normativa autonómica, que seguirá siendo de aplicación para las DOP e IGP abarcadas por el territorio de cada autonomía en particular.

4. Entrando ya en las disposiciones específicas de la nueva Ley de DOP e IGP, el capítulo I regula las disposiciones generales; principalmente, el objeto y ámbito de aplicación de la ley, que ya han quedado apuntados en los epígrafes anteriores. Se definen también en este apartado, por un lado el "pliego de condiciones" como un documento normativo que establece los requisitos que debe cumplir un producto procedente de una DOP o IGP, también denominado "expediente técnico" para las indicaciones geográficas de bebidas espirituosas, y, por otro lado, "operador" como la persona física o jurídica responsable de asegurar que sus productos cumplen con los criterios establecidos en el pliego de condiciones antes de la comercialización del producto, así como con el resto de los preceptos de esta Ley.

5. El capítulo II de la Ley de DOP e IGP se refiere a la Cooperación entre Administraciones Públicas, con la que, según la Exposición de Motivos de la Ley de DOP e IGP, se persigue la finalidad de lograr una utilización más eficiente de los recursos con los que cuenta el sistema de control de las DOP e IGP. En particular, este capítulo aborda los diferentes supuestos de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, con fórmulas de relación, tales como el informe previo de la Administración que pueda verse afectada por decisiones o actuaciones de otra Administración, los convenios de colaboración y la constitución, en su caso, de consorcios para la gestión de intereses comunes, singularmente en el ámbito del control oficial de DOP e IGP y de los procedimientos sancionadores por infracciones tipificadas en esta ley.

6. El capítulo III recoge el sistema de protección de DOP e IGP de ámbito estatal que plantea esta nueva Ley. En primer lugar, en el artículo 9, se establecen los objetivos generales de la protección de esta norma, que son (a) proteger los derechos de los productores y de los consumidores, garantizando el cumplimiento del principio general de veracidad y justificación de la información que figure en el etiquetado de los productos agrarios y alimentarios amparados por una DOP o IGP; (b) garantizar la

especificidad del producto agrario o alimentario amparado por una DOP o IGP y su protección, manteniendo su diversidad y reputación comercial, y (c) proporcionar a los operadores un instrumento para la diferenciación de sus productos, como elemento adicional para contribuir a fortalecer la competencia leal y efectiva del sector.

A continuación, en el art. 10, se enumeran aquellos productos cuyas figuras caen bajo el ámbito de aplicación –y, por tanto, de protección- de la ley y que comprenden las DOP e IGP de productos vitivinícolas, las IG de bebidas espirituosas, las IG de vinos aromatizados, de bebidas aromatizadas a base de vino y de cócteles aromatizados de productos vitivinícolas, y las DOP e IGP de otros productos de origen agrario o alimentario (unificándose así bajo un mismo texto el sistema de protección de todas estas figuras).

Relevante en el contexto de la protección es el artículo 13 que regula el contenido y alcance de la protección otorgada a los nombres protegidos por estar asociados a una DOP e IGP. La protección regulada en este artículo se extiende desde la producción a todas las fases de la comercialización, presentación, publicidad, etiquetado y demás documentos comerciales de los productos afectados, regulándose también la utilización de dichas figuras como nombres de dominio en internet. En todo caso, resaltar que la designación y presentación de los productos de los operadores deberá contener elementos identificativos suficientes para evitar que se induzca a error o confusión al consumidor.

Por último, se establece en el artículo 14 que todo productor o grupo de productores de un producto determinado podrá solicitar el reconocimiento de una DOP o IGP, en la forma y condiciones previstas en la normativa de la Unión Europea y que el procedimiento en la fase nacional, establecido por normativa de la Unión Europea, corresponderá al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente ("MAGRAMA"), en el caso de una DOP o IGP cuyo ámbito territorial se extienda a más de una Comunidad Autónoma. Este procedimiento nacional requiere de un desarrollo reglamentario.

7. El capítulo IV regula las entidades de gestión, denominadas Consejos Reguladores, de DOP e IGP cuyo ámbito territorial se extienda a más de una Comunidad Autónoma, en lo que constituyen unas disposiciones que vienen a reconocer y reforzar el papel de estos Consejos Reguladores como órganos de gestión de las DOP e IGP y de colaboración de la Administración, para el adecuado desarrollo de estas figuras. Para ello, se establece que los Consejos Reguladores habrán de tener personalidad jurídica propia, y contar con un órgano de gobierno, donde estén representados de manera paritaria todos los

intereses económicos que participan en la obtención del producto y ser autorizadas por el MAGRAMA. Relevante en este sentido es resaltar que está previsto en el artículo 17 la posibilidad de que los Consejos Reguladores se constituyan como corporaciones de derecho público a las que se pueda atribuir el ejercicio de determinadas funciones públicas. En la Disposición Adicional Primera de la Ley se crean ya una serie de corporaciones de derecho público como, por ejemplo, el "Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada "Rioja" y se deja al desarrollo reglamentario de la Ley las condiciones y el procedimiento para la creación de Consejos Reguladores como corporaciones de derecho público distintos de los creados en la Ley.

8. En el capítulo V se regulan aspectos generales del sistema de control de las DOP e IGP, con el objetivo de proporcionar garantías para los operadores económicos y consumidores. En particular, se prevé, de un lado, un sistema de autocontrol de los propios operadores, y, de otro, un sistema de control oficial. El autocontrol se regula en el artículo 21, disponiéndose en este artículo que las entidades de gestión podrán establecer sistemas de consultoría y asesoramiento orientados a facilitar a los operadores el cumplimiento del pliego de condiciones de un producto en cada una de las etapas de producción y elaboración.

En cuanto al control oficial de las DOP e IGP, se faculta a la Agencia de Información y Control Alimentarios del MAGRAMA ("AICA") -creada por la arriba mencionada Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria ("Ley de la cadena alimentaria"), en sustitución de la Agencia para el Aceite de Oliva, con la función de control del cumplimiento de dicha ley-, para la verificación de los pliegos de condiciones de las DOP e IGP de ámbito supra-autonómico antes de la comercialización del producto en cuestión. Como consecuencia de estas nuevas atribuciones de la AICA, se modifica en esta Ley de DOP e IGP la referida Ley de la cadena alimentaria.

Igualmente, en cumplimiento de la normativa europea, se prevé en este capítulo referido al control la facultad de delegar determinadas tareas de control en organismos de control que actúen como organismos de certificación de producto.

Por último, el artículo 25 recoge las obligaciones de los operadores, de las entidades de gestión y de los organismos de control a los que, como indicábamos anteriormente, se les puede delegar facultades de control. Como obligación principal de los operadores se encuentra la de cumplir con el

pliego de condiciones de la DOP o IGP y las normas necesarias para su correcta aplicación. También son relevantes las obligaciones de colaboración con las autoridades en el marco del control oficial facilitando la documentación que se considere necesaria para este control. Entre las obligaciones de las entidades de gestión en materia de control, destacamos, además de la general de colaboración con los servicios de inspección, la de llevar al día los libros y registros pertinentes. Finalmente, los organismos de control están obligados, entre otras, a denunciar a la autoridad competente las irregularidades encontradas en la realización de sus tareas de control.

9. El último capítulo de la Ley es el capítulo VI, que regula la inspección y el régimen sancionador aplicable en el ámbito de las competencias del Estado en materia de control de las DOP e IGP, estableciendo en primer lugar un apartado de principios generales de dicho régimen, y a continuación un catálogo de infracciones y sanciones a dichas infracciones. Destacamos del primer apartado el reconocimiento expreso del carácter de agentes de la autoridad a los organismos que realizan la inspección, como no es desconocido a otras normas de carácter administrativo, como la de la Ley de la cadena alimentaria. Dichos agentes levantarán acta de inspección en sus actuaciones de control. Este capítulo prevé asimismo en su artículo 29 la posibilidad de que las autoridades competentes adopten medidas cautelares así como el procedimiento para decretarlas. Se prevé así por ejemplo la posibilidad de que el inspector, por razón de urgencia, inmovilice productos, envases o etiquetas relacionados con alguna potencial infracción grave o muy grave.

El catálogo de infracciones se regula en los artículos 30 a 32 de la Ley. Las infracciones quedan clasificadas como leves, graves y muy graves, y fijándose las sanciones a las infracciones, en el artículo 34, del siguiente modo: (a) las infracciones leves serán sancionadas con un apercibimiento o multa de hasta 2.000 pudiendo rebasarse este importe hasta alcanzar el valor del beneficio ilícito obtenido o de las mercancías o productos objeto de infracción, (b) las infracciones graves serán sancionadas con multa comprendida entre 2.000,01 y 30.000,00 euros, pudiendo rebasarse esta cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor del beneficio ilícito obtenido, o de las mercancías o productos objeto de infracción, y (c) las infracciones muy graves serán sancionadas con multa comprendida entre 30.000,01 y 300.000 euros, pudiendo rebasarse esta cantidad hasta alcanzar el décuplo del valor del beneficio ilícito obtenido, o de las mercancías o productos objeto de infracción. También se plantean sanciones accesorias, por ejemplo, cuando las infracciones graves sean cometidas por operadores acogidos a DOP o IGP, en cuyo caso podrá imponerse como sanción accesoria la pérdida

temporal del uso de las mismas por un plazo máximo de tres años. Si se tratase de infracciones muy graves, podrá imponerse como sanción accesoria la pérdida temporal por un plazo máximo de cinco años.

Entre el catálogo de infracciones leves se encuentran, a título de ejemplo, las infracciones el suministro incompleto a la Administración competente de la información necesaria para las funciones de inspección (siempre que su obstaculización no se califique de infracción grave o muy grave). Constituye también una infracción grave, por ejemplo, el incumplimiento de las normas específicas de la DOP e IGP sobre características, etiquetado o conservación del producto, considerándose en cambio una infracción muy grave la ausencia en las etiquetas del producto en cuestión de los elementos suficientes para diferenciar claramente su calificación y procedencia. También se prevén en el mismo artículo las infracciones de los organismos de control y de las entidades de gestión. Resaltar asimismo que la disposición adicional séptima de la Ley introduce un catálogo específico de infracciones y sanciones en materia de declaraciones obligatorias y contratos en el sector de la leche y los productos lácteos -sin perjuicio del régimen particular de cada Comunidad Autónoma-, por los incumplimientos de la normativa aplicable en el sector de la leche y los productos lácteos, derivada del arriba referido Reglamento europeo 1308/2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios. Así pues, esta disposición adicional de la Ley recoge como infracción la no presentación –o presentación incompleta o inexacta- de las declaraciones obligatorias de compra de leche cruda

En este capítulo relativo a inspección y al régimen sancionador también se prevé la posibilidad de graduación de las sanciones, así como las normas de prescripción y caducidad de las infracciones y las acciones correspondientes, y el órgano administrativo encargado de imponer las sanciones (que variará en función de la cuantía de las mismas).

10. Tras haber expuesto las novedades principales que introduce la Ley de DOP e IGP, considero interesante para el lector finalizar el artículo con algunos datos prácticos referentes a DOP e IGP de ámbito supra-autonómico, para resaltar la relevancia de estas figuras en términos económicos. Según fuentes del MAGRAMA (véase el resumen publicado acerca de la aprobada Ley de DOP e IGP en la página web de dicho Ministerio con fecha de 30 de abril de 2015), en España existen 332 DOP e IGP registradas, de las cuales 12 son de ámbito territorial supra- autonómico, entre las que se encuentran (a) cuatro de vino (DOP Cava, DOP Rioja, DOP Jumilla e IGP Ribera del Queiles), (b) dos de jamón (DOP Guijuelo y DOP Jamón de Huelva), (c) dos de queso (DOP Idiazábal e IGP Queso de los

Beyos), (d) dos de carne (IGP Carne de Ávila e IGP Cordero Segureño) y (e) una de hortalizas (IGP Espárrago de Navarra), siendo el valor económico de las mismas en vino 1.579 millones de euros, lo que representa el 60% del total de los vinos con DOP y en productos no vínicos 120,6 millones de euros, lo que supone el 12,5% del total de estos productos con DOP o IGP.

LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD. LA FALTA DE PREVISIÓN ESTATAL FRENTE A LA AUTONÓMICA

THE PUBLIC SERVICE TELEVISION FINANCING THROUGH ADVERTISEMENT. THE STATE REGULATION OPPOSED TO THE REGIONAL REGULATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 679-692.

Fecha entrega: 20/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

BELÉN ANDRÉS SEGOVIA
Becaria en la Consellería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Generalitat Valenciana.
Doctoranda en el Departamento de Derecho Administrativo.
Universitat de València
Belen.Andres@uv.es

RESUMEN: En el presente trabajo analizaremos como desde la Unión Europea se prevé un sistema para la financiación de las televisiones públicas que deberán seguir los Estados miembros y como de forma paulatina han ido aplicando estas políticas, con especial referencia al caso español. En este sentido, destacaremos la figura de la publicidad, como una vía de financiación de la televisión pública autonómica, y que pese a su tradición jurídica, la televisión pública estatal ha desistido de la misma. Así pues, nos ocuparemos de las consecuencias jurídicas que esta decisión ha supuesto y si la misma se adecúa a la regulación europea.

PALABRAS CLAVE: publicidad, financiación, televisión pública, comunicación audiovisual, interés general.

ABSTRACT: The aim of this paper will look at as a system of financing of public television channels in Member States is expected from the European Union and how gradually have been applying these policies, with particular reference to the spanish case. In this sense, we will highlight the figure of advertising, as a way of funding of the regional public television, and that despite their legal tradition, the State public television has withdrawn it. So, we will deal with the legal consequences that this decision has meant and if it fits the European regulation.

KEY WORDS: advertising, funding, public television, audiovisual communication, public interest.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas.- 2. La financiación de la televisión pública en el ámbito europeo.- 3. El modelo de financiación de la televisión pública estatal y autonómica.- 4. La publicidad como fuente de financiación.- 5. El nuevo modelo de financiación en tiempos de crisis.- 6. La externalización como alternativa a la financiación de la televisión pública.- 7. Conclusión.

1. En el ámbito europeo, el debate en torno a la televisión pública y su financiación es de plena actualidad. Así pues, durante tres décadas la televisión ha devenido en una polémica entre, por un lado, los defensores del mantenimiento de la televisión como un sector sometido a los requisitos que configuran el servicio público, el denominado 'modelo europeo', y por otro lado, los partidarios del libre mercado, o dicho en otros términos, el 'modelo americano'. Es decir, encontramos quienes defienden el audiovisual público como un modelo 'dépassé', que debía ser reemplazado completamente por un mercado 'libre' y 'des-regulado' y sus detractores que por el contrario, lo entendían como un instrumento de carácter esencial en el desarrollo cultural, social y político, cuya permanencia resulta esencial, en el seno de una sociedad democrática. En este este sentido, los defensores de este segundo sistema, pretenden su configuración como un medio en sí mismo que permite garantizar la cobertura de una serie de contenidos y de este modo poder satisfacer las necesidades de los operadores privados que no tendrían por qué cubrir la información con un carácter óptimo, ya que su objeto principal es el beneficio empresarial. En suma, la vocación de servicio público, frente al modelo americano de industria en manos de los intereses de los privados que quedan supeditados a las leyes propias del mercado.

2. En este contexto, la determinación de la configuración económica y competencial del sector televisivo en Europa, viene marcado por una larga tradición de entidades públicas que actuaban en régimen de monopolio, y que con el tiempo, ha pasado a centrarse no en el maniqueísmo de servicio público o mercado sino en la búsqueda del equilibrio entre la prestación de un servicio público y las reglas del mercado. En este sentido, el sector audiovisual, durante estas décadas ha experimentado importantes cambios. Como ya se ha señalado, el servicio público de televisión era una actividad reservada a la que confiaban su gestión a empresas públicas en régimen de monopolio, debido a su arraigo e importancia tanto política, social, cultural y sobre todo al limitado número de frecuencias disponibles para la prestación de sus contenidos, lo cual suponía grandes desventajas para el posible acceso

al mercado. No obstante, a finales de la década de los 70, la evolución económica y técnica facilitó a los Estados Miembros la apertura al proceso de privatización y la concesión a nuevos operadores en régimen de competencia con las ya existentes. Así pues, el establecimiento de la competencia, así como la nueva presencia de operadores financiados por el Estado en este nicho de mercado, genero un debate no finalizado, sobre el principio de igualdad de trato entre los operadores y la necesidad u obligación del mantenimiento de los diferentes sistemas de financiación pública creados en favor de los servicios públicos de televisión.

3. El tratamiento de la televisión pública y su financiación escapa del ámbito estrictamente técnico y se adentra en cuestiones que muestran connotaciones de carácter político. La mera consideración de la televisión pública como un instrumento necesario y legítimo que coadyuva a las necesidades democráticas, sociales, culturales y que fomenta el pluralismo de los medios de comunicación, hacen de éste, un sector fuertemente intervenido por los poderes públicos. Del mismo se deduce, la relación dialéctica entre la Comisión Europea, guardiana de los Tratados, y los diferentes Estados miembros, que pretenden la regulación de la cultura y la diversidad lingüística en su territorio, así como el respeto a los derechos fundamentales tales como la libertad de expresión e información y el pluralismo político y social. A ello se suma, el constante debate por parte de los medios privados en materia de financiación pública planteado a la Comisión para controlar 'la competencia desleal' de las televisiones públicas amparadas en una doble financiación de la mayoría de ellas. En este sentido, tradicionalmente, la Comisión había sido cauta limitándose a pedir la información que precisaba a los Estados miembros sobre el contenido de las quejas basadas -en su mayoría- en la financiación de las diferentes televisiones públicas [En este sentido, el sistema imperante de financiación en Europa es de carácter mixto. Por tal se entiende, el sistema de financiación mediante fondos públicos e ingresos comerciales. Fondos públicos como compresivos del canon -tarifa que grava la tendencia de aparatos receptores de radio y televisión o prima sobre el consumo de energía eléctrica- como las aportaciones públicas directas o indirectas -como avales, asunción de deudas u otras- a las radiotelevisiones públicas europeas. Ingresos privados, que incluyen la publicidad, el patrocinio, el pago pro abonado, y la comercialización y venta de programas, productos o servicios].

En base a estos argumentos, se han producido diferentes resoluciones que intentan proporcionar un matiz de claridad ante las posibles irregularidades. Así pues, la sentencia de 11 diciembre 1995, T-95/1996, de Gestevisión Telecinco y la sentencia de 20 febrero 1996, T-17/1996, TF1, ambas del

Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, ante la inactividad de la Comisión en pronunciarse sobre las peticiones de la Televisión privada española Gestevisión Telecinco S.A. y la francesa TF1. En su argumentación se constata la incompatibilidad de la financiación de sendas televisiones públicas con las disposiciones del mercado común, con especial violación al artículo 87.1 del Tratado. A su vez, se enfrenta al complejo problema de delimitar hasta qué punto las televisiones públicas denunciadas ofrecen un servicio de carácter público y en consecuencia si le fuera de aplicación el artículo 73 del Tratado, en materia de compatibilidad de las ayudas. Finalmente, la sentencia falló a favor de la Comisión, por cuanto determinó que las medidas estatales controvertidas no constituían ayudas o no debían en su caso, considerarse como tal, pero sin embargo eran compatibles con el mercado común, o bien, era preciso incoar un procedimiento de examen previsto por el Tratado. La sentencia sería recurrida en casación por Francia y por la propia Comisión, a los que posteriormente se unió España y que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 julio 2001 (asuntos C-302/99 y C-308/99), desestimando el fallo las pretensiones de la parte actora y condenándolas, a su vez, en costas.

4. Siguiendo en este orden de ideas, tras las negociaciones del Tratado de Ámsterdam, los Estados miembros impulsaron la inclusión de un 'Protocolo' que a pesar de las reticencias iniciales de determinados países y de las presiones del lobby de las televisiones privadas, se alcanzó un consenso por el que se incorpora al Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997, un texto que permite la interpretación de la libre competencia titulado 'Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados'. En este sentido, se encuentran tres posiciones en el seno del Protocolo entre quienes interpretan; por un lado, que equivale a una excepción de esta materia en la política comunitaria, en especial en cuanto a la competencia, por otro lado, que no aporta nada novedoso a la situación existente; o en su caso, quienes afirman que, la normativa de concurrencia no queda afectada por el mismo de forma sustancial. No obstante, ante la falta de pronunciamiento jurisprudencial sobre el fondo del asunto y las discrepancias existentes entre las autoridades nacionales y comunitarias [véase en este sentido, la interpretación otorgada por la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros de 25 enero 1999 ya que clarifica la interpretación que se le da al propio Protocolo al afirmar que 'es un deseo unánime de todos los Estados miembros reforzar el papel del sistema de la radiodifusión pública'] provoca que la Comisión realice su propio pronunciamiento en este sentido, mediante la publicación de la 'Comunicación sobre la aplicación de las normas de ayudas estatales a los

servicios públicos de radiodifusión' a través de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 noviembre 2002 (asunto C-320/5). Así pues, la idea matriz que oscila en este sentido, parte de dos premisas: en primer lugar, de la financiación de los organismos de radiotelevisión pública como ayudas de Estado y, en segundo lugar, su examen y aceptación es de competencia comunitaria. En este segundo aspecto, la publicidad adquiere un papel relevante ya que los diferentes entes de televisión de carácter público, que tengan la autorización de vender espacios publicitarios, pueden disponer de un efecto transfronterizo, en particular en aquellas zonas lingüísticas homogéneas [Países europeos afines que comparten idioma tales como Bélgica y Francia, o en su caso, Irlanda y Gran Bretaña] que se extienden por encima de las fronteras nacionales.

5. Establecido el carácter que identifica a estas ayudas, la Comisión estudia la relación de las mismas con los preceptos correspondientes a los cuales se podría acoger. A estos efectos, encontramos en primer lugar, las ayudas preexistentes. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 9 agosto 1994, en el caso de Namur-Les Assurances du Crédit S.A. contra Office National du Ducroire y Estado Belga (asunto C-44/93), muestra como se ha pronunciado en el sentido que, la Comisión comprueba, caso por caso, si en el marco jurídico en el que se otorga la ayuda ha experimentado cambios desde que se produjera su incorporación y así poder valorar los elementos jurídicos y económicos vinculados a las televisiones públicas del Estado miembro en cuestión. En segundo lugar, si las ayudas son compatibles con arreglo al artículo 87 del Tratado (actual art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), donde cabe señalar que el Protocolo establece una distinción entre las necesidades culturales, sociales y democráticas de cada sociedad, por lo que sólo quedaría cubierta por esta excepción la financiación que tenga como destino, objetivos culturales y no otras necesidades de carácter político y social. En tercer lugar, aspectos compatibles con el artículo 86 del Tratado, debido a la importancia de los servicios de interés general para la 'cohesión social y territorial', y la necesidad de velar por que dichos requisitos 'actúen conforme a principios y condiciones que les permita cumplir su cometido'. Así pues la interpretación de este artículo debe valorarse de forma muy restrictiva por cuanto se deberá comprobar, ante este escenario, caso por caso: que existe una definición oficial de servicio público, que sea tan exacta como sea posible, inequívoca a fin de garantizar la viabilidad del eficaz control de sus contenidos, en caso de no extender su concepto a la idea de servicio público, que se pueda encajar en torno al mismo.

Adicionalmente, el papel de la Comisión en cuanto a la definición del servicio se debe limitar al control de errores manifiestos, debe tener como misión encargar de forma explícita la provisión del servicio a la empresa en cuestión mediante un acto de derecho público. Asimismo, que el servicio público se preste efectivamente y que una autoridad competente o un organismo designado, determine su aplicación. En conclusión, la relevancia del Protocolo estriba en que legitima la financiación pública, siempre que la misma tenga como destino último la financiación de un servicio público, mientras que por otro lado, defiende la competencia de los Estados miembros para definir, atribuir y organizar la función de servicio público. En tal caso, se considerará ilegítima cuando afecte a las condiciones del comercio y de la Comunidad en detrimento del interés común, dentro de un sistema 'dual' de medios de comunicación –donde conviven los entes públicos con los privados-.

6. A partir de las premisas marcadas por la Unión Europea, en materia de financiación de las televisiones públicas, los Estados miembros han ido sucesivamente adaptando estos postulados a sus legislaciones internas. Así pues, en España, la totalidad de los medios de comunicación en su origen, gozaban de un sistema de competencia económica de monopolio que de forma paulatina fue abriéndose a la oferta de entes privados. Ello responde a que dichos servicios, poseen una gran importancia jurídica, por cuanto se trata de soportes a través de los cuales se permite transmitir la libre expresión de ideas y opiniones (20.1.a) y d) de la CE), en los cuales se pretende que la información llegue hasta los usuarios que consumen los contenidos prestados por la misma. Ello no obstante, pese a que la Constitución, no prevé que sea preceptiva su prestación, se percibe como necesaria en el seno de la sociedad de la información. Ejemplo de tal afirmación la encontramos en el caso de la Comunitat Valenciana, donde ante la ausencia de prestación del servicio público de televisión, tras el cierre de Canal 9, mediante Iniciativa Legislativa Popular [En este supuesto, se logró un total de 90.000 firmas de las 50.000 requeridas por el art. 2 de la anterior Ley 5/1993, de 27 de diciembre, reguladora de la iniciativa legislativa popular de la Comunidad Autónoma Valenciana, ley que queda derogada en la actualidad, por la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, que se muestra más laxa respecto a su antecesora por cuanto a través de su artículo 2 prevé la reducción del número de firmas requeridas para su tramitación, pasando a establecerse en un total de 25.000 electores], a través de la cual se permitió la tramitación de la Ley 5/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, por la que se establecen los principios que deben configurar, en caso de que sea sostenible y viable desde

una perspectiva económica, la ulterior creación de un Servicio Público de Radiotelevisión Valenciana.

7. La configuración del modelo de financiación de la radio y televisión pública hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, se constituía en torno a dos vías fundamentalmente: una compensación por la prestación de servicio público y los ingresos derivados de la actividad comercial sujetos a los principios de mercado.

En cuanto a la primera vía de financiación determinada en esta clasificación, se puede extraer la existencia de subvenciones -previstas en los Presupuestos Generales del Estado, o en su caso, de la Comunidad Autónoma- que hacen posible la existencia de una televisión pública que permita la emisión de contenidos, que por sus características, no tienen un gran beneficio económico y por tanto, resultaría poco atractivos para su prestación por los entes privados.

La segunda vía de financiación corresponde a la publicidad, fuente en el que se centra el presente análisis puesto que, como tendremos ocasión de analizar a continuación, se trata de un sistema de financiación potestativa a través del cual se puede proceder a sufragar los gastos que son consecuencia de la prestación de estos servicios. No obstante, previo a un análisis exhaustivo de esta segunda vía de financiación, cabe destacar que este doble sistema de financiación planteaba determinadas dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la Competencia, desde la publicación de la Comunicación de la Comisión, sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión de 15 noviembre 2001 (DOCE C-320/5), en los que se fijaron los criterios necesarios para poder resolver el problema de financiación pública que recibían los organismos públicos de radiodifusión con el Derecho Europeo de la Competencia en relación a los artículos 87.1 y 86.2 TCE.

8. Así pues, desde un punto de vista jurídico, la alusión al término publicidad tiene un triple sentido: la publicidad de las normas, la publicidad institucional y por último, la publicidad comercial. No obstante, para el análisis que nos ocupa trataremos de forma diferenciada, la última de estas tres concepciones. Para sustentar esta tesis, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, hace referencia a esta tercera acepción por cuanto la define como el 'conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos', queda en este sentido justificado, el empleo

indistintamente de los términos publicidad o en su caso publicidad comercial, con el objeto de referirse a los mismos supuestos o fenómenos. Se trata en este caso de un medio, que a diferencia de cualquier otro tipo de comunicación tiene un propósito que excede las necesidades informativas. En este sentido, se pretende inducir al receptor a tomar una determinación frente al mensaje transmitido, cuyo fin es la venta de un determinado producto o servicio que se le presenta. Sin embargo, la realidad fáctica muestra como el empleo de este sistema de financiación es ausente desde un punto de vista Estatal, a sensu contrario de lo que sucede en el caso autonómico.

Tal determinación, es consecuencia de varios intentos para adecuar la legislación a las exigencias de la Comisión que culminaron con la aprobación de la Ley 17/2006, de Radio y Televisión de Titularidad Estatal, cuyo objeto era regular el nuevo régimen jurídico de Radio Televisión Española. Posteriormente, la entrada en vigor de la Ley 8/2009, de financiación de la Corporación, supone una gran novedad con respecto al sistema anterior, al renunciar definitivamente a los ingresos publicitarios y pasar a un sistema único de carácter estatal de financiación basado en los ingresos públicos [esta ley, fue desarrollada con posterioridad por el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto]. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció, tras la adopción de tal medida, en favor de la Corporación de RTVE, por cuanto aprueba esta vía unilateral de financiación de la televisión pública, a través de una Sentencia del Tribunal General [Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera), de 11 de julio de 2014, Asunto T-533/10]. En este sentido, el Tribunal desestima en su caso los recursos presentados por Telefónica y Digital +, a partir del cual, el Tribunal General considera que el sistema de financiación llevado a cabo por el ente RTVE que se puso en marcha tras el fin de la publicidad de la televisión pública, y que hasta la ley de 2009 era una de sus principales fuentes de ingresos, cumple de manera satisfactoria los postulados de la Unión en dicha materia [En este aspecto, el objeto del objeto un recurso de anulación de la Decisión 2011/1/UE de la Comisión, de 20 de julio de 2010, relativa al régimen de ayudas C 38/09 (ex NN 58/09) que España tiene previsto ejecutar en favor de la Corporación de Radio y Televisión Española (RTVE) (DO 2011, L 1, p. 9)]. Así pues se confirma, que España está cumpliendo el sistema de financiación de la televisión pública, sin entrar en detalle sobre su procedencia en el caso de la televisión pública autonómica.

9. Esta orientación debe ser considerada en el contexto de crisis económica por el que atraviesa el país, puesto que se trata de un aspecto que deberá valorarse en la determinación del modelo de financiación de la televisión

pública a seguir. En este sentido, la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, muestra una concepción general en esta materia, por cuanto determina: un conjunto de obligaciones de servicio público de carácter diferenciado (art. 9), que permite al Estado financiar con fondos públicos (arts. 4, 5 y 6), el grueso de las necesidades presupuestarias de la Radio y Televisión Española (en adelante RTVE). La norma se completa, con la exclusión de la publicidad televisiva (art. 7.1 LGCA), como posible fuente de ingresos derivados de su actividad. Tal y como apunta BOIX PALOP [ANDRÉS BOIX, A., 'Crisis y transformación del modelo de televisión autonómica en España en el contexto europeo', Revista de Derecho de la Unión Europea (2013), núm. 24, Madrid, pp. 174-175], se perciben dos problemas en este sentido.

En primer lugar, tiene relación con la ausencia de diferenciación sustancial entre los contenidos de la televisión pública estatal y de los operadores privados. Así pues, la consecuencia directa de la escasa financiación estatal de fondos públicos -referente a la primera vía para sufragar estos servicios prevista a estos efectos por los Presupuestos Generales del Estado- para financiar las televisiones públicas de carácter autonómico, les hace depender económicamente, en gran medida de la publicidad, lo que les sitúa en mejor posición para cumplir los objetivos marcados por la Unión Europea. El segundo problema existente, es de origen español y agravado por la LGCA, puesto que el Estado prevé una serie de ingresos de Derecho público para RTVE que plantean algunas dificultades. Este supuesto sería el referente a actividades públicas a priori semejantes, pese a la diferencia competencial -estatal y autonómica- que van a ser financiadas dependiendo de la titularidad del medio, partiendo de un caudal del cual dispone el Estado, que provoca que, este último, se encuentre en una posición de dominio. Estas consideraciones determinan que estamos ante un modelo de financiación de la televisión pública difícilmente compatible con los postulados europeos, y por lo tanto resulta complejo determinar –sin que induzca a la crítica- su aplicación desde un punto de vista interno. Esta afirmación encuentra su respaldo en que si el mandato del artículo 43.5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA) se exigiera a las Comunidades Autónomas tendría muchos problemas para poder proceder a la prestación de sus servicios puesto que, tendría ciertas dificultades económicas en cuanto a la adaptación a los costes. No obstante, el reconocimiento por parte de la LGCA del sector audiovisual autonómico (art. 40.2 LGCA), permite un desahogo en su prestación.

10. Una vez establecida la posibilidad estatal de acogerse a una única vía de financiación, la LGCA se centra en las Comunidades Autónomas y en este

sentido establece, que serán los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma quienes 'acuerden la prestación del servicio público de comunicación audiovisual determinarán los modos de gestión del mismo, que podrán consistir, entre otras modalidades, en la prestación del servicio de manera directa a través de sus propios órganos, medios o entidades, en la atribución a un tercero de la gestión indirecta del servicio o de la producción y edición de los distintos programas audiovisuales, o en la prestación del mismo a través de otros instrumentos de colaboración público-privada, de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, así como no discriminación e igualdad de trato. Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán acordar transformar la gestión directa del servicio en gestión indirecta, mediante la enajenación de la titularidad de la entidad prestadora del servicio, que se realizará conforme con los principios citados anteriormente' (art. 40.2 LGCA). Este artículo, supone a mi juicio un acierto, por cuanto permite, a cada Comunidad Autónoma el libre establecimiento, en virtud de su capacidad presupuestaria, del modo de gestión de los contenidos de las televisiones públicas adscritas a su ámbito geográfico.

11. Por último, con el fin de garantizar la adecuación de la actividad de los prestadores públicos autonómicos al marco de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Económica, se les impone una serie de obligaciones financieras, que incluyen:

- La fijación de un límite de gasto que no deberá rebasarse. El objeto es garantizar un mejor cumplimiento de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera –de modo que cada año, deberá aprobarse un límite máximo de gasto para el ejercicio económico correspondiente que no podrá ser rebasado, además de una memoria y un informe de gestión de sus cuentas anuales- (art. 43.8 bis).

- La referencia expresa al cumplimiento del equilibrio y sostenibilidad financieros en la memoria y el informe de las cuentas anuales. Los prestadores del servicio público de ámbito autonómico tienen la obligación de presentar antes del 1 de abril del año en curso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma, un informe que refleje la gestión del ejercicio inmediato anterior, con el objeto de ver su adecuación a la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

- La necesidad, en caso de desequilibrio financiero, de presentar una propuesta de reducción de gastos para el ejercicio siguiente igual a la pérdida o el déficit generado.

- El establecimiento por las Comunidades Autónomas de sistemas de control, incluidas auditorias operativas, que permitan la adecuada supervisión financiera de estos operadores. Las Comunidades Autónomas deben establecer un sistema de control, incluidas auditorías operativas, que garanticen la adecuada supervisión financiera de sus prestadores de titularidad pública, con especial atención al equilibrio y sostenibilidad presupuestaria. Por ello, la Ley General Audiovisual contempla las exigencias europeas sobre la recepción de ayudas públicas que reciben los organismos públicos de comunicación audiovisual.

Ello no evita, que sean distintas las leyes las que regulen, la televisión de carácter público en relación a su financiación en los diferentes ámbitos territoriales, que serán quienes deberán desarrollar y concretar lo dispuesto en esta Ley con carácter básico [MEDINA GONÁLEZ, S., 'La financiación de las televisiones públicas a la luz del derecho europeo de la competencia', Revista de Derecho de la Unión Europea (2013), núm. 24, Madrid, pp. 115-148]. Así pues, la responsabilidad respecto del nuevo modelo de televisión pública autonómica dependerá exclusivamente de cada Comunidad Autónoma, ya que será la misma la que adopte las decisiones en torno a la prestación del servicio público de televisión de ámbito regional, a partir de seguir las pautas correspondientes a su finalidad y coste.

12. Desde un punto de vista fáctico, y acogiéndose a Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se acude a una tercera opción, la externalización, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos. En este supuesto, se muestra como ante la insuficiencia de financiación que proviene de estas dos fuentes de ingresos, algunas televisiones públicas autonómicas han optado por esta vía. Así pues, ante el gran déficit acumulado, con la nueva Ley encontramos tres posibles respuestas al mismo. La primera posibilidad es la adoptada por algunas Comunidades Autónomas como Madrid y Castilla-La Mancha, que buscan en la privatización de los canales públicos una posible solución al mismo. Al mismo tiempo, en segundo lugar, Illes Balears [La Ley 5/2013, de 1 de octubre, audiovisual de las Illes Balears, en desarrollo del título contenido en el art. 31.7 del Estatuto, completa el régimen jurídico establecido en esta materia, integrado por la Ley 15/2010, de 22 de diciembre, del Ente Público de Radiotelevisión de las Illes Balears –que también se modifica-, y la Ley 2/2012, de 7 de junio, del Consejo Audiovisual], Canarias [Ley 13/2014, de 26 de diciembre, de Radio y Televisión públicas de la Comunidad Autónoma de Canarias] y Murcia [Ley 10/2012, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley 9/2004, de 29 de

diciembre, de creación de la empresa pública regional Radiotelevisión de la Región de Murcia], optaban por establecer una colaboración público-privada para hacer frente a la situación de decadencia económica. Por último, en tercer lugar, cabe destacar, el caso de Comunidades Autónomas con lengua propia, tales como Cataluña, País Vasco y Navarra, que apuestan decididamente por el carácter público en su programación, justificado en la inmersión lingüística y cultural de su comunidad, y que por lo tanto, no deben exponerse a los deseos de los intereses privados, sino que más bien han de ser una garantía en sí mismos.

13. En consecuencia, a pesar de la amplia libertad que concede el legislador mediante la LGCA a las Comunidades Autónomas para establecer las vías de financiación que crean por oportunas en su ámbito geográfico correspondiente, el endeudamiento que sufren estas televisiones públicas sigue siendo patente. No obstante, a diferencia de la televisión Estatal, las Comunidades Autónomas pueden valerse de la financiación a través de la publicidad, que les proporciona una cierta ventaja, frente a la figura estatal que determinará en última ratio las ayudas que considere otorgar a través de los Presupuestos Generales del Estado a estas, en la mayoría de los casos insuficientes. No obstante, la nueva vía que se abre con la Ley 6/2012, de modificación de la LGCA provoca que cada vez sea mayor el número de televisiones públicas autonómicas que vean en la gestión indirecta una vía para eludir los problemas financieros.

Así pues, las Comunidades Autónomas pueden afrontar esta situación externalizando contenidos y haciendo partícipe al sector privado de su gestión, pero conviene no olvidar que las normas europeas en este aspecto, con independencia de cómo se realice la gestión, requerirán una separación contable respecto de las actividades financiadas, que no deberán confundirse con los operadores privados. En este sentido, en España, la financiación se inclina en favor del ente Estatal, ya que puede emplear recursos públicos extraídos, de mercados como el audiovisual y las telecomunicaciones. En todo caso, la publicidad resulta clave para la financiación autonómica, en un sistema de regulación clara y establece tras varios años de dispersión normativa. Pese a ello, el debate sobre su procedente recuperación a nivel estatal sigue abierto, ya que el contexto crisis económica requiere que tarde o temprano se adopten medidas que conviertan en próspero el servicio de televisión pública, a favor del interés general.

LA AUTORIZACIÓN DE ESTUDIO Y TRABAJO A EXTRANJEROS EN ESPAÑA TRAS LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 2/2009 DE EXTRANJERÍA

THE AUTHORIZATION FOR FOREIGN STUDY AND WORK IN SPAIN AFTER THE REFORM OF THE ORGANIC LAW 2/2009 ON FOREIGNERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 693-670.

Fecha entrega: 20/06/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

NAYIBER FEBLES POZO
Abogado
feblespozo@gmail.com

RESUMEN: Las recientes modificaciones a la Ley de Extranjería en España, referentes a las personas extranjeras con autorización para realizar estudios en el territorio nacional, han implementado un cambio en relación a la estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicio de voluntariado que pueden ejercer los extranjeros en España. A través de las mismas las personas extranjeras titulares de una estancia de estudio y, cumpliendo con los requisitos establecidos en dicha normativa, pueden solicitar la correspondiente autorización de estudio y trabajo ante las oficinas de extranjería durante el tiempo que dure la estancia concedida para los estudios. Así como, la posibilidad de modificación de su estatus legal de estancia por estudios al permiso de residencia y trabajo posterior a los tres años de estancia en territorio español, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en la presente normativa de extranjería, a la cual nos referiremos en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: visado de estudio, estancia, investigación, trabajo.

ABSTRACT: The recent amendments to the Immigration Law in Spain, concerning foreigners with permission to study in the country, have implemented a change in relation to the student residence, mobility of students, not working practices and volunteer service they can exert foreigners in Spain. Through them foreigners who hold a study stay and meet the requirements imposed by that legislation may request authorization to work and study at immigration offices during the duration of stay granted for studies. As well as the possibility of amending its legal status student residence to residence and later work after three years of stay in Spanish territory, provided the required conditions are met in the present law relating to aliens, which we refer in this paper.

KEY WORDS: study visa, stay, research, work.

SUMARIO: 1. Concepto y regulación normativa del visado por estudio en España. 2. Requisitos que deben cumplir todas las personas extranjeras que pretendan obtener un visado de estudio en España. 3. El trabajo del titular de una autorización de estancia. 4. La estancia por estudios, investigación, formación o prácticas y la situación de residencia.

1. El capítulo II del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, publicado en BOE núm. 103 de 30 de Abril de 2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, tiene como título "Autorización de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado", estableciendo que será titular de una autorización de estancia el extranjero que haya sido habilitado para permanecer en España por un periodo superior a noventa días con el objetivo o fin único y principal de llevar a cabo una actividad de carácter no laboral, reconociendo lo siguiente;

a. Realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios.

b. Realización de actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de investigadores.

c. Participación en un programa de movilidad de alumnos, para seguir un programa de enseñanza secundaria y/o bachillerato en un centro docente o científico oficialmente reconocido.

d. Realización de prácticas no laborales en un organismo o entidad pública o privada.

e. Prestación de un servicio de voluntariado dentro de un programa que persiga objetivos de interés general.

Por lo que teniendo en cuenta lo anterior, el visado de estudios incorporará la autorización de estancia y habilitará a la persona extranjera a permanecer en España en situación de estancia. Con el objetivo de llevar a cabo la realización de la actividad para la cual se le ha concedido el correspondiente visado.

La duración de la estancia coincidirá con la duración de la actividad por la que se concedió la autorización, con el límite de un año. La autorización de

estancia podrá prorrogarse anualmente mediante la acreditación de los requisitos exigidos. Además de la superación de las pruebas o requerimientos necesarios para la continuidad de sus estudios o investigación.

La prórroga deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de la vigencia de la autorización. La persona interesada deberá dirigirse a la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia donde desarrolla la actividad. Con la presentación de la solicitud en ese plazo, se prorroga la validez de la autorización anterior hasta que termine el procedimiento. Igualmente se producirá la prórroga hasta la resolución si el extranjero la presenta dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización.

2. El artículo 38 del RD 557/2011, establece los requisitos exigidos a los extranjeros que pretendan obtener un visado de estudios, destacándose con carácter general y para todas las actividades mencionadas anteriormente, los siguientes; serán estudiados por la Misión diplomática u Oficina consular, si el extranjero fuera menor de edad, y cuando no venga acompañado por padres o tutores y no se encuentre bajo el supuesto del art. 189 del citado Reglamento (RD 557/2011), estar autorizado por éstos para el desplazamiento a España. Con el objeto de realizar la actividad de que se trate, con constancia del centro, organización, entidad y organismo responsable de la actividad y período de estancia previsto. Deberá tener garantizados los medios económicos necesarios para sufragar los gastos de estancia y regreso a su país. Realizar el abono de la tasa por tramitación del procedimiento. Contar con un seguro médico público o privado concertado con una entidad aseguradora autorizada para operar en España.

Y cuando la duración de la estancia supere los seis meses, la persona solicitante de la misma necesitará acreditar que no padece de enfermedad que pueda tener repercusiones graves en la salud pública, lo cual será acreditado mediante certificación médica. Además, cuando se trate de solicitantes mayores de edad penal, los mismos deben carecer de antecedentes penales en sus países de residencia anteriores durante los últimos cinco años, por cualquier delito previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que será acreditado mediante el certificado de antecedentes penales, otorgado a través de los organismos correspondientes a tal efecto.

Respecto a la correspondiente Oficina de Extranjería en España, cuando se trate de solicitudes presentadas por personas mayores de edad penal y para

estancias superiores a seis meses, se deberá valorar que carecen de antecedentes penales en España, durante los últimos cinco años.

Además de los requisitos anteriores, será necesario el cumplimiento de otros específicos, que serán valorados por la Oficina de Extranjería: realización o ampliación de estudios, es decir, haber sido admitido en un centro de enseñanza autorizado en España; realización de actividades de investigación o formación; participación en un programa de movilidad de alumnos; realización de prácticas no laborales, en el marco de un convenio firmado con un organismo o entidad pública o privada; prestación de servicio de voluntariado.

3. El art. 33.4 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que los extranjeros admitidos con fines de estudio, prácticas no laborales o voluntariado, podrán ser autorizados a realizar una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, siempre y cuando ello no limite ni obstaculice el seguimiento de los estudios o actividad asimilada por parte del interesado.

El desarrollo reglamentario mediante el RD 557/2011, establece que éstos podrán ser autorizados a realizar actividades laborales en instituciones públicas o entidades privadas cuando el empleador, como sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización de trabajo y los requisitos previstos en el art. 64 RD 557/2011.

Las actividades deberán ser compatibles con la realización de los estudios y/o prácticas no laborales. En cuanto a los ingresos obtenidos no podrán tener el carácter de recurso necesario para el sustento o estancia del extranjero, ni se considerarán o tendrán en cuenta para la prórroga de estancia.

El contrato de trabajo deberá formalizarse por escrito y como contrato a tiempo parcial. Si es a jornada completa, la duración no superará los tres meses y no podrá coincidir con los periodos de realización de estudios, investigación, prácticas no laborales o voluntariado.

La vigencia de la autorización para trabajar será la misma que la del contrato y, en ningún caso, superior a la duración de la autorización de estancia. La pérdida de vigencia de dicha autorización será causa de extinción de la autorización para trabajar. Éstas últimas se podrán prorrogar si subsisten las

circunstancias que motivaron la concesión anterior, siempre que se haya obtenido la prórroga de la autorización de estancia.

Las autorizaciones que se concedan no tendrán limitaciones geográficas, salvo que la actividad lucrativa coincida con el período lectivo; en tal caso, se limitará al ámbito territorial de residencia de su titular.
Las autorizaciones para trabajar se renovarán si subsisten las circunstancias que motivaron su concesión anterior, siempre y cuando se haya obtenido la renovación de la estancia por investigación o estudios.

4. Los extranjeros que se encuentren en España para realizar o ampliar estudios, actividades de investigación, formación o prácticas no laborales, podrán obtener la autorización de residencia y trabajo sin necesidad de solicitar visado cuando el empleador, que es el sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización y cumpla con los requisitos exigidos en el art. 64 RD 557/2011.

En relación con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar, será necesario que;

a. La situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero en los términos previstos en el artículo 65 del Reglamento.

b. El empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo, que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. La fecha de comienzo del contrato deberá estar condicionada al momento de eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

c. Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad. En el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual.

d. Que el empleador solicitante haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

e. El empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador en los términos establecidos en el artículo 66 de este Reglamento.

f. El trabajador tenga la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.

g. Se haya abonado la tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta ajena.

Además deberá acreditarse que la persona extranjera a ha permanecido en España durante al menos tres años como titular de una autorización de estancia; que ha superado los estudios, o ha concluido el trabajo de investigación, la formación o las prácticas con aprovechamiento y no haber sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo español o del país de origen.

El requisito de la permanencia en España de al menos tres años como titular de una autorización de estancia tiene las siguientes excepciones:

a. Extranjeros que hayan superado el periodo de ejercicio profesional en prácticas y/o el periodo complementario de formación contemplado en la normativa reguladora de las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea. En este supuesto, la autorización de estancia adquirirá el carácter de autorización provisional de residencia y trabajo por cuenta ajena, una vez admitida a trámite la solicitud de modificación, y hasta que se resuelva el procedimiento. La denegación de la modificación supondrá la automática pérdida de vigencia de la autorización provisional, sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso.

b. Extranjeros en posesión del título homologado de Licenciado en Medicina, siempre que la actividad a desarrollar tras la modificación sea su acceso a la escala de complemento del Cuerpo Militar de Sanidad.

Una vez analizados los elementos anteriores y a modo de conclusión, consideramos importante resaltar que los extranjeros admitidos con fines de estudio, prácticas no laborales o voluntariado, podrán ser autorizados a realizar una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, siempre y cuando ello no limite ni obstaculice el seguimiento de los estudios o actividad asimilada por parte del interesado. Además podrán ser autorizados a realizar actividades laborales en instituciones públicas o entidades privadas cuando el

empleador, como sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización de trabajo y los requisitos necesarios, siempre que las actividades sean compatibles con la realización de los estudios y/o prácticas no laborales.

El contrato de trabajo deberá formalizarse por escrito y como contrato a tiempo parcial. Si es a jornada completa, la duración no superará los tres meses y no podrá coincidir con los periodos de realización de estudios, investigación, prácticas no laborales o voluntariado. La vigencia de la autorización para trabajar será la misma que la del contrato y, en ningún caso, superior a la duración de la autorización de estancia. La pérdida de vigencia de dicha autorización será causa de extinción de la autorización para trabajar.

EL INSTRUMENTO ESENCIAL EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL: LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL MODELO DE CONVENIO PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL DE LA OCDE, ONU Y COMUNIDAD ANDINA

THE FUNDAMENTAL INSTRUMENT IN INTERNATIONAL TAXATION: THE DOUBLE TAX TREATIES. DIFFERENCES AND SIMILARITIES AMONG THE OECD, UN AND ANDEAN COMMUNITY MODEL CONVENTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 701-716.

Fecha entrega: 04/06/2015
Fecha aceptación: 01/07/2015

JOSÉ CARLOS PEDROSA LÓPEZ
Becario del Departamento de Derecho Público del Estado.
Doctorando en Derecho Financiero y Tributario
Universidad Carlos III de Madrid
jpedrosa@der-pu.uc3m.es

RESUMEN: El artículo destaca la importancia de los Convenios de Doble Imposición en el contexto de la fiscalidad internacional. Actualmente existe una red mundial de más de 3000 Convenios y la gran mayoría se basan en el Modelo de Convenio de la OCDE o en el Modelo de Convenio de Naciones Unidas. Siguiendo un eje cronológico, el artículo expone desde su origen el Modelo de Convenio de la OCDE, de la ONU y de la Comunidad Andina. También destaca sus principales diferencias y semejanzas y explica su finalidad, estructura y principios rectores.

PALABRAS CLAVE: convenio de doble imposición, modelos de convenio OCDE, modelo de convenio ONU.

ABSTRACT: The article highlights the importance of Double Tax Treaties in the context of International Taxation. At the present time, there is a worldwide network of over 3000 Tax Treaties and the vast majority are based on the OECD Model Convention or on the UN Model Convention. Following a chronological axis, the article exposes, since its inception, the OECD, UN and Andean Community Model Convention. It also highlights the main differences and similarities among them and explains their purposes, structures and guiding principles.

KEY WORDS: double tax treaties, OECD model convention, UN model convention.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El surgimiento de los Modelos de Convenios.- 3. La fuerza normativa de los Modelos de Convenio.- 4. Análisis cronológico.- 5. El Modelo de Convenio de la OCDE.- 6. El Modelo de Convenio de la ONU.- 7. El Modelo de Convenio de EEUU y el Modelo de Convenio de la Comunidad Andina.- 8. Principios rectores de los Modelos de Convenio.- 9. Estructura principal de los Modelos de Convenio.- 10. Diferencias y semejanzas entre Modelos de Convenio.- 11. Conclusiones.

1. A modo de introducción, hay que resaltar que en la actualidad existen más de 3000 convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal. Los convenios fiscales bilaterales se han convertido en el principal instrumento en el contexto de la fiscalidad internacional, son el mecanismo idóneo para distribuir las potestades sobre la renta entre los Estados contratantes y son considerados el principal instrumento para el establecimiento de cláusulas concretas en relación al tratamiento fiscal que cabe otorgar a una renta, entidad u operación.

La gran mayoría de los convenios están basados en el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en lo sucesivo, MC OCDE) o en el Modelo de Convenio de la Organización de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, MC ONU). Estos actúan como prototipo o guía para las negociaciones entre los dos Estados contratantes. Además remitiéndose a los mismos, se consigue cierto grado de estandarización y armonización entre los convenios fiscales firmados por los Estados signatarios.

2. La razón del surgimiento de los Modelos de Convenio es la misma que la principal finalidad por la que en la actualidad los Estados recurren a su utilización. Su razón más consistente se explica remitiéndose a los mecanismos que proponen para evitar situaciones de doble imposición internacional. La doble imposición internacional entendida como la imposición de gravámenes por parte de dos o más Estados sobre los mismos ingresos en una misma persona y en un mismo periodo de tiempo, este fenómeno se consideraba una traba al comercio exterior y un freno a la internacionalización de las empresas.

La intención de crear mecanismos de carácter vinculante entre dos Estados contratantes no fue una tarea fácil pero sí era necesaria para adaptarse al incremento incesante de las relaciones internacionales entre los Estados.

Las fronteras económicas se iban derrumbando ante el dinamismo de la economía y las empresas aumentaban su presencia a nivel transnacional, lo cual creó la necesidad de adaptarse a los cambios y al fenómeno de la globalización e internacionalización económica.

3. Los Modelos de Convenio nunca han sido una norma vinculante para las partes, son documentos meramente orientativos, prototipos o guías para las negociaciones de los Estados contratantes a los que se les acuña el término de Derecho en agraz o como se denominan en la literatura anglosajona *"Soft Law"*.

Por el contrario, los contratos o acuerdos bilaterales para eliminar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal firmados por los Estados contratantes, sí que normas vinculantes para las partes.

4. Siguiendo el eje cronológico se puede analizar el surgimiento de los Modelos de Convenio, comprender por qué eran necesarios, su finalidad y su evolución a lo largo de la historia.

El Convenio para evitar la Doble Imposición Internacional (en lo sucesivo, CDI) entre Reino Unido y Suiza firmado en Cantón de Vaud (Suiza) en 1872, es un referente histórico al ser considerado oficialmente por la Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) como el primer acuerdo bilateral firmado entre dos Estados. Independientemente de que la única finalidad del convenio era prevenir la doble imposición en materia de impuestos sobre sucesiones [JOGARAJAN, S.: "The conclusión and termination of the "First" double taxation treaty", *British Tax Review*, (2012), vol. 3, p. 283.].

Años más tarde, el 21 de junio de 1899 se firmó entre Austria y Prusia el primer convenio para evitar la doble imposición internacional de un modo más global y completo.

No obstante, estos son momentos aislado en la historia de los CDIs, el verdadero punto de inflexión surgió a partir de 1920. La Comisión de Crédito Internacional en la Conferencia Financiera Internacional en 1920 solicitó por primera vez a la Sociedad de Nacionales la necesidad de

enfrentarse a la problemática presentada por el fenómeno de la doble imposición internacional. Ante la innegable necesidad de abordar los problemas y las trabas que este fenómeno presentaba para la comercialización exterior, el incremento de las relaciones económicas de los Estados y la expansión de las empresas, el Comité Financiero de la Sociedad de Naciones en 1921, se encargó de seleccionar a 4 economistas expertos en el ámbito fiscal internacional, para que diseñasen un convenio que lidiase con el problema del sometimiento a gravamen de la misma renta en dos Estados distintos.

Bruins, Einaudi, Seligman y Stamp, los cuatro economistas expertos presentaron el proyecto que abarcaba las principales cuestiones de la fiscalidad internacional, un par de años posteriores, en 1923.

Prácticamente a la vez, en 1922, también en el seno de la Sociedad de Naciones, se convocó a expertos de seis países (Clavier- Bélgica, Blau-Suiza, d´Aroma-Italia, Damste-Paises Bajos, Percy Thompson-Reino Unido, Baudouin-Bugnet- Francia), para que estudiasen los principales problemas presentados por la fiscalidad internacional y elaborasen un borrador para eliminar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal.

Tanto el Comité de los Cuatro Economistas como el Comité de Expertos Fiscales, cuyo trabajo se presentó en 1925, llegaron a la misma conclusión. Afirmaron que se debía de llevar a cabo un reparto del poder tributario a efectos de la eliminación de la doble imposición entre el país de residencia y el país de la fuente.

En octubre de 1928, La Liga de Naciones aprobó por primera vez un modelo global para la eliminación de la doble imposición internacional en materia de renta, asimismo adoptaron los modelos relativos a la imposición sobre sucesiones, asistencia mutua y asistencia judicial en la recaudación de tributos.

No obstante y pese a que en 1930 y 1935 se presentasen dos borradores de modelo que nunca fueron aceptados, hubo que esperar hasta 1943 y 1945 para notar un cambio y avance en cuanto a estructura y contenido. No obstante, ninguno de estos dos fue aceptado por unanimidad porque todavía presentaban lagunas y contradicciones sobre las principales cuestiones de la fiscalidad internacional [SERRANO ANTÓN, F.: "La modificación del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: La eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los servicios

profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las *partnerships*", *Instituto de Estudios Fiscales*, (2002), núm. 5, pp. 6-8].

Tanto el "Modelo de México" en 1943 como el "Modelo de Londres" en 1946 fueron escasamente aceptados.

Durante los años siguientes desarrollo un papel fundamental la Organización Europea de Cooperación Económico, constituida en 1948 y conocida por sus siglas, OECE. Aunque su actuación fue breve resultó decisiva como organización internacional para coordinar el Plan Marshall.

5. En 1960 la OECE se reinventó en la actual Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en lo sucesivo, OCDE). Siguiendo con el estudio y la necesidad de perfeccionar los modelos de convenio anteriores, la OCDE publicó su primer modelo de convenio en 1963, titulado *"Proyecto de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio"*. Este mejoró los anteriores tratando de armonizar tanto las definiciones y principios básicos como las reglas para alcanzar una interpretación y aplicación de los métodos común.

No obstante, la Organización era consciente de las contradicciones y carencias que el modelo de convenio de la OCDE seguía presentando. Durante la siguiente década el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE trató de perfeccionarlo y adaptarse a las variaciones en las economías domésticas, la creación de nuevos sectores industriales, el incremento del fenómeno de la globalización e internacionalización económica y el aumento de las relaciones políticas y comerciales entre los Estados. Dichos factores dieron lugar a un nuevo MC OCDE que se publicó en 1977 junto a sus Comentarios.

Los Comentarios de cada MC OCDE siempre han jugado un papel relevante en la interpretación y entendimiento de los artículos constituyentes del convenio. Cada uno de los artículos posee sus propios Comentarios para ilustrar sus disposiciones. Los Comentarios con el paso del tiempo han adquirido especial importancia en el ámbito del Derecho fiscal internacional y aunque no son instrumentos jurídicamente vinculantes, sí que son una referencia para interpretar y aplicar el contenido del MC OCDE.

Hasta la actualidad, de una manera constante se han publicado nuevos MC OCDE. El Comité de Asuntos Fiscales adoptó el concepto de un Modelo de Convenio "dinámico" que permite actualizaciones y modificaciones periódicas y puntuales, sin esperar a una revisión completa. De esta manera

consigue adaptarse a las principales cuestiones de la fiscalidad internacional y a las variaciones en la realidad económica de cada momento.

Un claro ejemplo de esta práctica es la revisión del anterior MC OCDE que dio lugar a un nuevo MC OCDE en 1991 y al MC OCDE 1992 cuya redacción era necesaria debido a la influencia del Modelo de Convenio sobre los países que en aquel entonces no eran miembros de la OCDE. Esta revisión se benefició de las aportaciones realizadas por parte de estos países. Posteriormente, el MC OCDE 1977 es un tanto característico puesto que ya introdujo de un modo más oficial en un segundo volumen las posiciones de cierto número de países fuera del ámbito de la OCDE.

Asimismo, como resultado de varios informes y trabajos independientes realizados en el seno de la OCDE, el Comité de Asuntos Fiscales publicó el año 2000 otro Modelo de Convenio. El producto de este Modelo se refleja en la multitud de cambios realizados sobre los anteriores, cambios tanto en la introducción y en disposiciones del articulado como en muchos de sus Comentarios.

Y así sucesivamente, se han ido publicando Modelos de Convenio durante este último siglo que no son ni más ni menos que la suma al Modelo anterior de las nuevas modificaciones, apreciaciones y adaptaciones a la realidad presente de cada momento.

Los pasados Modelos de Convenio publicados en 2008 y 2010 junto con el último, el MC OCDE 2014, han sido absolutamente necesarios para adaptarse al incesante crecimiento del comercio electrónico y la economía digital y a todos las variaciones que provocan sobre el sistema tradicional.

6. El Modelo de Convenio de la OCDE no es el único existente, prueba de ello son la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo y el Modelo Tipo para evitar la doble tributación entre los países miembros y otros Estados ajenos a la Comunidad Andina.

7. La Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo (en lo sucesivo, MC ONU) se enmarca en los esfuerzos internacionales orientados a evitar la doble tributación. Este Modelo es un producto consecuente de los esfuerzos realizados en una primera instancia por la Sociedad de Naciones y continuados por la OECE y asumidos hasta la actualidad por la OCDE.

El MC ONU tiene como base la conveniencia de fomentar la concertación de acuerdos bilaterales fiscales entre países desarrollados y países en desarrollo.

En una primera instancia, el Consejo Económico y Social, conocido por sus siglas ECOSOC, aprobó en 1967 su resolución (Resolución 1273 (XLIII), aprobada el 4 de agosto de 1967). Lo cual fue el pretexto para establecer en 1968 un Grupo Especial de Expertos en acuerdos fiscales entre países desarrollados y países en desarrollo. Este Grupo de Expertos, después de muchas reuniones, estudios y trabajos independientes publicados, en 1979 presentó el Manual para la negociación de acuerdos bilaterales entre ambos tipos de países.

Un año más tarde, en 1980 las Organización de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, ONU) publicó el primer Modelo de Convenio sobre la tributación entre países desarrollados y países en desarrollo. *A posteriori* y como reconocimiento a la importancia de la cooperación fiscal internacional en los asuntos no relacionados con los acuerdos fiscales, el ECOSOC (Resolución 1980/13, de 28 abril de 1980) concedió al Grupo de Expertos el nuevo nombre de "Grupo ad hoc de Expertos sobre la cooperación internacional en cuestiones de tributación" (en lo sucesivo, Grupo ad hoc de Expertos).

Durante los sucesivos años hasta la actualidad el Grupo ad hoc de Expertos ha estado en constante estudio y actualización de las transformaciones ocurridas en el ámbito económico, financiero y fiscal internacional. Los constantes cambios, incrementaron la necesidad de mantener una actualización constante en el contexto de las principales cuestiones de la fiscalidad internacional.

El Grupo ad hoc de Expertos era consciente de que antes o después el MC ONU publicado en 1980 se quedaría desfasado y cada vez era más obligatorio revisarlo y actualizarlo, a fin de evitar que años y años de trabajo se encontrasen demasiado desvinculados de la realidad económico y política. El resultado del esfuerzo continuado durante este largo periodo de tiempo fue la publicación de una nueva versión del MC OCDE en 2001 y una nueva versión del Manual en 2003.

Al igual que el MC OCDE, el MC ONU también posee en consonancia con su articulado los Comentarios sobre las disposiciones de los artículos.

Los Comentarios ayudan a la interpretación, comprensión y aplicación del contenido del MC ONU. En este caso es curioso observar como al citar los artículos y Comentarios del MC OCDE en ocasiones se refleja

explícitamente anotaciones realizadas por ciertos Estados pertenecientes a la OCDE por medio de "reservas" sobre determinados artículos y "observaciones" sobre ciertos aspectos de los comentarios.

Del mismo modo, aunque en menor medida, se expresa la "posición" en relación con determinados artículos y comentarios de algún Estado no miembro de la OCDE. Estas manifestaciones formales de diferencias de opinión con las reflejadas en la Convención modelo de la OCDE figuran en el texto de la Convención modelo de la OCDE, que se revisa periódicamente.

El Comité, al preparar esta actualización de la Convención Modelo de las Naciones Unidas, ha reconocido que dichas expresiones de opinión de los países constituyen un aspecto útil de la Convención modelo de la OCDE en cuanto que permiten comprender cómo es interpretada y aplicada por los países que manifiestan esas opiniones, aun cuando no se hayan recogido en el texto de la Convención Modelo de las Naciones Unidas por razones prácticas.

8. Los Modelos de Convenio de la OCDE y de la ONU son los más extendidos entre todos los países. Estos son frecuentemente utilizados como prototipos o guías para redactar los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal entre los Estados.

No obstante, aunque en menor medida, para determinados países también son casi más importantes sus modelos de convenios propios. Este es el caso de los Estados Unidos de América que tiene su propio Modelo de Convenio al cual se ciñe casi de manera impositiva cuando firma los acuerdos bilaterales con otros países y, en el mismo sentido pero con la idea de que la fuerza política a nivel internacional es considerablemente muy inferior, se encuentra el supuesto de la Comunidad Andina.

En 1969, cinco países sudamericanos, Bolivia, Colombia, Chile Ecuador y Perú firmaron el Pacto de Cartagena mediante el cual se constituía la Comunidad Andina con el fin de mejorar e incrementar la integración y la cooperación económica y social.

La Decisión 40 del Acuerdo de Cartagena estableció dos modelos de convenio: uno para que rigiera entre los cinco países miembros del Acuerdo y otro para aquellos Convenios que individualmente celebran con terceros países ajenos a la subregión.

Por un lado, el Modelo de Convenio entre los países miembros de la Comunidad Andina a lo largo de la historia sí que ha tenido cierta aplicación entre los Estados miembros. Por el otro lado, el Modelo Tipo para evitar la doble tributación entre los países miembros y otros Estados ajenos a la Comunidad Andina (en lo sucesivo MC Comunidad Andina) ha tenido desde el momento de su publicación un rechazo a nivel mundial. De hecho sólo se ha aplicado en una ocasión como resultado del acuerdo firmado entre Bolivia y Argentina.

Una de las razones de su ineficiencia es la falta de adaptación a las corrientes económicas y fiscales. Como se ha expuesto anteriormente, estas han variado y evolucionado en cada País Miembro mientras que la Decisión 40 no ha sufrido ninguna modificación que le permita adecuarse a las circunstancias actuales.

Sin lugar a dudas, la inexistencia de mecanismos que contribuyan a flexibilizar la Decisión 40, la han dejado rezagada de los desafíos y tendencias económicas actuales, hasta el punto que su aplicación ha sido mínima, originando la adopción por parte de los Países Miembros de la Comunidad Andina, de otros modelos de convenio, más adecuados para las necesidades de los países contratantes.

Aunque, tal vez la razón por la que ha generado un rechazo desde el primer momento se enfoca más bien hacia la idea de que prácticamente todos los países han incorporado a sus legislaciones el criterio de fuente mundial y han desestimado por completo la tributación de carácter exclusiva en el Estado de la fuente. Ello en suma de la falta de flexibilidad y la desactualización han sido los factores causantes del absoluto fracaso de este Modelo de Convenio.

9. Los Modelos de Convenio, como se ha puesto de manifiesto, varían entre ellos pero sus bases, finalidades, intereses y propósitos sí que son los mismos. Todos ellos se basan en una serie de principios comunes.

Los Modelos de Convenios para evitar la doble imposición se basan generalmente en tres principios esenciales.

Principio de reciprocidad en el intercambio de información y en la asistencia mutua, se basa en la idea de un intercambio de información entre las Administraciones tributarias de los Estados contratantes.

Principio de procedimiento amistoso, establece que cualquier residente en dichos Estados puede instar un acuerdo amistoso interestatal cuando

considere que cualquiera de los Estados contratantes ha adoptado una medida que implique una aplicación indebida del convenio.

Principio de no discriminación, por medio de la firma del convenio o acuerdo bilateral los Estados parte se obligan a dar un trato análogo a los residentes fiscales en cada uno de los Estados, con independencia de su nacionalidad.

También quedan obligados a no discriminar a los establecimientos permanentes situados que son parte de la entidad constituida en un Estado pero que están situados en otro Estado.

Las empresas que realicen su actividad en un Estado, con independencia de que los accionistas sean residentes en el otro Estado y por comparación a la legislación fiscal aplicable a las empresas del primer Estado con accionariado residente.

Además, de un modo incluso más remarcado, en el contexto de la Unión Europea también hay que tener en cuenta que en materia de no discriminación e igualdad de trato fiscal, la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de su jurisprudencia respecto los derechos y libertades fundamentales. Entre los que se destacan: la libertad de establecimiento, circulación de capitales y de personas, y la libre prestación de servicios, en relación a las personas y empresas residentes en cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

Los Estados miembros de la Unión Europea asumen que los convenios bilaterales firmados entre dos Estados miembros no pueden infringir en ninguna de sus artículos el Derecho de la Unión Europea. Es más, cuando el acuerdo es alcanzado entre un Estado miembro y un tercer Estado el Derecho supranacional de la Unión Europea se sobrepone sobre cualquier posible vulneración del mismo y no permite que el acuerdo bilateral en cuestión lo infrinja en ninguno de sus aspectos.

10. Como previamente se ha puesto de manifiesto, los Modelos de Convenio tienen una finalidad principal común, evitar la doble imposición internacional puesto que la misma se concibe como una traba para la internacionalización de las economías domésticas y un freno para las empresas y para el comercio exterior. No obstante, pueden poseer insignificantes, o incluso considerables diferencias entre ellos tanto a nivel de contenido como estructural.

A continuación, centrándonos principalmente en los dos grandes Modelos de Convenios, MC OCDE y MC ONU, y acotando en determinadas cuestiones con referencias al MC Comunidad Andina, destacamos sus principales diferencias y semejanzas.

La primera diferencia se encuentra en el título de ambos, mientras que el Modelo de Convenio de la OCDE lleva como rúbrica "Modelo Tributario sobre la renta y patrimonio", el de la Organización de Naciones Unidas se denomina "Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo".
Seguidamente se exponen las líneas maestras del Modelo de Convenio de la OCDE y en caso necesario se comentan con relación al MC ONU:

Capítulo I; Ámbito de aplicación, comprende las personas y los impuestos comprendidos (artículos y 2 respectivamente).

Capítulo II; Definiciones, en sus artículos del 3 al 5 comprenden respectivamente una serie de definiciones, la residencia y la figura del establecimiento permanente.

Capítulo III y IV; Imposición de rentas y del patrimonio, en los artículos del 6 al 22 establecen la distribución territorial de las bases imponibles, es decir, en qué medidas cada uno de los Estados pueden los distintos tipos de rentas expuestos en dichos artículos.

En los Capítulos anteriores el MC ONU es idéntico al expuesto, pero en el Capítulo III y IV sí que existen ciertas diferencias.

Por un lado, el Capítulo III recibe el nombre de Tributación de los ingresos y el Capítulo IV se expone bajo la rúbrica Tributación del capital.

Por el otro lado, aunque los artículos que abarcan ambos Capítulos sí que son los mismos, uno en cuestión es bastante característico. El artículo 14 que se denominaba "rentas del trabajo independiente" en el MC OCDE fue suprimido mientras que en el MC ONU sí que sigue presente bajo el nombre "servicios personales por cuenta propia".

El enunciado del resto de los artículos como norma general es bastante similar, excepto algún supuesto en concreto. Este es el caso del artículo 6 que el MC OCDE expone como "rentas inmobiliarias" y el MC ONU como "ingresos procedentes de bienes inmuebles". Lo mismo ocurre con los artículos 15 y 16, a los que el MC OCDE les otorga el título respectivamente de "renta del trabajo dependiente" y "Remuneraciones en calidad de

consejero", mientras que el MC ONU los nombra como "Servicios personales por cuenta ajena" y "Remuneraciones de los miembros de las juntas directivas y de los directivos de alto nivel".

Capítulo V; Métodos para eliminar la doble imposición, el artículo 23 se divide en dos grandes apartados: 23. A y 23. B, en los mismos establece los diferentes métodos (método de exención y método de imputación o crédito fiscal) para eliminar la doble imposición jurídica internacional entre los Estados contratantes.

Es característico que el método de imputación o crédito expuesto por el MC OCDE no aparece en el MC ONU, en su artículo 23. B se nombra el "método de descuento".

Capítulo VI; Disposiciones especiales, entre los artículos del 24 al 29 que las componen se destacan; el artículo 24: no discriminación, el artículo 25: procedimiento amistoso y el artículo 26: intercambio de información.

El MC ONU está compuesto por un artículo menos que el MC OCDE, y eso es porque directamente el artículo 29 MC OCDE "extensión territorial" no aparece en el MC ONU.

Capítulo VII; Disposiciones finales, compuestas por los artículos 30 y 31.
En el último Capítulo el MC ONU también se compone de dos artículos pero aunque el nombre del primero de ellos sea idéntico, el último artículo del MC ONU además de ser el artículo 30 sustituye el nombre de "denuncia" (artículo 31 MC OCDE) por el de "Terminación".

Desde la perspectiva del análisis de la estructura del Modelo de Convenio de la Comunidad Andina se observa como es completamente diferente. Alguno de los aspectos que más se destacan es la falta de referencia a un artículo dedicado a los métodos para eliminar la doble imposición internacional, así como otros dedicados a principios que debieran ser básicos y comunes como la no discriminación, el procedimiento amistoso o el intercambio de información.

Asimismo, el Convenio está compuesto por bastantes menos artículos, 21 en vez de 30 (MC ONU) o 31 (MC OCDE), y por ello son muchos los conceptos y aspectos que este Modelo no contempla. Por el contrario, este Modelo de Convenio expone una serie de artículos que en los otros no se encuentran. Es el caso del artículo 4 "Jurisdicción Tributaria", artículo 6 "Rentas provenientes del derecho a explotar los recursos naturales", artículo

8 "Beneficios de empresas de transportes" o el artículo 19 "Consultas e información".

11. Respecto el contenido y a fin de exponer una idea general sobre las principales diferencias entre ambos Modelos de Convenio se destacan una serie de conceptos desde una perspectiva comparativa entre el MC OCDE y el MC ONU que puntualmente es complementada con comentarios al MC Comunidad Andina.

En relación a la jurisdicción tributaria ninguno de los Modelos se ciñen a una jurisdicción en concreto, ambos aplican un criterio mixto, es decir que dependiendo del concepto aplican tanto el principio de residencia como el de la fuente. A diferencia el MC Comunidad Andina establece mucho más poder en favor del Estado de la fuente.

La figura del establecimiento permanente sí que es establecida en el artículo quinto de cada Modelo y además en ambos se determina que se entiende por establecimiento permanente y qué se excluye de su contexto. No obstante hay pequeños matices respecto la consideración de qué es un establecimiento permanente en alguna situación. Por ejemplo respecto las obras de construcción, instalación y montaje el MC OCDE establece el plazo mayor de 12 meses para su consideración, mientras que el MC ONU se conforma con 6 meses. También, mientras que el MC OCDE indica que las representaciones para entrega de bienes no son consideradas como establecimiento permanente, el MC ONU indica lo contrario.

En el ámbito de las rentas pasivas las diferentes matizaciones son notables. Tanto en los Intereses como en los Dividendos el MC OCDE permite una tributación compartida entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente. El MC ONU también indica una tributación compartida, solo que en el Estado de la fuente los porcentajes para aplicar el gravamen son abiertos. A diferencia los Cánones o Regalías varían un poco más, porque mientras que el MC OCDE establece una tributación exclusiva, el MC ONU sigue permitiendo una tributación compartida.

En oposición a estos dos Modelos de Convenio, el Modelo de Convenio de la Comunidad Andina expresa su carácter protector atribuyendo la potestad de todas estas rentas al Estado de la Fuente.

Tanto los Beneficios Empresariales como las Ganancias de Capital en ambos Modelos se establece como criterio principal la tributación en Residencia y como criterio accesorio o excepcional la Fuente. Los beneficios resultantes

de Actividades de Transportes, el MC OCDE se basa en el criterio de la sede de Dirección Efectiva, a diferencia el MC ONU establece este criterio pero consagra como una segunda alternativa relacionada con la proporcionalidad de ingresos para actividad no ocasionales.

Por último, el artículo 21 dedicado a Otras Rentas, en ambos se atribuyen al Estado de Residencia, pero el MC ONU además contempla también su otorgamiento al Estado de la Fuente. El Modelo de Convenio de la Comunidad Andina directamente no las contempla.

12. Analizando la estructura y las características de ambos Modelos de Convenio se observa cómo aunque en varios aspectos sean similares no lo son en muchos otros. Las diferencias se deben principalmente al carácter más protector por el Estado de la fuente que caracteriza al MC ONU.

Puesto que mientras este trata de enfocar, de un modo más exagerado, la tributación hacía el Estado de la Fuente, sobre todo en relación a las rentas pasivas, el MC OCDE aunque en ocasiones acepte la tributación compartida, defiende en mayor medida la tributación en el Estado de la Residencia.

A pesar de lo que pueda parecer, ambos Modelos son similares respecto la formulación económica. Aunque el MC ONU imponga un mayor interés en eliminar la doble imposición entre los países desarrollados y los países en desarrollo no por ello hay que pensar que responde a un predominio de la neutralidad importadora capitales para resolver la doble imposición internacional, en la medida en que la estructura es similar a la ofrecida por el MC OCDE.

Asimismo, el Modelo de Convenio de la OCDE tampoco responde en todo caso a un esquema configurado bajo el predominio de la neutralidad exportadora de capitales. Aunque en líneas generales el Estado de Residencia conserva la competencia tributaria para someter a gravamen las rentas obtenidas por sus contribuyentes residentes en el otro Estado contratante, el mantenimiento de la neutralidad exportadora depende del método para eliminar la doble imposición internacional que se aplique [GARCÍA PRATS, F. A.: "Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los Convenios de doble imposición", *Crónica Tributaria* (2009), núm. 133, p. 112].

A nivel evaluativo, después de hacer un análisis, sobre todo del MC OCDE y MC ONU, no es extraño pensar que existe una mayor relación entre ellos por sus semejanzas, que una discrepancia continuada en cada capítulo,

artículo y comentario sobre la potestad tributaria correspondiente a cada uno de los Estados.

13. A modo de conclusiones, se observa como a lo largo de este texto se pone de manifiesto el papel fundamental desarrollado por los convenios fiscales bilaterales en el ámbito de la fiscalidad internacional.

Claramente, se observa que es el instrumento esencial para regular la distribución de las potestades entre los Estados contratantes. El hecho de que existan principalmente dos Modelos de Convenio, MC OCDE y MC ONU, nunca ha sido un obstáculo en la regulación de las relaciones económicas, fiscales y políticas entre los Estados.

Se observa como en el fondo las finalidades de los dos Modelos de Convenio, las estructuras y los métodos para eliminar la doble imposición internacional son prácticamente idénticos.

La red de convenios bilaterales a nivel mundial cada vez es más amplia. Países que por su condición de paraíso fiscal o similar no tenían una gran red de convenios firmada, también, aunque poco a poco, están adaptando sus sistemas tributarios para conseguir firmar acuerdos bilaterales porque de lo contrario, cada vez están más desfasados en esta economía globalizada e internacionalización de las economías domésticas.

PROGRESIVIDAD FISCAL Y CONFISCATORIEDAD EN LOS TRIBUTOS LOCALES

TAX PROGRESSIVITY AND CONFISCATION IN LOCAL TAXES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 717-732.

Fecha entrega: 14/06/2015
Fecha aceptación: 15/06/2015

Dr. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
Abogado
fernnandohernandez@icav.es

RESUMEN: El ordenamiento jurídico tributario español se desarrolla sobre los principios constitucionales de 31 de la Carta Magna. Dentro del sistema de reparto de la potestad tributaria del Estado y como desarrollo de la autonomía financiera de los Municipios, éstos dictan normas que deben respetar este marco constitucional. En el desarrollo de los tributos propios, los Ayuntamientos deberán considerar las consecuencias de los principios de progresividad y no confiscatoriedad.

PALABRAS CLAVE: progresividad, no confiscatoriedad, tributos locales, ordenanzas fiscales.

ABSTRACT: The Spanish tax law is built on the constitutional principles of the Constitution 31. Within the system of allocation of taxing rights of the State and as development of financial autonomy of the municipalities, these rules dictate that they must respect this constitutional framework. In the development of its own taxes, the municipalities must consider the consequences of the principles of progressiveness and non-confiscatory.

KEY WORDS: progressiveness, not confiscatory, local taxes, tax ordinance.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El principio de progresividad.- 2.1. La progresividad en los Tributos Locales.- 2.2. El conflicto entre los principios de progresividad e igualdad en las tasas por prestación de servicios públicos.- 2.3. Control jurisdiccional del principio de progresividad.- 3. Principio de no confiscatoriedad.- 3.1. Control jurisdiccional del principio de no confiscatoriedad.

1. Los principios constitucionales del artículo 31 son la base y fundamento del Derecho Tributario por cuanto son los principios esenciales y nucleares del sistema que lo soporta, y además, porque son fuentes normativas a las que debe ajustarse el resto del Ordenamiento jurídico fiscal. Por ello estos principios no sólo tendrán un valor programático sino también preceptivo, es decir, gozarán de aplicación directa en la actuación y revisión del quehacer de las Administraciones Tributarias y actuarán como garantía en la producción normativa. Sea ésta de carácter legal -Poder Legislativo- o reglamentaria -Poder Ejecutivo-, pues la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento jurídico español[1] y a la que el resto de disposiciones deben ajustarse y respetar bajo sanción de nulidad tanto por la jurisdicción ordinaria[2] como constitucional[3].

Dentro del ámbito de los Poderes Públicos que disponen de potestad para dictar normas están los Municipios. La propia Constitución en su artículo 137 estableció que "el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses" y, para el ejercicio de la citada gestión, el Legislador aprobó la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Concretamente, y para el supuesto de los intereses financieros y tributarios del Municipio, el artículo 106.2 dispuso que "la potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios y de Ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección".

En definitiva, dentro de la distribución del poder público del Estado, la autonomía local representa el derecho de dicha comunidad a gobernarse y administrarse a sí misma[4]. Como afirma el Tribunal Constitucional en su

[1] Así la define el art. 5.1 de la LOPJ.
[2] Tal y como dispone el art. 71.1.a) LJCA, en relación con el art. 62.2 LRJPAC.
[3] Tal y como dispone el art. 39.1 LOTC.
[4] En parecidos términos la define la Carta Europea de Autonomía Local en su artículo 3.1 que establece que "por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las

Sentencia de 32/1981, 28 de julio, "la Constitución prefigura una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía; las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito". Por todo ello, las Ordenanzas Fiscales dictadas por los distintos Municipios para la gestión de sus competencias tributarias serán las normas que desarrollen la autonomía financiera de estas entidades y que, en última instancia, deberán respetar siempre el contenido de los principios constitucionales tributarios. Por lo que a este trabajo interesa, los principio de progresividad y no confiscatoriedad.

2. Tal y como presenta la Constitución de 1978 los principios de justicia tributaria, tras indicar la generalidad de los llamados al sostenimiento de los gastos públicos y señalar el objeto sobre el que se establece el gravamen -capacidad económica-, subraya que el sistema tributario está inspirado en los principio de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad.

Centrado este apartado en la progresividad impositiva, vamos a analizar las consecuencias de este principio en un sistema donde conviven tributos de distinto tipo y origen, así como impuestos que por su naturaleza lo aplican de forma plena y otros que no[5].

Coincidimos con la profesora PURIFICACIÓN PERIS cuando afirma que la progresividad es una "característica del sistema tributario mediante la cual, a medida que aumenta la riqueza de cada sujeto aumenta la contribución, pero en proporción superior al incremento de riqueza"[6]. Dicho en lenguaje coloquial; el que más "tiene" debe contribuir en mayor proporción.

Este principio ha sido, como no podía ser de otra forma, respaldado por el Tribunal Constitucional en cuanto a su acomodo con el de igualdad tributaria[7]. Esta compatibilidad entre estos principios aparentemente contradictorios tiene fácil resolución dado que la igualdad será siempre

Entidades Locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes".

[5] Téngase en cuenta que impuestos como el IRPF o ISD son un ejemplo de la eficacia del principio de progresividad, frente al IS que es proporcional. Estos impuestos son personales y directos, sin embargo sólo los primeros aplican cabal y plenamente el citado principio jurídico tributario.

[6] PERIS GARCÍA, P.: *Derecho Financiero I*, -Open Course Ware- Universitat de València, Curso 2010-2011. Disponible en: http://ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/derecho-financiero-y-tributario-i/leccion5iidf.pdf. (Consulta 15 de junio de 2013).

[7] SSTC 27/1981, de 20 de julio y 45/1989, de 20 de febrero.

respetada en la tributación progresiva por cuanto a igualdad de renta/patrimonio, igualdad de carga tributaria. Si bien, efectivamente, quien más tenga, más aportará a las arcas públicas.

El sistema tributario inspirado en la progresividad tiene una clara finalidad recaudatoria pero también persigue la consecución de otros fines constitucionales como la distribución de la renta y otros establecidos en el Capítulo de los principios rectores de la política social y económica[8]. Sin embargo, este fin recaudatorio para el sostenimiento de los gastos públicos tiene un límite, también constitucional, que es la prohibición de la confiscatoriedad. A tal efecto nuestra Ley Fundamental utiliza la expresión "en ningún caso" para establecer la frontera a este principio[9]. Esta interdicción será analizada en el siguiente apartado.

2.1. Es prácticamente unánime la postura que no ve inconveniente en el establecimiento del presente principio general en los impuestos municipales. Sin embargo, no se puede decir lo mismo en el caso del resto de figuras tributarias de estas haciendas. La progresividad de las tasas y contribuciones especiales mantiene un debate doctrinal, y como veremos más adelante también jurisprudencial, sobre la posibilidad de introducir este principio en su determinación[10]. Por nuestra parte, entendemos que en la configuración

[8] En el Capítulo III, del Título I, de la CE se relacionan principios y fines como: la protección social, económica y jurídica de la familia; promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico (de manera especial dirigida al empleo); fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales, etc., que pueden y deben ser favorecidos a través de medidas tributarias. Por un lado para minorar las diferencias sociales repercutiendo mayor carga tributaria a quien más riqueza tiene; por otro para incentivar o estimular a la consecución de estos fines constitucionales con: exenciones, reducciones, bonificaciones o deducciones. En definitiva, utilizando la progresividad tributaria como instrumento de política social y económica.

[9] La sentencia 1419/2007, del TSJ de la Comunidad Valenciana, rec. nº 353/2006, de 23 de noviembre de 2007, analizando el principio en cuestión, afirmó que "otro tanto cabe afirmar de la progresividad, la cual -independientemente de su dificultad conceptual en una tasa por expedición y vigencia de una autorización, polémica conceptual que se ha manifestado ya prolijamente en el ámbito de las Haciendas Locales (en cuanto si cabe introducir el criterio de la progresividad, junto con el de la capacidad económica, en las Ordenanzas reguladoras de algunas tasas municipales)- tan solo sería susceptible de calificar la inconstitucionalidad de un tributo (con las especialidades de aquellos que gravan las rentas globales de los sujetos pasivos, en los que la progresividad tiene un sentido particular), en el caso de que resultara acreditado que el tributo tiene un sentido netamente regresivo". En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia del mismo Tribunal de 25 de noviembre de 2003, rec. nº 66/2002.

[10] En el trabajo de DE VICENTE DE LA CASA, F.: "Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos", *Crónica Tributaria*, nº

de estas instituciones fiscales resultan de aplicación todos los principios previstos en el artículo 31.1 de la Constitución. La Carta Magna se refiere a los principios en los que debe inspirarse el sistema tributario e incluye a la progresividad entre ellos, y en la medida en que la tasa y la contribución especial son tributos, quedarán en el campo de aplicación de este principio. Dicho esto, entendemos que la intensidad en la que debe desarrollarse, ciertamente, no será la misma en los impuestos que en las tasas y contribuciones especiales.

2.2. La constitutiva prestación de un servicio público en la creación de estas tasas hace que resulte más difícil introducir la progresividad en la determinación de la deuda tributaria. No en vano, en el cálculo de la base imponible de este tributo debe considerarse exclusivamente los costes directos e indirectos que origina la exacción de la propia tasa. En este sentido, entendemos que en la determinación de la deuda impositiva de estos tributos, de entrada, el principio predominante es el de proporcionalidad, pues el reparto de los mencionados costes debe seguir criterios coherentes, lógicos y justificados con relación a la producción u origen de dichos costes. Mas también podría tener cabida el principio de progresividad en el establecimiento de la tarifa para el caso de las tasas locales tal y como preceptúa el artículo 24.3 TRLHL. Si bien, tal y como acertadamente subraya MARTÍN FERNÁNDEZ, "para aplicar un tipo de tarifas progresivas en estos tributos se hace necesario que la base imponible se encuentre bien estructurada y tenga relación con el coste del servicio. En caso contrario el resultado alcanzado puede resultar contrario al principio de igualdad"[11].

Este atentado contra el principio de igualdad es, precisamente, lo que estimó el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su Sentencia 585/2008, de fecha 10 de junio de 2008, número de recuro 57/2006, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. José Luis Piquer Torrome[12], cuando comparando los distintos tipos impositivos de la Ordenanza Fiscal que regulaba la Tasa por

144/2012, p. 150, se hace una exposición de posturas a favor y en contra de la aplicación del principio de progresividad en estos tributos locales. Los autores que excluyen este principio del ámbito de la tasa y la contribución especial justifican su opinión afirmado que la naturaleza de éstas como tributos con fines no-financieros, hace que no les resulte aplicable la progresividad pues su finalidad no es el sostenimiento de los gastos públicos.

[11] MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *Tasas y precios en la Hacienda Local. La experiencia española*. Madrid (2013): Marcial Pons, p. 88.

[12] La citada sentencia se pronunció como consecuencia de la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Uno de Valencia, tras la estimación del recurso indirecto que había interpuesto una mercantil a la que asistí, personalmente, como Letrado en el procedimiento abreviado de referencia.

prestación del servicio público de tratamiento y eliminación de residuos urbanos, del Ayuntamiento de Torrente, declaró:

"la Sala entiende que carece de justificación en la Ordenanza la diferencia establecida entre las cuotas a aplicar por la tasa cuestionada, que establece una discriminación contraria a lo dispuesto en el artículo 14 en relación con el 31 de la Constitución Española. Pues al tomar en consideración el tipo de actividad que se realiza en el inmueble, un despacho profesional, como único factor a tomar en consideración, no evidencia una mayor capacidad económica que la titularidad de una vivienda, y en modo alguno justifica una mayor contribución a los costes, o al menos no se justifica en la Ordenanza, porque tampoco es correlativa al uso del servicio que se presta".

Por lo que el TSJ entendió que configurar la tasa sobre parámetros como la actividad que se desarrolle, no tiene relación ni justifica un mayor coste del servicio y, en consecuencia, declaró la no conformidad a Derecho dicho extremo.

2.3. Una advertencia a reseñar sobre la aplicación de este principio general en los tributos locales es la distinción entre impuestos, y tasas y contribuciones especiales. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1084/2008, número de recurso 17/2044, de fecha 16 de julio de 2008, siendo ponente la Ilma. Sra. Dña. Fátima de la Cruz Mera, indicó que "*el principio de progresividad, predicable en todo caso de los impuestos pero no de las tasas*". Esta doctrina fue reiterada en la reciente Sentencia del mismo Tribunal 1122/2013, número de recurso 745/2012, de fecha 18 de septiembre de 2013, siendo ponente la Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

No obstante lo anterior, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 94/2004, número de recurso 436/2001, de fecha 3 de febrero de 2004, siendo ponente Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, estimó infringido el principio de progresividad en la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa de residuos sólidos urbanos para el ejercicio 2001 del Ayuntamiento de Alcudia por aplicación de este principio jurídico.

En efecto, esta Sentencia concluye que no se ha respetado la progresividad debida por comparación con otras situaciones tributarias previstas en la misma Ordenanza Fiscal. A tal efecto indica:

"el criterio de progresividad contemplado en ese epígrafe no resistía comparación sea con Hotel que, con cinco o diez veces más de plazas que

trabajadores en la central térmica del caso, sin embargo, disfrutaba de cuota diez veces menor, o sea con Puertos Deportivos que, siendo de hasta 400 amarres, disfrutaban de cuota más de cincuenta veces menor a la correspondiente a la aquí recurrente"[13].

En el siguiente fundamento jurídico, la Sentencia pone de manifiesto de forma didáctica el doble juego de la progresividad recordando que:

"El criterio de la progresividad, operativo en dos sentidos, esto es, tanto para favorecer -sea mediante exención o sea mediante bonificación- al sujeto obligado de menor capacidad económica como para agravar la carga tributaria de quienes de mayor capacidad económica disponen, naturalmente, queda sujeto al control jurisdiccional, incumbiendo así a la Sala el examen de la solidez del criterio de progresividad considerado por el Ayuntamiento".

Finalmente, el citado Tribunal, concluirá con la estimación del recurso declarando nulo el epígrafe de la Ordenanza Fiscal impugnada. Pudiendo concluir que la progresividad tiene cabida en la tasa y contribución local siempre que esté bien articulada y distribuida la base imponible y, asimismo, que su aplicación no determine cuotas que no resistan una comparación basada en criterios de justicia tributaria.

3. El presente principio tributario, como se ha expuesto con anterioridad, está especialmente unido al principio de progresividad. Si bien es cierto que todos los principios constitucionales del artículo 31.1 están relacionados y comunicados entre ellos[14], resulta mayor si cabe esta conexión entre progresividad y no confiscatoriedad. Si el primero propondrá el incremento de la tributación por aplicación de mayores tipos impositivos conforme aumente la renta o patrimonio a gravar, el segundo indicará hasta dónde puede llegar ese incremento impositivo[15].

Ciertamente, el nivel de contribución que pueda considerarse confiscatorio es una cuestión compleja y difícil de acotar[16]. Nuestro Tribunal Constitucional

[13] Idéntico argumento utilizó el mismo Tribunal en su Sentencia 417/2002, nº de Autos 160/2000.

[14] Interpretación reiterada por el Tribunal Constitucional en SSTC 27/1981, de 20 de julio; 46/2000, de 17 de febrero; 193/2004, de 4 de noviembre y 10/2005, de 20 de enero.

[15] Es decir, actúa de garantía para que las contribuciones públicas absorban por vía impositiva tan sólo una parte de la propiedad y de la renta, entendiéndose que, fijado un límite, su transgresión quebraría este principio.

[16] No resulta difícil llegar a esta afirmación dado que nuestro sistema tributario está compuesto por multitud de impuestos (estatales, autonómicos y locales), tasas y otras tantas

ha resuelto esta cuestión de una forma, a nuestro entender, poco satisfactoria dado que con la postura indicada por el supremo intérprete de la CE, es harto complejo apreciar dicho límite.

En efecto, la STC 150/1990, de 4 de octubre, haciendo referencia a la posible infracción del principio de no confiscatoriedad estableció que:
"el sistema fiscal tendría dicho efecto si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades".

Esta Sentencia llega a poner como ejemplo de infracción de este principio un sistema tributario donde el IRPF "*alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta"*. Supuesto que nos parece del todo desacertado porque, para darse esa situación -tipo medio 100%-, deberían existir tipos marginales superiores al cien por cien, y ello se traduciría en un sistema tributario más que confiscatorio, pues a determinados niveles de renta se sancionaría la obtención de la misma al exigir una cuota tributaria superior a la base imponible. Dicho de otro modo, el ejemplo de TC es de un sistema que tipifica la obtención de renta por encima de un umbral como si de una infracción se tratase[17]. Y por ello entendemos que dicho ejemplo no es del todo procedente[18].

Por todo lo expuesto, este principio jugará un papel de tope o límite para la regulación de tributos por legislador u Administración con capacidad normativa pero su aplicación en el control de disposiciones por parte de los Tribunales será escasa dada la doctrina constitucional expuesta. No obstante lo anteriormente expuesto, hemos podido encontrar situaciones donde la

figuras impositivas que actúan de forma conjunta y, en ocasiones, sobre el mismo objeto. Piénsese, por ejemplo, en la propiedad de un inmueble como segunda residencia que tributará: en IRPF como imputación de renta inmobiliaria y en IP e IBI por su titularidad. Sobre esta imposición solapada ver el artículo de LÓPEZ ESPADAFOR, C.: "Análisis sobre la conveniencia de nuevos enfoques en la confluencia del poder tributario estatal con los impuestos municipales", *IEF*, Doc. nº 15/2011, pp. 27 a 34.

[17] Piénsese en una escala de IRPF donde a partir de una base imponible de 50.000 euros el tipo impositivo marginal fuese del 120%. Ello implicaría que, por ejemplo, un sujeto pasivo que obtuviese unos rendimientos del trabajo de 60.000 euros, además de contribuir con el 100% de los 10.000 que superan la base máxima (60.000-50.000), tuviera que pagar 2.000 euros más.

[18] Opinión distinta nos merece la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 22 de junio de 1995 que, como indica MENÉNDEZ MORENO entendió que "la imposición, para no incurrir en la prohibición de confiscatoriedad, no puede superar un límite aproximado del 50% de los rendimientos" (MENÉNDEZ MORENO, A.: "El marco constitucional de la financiación de las comunidades autónomas", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extraordinario (2004), p. 489.

jurisdicción se pronuncia sobre este principio tributario en relación a una Ordenanza Fiscal. A continuación se expondrán casos ventilados por los Tribunales sobre el principio de no confiscatoriedad.

3.1. Si como hemos indicado no ha sido abundante la jurisprudencia que aplicase de forma directa este límite en el control de normas tributarias, y menos aún su cita expresa como fundamento jurídico, no es menos cierto que podemos encontrar Sentencias que, valorando lo excesiva, irracional y disparatada que resultaba la cuota tributaria, concluyen con la necesaria declaración de nulidad por elevación al principio general que recoge a los demás, es decir, por aplicación del principio de justicia. Cuando una norma choca frontalmente contra lo racional y razonable no podemos menos que colegir que la misma es arbitraria e injusta.

En nuestra jurisprudencia menor podemos encontrar la Sentencia número 1214/2006, de 30 de noviembre de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso 60/2006, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio Rodrigo Aragonés Beltrán, que, resolviendo un recurso de apelación contra la sentencia núm. 72/2006, dictada en fecha 5 de abril de 2006, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Barcelona y su provincia, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo 568/2004, interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Vilafranca del Penedés, desestimatoria de la reposición interpuesta contra liquidación en concepto de tasas de prestación de servicios de intervención integral de la administración municipal en las actividades e instalaciones, en su fundamentación jurídica la Sala afirma que:

"Aplicando los criterios expuestos al caso de autos, ha de concluirse que supone una manifiesta desnaturalización de la tasa de que se trata que su importe sea de más de 105.000 euros cuando el proyecto técnico a que se refiere la Ley, y que hay que 'comunicar' para su comprobación, ha ascendido, según consta probado en los autos, a poco más de 3.200 euros. No resulta racional que el coste de comprobar un proyecto ascienda a una cantidad que multiplica por más de 32 veces el coste del propio proyecto.

Tal conclusión, además de irracional, es contraria al tenor del art. 24 de la Ley de Haciendas Locales, produciéndose la citada desnaturalización de la tasa por un exceso injustificado, reprobable, notorio y excesivo, porque nunca una simple recepción de una comunicación y documentación, y una estereotipada actividad municipal (en realidad, según el contenido del expediente administrativo, ninguna actividad administrativa distinta de la propia liquidación de la tasa), puede suponer una tasa de más de 17 millones

de pesetas. Es un ejemplo típico de los denunciados por la doctrina de frecuentes fenómenos de 'desnaturalización' de la tasa, convirtiéndolo en la práctica en un impuesto indirecto, sin legitimación legal para ello y con resultados injustos de forma patente, pues no cabe permitir la imposición de verdaderos impuestos indirectos sobre el uso de los servicios públicos (SS TS de 11 de junio de 1996, de 6 de febrero de 1995, de 20 de julio de 1994, de 22 de mayo de 1998)".

Ciertamente, la injustificada cuantificación de la tasa que llega a ser "32 veces más que el coste del proyecto" denota una ausencia total del citado principio, en la medida que, como afirma el Tribunal, "nunca una simple recepción de una comunicación y documentación, y una estereotipada actividad municipal (en realidad, según el contenido del expediente administrativo, ninguna actividad administrativa distinta de la propia liquidación de la tasa), puede suponer una tasa de más de 17 millones de pesetas".

En el supuesto analizado la confiscatoriedad no viene por aplicación de un tipo impositivo fijo ni progresivo, situación ésta que, como se ha dicho anteriormente, es difícil de apreciar en el sistema tributario local español. Es el resultado de la aplicación de una cuota fija más una parte variable[19] que tiene como resultado una infracción grave a la prohibición de confiscatoriedad en la medida en que la cuantía de la tasa resulta altamente superior al "coste del propio proyecto" a realizar.

Otra situación que puede darse en el establecimiento de los tributos locales es que, como consecuencia de la Ordenanza Fiscal, resulte un tipo impositivo superior al 100%. Este es el supuesto que resolvió el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia 423/2003, número de recurso 180/2001, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio Rodrigo Aragonés, cuando, enjuiciando la conformidad a Derecho o no de una ordenanza, afirmaba que,

"el sistema contenido en la Ordenanza es manifiestamente erróneo, y como tal, arbitrario, porque no se fija la cuantía en relación con el valor en el mercado de la utilidad o aprovechamiento, sino en relación con el valor de repercusión del suelo calculado según las normas estatales para el valor catastral del IBI…

[19] Esta previsión está expresamente indicada en el art. 24.3 del TRLHL, por lo que su aplicación goza de legalidad plena. Sin embargo, un establecimiento excesivo de estas cuantías sobre las que se obtiene la cuota tributaria en la Ordenanza Fiscal, sí puede dar lugar, como en el presente caso, a una situación en la que el resultado sea "injusto de forma patente" como indica el Tribunal, y, por lo tanto, proceda la nulidad de la misma en dicho extremo.

Por tanto, si a tal valor en venta se aplica un tipo general de gravamen del 175%, se está cobrando no el precio de mercado de la utilidad del aprovechamiento, sino más del propio precio de compra del suelo utilizado, lo cual no puede estimarse sino como arbitrario, cuando no directamente disparatado"

Y por último, otro supuesto donde la Ordenanza Fiscal desconoce absolutamente la prohibición de confiscatoriedad nos lo proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 1998, número de recurso 6694/1992, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez, que sin citar expresamente el principio jurídico que estamos analizando, muestra como la cuota determinada conforme a la Ordenanza Fiscal resulta de un tipo impositivo del 550%. Todo ello en estos términos:

"en materia de bases y tarifas, su art. 6.º, lejos de reflejar unas tarifas calculadas sobre la base del coste real o previsible de esa actividad de verificación, erige como base la cuota que la persona o entidad que pretenda la licencia de apertura satisfaga al Tesoro... y, por consiguiente, por completo al margen de los costes globales del servicio, de los que, además, ningún vestigio existe ni ningún estudio se ha hecho que relacione o sirva para relacionar con ellos las cuotas porcentuales aplicables, cuotas éstas que, conforme ha sucedido en el supuesto de autos, pueden llegar al 550% de las meritadas bases y arrojar una liquidación, como se ha dicho, de 17.116.682 pesetas"

Por todo ello entendemos que la prohibición de confiscatoriedad, pese a no ser un principio de extendida aplicación en el control de las norma fiscales, sí tiene cabida a la hora de valorar la conformidad o no a Derecho de las Ordenanzas Fiscales. No tanto por su cita expresa, como hemos visto en las anteriores Sentencias, sino por mero sentido jurídico de justicia tributaria. Principio este que debe iluminar y guiar el razonamiento de Jueces y Magistrados cuando ejercen su importantísima función jurisdiccional.

EL FENÓMENO DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

THE ILLEGAL ASSIGNMENTS OF WORKERS IN THE FIELD OF PUBLIC ADMINISTRATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 729-740.

Fecha entrega: 12/05/2015
Fecha aceptación: 01/06/2015

LUIS DE LAS HERAS VIVES
Abogado
Vicepresidente del IDIBE
luisdelasherasvives@gmail.com

RESUMEN: No puede perderse de vista que cada vez es más común el fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las Administraciones públicas. En este contexto, se analizarán las principales soluciones adoptadas por la jurisprudencia española ante la cesión ilegal en el sector público y el conflicto normativo entre la legislación laboral y administrativa, proponiendo la interinidad de hecho como la solución más armónica.

PALABRAS CLAVE: Cesión ilegal; administración pública; interinidad de hecho

ABSTRACT: Each day the illegal assignments of workers in the field of public administration is more usual. In this scenario, we analyse the main solutions adopted by Spanish jurisprudence paying attention to the regulatory conflict between the laboral and public law and his solution.

KEY WORDS: Illegal assignments of workers, public caretaker

SUMARIO: 1. Aproximación al fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores.- 2. Regulación legal de la cesión ilegal de trabajadores en el ordenamiento jurídico español.- 3. Sistema de apreciación y casuística: especial referencia a la circular de la abogacía general del estado 2/2007.- 4. La cesión ilegal en las administraciones públicas.- 5. Derecho administrativo vs derecho laboral: criterios orientadores.-

1. Como punto de partida, nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva [STS 4 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1902)], lo que supone, con carácter general, que la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que sean necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores [STS 27 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8531)].

"Siguiendo a SAGARDOY BENGOECHEA, mediante la cesión ilegal de trabajadores lo que se pretende es crear una estructura compuesta por: a) la empresa que proporciona el trabajo (empresa real); b) la empresa que contrata a los trabajadores (empresa ficticia); c) los trabajadores contratados por la segunda empresa, que prestan sus servicios en la primera; a través de la cual la empresa real aparenta ser ajena a las relaciones laborales que se establecen entre los trabajadores contratados y la empresa ficticia, para así no verse obligada por la normativa laboral y de Seguridad Social. De tal forma, como señala el Profesor MARTÍN VALVERDE, el supuesto prohibido por el Estatuto de los Trabajadores es el de la interposición en el contrato de trabajo, que se define como combinación de negocios jurídicos en virtud de la cual una persona ostenta frente a otra u otras y frente a terceros una titularidad aparente de relaciones jurídicas que oculta o encubre al titular verdadero y real de las mismas" [STSJ Islas Canarias 3 noviembre 2003 (JUR 2004, 26831)].

2. La primera referencia en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la cesión ilegal de trabajadores lo encontramos en el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, que tenía como objeto regular las responsabilidades derivadas de la inobservancia de las normas laborales. En él se contenían disposiciones sancionadoras para aquellas las empresas, bien personas jurídicas o individuales, "que cedieran temporalmente todo o parte de su personal a otros empresarios, tanto si lo efectúan mediante el percibo de una

compensación económica, o aún cuando fuese a título gratuito de servicios benévolos o de buena vecindad". Sin embargo, no será hasta el Decreto núm. 3677 de 17 de diciembre de 1970, cuando por primera vez se regule con profusión el fenómenos de la cesión ilegal en España, y de ahí pasa al art. 43 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que si bien con un tenor literal diferente al del vigente artículo 43 ET, materialmente era idéntico.

La actual regulación del artículo 43, al compás del Acuerdo Social de mayo de 2006, comprende de cuatro puntos, y empieza su redactado advirtiendo que "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo se podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan". En este primer punto, el legislador plasma de forma clara y contundente que se elimina cualquier otra posibilidad de cesión de mano de obra que no venga amparada por un contrato de puesta a disposición suscrito entre la empresa usuaria y la empresa de trabajo temporal en los términos establecidos en la Ley 14/1994, de 1 de junio.

El apartado 2 del artículo, contiene una relación de supuestos que de darse cualquiera de ellos "se entiende en todo caso" que constituye cesión ilegal de trabajadores.

En cuanto a la consecuencia jurídica, dispone el art. 43.3 ET que "los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos." Y en este sentido el art. 8.2 LISOS señala que se considera infracción muy grave "la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente" que puede conllevar la imposición de una sanción que asciende hasta 187.515 euros. Y el apartado 4 del art. 43 ET, establece los derechos que incumben al trabajador cedido ilegalmente en los términos siguientes: "los trabajadores sometidos a tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal".

3. Respecto del sistema indiciario y casuística en la apreciación de la cesión ilegal para el caso que nos ocupa, siguiendo la Circular Laboral de la

Abogacía General del Estado 2/2007, podemos establecer dos categorías diferenciadas, a saber: los indicios esenciales y accidentales.

Los indicios esenciales. La concurrencia de estos indicios hace presumir iuris et de iure la existencia de cesión ilegal. Según el artículo 43.2 estos indicios son: a) Que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria. b) Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Si conectamos esto con lo dicho en el apartado anterior, el camino argumental, que siguen la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas en la materia consiste: En primer lugar, descartar que se esté ante una empresa ficticia o aparente, es decir que la empresa contratista tenga una entidad real, que cuente con una actividad y una organización propia y estable, con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad contratada con la empresa principal. Y, en segundo lugar, que la empresa contratista además de ser real haya puesto en juego su propia organización empresarial en la gestión del negocio contratado. Y, en tercer lugar, que la empresa contratista haya asumido la posición de empresario efectivo respecto de sus trabajadores desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición.

Deberá ser la empresa contratista la encargada de la negociación y pago de los salarios a sus trabajadores, la que conceda las licencias, vacaciones, organice los turnos, cotice a la seguridad social ejerza la potestad disciplinaria sobre sus trabajadores etcétera.

Los indicios accidentales, como así recoge la circular, entrarán en juego cuando el tribunal se vea obligado de forma inevitable a acudir a una valoración globalizada de circunstancias.

Sirva para ilustrar todo lo dicho hasta aquí el caso que trae causa en un supuesto en que la empresa contratista se limitaba a proporcionar mano de obra, no poniendo en juego su organización empresarial; y, además, el trabajador aun habiendo sido contratado por la empresa contratista, esta no ha ejercido ningún control en las funciones desarrolladas por el trabajador, habiéndose prestado servicios en las dependencias del Ayuntamiento, utilizando el material puesto a su disposición por el Ayuntamiento, a pesar de que en el pliego de prescripciones técnicas, se establecía que los medios materiales corrían a cargo de la empresa contratista. Derecho del demandante

a ostentar la condición de trabajador laboral por tiempo indefinido del Ayuntamiento de Madrid.

El principal motivo que alegó el Ayuntamiento de Madrid en su defensa es haber acreditado la existencia de una de una estructura organizativa puesta al servicio de la contrata, desplegada por la codemandada UTE, por lo que, no cabe deducir la existencia de cesión ilegal del trabajador al Ayuntamiento de Madrid. Sin embargo, después de exponer el Tribunal de Justicia la doctrina jurisprudencial acerca de la cesión ilegal de trabajadores, este hace suyo el argumento de la sentencia de instancia, según el cual "(...) A la vista de las pruebas documentales aportadas por los actores, prueba testifical, y el informe emitido por la Inspección de Trabajo que en absoluto ha quedado desvirtuado, es más viene a ratificar la conclusión que se obtiene del examen de los documentos, queda acreditado que los actores están integrados plenamente en el organigrama organizativo del Ayuntamiento desde el 1/11/01 hasta la actualidad, sometiéndose exclusivamente a las órdenes de los responsables del Ayuntamiento, quien les proporciona todos los medios técnicos y materiales necesarios para la realización de sus trabajos, realizan la misma jornada que el personal municipal, siendo controlados al igual que dicho personal, por el propio Ayuntamiento, disfrutan de las mismas vacaciones del personal municipal, constatándose, por otra parte, que ninguna de las empresas demandadas desplegó ningún soporte organizativo o material, ni dirigió la actividad de los demandantes, debe concluirse que éstos estuvieron sometidos a cesión ilegal de trabajadores (...)", añadiendo después que: "(...) llegar a la conclusión de que aun la existencia real de las mercantiles (...) y LICUAS, S.A. no actuaban como empresario cierto en la relación que mantuvo con los actores y que éste se llevó a cabo exclusivamente con el Ayuntamiento de Madrid (...)" [STSJ Madrid 10 noviembre 2011 (JUR 2006, 64231)].

En definitiva, este complejo sistema indiciario aboca, sin lugar a dudas, a una ponderación *ad causam* de los elementos alegados y probados para determinar si la empresa contratista ha intervenido, de conformidad con lo previsto en el contrato como empresa, asumiendo su riesgo y desarrollando una actividad lícita o por el contrario se ha limitado a una mera aportación de mano de obra, lo que supondría una cesión ilegal de trabajadores.

4. Ahora bien, en el ámbito del derecho administrativo, sin embargo, hemos de tener presente, y tomar como punto de partida, los artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución Española, en los que se garantizan, y elevan a rango constitucional, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. En este sentido, el artículo 19 de la Ley 30/1984,

establece que "las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad". Sobre el citado precepto, nuestro Alto Tribunal, en su Sentencia de 20 enero 1998 (RJ 1998, 1000) sostuvo que: "este precepto, que se califica en el artículo 1.3 de la citada Ley como una de las bases del régimen estatutario de la función pública, resulta aplicable, por tanto, a todas las Administraciones, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Se impone en él la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (artículos 14 y 23 de la Constitución), entendida aquélla en sentido amplio -como empleo público- y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 de la Constitución)." Y siguiendo la misma línea el artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que: "todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico."

Dicho lo anterior, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, norma imperativa de derecho necesario, determina que en los supuestos de ilicitud de las cesiones de trabajadores, estos podrán adquirir la condición de fijos, a su elección, bien en la empresa cedente o en la cesionaria. Sin embargo, de otorgarse la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado periodo de tiempo se estarían vulnerando las normas y los principios citados ut supra, pues los puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función de mérito y la capacidad.

Salta a la vista, por tanto, la contradicción que se da entre el orden administrativo y el laboral. Mientras que el primero se construye al compás del espíritu proteccionista del legislador hacia los trabajadores que vela por la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El segundo se inspira *tout court* en la prevalencia del interés público. Así, según la STS 24 abril 1990 (RJ 1990, 3490), en el complejo tema de la contratación laboral de las Administraciones Públicas juegan normas correspondientes a distintos

ordenamientos —el laboral y el administrativo— que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspirados distintos e incluso contradictorios.

Además, no podemos perder de vista que la preocupación por las consecuencias que se pueden derivar de la cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las Administraciones Públicas no es un tema nuevo o baladí, pues ya en la Resolución de 27 de octubre de 2010 (Aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en Personal Laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales), se acordó instar a las Administraciones Públicas a que: "(…) 3. Que por los órganos directivos de la función pública se continúen valorando todas las circunstancias concurrentes en las solicitudes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo, de manera que se garantice que cualquier incremento de efectivos se haga con base en estudios precisos que acrediten la necesidad y oportunidad de dicha ampliación, y que para evitar incrementos de personal se incurra en contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra. 4. Que en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren, en su caso, con empresas de trabajo temporal, se determinen con la mayor precisión posible, las prestaciones a realizar y se incremente la vigilancia de estos aspectos por parte del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General del Estado en su labor de fiscalización y supervisión previa, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas. 5. Que, de acuerdo a los respectivos ámbitos de competencias, se dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos contratados por aquéllas, de manera que quede clarificada la relación entre los respectivos gestores de la Administración con el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. 6. Que la cobertura de puestos de trabajo con carácter indefinido, como consecuencia de posibles irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias, no sea considerada en ningún caso una adscripción definitiva al puesto de trabajo,

sino que desemboque, conforme contempla la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la reciente Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en función de las necesidades de la Administración".

5. Llegados a este punto es preciso cuestionarse por la existencia o no de algún criterio o elemento de juicio a la hora de realizar el juicio de ponderación entre los principios inspiradores del orden administrativo y el laboral, en este sentido, si atendemos a los diferentes pronunciamientos podemos delimitar tres posturas dirigidas a solucionar el conflicto normativo.

Primera postura, especial posición de las administraciones públicas en materia de contratación laboral. La idea es que las irregularidades que puedan cometer las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido. Pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, méritos y publicidad en el acceso al empleo público.

En este sentido, es paradigmático el caso de la Sentencia 27 noviembre 1989 (RJ 1989, 8262), que tuvo origen en la demanda interpuesta por una médico adjunto del Hospital General Gregorio Marañón, en el que nuestro Alto Tribunal sostuvo que es reiterada doctrina que la contratación de personal por las diversas Administraciones Públicas, salvo supuestos de incumplimientos específicamente cualificados, no puede conllevar la adquisición de la condición de indefinido. Así puede leerse en la citada sentencia que: "las irregularidades en que puedan incurrir en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido de un puesto de trabajo, que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 103.3 de la Constitución en relación con el art. 19 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto debe proveerse con arreglo a un sistema basado en los principios de mérito y capacidad como garantía del derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas según establece el art. 23.2 del propio texto constitucional".

La lógica de la *ratio decidendi* fue clara, atribuir el carácter de definitivo sin aplicar los criterios recogidos en los artículos 14, 23.2 y 103 CE, supone efectivamente lesionar el derecho de quienes pueden aspirar al puesto de trabajo en la Administración Pública a través de un proceso reglado de selección y que, para el caso concreto, era el de oposición o concurso-oposición. Y, a mayor abundamiento, sostuvo el Tribunal que por el Organismo demandado: "no [se] ha perseguido una finalidad torticera contraria al ordenamiento jurídico, sino la de satisfacer temporalmente una necesidad del servicio hasta que pueda proveerse de manera definitiva conforme a la aludida normativa sectorial. Por todo lo cual hay que entender que último contrato referido se extinguió por vencimiento del plazo pactado -que no ha excedido del máximo previsto legalmente de seis meses- conforme autoriza el art. 15.1.b) del Estatuto de Trabajo y el citado Decreto 2104/84 en relación con el 49.3 de dicho texto legal".

Segunda postura, la interinidad de hecho como criterio intermedio. Este criterio es el que se sigue, por ejemplo, en la STS 7 febrero 1990 (RJ 1990, 838): "el resultado interpretativo de la sentencia de instancia equivale a desconocer el alcance del precepto legal, en el que se dice, sin resquicio alguno para excepciones, que el derecho de opción corresponde «siempre» a los trabajadores que tengan la condición de representantes del personal; por lo que si el Magistrado consideraba incompatible la aplicación al caso del art. 56.3 del Estatuto de los Trabajadores con la observancia del art. 23.2 de la Constitución, debió plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad." Y continúa diciendo que "es perfectamente posible una interpretación armonizadora de las exigencias del art. 23.2 de la Constitución de igualdad de condiciones de acceso a los cargos y funciones públicos con la garantía de los representantes de los trabajadores reconocida en el art. 56.3 del Estatuto de los Trabajadores. La armonización consiste en que la posible readmisión por la que pudiere optar el trabajador no suponga necesariamente la adquisición de la cualidad de fijeza o permanencia, sino que, o bien se efectúe en condiciones de interinidad, como en el caso aquí resuelto, o bien queda limitada por la posible concurrencia de otra causa legal de terminación del contrato."

En términos similares se expresa la STS 24 abril 1990 (RJ 1990, 3490), al sostener que: "al margen de la inadecuación de la modalidad contractual aplicada para su provisión, pertenece a la plantilla laboral de la demandada y no había sido objeto de cobertura reglamentaria con carácter definitivo, por lo que en todo caso subsistiría (…) una situación fáctica de interinidad en sentido amplio que justificaría el mantenimiento de la relación hasta que se produzca la cobertura".

Tercera postura, la adquisición de la condición de indefinido y no fijo de plantilla. La idea es que las Administraciones públicas no pueden quedar exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso. Y que, tal y como recoge la STS 18 marzo 1991 (RJ 191, 1875): "Negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del art. 9.1. de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Ahora bien, conviene precisar, siguiendo a nuestro Tribunal Supremo, "que el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término, hecho que no puede suponer que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas" [STS 20 enero 1998 (RJ 1998, 1000)].

En este orden de cosas, y a falta de regulación expresa, consideramos como solución más armónica y conciliadora de los diferentes principios inspiradores del orden laboral y administrativo, la postura intermedia en la medida que si bien es cierto no supone la transformación del contrato en indefinido, pone de manifiesto la inobservancia de los procedimientos establecidos para su ocupación. En este sentido, y hasta que la plaza pueda cubrirse de forma definitiva, se desempeña de hecho por quien hasta el momento lo venía haciéndolo.

L'INCOSTITUZIONALITÀ DELLA DIAGNOSI GENETICA PREIMPIANTO

THE UNCONSTITUTIONALITY OF PREIMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 741-750.

Fecha entrega: 02/06/2015
Fecha aceptación: 08/06/2015

CINZIA DI MIELE
Laureata in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Perugia e specializzata della Scuola di specializzazione per le professioni legali presso l'Università degli Studi di Perugia
cinziadmiele@libero.it

RESUMEN: Il presente lavoro analizza alcune questioni inerenti le condizioni per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita previste dalla l. n. 40 del 2004. In particolare la ricerca evidenzia le problematiche connesse al divieto di diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili affette da malattie trasmissibili geneticamente alla luce dei recenti interventi della giurisprudenza.

PALABRAS CLAVE: procreazione medicalmente assistita, diagnosi genetica preimpianto, embrione.

ABSTRACT: This paper analyzes issues related to the conditions for access to the techniques of medically assisted procreation. More precisely the research highlights the problems related to the prohibition of preimplantation genetic diagnosis for fertile couples affected by genetic diseases in the light of recent case law of the courts.

KEY WORDS: medically assisted procreation, preimplantation genetic diagnosis, embryo.

SUMARIO: 1. La legge 19 febbraio 2004, n. 40 e i limiti di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.- 2. Le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale - 3. La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.- 4. Conclusioni.

1. La ricerca scientifica in ambito procreativo ha cercato di fornire una soluzione a due tra i problemi più sentiti e diffusi della nostra società: la sterilità e l'infertilità della coppia. Invero si è assistito, sempre con maggiore frequenza, ad una rottura dell'endiadi procreazione e sessualità; ed infatti la procreazione, da atto naturale strettamente connesso alla sessualità, è divenuta possibile anche al fuori del corpo femminile, potendo essere generato un essere umano anche tramite l'ausilio di strumenti medico-farmaceutici.

In tale contesto si inserisce la l. 19 febbraio 2004, n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita, la quale ha avuto il pregio di dotare l'ordinamento italiano di una regolamentazione specifica in materia di fecondazione assistita.

Ebbene, sin dalla entrata in vigore della l. n. 40 del 2004 l'attenzione dell'interprete si è concentrata sulle ambiguità interpretative della normativa, le quali hanno provocato un acceso dibattito giurisprudenziale in materia.

In questa sede, non potendosi soffermare analiticamente su tutte le complesse problematiche connesse al tema della procreazione medicalmente assistita [sulle quali, in generale, si rinvia a DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Reproducción humana asistida", in *Revista Boliviana de Derecho* (2009), p. 192 ss.; ID., "Filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida", in ID. (Coord.), *Derecho civil IV*, Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 293 ss.], si intende dare atto delle recenti questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Roma, prima, e di Milano, poi, rispetto al divieto opposto alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, di conseguenza, alla diagnosi genetica preimpianto, di cui all'art. 1, commi 1 e 2, e all'art. 4, comma 1, l. n. 40 del 2004 (Trib. Roma, 15 gennaio 2014, in *Foro it.*, 2014, c. 574, con nota di G. CASABURI, G.; Trib. Roma, 28 febbraio 2014, *in www.biodiritto.org*; Trib. Milano, 4 marzo 2015, in www.dirittocivilecontemporaneo.com).

In dettaglio i ricorrenti, i quali chiedevano, pur se fertili, di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita poiché portatori di una patologia geneticamente trasmissibile al nascituro e di potersi, pertanto, avvalere della diagnosi preimpianto in modo da poter conoscere lo stato di salute dell'embrione prima dell'impianto nell'utero della donna, si vedevano negare la loro richiesta stante l'esclusione prevista dalla l. n. 40 del 2004 per le coppie fertili di accedere ai trattamenti di procreazione assistita.

Difatti per tali coppie l'accesso alle tecniche mediche di procreazione medicalmente assistita si pone quale condizione preliminare per potere effettuare la diagnosi preimpianto e per poter, quindi, essere sicuri di far nascere un figlio non affetto dalla malattia di cui i genitori sono portatori.

In realtà tale problematica era stata già affrontata dalla giurisprudenza di merito, pur se con una pronuncia rimasta per un lungo periodo isolata, con la quale i giudici, con una interpretazione "originale" e costituzionalmente orientata della l. n. 40 del 2004, avevano ammesso il ricorso alle tecniche di PMA anche per le coppie fertili e portatrici di una patologia trasmissibile al feto (Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, in *Fam. dir.*, 2010, p. 476).

2. In primo luogo occorre precisare che la diagnosi genetica preimpianto consiste in un esame genetico diretto ad accertare, attraverso il prelievo di una o più cellule dall'embrione prima del suo impianto nell'utero materno, se l'embrione sia portatore o meno di determinate gravi patologie e, quindi, di conoscerne prima dell'impianto lo stato di salute.

Si osserva che all'interno della l. n. 40 del 2004 non vi è una disposizione che sancisce espressamente il divieto di diagnosi genetica preimpianto; tuttavia anche in assenza di un espresso divieto normativo, tale prescrizione si desume indirettamente da una serie di disposizioni contenute nella l. n. 40 del 2004, ovvero negli artt. 1 e 4 della predetta legge.

Nondimeno va detto che, dopo alcune pronunce della giurisprudenza di merito contrarie alla legittimità della diagnosi genetica preimpianto (sul punto Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, c. 3495), l'orientamento giurisprudenziale prevalente, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata della l. n. 40 del 2004, ha considerato tale tecnica medica quale mezzo per la tutela sia del diritto all'autodeterminazione degli aspiranti genitori che del diritto alla salute psico-fisica della donna (in questo senso Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Fam. dir.*, 2007, p. 148; Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 723).

Venendo alle citate ordinanze di rimessione i giudici di merito aderiscono completamente all'interpretazione evolutiva che legittima la praticabilità della diagnosi genetica preimpianto per le coppie sterili affette da una grave patologia trasmissibile al feto. Appare evidente, infatti, che la diagnosi genetica preimpianto consente di evitare l'instaurazione di una gravidanza patologica ed impedisce, altresì, un aborto volontario i cui effetti sono sicuramente più traumatici ed invasivi per la salute della donna.

Nonostante ciò i giudici sottolineano che l'accesso alle tecniche di PMA, di cui all'art. 4, l. n. 40 del 2004, è ammesso solo per le sole coppie sterili o infertili; sicché le coppie fertili, ma portatrici di malattie trasmissibili geneticamente, non possono ricorrere a tali rimedi.

Ed è rispetto a tale problematica che i giudici interni prospettano un contrasto della normativa sull'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita rispetto ai valori di rilevanza costituzionale e sovranazionale, ovvero con i princípi costituzionali, di cui agli artt. 2, 3 e 32 cost., contestandone la lesione del principio di autodeterminazione nelle scelte procreative, di uguaglianza, di ragionevolezza e del diritto alla salute.

In merito a ciò l'iter motivazionale seguito dai giudici rimettenti muove, innanzitutto, dalla constatazione che dal tenore letterale della l. n. 40 del 2004, che limita espressamente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ai soli casi di sterilità ed infertilità, non è consentita una interpretazione estensiva degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, l. n. 40 del 2004. Allo stesso modo non si può procedere ad una interpretazione estensiva delle norme summenzionate sulla base dell'ampliamento dei casi di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, operato dalla linee guida del 2008 contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di PMA, alle ipotesi in cui l'uomo è affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili. Va da sé che in tali casi il rischio di contagio della madre e del feto è così elevato da imporre l'adozione di precauzioni che si traducono, in buona sostanza, nella impossibilità per la coppia di avere dei figli.

In funzione della previsione di tali rigorosi paletti il principio di autodeterminazione nelle scelte procreative degli aspiranti genitori - ascrivibile tra i diritti fondamentali della persona, ai sensi dell' art. 2 cost. - e il diritto degli stessi ad essere informati sulle condizioni di salute dell'embrione subiscono una grave lesione. Sul punto si precisa che la diagnosi genetica preimpianto non è uno strumento diretto alla selezione dell'embrione dotato di particolari caratteristiche fisiche o genetiche, ma è una tecnica finalizzata alla mera scelta di un embrione che non risulti affetto da una grave patologia medica.

A tal proposito appare evidente che la normativa italiana provoca, in violazione dell'art. 3 cost., una disparità di trattamento tra le coppie di aspiranti genitori. Ed infatti a causa dell'ammissione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le coppie non fertili e portatrici di patologie geneticamente trasmissibili e della limitazione di accesso per le coppie fertili portatrici delle medesime patologie si disciplinano situazioni simili con modalità diverse.

Peraltro una siffatta disciplina determinerebbe la lesione anche della salute fisica e psicologica dell'aspirante madre con riferimento all'art. 32 cost., la quale sarebbe esposta ad una pressione psicologica per l'impianto nel proprio utero di un embrione affetto da una patologia genetica nonché ai rischi e i pericoli dovuti ad una interruzione della gravidanza. A ben vedere il legislatore finisce con il non realizzare un giusto bilanciamento tra gli interessi in gioco poiché impedendo l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita - e, pertanto, alla diagnosi genetica preimpianto - costringe la donna a prendere una decisione non informata, circa il trasferimento in utero degli embrioni, con un conseguente rischio per la propria salute.

3. Va segnalato che tale problematica non è del tutto nuova al panorama giurisprudenziale europeo ed infatti, sulla questione della legittimità e fruibilità della diagnosi genetica preimpianto da parte di una coppia fertile, la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha espresso il proprio orientamento, nel noto caso Costa e Pavan contro Italia [Corte EDU, 28 agosto 2012, in *Foro it.*, 2012, c. 473, in dottrina TRIPODINA, C., "Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)", in *Dir. pubbl. comp. eur.* (2013), p. 925 ss.].

Giova precisare che con tale decisione la Corte EDU riconosce che il diritto della coppia ad avere un figlio non affetto dalla patologia di cui è portatrice costituisce un'espressione del diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU. In tal modo il concetto di vita privata e familiare risulta essere molto ampio, tanto da ricomprendere oltre il diritto all'autodeterminazione nelle scelte di vita, anche la decisione di divenire o meno genitori.

Sulla questione i giudici hanno evidenziato il controsenso logico della normativa in tema di procreazione medicalmente assistita la quale, impedendo l'accesso alle tecniche di PMA per le coppie fertili e la successiva impossibilità di diagnosi preimpianto, provoca una indebita ingerenza nella vita della stessa coppia. Dunque la Corte sottolinea l'incoerenza di tale normativa che, per un verso, impedisce alla coppia fertile e affetta da una

patologia trasmissibile la fruibilità della tecnica della diagnosi preimpianto e, dall'altro lato, consente alla donna di procedere all'aborto terapeutico per le medesime patologie.

Del pari appare chiaro come una siffatta disciplina comporti un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, oltre ad esporre la donna ad evidenti rischi per la propria salute psico-fisica. Ad ogni modo ciò che invoca la Corte di Strasburgo non è un diritto ad avere un figlio sano ma semplicemente il diritto a non vedere il proprio figlio affetto dalla medesima malattia di cui i genitori sono portatori [in dottrina sulle pronunce CEDU in materia di procreazione medicalmente assistita si veda MEDINA, G., "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de procreación", in *Actualidad Juridica Iberoamericana* (2014), p. 53 ss.].

L'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo in materia di procreazione medicalmente assistita e, conseguentemente, dell'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili ha costretto, dunque, i giudici rimettenti a valutare la possibilità di una diretta disapplicazione degli artt. 1 e 4 della l. n. 40 del 2004, in quanto contrastanti con le norme CEDU.

Su tale aspetto si precisa che le disposizioni contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono norme internazionali pattizie che, pur vincolando lo Stato, sono prive di una efficacia diretta nell'ordinamento interno.

Al contempo la Convenzione è posta in una posizione gerarchica superiore rispetto alla legge ordinaria e, pertanto, in caso di conflitto tra la norma CEDU e quella interna, il giudice nazionale dovrà, in primo luogo, verificare la praticabilità di una interpretazione della norma interna in conformità alle disposizioni CEDU. Nel caso in cui tale interpretazione non sia possibile il giudice dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma non conforme ai sensi dell'art. 117 cost.

Né del pari può essere invocata una "comunitarizzazione" della CEDU ad opera del Trattato di Lisbona, perciò, in caso di conflitto tra una norma CEDU ed una interna, al giudice non spetterà il potere di disapplicare la disposizione nazionale contrastante con una norma CEDU.

Come sembra evidente alla luce delle considerazioni appena esposte i giudici romani e meneghini escludono che l'eventuale incompatibilità degli artt. 1 e 4, della l. n. 40 del 2004 con le norme CEDU possa provocare una diretta disapplicazione delle predette disposizioni. Inoltre, avallando completamente, l'interpretazione evolutiva della Corte EDU sul tema, evidenziano il

contrasto con l'art. 117, comma 1, cost., e, dunque, l'irragionevolezza dei limiti di accesso imposti dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita in relazione al diritto al rispetto e alla vita familiare, di cui all'art. 8 CEDU, nonché al divieto di discriminazione, *ex* art. 14 CEDU.

Da ultimo, posto che a giudizio dei giudici non si possa procedere ad una interpretazione adeguatrice delle norme in contrasto con la disposizione CEDU, l'unica strada percorribile idonea a risolvere il conflitto tra le norme è la rimessione della questione dinanzi al supremo organo di garanzia costituzionale.

4. In definitiva le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale prese qui in considerazione hanno messo ancora una volta in risalto le contraddizioni e le inadeguatezze della l. n. 40 del 2004, la quale si è dimostrata incapace di prestare un'adeguata tutela dei diritti e delle aspettative degli aspiranti genitori.

Dinanzi all'inerzia del legislatore l'evoluzione giurisprudenziale ha dato la spinta per una reinterpretazione dell'intera legge. Da questo punto di vista si segnala che la normativa in oggetto, già in passato, non è riuscita a superare il vaglio di legittimità della Consulta; si fa riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 14, commi 2 e 3 e, più di recente, alla dichiarazione di l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4, comma 3 [in dottrina v. BERTI DE MARINIS, G., "*La* jurisprudencia italiana en materia de reproducción asistida", in *Actualidad Juridica Iberoamericana* (2015), p. 761 ss.].

Va segnalato, pur con la sinteticità imposta dal fatto che ancora non sono state rese pubbliche le motivazioni, che il Giudice delle leggi, pronunciandosi lo scorso 14 maggio sulle recenti questioni di costituzionalità, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della l. n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche. In altre parole nel caso in cui siano presenti i requisiti prescritti dalla l. n. 194 del 1978 per l'interruzione di una gravidanza le coppie potranno accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, di conseguenza, alla diagnosi genetica preimpianto, in modo tale da evitare un aborto terapeutico.

Per vero dalla semplice visione del dispositivo non si riesce a comprendere pienamente la portata e gli effetti di tale decisione. Comunque in attesa di leggere le motivazioni della pronuncia che, come detto, non sono state ancora rese pubbliche si può affermare che la Consulta, nello scegliere di far cadere un altro pilastro della normativa, ha deciso di tutelare pienamente i diritti di tutti gli aspiranti genitori ancorando, di fatto, il quadro normativo a criteri certi e ragionevoli. Del resto, appariva paradossale e discriminatorio che a fronte delle diverse interpretazioni esistenti in materia situazioni analoghe venissero affrontate in maniera differente. Per di più non erano ben chiare le ragioni in base alle quali una coppia, solo perchè fertile, dovesse essere esposta al rischio di avere un figlio affetto dalla stessa patologia di cui la stessa era portatrice.

Come sembra evidente ancora una volta la giurisprudenza ha cercato di smuovere il legislatore dal suo torpore sopperendo, peraltro, alle sue deficienze emerse in materia di procreazione assistita. É però vero che sebbene gli interventi giurisprudenziali abbiano contribuito ad ampliare e a rendere concreta la tutela degli interessi in gioco, è altrettanto vero che in una materia cosí eticamente sensibile si avverte ancor di più l'esigenza di un preciso intervento legislativo riformatore.

Ad ogni modo il legislatore dovrebbe operare al più presto una riscrittura dell'intera normativa sulla procreazione che appare svuotata da tutti i suoi profili più caratterizzanti, riconsegnando agli interpreti una legislazione chiara e idonea a fornire una piena tutela dei diritti della persona, nonché libera da tutte quelle rigide prescrizioni che, di fatto, limitavano eccessivamente le libertà di utilizzo dei trattamenti di procreazione assistita.

DANNO DA NASCITA INDESIDERATA: ONERI PROBATORI E LEGITTIMAZIONE DEL NATO ALLA RICHIESTA RISARCITORIA (NOTA DI COMMENTO A CASS. CIV., SEZ. III, ORDINANZA INTERLOCUTORIA DEL 23 FEBBRAIO 2015, N. 3569).

WRONKFUL BIRTH DAMAGE: BURDEN OF PROOF AND LEGITIMIZING BORN TO A CLAIM FOR DAMAGES (COMMENT TO CASS. CIV., SEZ. III, ORDER 23 FEBBRAIO 2015, N. 3569).

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 751-764.

Fecha entrega: 05/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

FRANCESCO ALIPERTI
Avvocato e dottorando di ricerca in Economia e Politiche dei Mercati e delle Imprese – Diritto e Mercato Globale
Università degli Studi di Salerno
faliperti@unisa.it

RIASSUNTO: L'autore, esposto il caso dal quale muove l'ordinanza che si annota, analizza il contrasto giurisprudenziale formatosi in tema di danno da nascita indesiderata, riguardante la questione relativa agli oneri probatori e quella della legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria. Sul punto, infatti, una recente ordinanza, della Terza Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione, ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuaale assegnazione alle Sezioni Unite, le suddette questioni.

PAROLE CHIAVE: Danno da nascita indesiderata, responsabilità del sanitario, oneri probatori, legittimazione alla richiesta risarcitoria.

ABSTRACT: The author, after describing the event which generates the order that follows, analyzes the conflict of case law about the wrongful birth damage, relating to burden of proof and the question legitimizing born to a claim for damages. On this point, in fact, a recent order of the Third Civil Chamber of the Supreme Court gave the First President the above issues for possible assignment to the Joint Session.

KEY WORDS: wrongful birth damage, medical responsibility, burden of proof, legitimizing to a claim for damage.

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale.- 2. Il quado normativo di riferimento.- 3. Il riparto degli oneri probatori.- 4. La legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria.- 5. Conclusioni.

1. I genitori di una bambina affetta da sindrome di Down, in proprio e nella loro qualità di esercenti la potestà sulla figlia minore, convengono in giudizio il medico ginecologo, il direttore del Laboratorio di Analisi e l'Azienda Sanitaria, per ottenere il risarcimento del danno da "nascita non desiderata", sostenendo di non essere stati messi nella condizione di poter scegliere in maniera consapevole sul proseguimento della gravidanza (dopo i primi novanta giorni), posto che non erano stati disposti quegli approfondimenti necessari ad accertare eventuali malformazioni del feto.

I coniugi, quindi, lamentano la perdita del diritto alla scelta sul se interrompere o no la gravidanza, stante l'omessa diagnosi di malformazioni del feto, così impedendosi la possibilità di evitare la nascita malformata. Costituitisi nel giudizio tutti i convenuti, e la società di assicurazione (terza chiamata in causa), il Tribunale e la Corte di Appello rigettano la domanda degli attori.

La coppia resiste e propone ricorso alla Suprema Corte di Cassazione, la quale, inquadrata la questione nella tematica del danno da nascita indesiderata, rimette la decisone al vaglio delle Sezioni Unite, sul presupposto di contrastanti orientamenti di legittimità inerenti due questioni principali.

2. La Cassazione, nell'ordinanza che si annota, evidenzia come la questione del riparto dell'onere probatorio si ponga "sotto un duplice profilo, giacché la prova deve riguardare non soltanto la correlazione causale fra l'inadempimento dei sanitari (che si assume consistito nell'omissione di approfondimenti diagnostici) e il mancato ricorso all'aborto, ma anche la sussistenza delle condizioni comunque necessarie per procedere all'interruzione della gravidanza dopo il novantesimo giorno di gestazione (in relazione alla l. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b) […]".

La legge 22 maggio 1978, n. 194 ("Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"), nel disciplinare le condizioni di liceità della pratica abortiva, distingue tra due diverse ipotesi, a seconda che l'interruzione volontaria della gravidanza avvenga entro i primi novanta giorni (art. 4) o dopo il decorso di tale periodo (art. 6), ipotesi questa che ricorre nel

caso di specie.

Partendo dalla prima ipotesi, il legislatore ha previsto che, entro i primi novanta giorni dal concepimento, l'interruzione volontaria della gravidanza, ad iniziativa della sola madre è ammessa se vi è un "serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito" (art. 4).

L'art. 6, invece, prevede che, dopo i primi novanta giorni, l'interruzione volontaria della gestazione può essere praticata: "a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del feto, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna".

Appare evidente lo scopo di tale norma. Nonostante lo stato avanzato della gravidanza (siamo oltre i primi novanta giorni), il legislatore consente il "sacrificio del concepito" [in questi termini, Cass. n. 12195/1998, in *Giust. civ.* (1999), I, 672], la cui tutela la stessa legge proclama nel primo comma dell'art. 1, poiché la tutela della salute fisica o psichica della madre è considerata preminente. Su tale aspetto, la giurisprudenza [Cass. n. 6464/94, in *Rass. dir. civ.* (1996), pp. 342 e ss.] ha precisato che "l'interesse protetto dall'art. 4 l. 22 maggio 1978 n. 194 è la salute della donna; il diritto all'interruzione della gravidanza è riconosciuto solo in ragione della tutela di detto interesse".

Pertanto, la scelta di portare a termine o meno la gravidanza non è più rimessa all'autodeterminazione della madre, ma è subordinata all'accertamento, da parte del personale medico, dell'esistenza di un grave pericolo alla vita o alla salute della donna.

Pericolo che, secondo Cass. n. 12195/1998 (cit.), per essere rilevante, ai fini dell'aborto terapeutico, non si deve limitare a una sola previsione prognostica (come nell'ipotesi di cui all'art. 4, l. cit., ove la malformazione del nascituro agisce esclusivamente come "previsione" di pericolo per la salute fisica e psichica della gestante), ma deve essere "attuale", ossia deve trarre origine da un processo patologico già in atto al momento dell'interruzione della gravidanza, cosicchè esso processo possa prevedibilmente evolvere verso un grave pericolo per la salute della donna.

Accanto a questi elementi c.d. positivi, la Suprema Corte di Cassazione, sempre nella stessa pronuncia, evidenzia un altro elemento, altrettanto

necessario, per poter lecitamente ricorrere all'interruzione della gravidanza, *ex* art. 6 lett. b), ossia l'elemento negativo dell'impossibilità di vita autonoma del feto, di cui all'art. 7, comma 3, della stessa legge. Infatti, tale articolo recita: "Quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera *a*) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto".

Ed è proprio l'esatta interpretazione di questo elemento, c.d. negativo, che può essere dirimente per la questione in esame, così come importante è stabilire a chi spetti l'onere di provare se il feto avesse o no raggiunto quello stadio di formazione capace di consentirgli una vita autonoma, come si vedrà nel corso della trattazione.

3. Il delineato quadro normativo di riferimento è quindi strettamente connesso alla specifica questione del riparto degli oneri probatori, in merito alla quale l'ordinanza rileva che si registrano due orientamenti contrastanti, i quali divergono in riferimento al contenuto della prova richiesta alla madre.

Secondo un primo orientamento, sicuramente più favorevole per gli attori, per i quali gli oneri probatori sarebbero "alleggeriti" si ritiene, infatti, "corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto" [così: Cass. n. 6735/2002, in *Foro it.* (2002), I, 3115; Cass. n. 14488/2004, *ivi* (2004), I, 3327; Cass. n. 15386/2011, in *Nuova giur. civ.* (2011), 12, 1, 1252; Cass. n. 13/2010, in *Rep. Foro it.* (2010), voce *Danni civili*, n. 267].

La Cassazione, infatti, con la sentenza n. 6735 del 2002 (cit.), sulla scia degli insegnamenti delle Sezioni Unite in tema di onere della prova in materia di responsabilità contrattuale [*ex multis* Cass., Sez. Un., n. 13533/2001, in *Foro it.* (2002), I, 769], supera l'orientamento formatosi nel 1998, che subordinava la verifica dell'inadempimento e, quindi, la responsabilità del medico, non solo alla sussistenza di tutti gli elementi previsti dalla legge (positivi e negativi, in base agli artt. 6 lett. b) e 7, comma 3, l. n. 194/1978), perché la gestante potesse esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza, ma anche alla prova che essa avrebbe "effettivamente" esercitato detto diritto, se fosse stata esattamente informata dal medico sulle malformazioni del feto. Solo in tal caso, si concludeva, il medico sarà responsabile dei danni causati alla donna per il mancato esercizio di detto diritto.

In senso critico è stato rilevato che, in tal modo, si perveniva a un "meccanismo prognostico talmente articolato da spegnere sul nascere qualsiasi

pretesa da parte della paziente" [SIMONE, R.: "Nascita indesiderata: il diritto alla scelta preso sul serio (nota a Cass., 10.5.2002, n. 6735)", *Foro it.* (2002), I, 3120].

La sentenza del 2002, allora, analizza la disposizione di cui all'art. 7, comma 3 (l. 194/1978), al fine di chiarire la situazione alla quale essa disposizione si riferisce, così sostenendo che "possibilità di vita autonoma del feto è cosa diversa dalla possibilità che il concepito, se la gravidanza fosse portata a termine, nascerebbe capace di condurre una vita autonoma da un punto di vista fisico e psichico", posto che "la situazione cui la norma si riferisce e che è descritta come situazione relativa al feto e non al nascituro". Pertanto "sono fuori centro considerazioni fatte a proposito del rapporto tra tipo di anomalie o malformazioni del nascituro e la possibilità che venuto alla vita l'individuo conduca una vita autonoma dal punto di vista fisico o psichico".

In altri termini, l'eventuale vita autonoma del feto non è incompatibile con le caratteristiche della malformazione medicalmente accertata e con l'effettiva vitalità del minore, nel senso che ben può esserci nascituro malformato senza che questo significhi automaticamente impossibilità di vita autonoma del feto.
Vita autonoma del feto, infatti, è tutt'altra cosa rispetto alla nascita malformata, ovverosia, mutuando le parole dalla sentenza in esame: "è quel grado di maturità del feto che gli consentirebbe, una volta estratto dal grembo della madre, di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione anche fuori dall'ambiente materno". Ne deriva, allora, che "stabilire se vi fosse per il feto possibilità di vita autonoma è interrogativo che va risolto avendo riguardo al grado di maturità che il feto aveva raggiunto nel momento in cui il medico ha mancato di tenere il comportamento che da lui ci si doveva attendere".

La sentenza in parola, chiarito questo aspetto, sulla questione che riguarda a chi spetti l'onere provare se il feto avesse o no raggiunto quello stadio di formazione capace di consentirgli una vita autonoma, statuisce che "non spetta alla donna provare che quando è maturato l'inadempimento del medico il feto non era ancora pervenuto alla condizione della possibilità di vita autonoma, spetta al medico provare il contrario".

In punto di nesso causale tra inadempimento del medico (consistente nell'omessa informazione di gravi malformazioni del feto) mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza e danno, la Cassazione giunge ad affermare che, la circostanza per la quale, ricorrendone i presupposti (tra i quali la presenza di anomalie e malformazioni del nascituro dirette a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna), la legge consenta alla donna la scelta di porre fine alla gravidanza, "rende legittimo per il giudice

assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà".

Pertanto, la Cassazione, con questa pronuncia, fa ricadere sul medico: *in primis* la prova del fatto impeditivo all'esercizio del diritto di scelta in ordine all'impossibilità di vita autonoma del feto; *in secundis*, l'onere di provare che la donna, quand'anche tempestivamente informata, non avrebbe optato per l'interruzione della gravidanza. In questa prospettiva, incomberà sul medico (debitore – convenuto) l'allegazione di quegli elementi riguardanti aspetti del caso, quali fattori ambientali, culturali, di storia personale, atti a dimostrare in modo certo che, pur informata, la donna avrebbe accettato la continuazione della gravidanza.

È stato, pertanto, rilevato come "dopo Cass. 6735/02 nulla sarà più come prima; e non è detto che si sia al cospetto dell'epilogo in materia di nascite indesiderate, poiché dietro l'angolo già si intravede la possibilità del prossimo approdo alle azioni per *wrongful life"* (SIMONE, R.: "Nascita indesiderata", cit.).

Basterà alla gestante, con ciò ottemperando al suo onere probatorio, l'essersi rivolta al medico richiedendogli esami volti a conoscere se il feto presentasse o no malformazioni o anomalie, segno questo, secondo la pronuncia in esame, "di un comportamento orientato piuttosto nel senso di rifiutare che di accettare di portare a termine la gravidanza, se il feto avesse presentato gravi malformazioni, come poi è risultato".

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca Cass. n. 14488/2004 (cit.) che ribadisce quanto statuito nel 2002. Tale orientamento è stato di recente confermato da Cass. n. 13/2010 (cit.) e da Cass. n. 15386/2011 (cit.). Secondo quest'ultima pronuncia la prova, gravante sicuramente sull'attore, che, al momento del fatto, sussistevano le condizioni per interrompere la gravidanza, non può che avere natura "presuntiva" quanto al grave pericolo per la salute psichica della donna, posto che si lamenta la mancata informazione da parte del medico.

L'ordinanza in commento, richiama un altro orientamento giurisprudenziale, a sostegno di quanto già esposto, e precisamente quello enunciato in Cass. 22837/2010 [in *Rep. Foro it.* (2011), voce *Professioni intellettuali*, n. 131], per il quale "è sufficiente che la donna alleghi che si sarebbe avvalsa di quella facoltà se fosse stata informata della grave malformazione del feto, essendo in ciò implicita la ricorrenza delle condizioni di legge per farvi ricorso, tra le quali v'è "il pericolo per la salute fisica o psichica derivante dal trauma connesso all'acquisizione della notizia", con la precisazione ulteriore per la quale

"l'esigenza di prova al riguardo sorge solo quando il fatto sia contestato dalla controparte, nel qual caso si deve stabilire - in base al criterio (integrabile da dati di comune esperienza evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali) del 'più probabile che non' e con valutazione correlata all'epoca della gravidanza - se, a seguito dell'informazione che il medico omise di dare per fatto ad esso imputabile, sarebbe insorto uno stato depressivo suscettibile di essere qualificato come grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna".

Secondo un'altra impostazione [Cass. n. 16754/2012, in *Foro it.* (2013), I, 181; Cass. n. 7269/2013, in *Rep. Foro it.* (2013), voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 309; Cass. n. 27528/2013, *ivi* (2014), voce *Professioni intellettuali*, n. 12; Cass. n. 12264/2014, *ivi* (2014), voce cit., n. 96], più recente, invece, la circostanza che la gestante abbia richiesto, al proprio medico, di sottoporsi ad esami volti ad accertare la sussistenza di eventuali anomalie sul feto, non è, di per sé, elemento sufficiente da cui poter inferire la volontà della stessa di interrompere la gravidanza, ove il feto avesse presentato gravi malformazioni.

L'avere richiesto un'indagine diagnostica sul feto nulla dice circa la volontà della donna di abortire in caso di accertata malformazione del feto, essendo tale richiesta un semplice indizio privo dei caratteri della gravità ed univocità.

Così, Cassazione n. 16754/2012 (cit.), nell'affrontare il tema degli oneri probatori, innanzitutto sottolinea la rilevanza della contestazione dell'assunto attoreo da parte del convenuto, nel senso che solo (*rectius* "esclusivamente") in tal caso si porrà il problema della prova che all'interruzione della gravidanza la donna si sarebbe determinata se fosse stata informata. In questo modo, la Suprema Corte ritiene necessario che sia il sanitario a contestare esplicitamente l'assunto che la partoriente ha formulato nella propria richiesta risarcitoria, così alleggerendo l'onere della prova sulla stessa gravante.

Secondo la Cassazione, l'intenzione di non portare a termine la gravidanza desumibile dalla richiesta di accertamenti diagnostici è considerata come avente "indubbio carattere di presunzione semplice", costituendo, quindi, "l'unico elemento indiziante di una volontà che si presume orientata verso un determinato esito finale".

Sarà il giudice di merito tenuto a desumere (caso per caso e senza generalizzazioni di tipo statistico) da tale elemento indiziante le conseguenti inferenze probatorie e il successivo riparto dei relativi oneri. Costui, in altri termini, tenendo conto di tutte le contingente del caso concreto e senza alcuna generalizzazione di tipo statistico, sulla base dell'unico "indizio isolato" (la sola richiesta di accertamento diagnostico), dovrà valutare se tale "presunzione semplice" possa, o meno, essere ritenuta sufficiente a provare il fatto

(l'interruzione della gravidanza).

La Corte, quindi, precisa che non sarebbe legittimo il ricorso, sempre e comunque, ad un criterio basato sull'*id quod plerumque accidit*, in quanto non sempre varrebbe l'equazione "richiesta di diagnosi=interruzione di gravidanza in caso di diagnosi di malformazioni". Non si può, pertanto, dedurre da una richiesta di accertamenti diagnostici la volontà della gestante di interrompere la gravidanza, nel caso fosse messa al corrente dell'esito infausto degli accertamenti stessi. L'interruzione della gravidanza, infatti, costituisce un dato che può solo presumersi.

Ciò posto, il principio di vicinanza della prova e quello della estrema difficoltà (ai confini con la materiale impossibilità) di fornire la prova negativa di un fatto fa sì che ricada sulla partoriente l'onere di integrare il contenuto della presunzione in parola con qualsivoglia ulteriore elemento che la ""colori" processualmente" e, quindi, ne integri il contenuto, in modo da dimostrare al giudice di che avrebbe interrotto la sua gravidanza se avesse saputo delle malformazioni del feto.

Questa soluzione, si impone altresì, secondo la Cassazione, in quanto v'è l'esigenza di evitare di trasformare il giudizio risarcitorio in una sorta di vicenda para - assicurativa *ex post*, nel caso si consentisse, sempre e comunque, sulla base dell'automatica allegazione della presunzione in parola, di introdurre richieste risarcitorie anche se la volontà della gestante sarebbe stata diversamente orientata.

Invero, precisa la Suprema Corte: "diverrebbe, in tal caso, vicenda processuale non incerta, ma già segnata *ab origine* nel suo vittorioso esito finale, quella che finisce per rendere automatico ogni risarcimento all'esito di una semplice richiesta diagnostica nonostante la impossibilità della prova di un fatto negativo da parte del convenuto (la volontà di non abortire nonostante la diagnosi infausta)".

Traendo le conclusioni, si può osservare come l'onere della prova venga posto in capo alla donna, parte attrice della vicenda processuale, ma anche, in virtù del principio di non contestazione, come spetti al medico contestare i fatti posti a fondamento della pretesa azionata, altrimenti potrà ritenersi provato (perché, appunto, non specificatamente contestato *ex* art. 115 c.p.c.), che la donna avrebbe certamente abortito una volta accertata la malformazione del feto.

Conforme all'orientamento in precedenza esaminato è quello espresso in Cass. n. 7269/2013 (cit.) ove si è affermato che è onere della parte attrice allegare e

dimostrare che, se fosse stata informata delle malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza. In particolare, è stato affermato che la richiesta della gestante di sottoporsi ad esami diretti ad accertare l'esistenza di eventuali malformazioni del feto è solo un "indizio privo dei caratteri della gravità ed univocità".

Sostanzialmente nello stesso senso si pone Cass. n. 27528/2013 (cit.), la quale tuttavia rileva la limitata rilevanza della non contestazione dell'assunto attoreo da parte del medico, con ciò discostandosi da Cass. n. 16754/2012 che aveva fatto dipendere il "problema della prova" proprio dall'esistenza di tale contestazione, e Cass. n. 12264/2014 (cit.).

4. La Cassazione con la sentenza n. 14488/2004 (cit.) ha spiegato come, nel nostro ordinamento, non si possa riconoscere al concepito un diritto di "non nascere" o di "non nascere se non sano", in quanto si andrebbe incontro a due pericoli.

Anzitutto, si rileva che detto diritto di "non nascere" sarebbe un "diritto adespota (letteralmente: senza padrone), in quanto a norma dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (artt. 462, 687, 715 c.c.) sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita".

La dottrina, critica sul tema, ha fatto rilevare che ipotizzare un diritto del concepito malformato di non nascere significherebbe concepire un diritto la cui titolarità sarebbe solo in funzione del sua violazione e non del suo esercizio [così GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*. Napoli (2009): Esi, p. 125].

Inoltre, sostenere che il concepito abbia un siffatto diritto "significa affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o di eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c." (Cass. n. 14488/2004, cit.).

Escluso, quindi, che esista, nel nostro ordinamento, un diritto a non nascere se non sani, ne deriva che, se per omessa o inesatta informazione da parte del medico sulle malformazioni del feto, il concepito malformato nasce, egli non può lamentarsi del fatto che non sia stata interrotta la gravidanza con riferimento alla sua personale posizione. Ciò in quanto l'ordinamento attualmente vigente non prevede tale posizione giuridica come meritevole di tutela, anzi prevede il contrario, ossia tutela, il diritto a nascere del concepito, a prescindere dalle malformazioni o patologie (Cass. n. 14488/2004, cit.).

In senso conforme si è espressa Cass. n. 10741/2009 [in *Foro it.* (2010), I, 141]. Detta pronuncia riconosce, però, al nascituro la soggettività giuridica e lo include tra i soggetti protetti dal contratto.

Tuttavia, nel caso dalla stessa affrontato, la (grave) malformazione al feto veniva causata dalla somministrazione alla gestante, su prescrizione dei ginecologi, di un farmaco atto a stimolare l'ovulazione e la Corte riconosceva al bambino, una volta nato, il diritto al risarcimento del danno, in quanto lo stesso ha un "diritto a nascere sano", leso dalla colpa dei medici, così riconoscendogli soggettività giuridica.

In senso decisamente critico, è stato però affermato che, a bene vedere, "non ve ne era alcun bisogno. Il concepito, una volta nato, agisce semplicemente per il danno alla salute infertogli durante la gestazione", il caso, dunque, "non richiedeva che si arrivasse alla affermazione della soggettività del nascituro" [Così CRICENTI, G.: "Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione", *Nuov. giur. civ. comm.* (2009), pp. 1268 e 1269].

Ciò posto, la Corte, anche in questa pronuncia, chiarisce che nel nostro ordinamento non esiste un diritto a "non nascere se non sani", cosicché il concepito, nato malformato perché la madre non è stata messa nella condizione di poter praticare l'aborto, non ha diritto ad alcun risarcimento del danno per essere nato.

Di recente, però, tale orientamento è stato modificato dalla Cassazione che, con sentenza n. 16754/2012 (cit.), pur confermando l'inesistenza nel nostro ordinamento di un diritto a "non nascere se non sani", ha però riconosciuto al nascituro la legittimazione ad agire (*iure proprio*) in giudizio per il risarcimento del danno in caso di "vita indesiderata" per omessa diagnosi di malformazioni fetali. Il *revirement* della Cassazione, pertanto, non concerne il riconoscimento del diritto "a non nascere se non sani" (di cui si conferma l'inesistenza, appunto), ma riguarda il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno (anche) al bambino nato malformato, oltre che ai genitori.

Con la pronuncia summenzionata, la Suprema Corte si discosta da Cass. n. 10741/2009 (cit.), affermando la mancanza di una reale soggettività giuridica del nascituro, il quale viene inteso come centro di interessi, vale a dire come "oggetto di tutela" e fonda la legittimazione attiva del nato [come incontestabilmente ammesso nei confronti del padre, vedi *ex multis* Cass. n. 25559/2011, in *Ragiusan* (2012), 333, 194; Cass. n. 2354/2010, in *Danno e Resp.* (2011), 4, 384; Cass. n. 10741/2009, cit.; Cass. n. 13/2010, cit.] sulla "propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito", così affermando l'estensione anche al concepito dell'effetto protettivo del rapporto

intercorso tra la madre e il medico. Invero, si afferma che "il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, sì che risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito […]".

La Cassazione, pertanto, nel riconosce al neonato/soggetto di diritto/giuridicamente capace (art. 1 c.c.) il diritto a chiedere il risarcimento dal momento in cui è nato, statuisce che la domanda avanzata personalmente dal bambino malformato trova il suo fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. Secondo il ragionamento della Suprema Corte, l'unico interesse giuridicamente protetto di cui il nato può lamentare la lesione "non è la malformazione in sé considerata […] bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'*handicap,* ma sintesi di vita ed *handicap*, sintesi generatrice di una vita *handicappata*".

In altri termini, l'interesse del quale il neonato può richiedere tutela, sulla base dei principi costituzionali, è quello "che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici dal Costituente […]". Ecco, quindi, che risultano violati il diritto alla salute, il diritto del minore allo svolgimento della sua personalità, il diritto all'uguaglianza e a quello alla famiglia, diritti costituzionalmente garantiti.

Il nato, dunque, posta l'omissione colpevole dei sanitari, se non può dolersi della propria nascita, può però avanzare istanza risarcitoria *iure proprio* facendo valere "la sua stessa esistenza diversamente abile", in ciò consistendo l'evento di danno che egli può lamentare, in quanto emerge il suo interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità. In tal caso, irrilevante sarà che la sua patologia fosse congenita, e che la madre, ove fosse stata informata della malformazione, avrebbe verosimilmente scelto di abortire.

In altri termini, il Supremo Collegio ritiene che la situazione soggettiva tutelata non è il diritto "a non nascere se non sano", così confermando l'inesistenza di un siffatto diritto nel nostro ordinamento, ma il diritto alla salute, il diritto allo svolgimento personalità, il diritto all'uguaglianza e alla famiglia e, quindi, il pregiudizio che si richiede di ristorare è costituito dalla costrizione di vivere una vita difficile in ragione dell'esistenza diversamente abile. Questo è il danno meritevole di tutela che il bambino malformato può chiedere di ristorare. Danno che inevitabilmente non si sarebbe verificato se la madre fosse stata

posta nella condizione di praticare l'aborto, condizione resa impraticabile in virtù dell'omissione del medico.

Pertanto, è la costrizione di una vita in uno stato di infermità perdurante e irrimediabile (l'esistenza diversamente abile, appunto) ciò che legittima l'istanza risarcitoria *iure proprio* del nato.

In ultima analisi, sembra evidente che la Corte abbia voluto dare continuità a quel percorso argomentativo già iniziato con Cass. n. 9700/2011 [in *Rep. Foro it.* (2011), voce *Danni civili*, n. 253], ove veniva riconosciuto, ad un soggetto nato dopo l'uccisione del padre, il diritto a pretendere dal danneggiante il risarcimento dei danni arrecatigli per la perdita del rapporto parentale. In quell'occasione, infatti, la Cassazione affermava come non si ponesse "alcun problema concernente la soggettività giuridica del concepito, non essendo necessario configurarla per affermare il diritto del nato al risarcimento".

Secondo il ragionamento della Corte, il figlio, nascendo senza padre, viene privato del rapporto con il medesimo e di tutto quanto quel rapporto comporta, divenendo attuale la mancanza del rapporto intersoggettivo, che connota la relazione tra padre e figlio, solo quando lo stesso viene alla luce.

Infatti, è in quel momento che si verifica "la propagazione intersoggettiva dell'effetto dell'illecito per la lesione del diritto del figlio (non del feto) al rapporto col padre; e nello stesso momento è sorto il suo diritto di credito al risarcimento, del quale è dunque diventato titolare un soggetto fornito della capacità giuridica per essere nato". La Suprema Corte chiariva, quindi, che anche nell'ipotesi in discorso ben può riconoscersi la sussistenza di un danno ingiusto patrimoniale e non patrimoniale per perdita del rapporto parentale e del nesso eziologico fra questo e l'evento lesivo.

Allora, sia il pregiudizio derivante dall'essere costretti a condurre una vita diversamente abile, sia quello derivante dall'essere costretti a vivere senza padre, pur essendosi originato prima della nascita, si concretizza e attualizza solo dopo il momento della nascita stessa.

In entrambi i casi, quindi, sembra affermarsi la configurabilità di un danno futuro, ove il risarcimento è riconosciuto sulla base del fatto che il danno si è verificato a distanza di tempo dall'evento lesivo.

5. Sulla base dei contrasti giurisprudenziali analizzati, la Terza Sezione della Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

In attesa delle Sezioni Unite, non può trascurarsi che, ai fini della responsabilità del medico, occorre fare chiarezza sulle condotte allo stesso imputabile: l'errore medico, produttivo della malformazione del feto e l'omessa diagnosi della malformazione stessa.

Nel primo caso, infatti, il nato, una volta tale, farà valere un diritto attuale alla salute, negata o, comunque, compromessa in virtù dell'errore medico causativo della malformazione.

Nel secondo caso, invece, in particolare quando la malformazione è stata contratta per cause naturali, il problema da risolvere è quello relativo al nesso causale. Aspetto decisivo trascurato dall'ordinanza di rimessione [così, CRICENTI, G.: "Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)", *Dir. civ. cont.* (2015), num. 1].

Infatti, in questo caso, la malformazione rimarrebbe quand'anche il sanitario se ne accorgesse e, quindi, non potrebbe essere riconducibile alla condotta del medico. Pertanto, "sembra non esservi alcun legame di tipo eziologico tra la condotta del medico (che non si avvede della malformazione) e la malattia del concepito contratta per cause naturali" (così, CRICENTI, G.: "Il danno", cit.).

A ciò è collegato l'aspetto relativo alla inviduazione del danno: la nascita o la malattia? Orbene, posto che, come si è visto, non esiste un "diritto a non nascere se non sani", chi nasce malto si duole non della nascita stessa, bensì della malattia e, se questo è il danno, l'analisi del nesso causale dovrebbe muovere da tale prospettiva.

Pertanto, il confronto non è tra la nascita e la non nascita (perchè non si può dire se sia meglio nascere malati che non nascere affatto), ma tra malattia e corretta diagnosi, nel senso che occorrerà verificare se questa (quindi, la condotta alternativa lecita) avrebbe evitato il danno effettivo (la malattia, appunto). Allora, l'errore del medico sarà causa della malattia, quando la sua errata diagnosi ha consentito che essa si manifestasse alla nascita, mentre la corretta diagnosi avrebbe evitato questo evento attraverso l'aborto del concepito (CRICENTI, G.: "Il danno", cit.).

ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. TRASCENDENCIA DE UNA LEY

THE STANDING OF VICTIMS IN CRIMINAL PROCEEDINGS. SIGNIFICANCE OF THE ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 765-774.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 01/07/2015

Dra. ANA ISABEL BLANCO GARCÍA
FPI-MINECO, Derecho Procesal. DER 2013-44749-R
Universidad de Valencia
A.Isabel.Blanco@uv.es

RESUMEN: Actualmente estamos inmersos en un proceso de transformación del modelo de Justicia penal, donde el castigo y la imposición de penas han dado paso a una visibilización de las víctimas. El Estatuto de las Víctimas del Delito se ha elaborado en este nuevo modelo de Justicia, estableciendo una serie de derechos y garantías para la víctima, cuyo trasfondo y trascendencia analizamos en el presente artículo.

PALABRAS CLAVE: victimología, justicia restaurativa, estatuto de la víctima; derechos de la víctima, proceso penal.

ABSTRACT: Nowadays we are in the process of transforming the Criminal Justice model, where punishments and the imposition of penalties have given way to visibility of victims. The standing of victims in criminal proceedings has been drawn up within this new model of Justice by setting a series of rights and guarantees for the victim. This paper analyses the background and significance of this Act.

KEY WORDS: victimology, restorative justice, the standing of victims, victims' rights, criminal proceedings.

SUMARIO: 1. Cambio de paradigma de Justicia.- 2. Reformas legislativas recientes.- 3. La victimología como precedente.- 4. La mejora de la protección de la víctima.- 5. La "visibilización" de la víctima en la Justicia Restaurativa.- 6. El Estatuto de la Víctima.- 7. Contenido del Estatuto de la Víctima.- 8. Trascendencia de la Ley.

1. Vivimos un momento en el que la percepción de la Justicia -afortunadamente- está cambiando. Todas las normas que vienen aprobándose en los últimos tiempos no se limitan a resolver los conflictos jurídicos planteados, sino que su propósito va más allá y tratan de ofrecer una respuesta lo más amplia posible, abarcando también el plano social y estableciendo, por tanto, mecanismos o vías de minimización de los negativos efectos en la esfera personal, familiar e incluso en la propia convivencia de los ciudadanos.

Gracias a los *lobbies* que representan asociaciones de ciudadanos, asociaciones de víctimas y, en general, la propia sociedad, los poderes públicos han comprendido y, por decirlo de alguna forma, interiorizado, la necesidad de que las leyes y demás normas cubran el plano moral además del jurídico.

En esta línea se está perfilando el modelo de Justicia penal, de una justicia pensada más para la prevención que para la retribución, con un claro propósito de restaurar en cierto modo al perjudicado y ofendido en lugar del hasta ahora criterio "quien la hace, la paga" o, lo que es lo mismo, de imponer un castigo al ciudadano que hubiera infringido una norma.

Este modelo de Justicia penal, sometido a cambios sustanciales, persigue convertirse en un instrumento de tutela eficaz para los conflictos de la sociedad actual, de las cada vez más complejas y complicadas relaciones personales, donde se debe dar respuestas globales y donde ya no son suficientes las medidas –penas– tradicionales. Se aboga, pues, por un modelo donde no solo se apliquen medidas de retribución, de castigo, sino también de rehabilitación y resocialización del infractor (delincuente) y, especialmente, de compensación y reparación a las víctimas.

2. Los últimos dos años han sido años de reformas constantes y continuadas de las más importantes normales penales y procesales penales. Así es, además de la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial a través de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la

justicia universal (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014), se han operado reformas en el propio Código Penal, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

En el marco de este proceso de transformación de nuestro modelo de Justicia destaca la promulgación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que merece una especial atención por el trasfondo e implicaciones de su contenido (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

3. La figura de la víctima ha adquirido en los últimos tiempos una importancia sin parangón. Ello se debe a la nueva dimensión de la Justicia, a la reformulación –y adaptación– del principio "Access to Justice" que tanto ha significado para el modelo de Justicia en tanto en cuanto ha servido para buscar y desarrollar vías de tutela –complementarias a la vía judicial– de los ciudadanos, haciéndoles más protagonistas de los procesos. En esta línea, las víctimas –las grandes olvidadas en los procesos penales– han venido reclamando un mayor papel y, por tanto, visibilización, surgiendo un movimiento conocido como "victimología" (sobre este fenómeno, véase, BARONA VILAR, S.: *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch, pp. 95-97).

La victimología se entiende como una corriente doctrinal que surgió en la década de los años 40, pero cuya evolución y desarrollo se produjo durante la década de los 70 en EE.UU. (Quienes pusieron de relieve -en la década de 1940- el rol de las personas como víctimas de un delito fueron HANS VON HENTING y BENJAMIN MENDELSON (padres de la victimología), quienes definieron a la víctima como un sujeto capaz de influir significativamente en el hecho delictivo, su estructura, su dinámica y su prevención). De acuerdo con LARRAURI, esta corriente se centra en tres pilares básicos o áreas: la información sobre las víctimas, los derechos de las víctimas y la atención asistencias y económica de las víctimas, sus necesidades. (LARRAURI, E.: "Victimología", en AA.VV.: *De los delitos y de las víctimas* (coord. por J.B.J. MAIER). Argentina (2011): AdHoc, pp. 285-286). Aspectos éstos incluidos en la recién estrenada norma reguladora del Estatuto de la Víctima.

A pesar de que la victimización es tan antigua como la humanidad, la victimología se ha desarrollado para llenar el vacío teórico en el campo de la criminología, gracias a estudios científicos sobre la víctima y su posición en el proceso. La consecuencia directa de esta corriente doctrinal fue el impulso y los esfuerzos por mejorar la condición de la víctima y solventar sus carencias. Ello por cuanto los poderes públicos deben garantizar en este sentido y en el ámbito de sus competencias que no se produzcan situaciones injustas o de desamparo hacia las víctimas.

4. A tal fin se han llevado a cabo diversas y sustanciales iniciativas legislativas que han introducido cambios en el reconocimiento de los derechos a las víctimas y que, aun cuando han sido bien recibidas por ser consideradas un avance en la protección de las mismas, no han quedado exentas de críticas. Así, por ejemplo, en los albores de esta regulación especial y específica, se contempló como medida de reparación de las víctimas la compensación monetaria por parte del Estado, lo que, en la práctica no tuvo buena acogida por los costes y restricciones de acceso a esta medida. Por el contrario, cuando la lesión o perjuicio sea provocado por un ofensor privado, la compensación económica se contempla aunque, a nuestro juicio, ésta no sea la medida más efectiva si de lo que se trata es de resarcir y reparar el daño causado en el marco de un cambio de paradigma donde los derechos del ofendido sean garantizados.

La evolución de las iniciativas legislativas ha sido dispar en función de los ordenamientos jurídicos, siendo pionero el sistema americano. No obstante, desde las instancias supranacionales europeas se ha reconocido la importancia de instaurar un marco normativo que garantice el estatus normativo de la víctima, vinculando sus derechos a los valores constitucionales y universales de las sociedades democráticas, a la par que estableciendo una serie de obligaciones jurídicas vinculantes para el Estado que aseguran la adecuada compensación de quienes han sufrido las consecuencias de la comisión de un hecho delictivo.

De la regulación más reciente y que está condicionando e impulsando la mejora de la protección de las víctimas, merece destacar, en primer lugar, la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que establece los derechos mínimos que pueden ejercer las víctimas de delitos en relación con los procesos penales y que contiene disposiciones por las que se garantiza a las víctimas el derecho a ser oídas, la oportunidad de participar en los procesos (incluso si el delito se cometió en otro Estado miembro), así como su protección, indemnización y acceso a mediación y a cualquier otra

información relevante. Asimismo, esta Decisión Marco establecía la asistencia a las víctimas en los diferentes momentos procesales, incluyendo en la etapa preprocesal con la finalidad de garantizar la dignidad de las víctimas.

Ahora bien, téngase en cuenta que esta Decisión Marco fue sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, con el propósito de ofrecer una mejor respuesta a las necesidades de las víctimas.

En segundo lugar, es de justicia mencionar también la Resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985 relativa a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder y la Recomendación (2006) 8 del Comité de Ministros sobre la asistencia a las víctimas de los delitos, para la prevención de la victimización y la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos, que se fundamenta en el derecho que le asiste a las víctimas de delitos a una indemnización justa y apropiada por los perjuicios sufridos.

5. La victimología, la reparación de la víctima, la compensación (económica) y la resocialización, entre otros, son nociones que quedan englobadas bajo el paraguas de un concepto más amplio y global: la denominada "Restorative Justice" (Justicia Restaurativa). (BARONA VILAR, S.: *Mediación penal*, cit., pp. 117-144).

El desencanto con el sistema penal retributivo o punitivo ha forzado un cambio en las coordenadas del sistema penal, pasando de este modelo destructivo e ineficaz del castigo a los delincuentes a un modelo constructivo, reparador, donde prima la mediación como medio de solución de controversias, la reconciliación entre víctima y victimario (aun siendo difícil de conseguir en la práctica) y la reparación de aquella por los perjuicios consecuencia del hecho delictivo.

Esta Justicia restaurativa viene estrechamente ligada a los mecanismos ADR o, lo que es lo mismo, a los "Alternative Dispute Resolution". En particular, la reparación de la víctima se trata de lograr a través del cauce de la mediación, vía de tutela alternativa y, en ocasiones, complementaria de la vía judicial concebida bajo el prisma de la Justicia retributiva. La mediación surge así como una vía de oxígeno para un sistema ya ahogado, asfixiado por la ingente cantidad de causas y la inefectividad de las penas impuestas que no sirven ni para rehabilitar al victimario ni para resarcir a la víctima.

La mediación penal permite lo que se ansiaba y pretendía, la visibilización de las víctimas, de las partes en general y no tanto del hecho o hechos delictivos cometidos. Este procedimiento no supone dejar de lado los hechos, sino dar protagonismo a las partes, para que puedan expresarse y manifestarse, de forma que trabajan con y sobre el conflicto para resolverlo de manera que ambos –víctima y victimario– queden satisfechos por el reconocimiento mutuo y por la capacidad de consensuar una solución adecuada y que ellos entiendan justa en sus circunstancias, partiendo del reconocimiento del daño causado por el victimario y la voluntad de la víctima de superar su deseo de venganza y de castigo a aquel que le ha causado el daño.

6. El Estatuto de la Víctima es el resultado de la conjunción de estos fenómenos, de la adaptación e incorporación de esta nueva forma de concebir a la víctima como sujeto social necesitado de una especial protección, aunando las finalidades propias de prevención, restauración y resocialización del nuevo paradigma de Justicia (penal), donde se garantiza la presencia de la víctima.

En efecto, la propia norma señala, en su Exposición de Motivos, que nace con vocación de ser un catálogo de derechos, procesales y extraprocesales, de la víctima, tanto directa como indirecta (familiares o asimilados), con especial interés en las víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. En este sentido, para estos colectivos, se pretende otorgarles una protección especial mediante la transposición de otras dos Directivas recientes: la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

La finalidad de esta norma es ofrecer a las víctimas la máxima protección y una serie de medidas e instrumentos que salvaguarden sus derechos e intereses, evitando la denominada victimización secundaria mediante la reducción y eliminación de trámites innecesarios y asistiéndole durante todo el proceso, tanto jurídica como emocionalmente, así como a través de la adopción de una serie de medidas prácticas, tales como la reducción de los *tempus* entre la denuncia y la declaración de la víctima.

Ahora bien, como acertadamente señala GÓMEZ COLOMER, el éxito de esta norma está condicionado por el desarrollo de un nuevo código procesal

penal que integre esta nueva concepción y que ofrezca soluciones coordinadas entre sí, por la mejora del sistema judicial penal y por el aseguramiento del equilibrio entre los derechos víctima-acusado, pues la presencialidad de la víctima y, por tanto, el reconocimiento de su dignidad y derechos no puede producirse en perjuicio de los derechos del acusado. (GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*. Cizur Menor (Navarra) (2015): Aranzadi, pp. 414-416).

7. Se ha adoptado un concepto de víctima amplio, "omnicomprensivo", pues se contempla a la víctima como aquella que ha sufrido algún daño físico, emocional, moral o económico a consecuencia de la comisión de un delito. No obstante, aun cuando se trata de una concepción que, a priori, podría considerarse global y extensiva a todos los posibles perjuicios, puede ser restrictiva en la práctica en tanto en cuanto no especifica si por comisión del delito se entiende delito consumado o también se incluye en grado de tentativa.

Asimismo, el art. 2 de la norma sólo incluye, dentro del concepto de "víctima indirecta" a los familiares de la víctima directa en casos de muerte o desaparición ocasionada por el delito, cuando ello determine un peligro relevante para la victimización secundaria, sin discriminación por razón de nacionalidad. Ahora bien, este precepto no contempla aquellos supuestos donde la víctima directa del delito no fallezca o desaparezca, sino que quede inválida o incapacitada de tal gravedad que la convierta en dependiente de un tercero. Situación que se puede producir en la práctica y que merece una respuesta por parte de los poderes públicos, siendo este Estatuto la norma donde debiera haberse contemplado todas las posibilidades en aras de dotar de la máxima protección a los perjudicados por cualquier hecho delictivo.

Una de las novedades de esta norma que ha llamado nuestra atención ha sido la inclusión y reconocimiento de una serie de derechos extraprocesales, tanto en aquellos casos en los que la víctima sea parte en el proceso penal como en aquellos en los que no haya ejercido acción alguna para la persecución del delito. Otra novedad interesante es la posibilidad de que toda víctima, en aras a facilitar que se encuentre arropada desde el punto de vista personal, pueda hacerse acompañar por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de abogado cuando proceda, en sus diligencias y trato con las autoridades.

Por otra parte, el Estatuto desarrolla un catálogo de derechos bastante amplio que comienza por el derecho de la víctima a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, a participar activamente en el proceso penal y a "recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un periodo de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso", derecho que consideramos fundamental para evitar la victimización secundaria no propiciada ya por el ofensor sino por el propio sistema legal y judicial.

Se ha establecido, como un derecho básico, el derecho de información de la víctima de determinados aspectos como las medidas de apoyo disponibles, la vía para ejercitar su derecho a denunciar, las condiciones de asesoramiento jurídico y defensa, las indemnizaciones y los servicios disponibles de justicia reparadora, entre otros. En este sentido, se han definido las acciones de "justicia reparadora" junto con los servicios de apoyo a las víctimas, con el objetivo de garantizar a las víctimas su derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.

A tal fin obedecen los servicios de justicia restaurativa, cuya actuación está enfocada a la reparación material y moral de la víctima, partiendo del consentimiento libre e informado de la víctima y del previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

Para ello, también se ha previsto contar con especialistas que tratarán de asegurar la eficacia de las medidas e instrumentos adoptados a través de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, que desarrollarán labores de asesoramiento jurídico pero también de asistencia y apoyo emocional a la víctima, así como de la mayor especialización y preparación del personal de la Administración de Justicia para garantizar la sensibilización y el trato adecuado y digno a las víctimas de un delito. Entendemos que esta asistencia disponible deberá incluir la prestación de cuidados médicos, de ayudas materiales y de servicios de salud psicológica, debiendo además de ser gratuitos, al menos durante el periodo inmediatamente posterior al delito para favorecer la recuperación de la víctima.

Uno de los aspectos que consideramos fundamentales para la consecución de los objetivos de este Estatuto es la formación de los profesionales que integren estas Oficinas y que, por tanto, estén en contacto con las víctimas. Así es, se trata de una cuestión de gran trascendencia, especialmente si uno de los principales objetivos es minimizar la posible victimización secundaria de la víctima. Para ello estos profesionales deberán contar con una especialización y capacitación adecuadas para reconocer a las víctimas y tratarlas de manera respetuosa, profesional y no discriminatoria.

8. Aunque aún estamos lejos de un modelo perfecto de protección de las víctimas de delitos, la victimología y, con ella, la Justicia Restaurativa, han logrado concienciar y sensibilizar no sólo a los ciudadanos sino también a los poderes públicos, de los efectos perversos y traumáticos de la victimización secundaria, tan característica del sistema retributivo. Las penas y los castigos son fuente de reproche social y, sin embargo, ya no resultan tan eficaces como debieran ser. Ello no hace sino dificultar y entorpecer más si cabe la resocialización y rehabilitación del delincuente, incidiendo directa y negativamente sobre la recuperación de la víctima. Asimismo, pone de relieve la necesidad de un cambio en la concepción y forma de "hacer Justicia".

Este movimiento de Justicia Restaurativa, que entendemos como una filosofía o forma de concebir el Derecho Penal, ha influido sobre las actitudes sociales, sobre la víctima y sobre la necesidad e importancia de establecer medidas de prevención de la delincuencia y, en su caso, de asistencia a las víctimas. Es por ello que podemos afirmar que la sociedad está en continua transformación, donde el cambio de paradigma en la Justicia penal viene propiciado por el movimiento de victimología que, además, debe entenderse en conjunción con el de Justicia Restaurativa para evitar que la mayor protección de las víctimas deba venir dada por la imposición de penas más duras al delincuente.

Es necesario, pues, un equilibrio real entre los derechos de las víctimas y los del victimario, pero tratando al mismo tiempo de ofrecer a la víctima la asistencia y apoyo necesarios para garantizarle un tratamiento digno, en especial durante el proceso. El Estatuto de la Víctima que acaba de ser aprobado es una medida que viene a poner algo de orden en este sentido, estableciendo unas bases que a buen seguro mejorarán el estatus de la víctima en el proceso, aunque aún queda un largo camino por recorrer.

PREVARICATO Y NULIDAD DE LAUDOS: UN COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY DE BOLIVIA

PREVARICATION AND NULLITY OF AWARDS: A COMMENTARY ON THE PROJECT OF LAW OF BOLIVIA

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 775-780.

Fecha entrega: 20/abril/2015
Fecha aceptación: 01/06/2015

HORACIO ANDALUZ VEGACENTENO
Profesor de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional
Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA)
handaluz@post.harvard.edu

RESUMEN: En Bolivia, está en proceso de modificación la Ley 1770, de Conciliación y Arbitraje. La ley proyectada incluye una nueva causal para la anulación de laudos. Se trata de la anulación del laudo si el mismo es dictado en prevaricato. El artículo examina esta causal y concluye que la misma es redundante, perjudicial e inconstitucional.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, constitución, prevaricato.

ABSTRACT: Bolivia is going to amend its current law on conciliation and arbitration (Law 1770). The projected law includes a new ground to nullify an award. It is the nullification of the award if it was pronounced on prevarication. The article analyses this ground and concludes that it is redundant, harmful and unconstitutional.

KEY WORDS: arbitration, constitution, prevarication.

1. La legislatura boliviana está tratando el proyecto de Ley de Conciliación y Arbitraje. A la fecha (15 de abril de 2015), su artículo 115.I.3.e dice que los laudos son nulos por prevaricato. El recurso de nulidad del laudo arbitral es de vocación garantista. Su cometido es que en el arbitraje no se definan derechos transgrediendo los contenidos del derecho a la defensa y de la garantía al debido proceso: esto deviene de que las causales proyectadas por el artículo 115 conlleven la misma unidad sistémica formada por sus pares de la Ley 1770 (artículo 63), su antecedente legislativo inmediato, y de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (artículo 34, para la versión original de 1985 y la enmendada de 2006), su fuente material indiscutible, que tanto así ata la nulidad al debido proceso, como que la Secretaría de dicha Comisión ha dicho, incluso de la causal de orden público, que por ella "ha de entenderse desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal" (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Nueva York, 2008: Naciones Unidas, p. 39). Pues bien, estando el recurso de nulidad gobernado por una vocación garantista, es de asumirse que el artículo 115.I.3.e la comparte. Y que la comparta significa que su fin es el mismo: evitar que defina derechos un "[laudo] manifiestamente contrario a la ley" (i.e. producido en prevaricato, artículo 173 del Código Penal, con penas agravadas por la Ley 004 y la Ley 548). Cualquier vocación punitiva debe quedar excluida: punir corresponde al ordenamiento penal, que ya desde tan atrás como en el Código de 1834 incluyó en el tipo de prevaricato su comisión por parte de árbitros, llamándolos "árbitros prevaricadores" y sancionándolos con la pérdida de sus "sueldos i honores", como pena principal, y prohibiéndoles "obtener cargo público alguno" e imponiéndoles "oír públicamente la sentencia", como penas accesorias (artículos 344 y 345). Llegados a que la causal en comento es de vocación garantista, a despecho de su vocación, su inclusión en el ordenamiento es (1) una redundancia (2) perjudicial, por (3) inconstitucional.

2. Las razones:

(1) Redundancia, porque está duplicando un remedio ya previsto en el ordenamiento. Arbitrar es juzgar en el amplio sentido de la expresión: conlleva verificar las condiciones de aplicación de normas jurídicas a partir de hechos aportados por las partes en forma de pretensiones y pruebas. Como tal, involucra dos grupos de actividades intelectivas (Cf. MACCORMICK, N.: Legal Reasoning and Legal Theory. Nueva York (1978): Clarendon Press): (i) las que se ocupan de las premisas normativas del asunto sometido a

arbitramento, determinando las normas que gobiernan las pretensiones y su significado jurídico (resolución de los problemas de relevancia e interpretación, respectivamente); y (ii) las que se ocupan de las premisas fácticas del caso, determinando la existencia de los hechos requeridos para hacer operativo el derecho aplicable y el significado jurídico de los hechos probados (resolución de los problemas de prueba y de calificación, respectivamente). En términos de derecho positivo, ambas actividades se reducen a esto: interpretación del derecho y valoración de pruebas. Y esto, casado con el prevaricato, significa que un laudo "manifiestamente contrario a la ley" es una decisión violatoria de la legalidad ordinaria por una de dos causas, o por ambas: (i) por una valoración arbitraria de los medios de prueba, producida con "apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir" (STC 1920/2014-AAC, 25 de septiembre, párrafo III.2); ó (ii) por una interpretación del derecho ordinario "insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda o ilógica o con error evidente" (STC 259/2014-AAC, 12 de febrero, párrafo III.1). Para ambos casos, la jurisdicción constitucional tiene ya un remedio previsto, que es la acción de amparo por violación a la garantía del debido proceso y que procede a título de excepción de las restricciones impuestas para sí por el propio Tribunal Constitucional, que, por regla, deja la interpretación del derecho ordinario y la valoración de la prueba a la competencia de la jurisdicción ordinaria, a menos que en tales labores se viole dicha garantía, en cuyo caso reclama autoridad para remediar su violación (véase la evolución de la jurisprudencia: STC 203/2003-RAC, 21 de febrero, párrafo III.2; STC 1237/2004-RAC, 3 de agosto, párrafo III.1; STC 1846/2004-RAC, 30 de noviembre, párrafo III.1; STC 965/2006-RAC, 2 de octubre, párrafo III.1.3; STC 1920/2014-AAC, 25 de septiembre, párrafo III.2;STC 259/2014-AAC, 12 de febrero, párrafo III.1). Y si ya hay un remedio previsto en el sistema jurídico, normar otro de pretensión análoga, tanto por su objeto (la anulación de la decisión) como por su razón (su contrariedad manifiesta con la ley), es repetirse en lo ya normado.

(2) Perjudicial, porque el artículo 115.I.3.e implica para la parte agraviada una defensa en dos tiempos: (i) agotamiento de un proceso penal que condene a los árbitros por prevaricato; y (ii) anulación del laudo por ser "manifiestamente contrario a la ley", con pie en la plena fe probatoria que prestaría la sentencia de condena. Mucho rodeo para llegar al mismo punto de una acción de amparo, que en vez de atacar al laudo por el efecto probatorio de una sentencia ejecutoriada, lo ataca por sus daños al orden constitucional. Aún más: un presupuesto procesal de la acción de amparo es el agotamiento previo de los medios ordinarios de defensa, por lo que, (i) tratándose de un amparo contra un laudo "manifiestamente contrario a la ley", si la causa de la contradicción casase con la razón de la pretensión de

alguna de las causales de anulación en vigor, la procedencia de la acción quedaría atada a su previo agotamiento, configurándose la acción contra la resolución de vista que resolviese el recurso de anulación en forma desfavorable para el agraviado, por causa de no reparar las lesiones a la garantía al debido proceso producidas por el laudo en contradicción manifiesta con la ley; pero, (ii) cuando entrase en vigor la causal del artículo 115.I.3.e, la acción de amparo contra un laudo "manifiestamente contrario a la ley" quedaría excluida definitivamente, porque solo podría accionarse contra las incidencias del proceso penal, respecto de las cuales la contrariedad manifiesta del laudo con la ley sería tan solo una causa remota, pero no el objeto específico de la tutela reclamada. El perjuicio, entonces, es doble: de un lado, la innecesaria dilación que supone agotar un proceso penal previo, y, de otro, una garantía constitucional que, desprovista así de un remedio directo ante un hecho lesivo, vuélvese recurso retórico.

(3) E inconstitucional, porque el recurso de nulidad por esta causal procede "sin perjuicio" de la ejecutoria del laudo (artículo 116.IV). De esto deriva que la nulidad se ejercería contra un laudo que ya podría haber sido cumplido de manera compulsoria, con lo que deshacer lo hecho en su ejecución podría resultar más oneroso que resignar la pretensión llevada a arbitraje. El balance: una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 115.I de la Constitución), porque su prestación tardía tornaría ilusorio el remedio previsto (STC 1231/2013-AAC, 1 de agosto, párrafo III.2). Tampoco se evitaría violar este derecho si, en vez de dejar a salvo la ejecución del laudo, la ley la suspendiera hasta que se decidiese el proceso penal por prevaricato, pues en este caso le sería violado a la parte victoriosa en el laudo, que, en tanto no sea declarado nulo, tiene derecho a que sea cumplido pronta, oportunamente y en sus propios términos (STC 898/2012-AAC, 22 de agosto, párrafo III.1.2).Ya en 2001 el Tribunal Constitucional había adoptado la garantía del contenido esencial para decidir sobre la violación legislativa a un derecho (STC 4/2001-RDI, 5 de enero, párrafo V.2), haciéndola suya en su vertiente absoluta, que sostiene que los derechos están definidos por una específica esfera permanente, que existe como una medida preestablecida fija determinable en forma abstracta. Pero el Tribunal ya ha abordado también la garantía del contenido esencial desde su vertiente relativa, "como [aquel contenido que queda] después de una ponderación" [ALEXY, R.: Teoría de los derechos fundamentales. Madrid (2002): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 288] con aquellos derechos que justifiquen su limitación, como lo ha hecho al declarar la inconstitucionalidad del delito de desacato, por tratarse de una intromisión desproporcionada en la libertad de expresión (STC 1250/2012-AIC, 20 de septiembre, párrafo III.3.1). Para pensar el derecho constitucional, para el que desde la tercera década del siglo XX las categorías absolutas comenzaban a serle ajenas y no así las cuestiones de

grado (fue Holmes quien afirmó que "en los días de [Marshall] no estaba reconocido, como sí lo está hoy en día [refiriéndose a 1928] que muchas de las distinciones del derecho son distinciones de grado": 277 U.S. 218, 223, 1928, opinión disidente), esta segunda vertiente parece más apropiada. Y lo cierto es que, a un juicio de proporcionalidad, no es efectiva la tutela que depende para su cumplimiento del agotamiento previo de un proceso penal notoriamente más largo (juicio oral, apelación, casación) que el arbitraje que definió el derecho en disputa.

3. William Blackstone (s. XVIII) decía que donde hay un derecho hay un remedio para su defensa (*ubi jus ibi remedium*). Las legislaturas pueden muy bien innovar esos remedios, con esta condición esencialísima: que sus leyes no rompan con la Constitución. Lo irónico de esta causal sería que, con el designio de evitar laudos "manifiestamente contrarios a la ley", ella misma fuera contraria a la Constitución. Y tal cosa ocurriría de aprobársela como ley.

REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL ANTEPROYECTO DE LEY DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS DE CONSUMO

CRITICAL REFLECTION ON THE DRAFT OF CONSUMERS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 781-792.

Fecha entrega: 30/06/2015
Fecha aceptación: 01/06/2015

MARÍA JOSÉ CATALÁN CHAMORRO
Becaria de Investigación FPI-MINECO- Proyecto DER2013-44749-R
Universidad de Valencia
Maria.Jose.Catalan@uv.es

RESUMEN: En el presente artículo analizamos aquellas cuestiones o aspectos más controvertidos que presenta el reciente Anteproyecto sobre Resolución alternativa de litigios en consumo, presentado por el gobierno el pasado 17 de abril de 2015.

PALABRAS CLAVE: derecho de consumo, resolución alternativa de conflictos, anteproyecto de resolución alternativa de conflictos de consumo.

ABSTRACT: The present work paper analyses the most controversial aspects of the Draft Bill on the alternative dispute resolution for consumer submitted by the Government on 17 of April of 2015.

KEY WORDS: consumer's law, alternative dispute resolution, Spanish draft bill on the alternative dispute resolution for consumer.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Métodos de Resolución de Conflictos.- 3. Concepto de "entidad".- 4. Formación de los agentes.- 5. Convivencia del sistema público y el privado.- 6. Afectación a otras normas.- 7. Aspectos económicos.- 8. Plazos de resolución.- 9. Conceptos jurídicos indeterminados.- 10. Reconvención.- 11. Criterios de Inadmisión

1. Los constantes cambios en las relaciones entre consumidores y comerciantes, así como el vertiginoso avance de las nuevas tecnologías, han hecho realidad el objetivo del mercado único europeo en el que nos hallamos, convirtiéndose éste en un espacio cotidiano de intercambio de bienes y servicios para un alto porcentaje de la población, que cada día va en aumento.

Este nuevo mercado ha dado lugar a nuevas formas de contratación, y por ende a reclamaciones derivadas de estas relaciones comerciales, ante las que la ciudadanía no puede quedar en modo alguno desprotegida. Por ello nos encontramos en la obligación de garantizar estos mismos derechos tanto en las relaciones comerciales nacionales como comunitarias. Una posición de igualdad dará lugar a una situación de confianza para los consumidores que viajan, compran *online* o incluso realizan diferentes transacciones en diferentes mercados de la UE, resultando muy beneficioso para la economía de todos los Estados miembros. Y en este enclave nace el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos.

El avance del Derecho de consumo en España desde la proclamación del art. 51 CE ha sido muy fructífero, pues ha sido transpuesto de múltiples formas, tantas como problemáticas para la defensa y promoción de las mismas. Estos avances han venido casi siempre impulsados por organismos supranacionales.

Por ello, haciéndose eco de las nuevas necesidades sociales y económicas en la compra y venta de bienes y servicios transnacionales, la Unión Europea, intentando avanzar al ritmo que marca la sociedad y buscando la simplicidad de los procedimientos de defensa de los consumidores, debido a la cotidianeidad de las reclamaciones junto a los conocimientos del consumidor medio, ha iniciado cambios legislativos.

La protección de los consumidores mediante legislaciones en materia de resolución alternativa de litigios y resolución de litigios en línea se estableció como prioridad en el Acta del Mercado Único (presentada por la Comisión

Europea en abril de 2011, contempla 12 prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza de los Estados miembro; COM/2011/0206 final/). Fruto de este documento son el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y la Directiva 2013/11 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, esta última está a la espera de ser transpuesta por España. Por este motivo el Gobierno de la Nación ha publicado el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, el cual nos disponemos a estudiar someramente en el presente artículo, donde alguna de nuestras conclusiones han sido reflejadas ya en el dictamen que el Consejo Económico y Social (CES) ha emitido sobre el texto prelegislativo.

Actualmente en España contamos con una de las redes públicas de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo territorialmente más cercana al consumidor y más extensa de toda Europa. Esta red cuenta con un total de 74 sedes territoriales, reconocidas como entidades para la resolución alternativa de conflictos de consumo de ámbito transnacional para países de la UE, que presta sus servicios a la ciudadanía de forma gratuita. Todo ello sin contar las cientos de Oficinas Municipales de Información al Consumidor (en adelante OMICs) que ofrecen información, asesoramiento y mediación también de forma gratuita. El texto del Anteproyecto omite totalmente estos servicios públicos, echando en falta no sólo su reconocimiento sino también su articulación y coordinación con el nuevo sistema que se pretende implantar.

La sociedad española ha experimentado en los últimos años una gran evolución hacia la resolución alternativa de conflictos (ADR), logrando una conciencia ciudadana muy permeable y proactiva hacia estos procedimientos. Todo ello gracias a la implantación del actual sistema independiente, público, de calidad y gratuito. En este momento nos encontramos un sistema perfectamente definido tanto competencial como procedimentalmente hablando, siendo las OMICs las encargadas de iniciar los procedimientos de información, formación, asesoramiento, y en su caso realizar mediación o conciliación entre el consumidor y el empresario o profesional, así como elevar a las instancias competentes para el arbitraje del conflicto, a petición del consumidor y previa información al mismo de las consecuencias jurídicas de dicho procedimiento. De modo que la primera asistencia al ciudadano, que siente haber sido menoscabado en sus derechos como consumidor de un bien o servicio actualmente, es prestada por un trabajador público, especialista en la materia e independiente. Todo ello sin obviar la posibilidad adicional de algunas empresas oferentes de bienes o servicios que ponen a disposición del cliente su propio sistema de atención al cliente o servicio de

reclamaciones (Carrefour, El Corte Inglés, casi todas las empresas de telecomunicaciones, de suministros y de transportes etc.). En este caso será siempre el ciudadano el que tome la decisión de dirigirse indistintamente al servicio de atención al cliente de la empresa que le ha vendido el producto, a la OMIC de su demarcación territorial o incluso a ambas entidades al mismo tiempo.

Las OMICs son reguladas a través de leyes orgánicas de ámbito de aplicación autonómico, siendo el Derecho de consumo una competencia asumible por las CC.AA. derivada del carácter residual del art. 149.3 CE al ser ésta una materia multidisciplinar, en la que concurren diversas Administraciones públicas, y no estando contemplada la materia de derechos de los consumidores ni en el art. 148 CE, ni en el 149 CE.

Como institución que podríamos asemejar a la segunda instancia, aunque puede ser invocada en primer término por el consumidor si así lo determina este, podemos nombrar a las Juntas Arbitrales de Consumo (en adelante JAC), de las que contamos con la Junta Arbitral de Consumo Nacional y aproximadamente unas 73 sedes territoriales, reguladas por el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Sistema compuesto por las JAC, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo con competencia para homogeneizar criterios y resolución de recursos frente a las resoluciones de los presidentes de las JAC y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, como órgano de representación y participación en materia de arbitraje de consumo.

La trasposición de la Directiva 2013/11 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo reflejada en el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos publicado el pasado 17 de abril de 2015 nos presenta un nuevo sistema, mucho más complejo y tedioso para el consumidor medio, ya conocedor del sistema actual anteriormente presentado. Uno de los fines que persiguen los métodos de ADR es la sencillez y la facilidad de comprensión para el consumidor medio del procedimiento al que se enfrenta. El presente Anteproyecto de Ley a nuestro parecer, no contribuye a lograr este fin. Por ello queremos exponer algunas de las cuestiones que nos surgen tras la lectura y análisis del Anteproyecto mencionado.

2. Los métodos de ADR, o resolución alternativa de conflictos como los denomina el texto, se clasifican en autocompositivos y heterocompositivos (para un estudio exhaustivo de estos métodos véase BARONA VILAR. S.: *Solución extrajurisdiccional de conflictos*. Valencia (1999): Tirant lo Blanch). A la

luz del texto podemos intuir que la voluntad del legislador en este punto, a nuestro parecer vital para el desarrollo del Anteproyecto en el futuro, parece difusa, confusa y oscura, pues deja abierta la posibilidad a que nuevas entidades privadas, que serán acreditadas por la Presidencia de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, tras la implantación de la Directiva europea, para gestionar los conflictos de consumidores por los métodos de ADR que estimen pertinentes. Por lo que no sólo gestionarán los métodos conocidos por los ciudadanos como es el clásico arbitraje o mediación sino que podrán ir más allá y plantear métodos mixtos o híbridos.

De este planteamiento podrían surgir diferentes problemáticas que podrían afectar gravemente a los principios esenciales del ADR como la seguridad jurídica, la equidad, la eficiencia o la transparencia.

Este Anteproyecto camina hacia una dispersión de criterios y procedimientos por parte de las entidades privadas gestoras de los conflictos entre consumidores y empresarios, donde la contradicción en las resoluciones de procedimientos similares pueda romper el principio de igualdad. Más aún si nos encontramos ante conflictos colectivos, aunque éstos no sean contemplados en el Anteproyecto, y que serían muy interesantes de regular por vías de ADR para evitar incoherencias, contradicciones y ahorrar tiempo y costes, sin tener que acudir al saturado sistema judicial. Sobre todo en casos en los que los consumidores afectados tengan en común el mismo contrato con la misma empresa, como pueden ser los productos defectuosos que no afecten o lesionen la salud, productos engañosos vendidos *online* o por catálogo podrían haber sido contemplados por la futura Ley. De este modo se daría un importante impulso a los derechos de los consumidores, cada vez más constreñidos a adherirnos a contratos realizados en masa como son los contratos realizados por las empresas de telecomunicaciones o de suministros.

3. Sin duda una de las mermas más flagrantes del texto articulado es la falta de la definición del concepto de "entidad". Sobre ella gira una gran parte del sistema planteado en el presente Anteproyecto. Por ello en diversos momentos del desarrollo del presente artículo hemos tenido que hacer suposiciones o interpretar de forma extensa la voluntad del legislador e intentar dilucidar qué considera el legislador como entidad. No aclara en ningún punto si cuando nombra a las entidades se refiere tan solo a las entidades privadas que serán añadidas al listado de la UE, o si también incluye las entidades públicas que hemos comentado anteriormente. Siendo este un concepto nuclear desconocemos los motivos por los que el legislador

ha optado por guardar silencio o si sencillamente ni tan siquiera se ha planteado esta cuestión sustancial.

Es por ello que a lo largo de este trabajo hemos interpretado las referencias a la noción de "entidad" del Anteproyecto aquí analizada como alusiones a las futuras entidades de naturaleza jurídico-privada que serán creadas tras la entrada en vigor de la Ley. Ello por cuanto no encontramos mención alguna en el texto legal a las entidades públicas preexistentes como las JAC o las OMIC reguladas por leyes orgánicas de las cuales no se prevé su derogación a tenor de lo dispuesto en el articulado.

4. Un aspecto importante es la "quasi" omisión a la formación de los agentes de entidades que gestionaran los procedimientos de ADR, ya que en el art. 22.1.b) simplemente establece que deberán de acreditar "un suficiente conocimiento del derecho, especialmente en materia de protección de los consumidores y usuarios, así como experiencia en la resolución alternativa o judicial de conflictos de consumidores". También encontramos una mención en el art. 21.1 a "programas de formación inicial y continua". Todo ello sin decir qué tipo de conocimiento, si se requerirá ser licenciado o graduado en Derecho, qué temática, qué duración deberán de tener estos programas de formación o si se exigirán las 100 horas de especialización que se exige a los mediadores de asuntos civiles y mercantiles de acuerdo con el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre donde le dedica el Capítulo II completo a la citada materia. Sin duda alguna, este criterio va en detrimento del servicio y de los derechos de los consumidores, detallando un sistema totalmente arbitrario para la asignación de agentes de resolución de conflictos. De este modo pasaremos de un proceso regido en su totalidad por trabajadores de la Administración pública o de Asociaciones demostradas sin ánimo de lucro y especialistas en la materia, a un proceso en el que cualquiera puede pasar a ser agente de resolución de conflictos en materia de consumo.

5. Como punto ineludible pero no mencionado en el presente Anteproyecto de Ley es la relación y la futura convivencia del sistema actual de OMICs y JAC con el nuevo sistema mixto que incluirá entidades privadas, nuevos agentes, nuevas oficinas territoriales, etc. No se establecen repartos competenciales, ni territoriales, tan solo podemos intuir algún reparto por razón de la cuantía. Ya que una de las causas de inadmisión que pueden invocar entidades decisoras es la que plantea el art. 15.1.e) "En el supuesto de que el valor de la pretensión fuera inferior a 50€ o superior a 3000€". La controversia se plantea cuando a un consumidor se le menoscaben sus derechos por un valor inferior a 50 euros, ahí el consumidor se puede ver

desprotegido totalmente por las entidades privadas y tener que acudir a las OMICs o JAC, que se convertiría en el sistema de ADR residual para aquellas personas que bien no puedan pagar los 30 euros que cobrarán las entidades privadas o que su reclamación sea inferior a 50 euros. En este supuesto tenemos en cuenta un aspecto que tampoco deja claro el texto prelegislativo, y es si OMICs y JAC seguirán siendo gratuitas o su gratuidad dependerá del proceso aplicando también los términos de este Anteproyecto.

De ser así todos los procedimientos inferiores a una cuantía de 50 euros quedarían como inimputables para el sistema de ADR en consumo, quedándole solamente la vía judicial al consumidor, vía mas tediosa, cara y lenta, pudiéndose abrir de esta forma una gran senda al fraude de venta de productos defectuosos, engañosos o falsos por valor inferior a 50 euros. Y eso que aproximadamente un 90% de los productos y servicios que adquirimos a diario tienen un valor inferior a 50 euros (compras por internet, en supermercados, servicios de restauración, trayectos en transportes públicos como tren, taxi o autobuses, etc.).

6. Guarda silencio el texto también en cuanto a la afectación de otras normas, en forma de modificaciones o derogaciones, ya que puede hacer cambiar radicalmente el panorama actual de los sistemas de ADR en consumo. Tan solo existe en el texto una disposición derogatoria única, que deroga el apartado 4 del art. 21 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios donde se señala "Los empresarios a que se refiere el apartado anterior y aquellos que estén adheridos a códigos de conducta, incluidos los elaborados a escala comunitaria, o sean miembros de asociaciones u organismos profesionales que ofrezcan sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos que reúnan los requisitos previstos en el apartado anterior, indicarán en las ofertas comerciales que presenten de forma detallada sus servicios, el sistema extrajudicial de resolución de conflictos que ofrecen a los consumidores y usuarios, el modo de obtener información sobre sus características y la forma de acceder a dicho sistema extrajudicial", una derogación poco relevante para una norma de tal calado.

7. Debido a la situación actual de crisis económica, con los altos niveles de pobreza y desempleo de España es importante a nuestro juicio analizar tres aspectos económicos del Anteproyecto. En primer lugar, el anteriormente analizado umbral mínimo de las pretensiones solo superiores a 50 euros; en segundo lugar el coste "simbólico" de 30 euros por procedimiento y en tercer lugar la partida presupuestaria de cero euros para el desarrollo de todo este sistema que se nos presenta.

La Directiva plantea un sistema gratuito o con algún coste simbólico. En su trasposición, el Anteproyecto establece en el art. 11 "El procedimiento deberá ser, para los consumidores, gratuito o con un coste simbólico que no podrá superar la cuantía de 30€". Sólo y exclusivamente se refiere al consumidor, no se menciona ningún coste para el empresario en el articulado, aunque podemos distinguir algunas contradicciones a lo largo del texto en estos términos. Así por ejemplo en el art. 19. l) señala "Los costes que deberán asumir cada una de las partes, incluidas, en su caso, las normas para su atribución", citando a cada una de las partes pero sin llegar a decir nada taxativo. Y de nuevo nos menciona esta contradicción en la previsión presupuestaria de donde podemos entrever que el empresario debería de pagar otros 30 euros cabe señalar que no aparece referencia alguna de este propósito en el texto articulado, con lo cual tampoco queda certeza de nada, encontrándonos de nuevo ante un término oscuro.

Otra cuestión es estimar que en España, dada la situación actual, podemos considerar que 30 euros es una cantidad algo más que simbólica, ya que no se determina en función de qué circunstancias se cobrará menos de 30 euros. Esta cifra podría ser considerada una cantidad simbólica para aquellos conflictos que superen los 1.000 euros pero no para aquellos cuya reclamación sea por valor de 60 euros. Al quedar esta baremación al arbitrio de las entidades privadas nos encontraremos ante una indefensión o una obligatoriedad de pagar una tasa que en algunas ocasiones podría ser más del 50% de la cantidad reclamada. Por ello instamos a un desarrollo más minucioso de este precepto y a la gradación de la cuantía comentada, ya que tampoco se prevé desarrollo reglamentario en el texto.

Y el tercero de los aspectos anteriormente planteados, tal como detalla la Disposición Adicional tercera del propio Anteproyecto "no supondrán incremento de dotaciones, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal", la facilidad de legislar sin cargas presupuestarias es un hecho, la merma es que cualquier avance legislativo sin inversión presupuestaria quedará en papel mojado. En este punto nos planteamos la voluntad real del legislador de dar fuerza y sentido al sistema de resolución alternativa de conflictos de consumo o bien si cumple la función como simple trámite que ha de satisfacer para no ser sancionado por la UE por el hecho de no trasponer una directiva de obligado cumplimiento.

8. En cuanto a los plazos de resolución, se establecen 90 días naturales desde que la entidad recibe la reclamación. A este respecto nos surgen dos cuestiones, en primer lugar, la determinación por parte de la entidad de la

fecha de entrada a tenor de lo dispuesto en el art. 14.3, que señala "Recibida una reclamación, la entidad comunicará a las partes, en "el plazo más breve posible", su recepción", dejando al arbitrio de la entidad el plazo más breve posible y la determinación por tanto de su fecha de entrada. Entendemos que esta situación merma considerablemente la seguridad jurídica del consumidor.

La segunda cuestión que se plantea alude al plazo de 90 días naturales para la resolución de conflictos tanto nacionales como transnacionales, y tanto de los conflictos presentados por vía presencial como por vía electrónica sin tener en cuenta que cada una de estas cuatro variantes hará el conflicto más lento o más ágil. Además se plantea establecer un plazo de 90 días naturales extra en caso de "especial complejidad del conflicto", pero sin definir el grado de complejidad al que se refiere el Anteproyecto. En este punto entendemos que el legislador deberá de establecer una gradación de plazos para dar equilibrio, flexibilidad y racionalidad al sistema.

9. Encontramos claros ejemplos de estos conceptos jurídicos indeterminados a lo largo del articulado. Algunos entendemos que pueden lesionar de forma flagrante la seguridad jurídica como es el planteado en el art. 17.4, que se refiere a una situación especial en la que las entidades privadas podrán emitir laudos vinculantes. Así pues este precepto se limita a señalar que tales laudos vinculantes serán emitidos en "sectores en que exista un alto nivel de conflictividad y escasa adhesión empresarial a entidades", sin determinar ni concretar qué debe de entenderse por "sector de alto nivel de conflictividad" y "escasa adhesión empresarial a entidades", generando una elevada incertidumbre e inseguridad jurídica tanto para empresarios como para consumidores ya que desconocerían el grado de obligatoriedad de cumplimiento de la resolución que se dicte. Entendemos que deberían determinarse los criterios y rasgos básicos para poder identificar cuando un sector presenta dicha conflictividad pues desconocemos si viene referido a la cuantía que se alega, a la complejidad de las reclamaciones o a las características del propio sector, que además pueden verse alteradas por la coyuntura económica y social. Asimismo los conceptos jurídicos indeterminados del articulado no pueden igualmente ser inferidos de normas anexas o de remisión o referencia para este caso.

10. No se establece ningún procedimiento tasado para la reconvención, ni plazos, ni forma, ni términos en los que se deberán de formularse las contestaciones por parte del empresario reclamado. Añadiendo la también imposibilidad de ser reclamante al amparo de esta Ley a través del art. 2.3.b)

en el que se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley, "Los procedimientos iniciados o gestionados por los empresarios" [art. 2.3.b)].

11. Cada entidad podrá establecer sus criterios de inadmisión según el art. 15.2, tan solo con el límite del concepto jurídico indeterminado de "no menoscabar de forma significativa el acceso de los consumidores a sus procedimientos". Este amplio criterio puede vulnerar el derecho al proceso debido y conseguir así la nulidad de múltiples procedimientos. Asimismo podrán establecer los criterios de resolución que estimen convenientes siempre que las resoluciones sean motivadas y dichos criterios, por muy descabellados que nos parezcan, estén disponibles a través de la *web* de las entidades acreditadas.

Las situaciones que plantea el Anteproyecto "chocan" frontalmente con algunos de los principios básicos e irrenunciables de los mecanismos de ADR.

Además de los ya mencionados a lo largo del presente artículo como la ruptura del principio fundamental de equidad o de la seguridad jurídica podemos denotar mermas en el "tan de moda" principio de transparencia. Establecer criterios taxativos para determinar el modo de acreditación como entidad de resolución de conflictos parece, a nuestro juicio, una tarea fundamental. En el Anteproyecto todo queda enunciado de un modo superficial, sin cabida expresa a un desarrollo reglamentario de un procedimiento de admisión como entidad más tasado y específico. Es preciso extender los principios de publicidad y de información, con los únicos límites de la protección de datos personales, el principio de confidencialidad y el derecho a la intimidad.

En el mismo sentido se atisba una falta de transparencia respecto de los procedimientos a los que se van a someter los consumidores, debiendo ser estos los que estudien los términos y condiciones a los que se someterán en caso de optar por cada una de las entidades privadas.

La futura Ley nos ofrece la oportunidad perfecta para hacer gala del principio de eficiencia de los métodos ADR frente a la tradicional vía judicial. Sin embargo, el hecho de que las decisiones de las entidades privadas no sean vinculantes, ya que éstas serán aquellas dictadas por entidades no establecidas por normas con rango de ley, conlleva que a posteriori podrían dirigirse a una entidad pública o a la vía judicial. De este modo, estaríamos incorporando un eslabón más en la cadena, pero no estaremos ni dando más garantías, ni agilizando el conflicto y ni siquiera recortando gastos, pues estas entidades

serán las que cobrarán la tasa que estimen oportuna. Por tanto, a nuestro parecer, este sistema no hace más operativo en absoluto el sistema de defensa de los consumidores establecido y en consecuencia quiebra uno de los principales fines de los sistemas de resolución alternativa de conflictos, la eficiencia.

LA AUDIENCIA AL MENOR EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL. COMENTARIO A LA STS NÚM. 413/2014, DE 20 DE OCTUBRE (REC. 1229/2013)

THE HEARING OF THE MINORS IN MARRIAGE CRISIS PROCEEDING. COMMENT ON STS Nº 413/2014, OF OCTOBER 20 (REC. 1229/2013)

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 793-810.

Fecha entrega: 09/10/2014
Fecha aceptación: 1/03/2015

JUAN I. ZAERA NAVARRETE
Profesor Colaborador de Derecho Civil
Universidad CEU Cardenal Herrera de Valencia
jzaera@abogados-mediadores.es

RESUMEN: La audiencia del menor, en los procedimientos de crisis matrimonial, aparece configurada de modo diferente en el Código Civil Español, que la caracteriza como un derecho del menor y una potestad del juez, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil que aparece caracterizada como una obligación del juez cuando el menor sea mayor de 12 años. Esta aparente contradicción es resuelta por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de octubre de 2014 acudiendo a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y al Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

PALABRAS CLAVE: custodia compartida; edad; alimentos; audiencia al menor; protección del menor; divorcio; mayores de doce años; régimen de visitas.

ABSTRACT: The hearing of the minor in marriage crisis proceeding is differently considered in the Spanish Civil Code and in the Spanish Procedural Law. The first one, characterizes it as a right of the minor and as a legal authority of the judge. The Procedural Law considers it as a duty of the judge when the minor is younger than twelve. This apparent contradiction is solved by the Supreme Court in a Judgment of 20th October 2014, appealing to the Organic Law on Minor Legal Protection and the Convention on the Rights of the Child of 20th November 1989.

KEY WORDS: joint custody; age; support; hearing of the minor; protection of the minor; divorce; minors older than twelve; custody and visits and communications schedule.

SUMARIO: 1. Supuesto de hecho.- 2. Doctrina jurisprudencial.- 3. La regulación de la audiencia al menor en los procedimientos de crisis matrimonial.- 4. La naturaleza jurídica de la diligencia de audiencia al menor.- 5. El interés superior del menor y el derecho a ser oído.- 6. Modo de practicar la audiencia al menor.- 7. Valoración de la capacidad del menor y de su suficiencia de juicio.- 8. Forma de practicar la audiencia al menor.- 9. La falta de audiencia del menor y la nulidad de actuaciones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20-10-2014.

1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014, comentada tiene su origen en el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, Sección Primera nº 532/2012 dimanante de los autos de juicio verbal de modificación de medidas n 294/2012, planteado por aplicación indebida del art. 92 CC, en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 2011, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y el art. 39 CE, al oponerse, la sentencia recurrida, a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico para determinar las medidas en relación con los menores.

La representación procesal de D. Rodolfo interpuso demanda de modificación de medidas definitivas acordadas, en su día, en divorcio de mutuo acuerdo, contra Dª. Bibiana, solicitando, entre otras cosas, la custodia compartida de sus dos hijos menores.

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Orense se dictó sentencia estimando la demanda y atribuyendo la guardia y custodia de forma compartida a ambos progenitores por semanas alternas, y estableciendo visitas los miércoles por aquel de los progenitores que no ejerciera la custodia en esa semana; asimismo se establecía el reparto equitativo de los gastos.

Interpuesto recurso de apelación por Dª. Bibiana contra la citada sentencia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Orense dictó sentencia por la que estimaba el recurso de apelación, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimando la demanda de D. Rodolfo y absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas.

Por la representación de D. Rodolfo, interpuso recurso de casación en base a lo manifestado anteriormente, y tras los trámites procesales oportunos y no

habiendo solicitado las partes celebración de vista, se señaló para votación y fallo el 2 de julio de 2014.

En dicho acto, de oficio, y en base al art. 92 CC y al art. 9 de la LO de Protección Jurídica del Menor, se acordó oír a las partes por término de cinco días respecto de las alegaciones de la parte recurrida, Dª. Bibiana, acerca de la custodia compartida de los menores adoptada por el Juzgado sin la audiencia de los mismos.

Hay que destacar que la parte demandada no propuso la audiencia de los menores en su día y que la demandante a pesar de haberla propuesto, renunció a su práctica.

Por la recurrida se alegó la necesidad de oír a los menores antes de adoptar un sistema de custodia compartida de acuerdo con los arts. 92.6 CC y 9 de la LO de Protección Jurídica del Menor.

El Ministerio Fiscal puso de manifiesto la contradicción existente entre la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 770.1.4ª y 777.5) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por todas la sentencia de 17 de enero de 2012.

El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, después de analizar los arts. 92.6 del CC, los artículos mencionados de la LEC, el art. 9 de la LO de Protección del Menor, el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y el art. 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, viene a considerar necesario la práctica de la audiencia de los menores y, en consecuencia, acuerda la nulidad de la sentencia recurrida conforme al art. 238 LOPJ, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, para que, antes de resolver sobre la guardia y custodia de los menores, se oiga a los mismos.

2. La ausencia de la audiencia de los menores es una cuestión apreciable de oficio, dando traslado a las partes para que se pronuncien sobre ello.

La aparente contradicción que existe entre el Código Civil y la LEC viene aclarada por la Ley del Menor y el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su

guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de prueba, debiendo acordarla de oficio el juez.

Conforme a la STC de 6 de junio de 2005, para que el juez decida o no practicar la audiencia es necesario resolución motivada.

En consecuencia, en base al art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se decreta de oficio la nulidad de la sentencia recurrida, mandando retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que, antes de decidir sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

3. La audiencia al menor configurado como un derecho del mismo a ser oído son regulados en diferentes normas tanto nacionales como internacionales.

El Código Civil regula la audiencia al menor en el Libro I, Título IV, Capítulo IX, bajo la rúbrica de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y en concreto en el art. 92. apartados 2º y 6º prescindiendo del carácter imperativo que existía, antes de la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio, de oír a los menores cuando fueran mayores de 12 años, configurándolo más como un derecho del menor que como una obligación impuesta legalmente al juez.

El apartado 2º del art. 92 del CC establece: "El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos."; por su parte, el apartado 6º establece: 92.6: "En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

Ello, en consonancia con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que, como hemos visto, reconoce el derecho del menor de ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier, y por lo que aquí nos interesa, procedimiento judicial que pueda afectar a su esfera personal, familiar o social. Este artículo ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de

modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que viene a desarrollar de modo más detallado este derecho, si bien manteniendo la línea de su antecesor de configurarlo como un derecho fundamental, produciéndose su entrada en vigor el 12 de agosto de 2015.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil hace referencia a la audiencia del menor en los arts. 770.4 y 777.5, así el primero de ellos dispone entre otras cosas que "…si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario".

El art. 777.5 manifiesta: "Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días".

Hay que destacar, que aunque se regula la audiencia al menor tanto en los procesos matrimoniales contenciosos como de común acuerdo, el análisis del presente artículo se centrará en el procedimiento contencioso.

A nivel internacional, esta materia se regula como ya hemos podido observar en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990, como derecho a expresar su opinión libremente y derecho a ser escuchado, y, en términos similares en el artículo 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

4. Dentro de los medios de prueba se regula, en el art. 299 LEC, el reconocimiento judicial. Con la reforma de la LEC en el año 2000 se introdujo una importante novedad que fue el reconocimiento de personas.

En los procesos de familia, es muy frecuente la práctica de esta diligencia, considerándose por la doctrina más extendida de que se trata de un tipo de

reconocimiento judicial de personas un tanto especial por el hecho de que sea un menor quien es el objeto de este reconocimiento.

Como señala GONZÁLEZ DEL POZO (GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Medios de prueba", en AA.VV.: *Los procesos de familia: Una visión judicial* (Coordinador: HIJAS FERNÁNDEZ). Madrid (2009): Colex, pp. 493 y ss.), podemos considerar que existen, dentro de la doctrina, dos posiciones claramente diferenciadas sobre la naturaleza de la audiencia al menor. Una primer apostura es la que la considera como un medio de prueba, en concreto lo enmarca dentro de la prueba del reconocimiento de personas, por lo que debería de acudirse a la regulación contenida en los arts. 353 y siguientes y en particular al art. 355 LEC, debiendo acomodarse dichas normas a las especialidades que resultan de la persona del menor [LÓPEZ YAGÜES, V.: *La prueba del reconocimiento judicial en el proceso civil.* Madrid (2005): La Ley, p. 195].

Otro sector doctrinal niega a la audiencia al menor el carácter de medio de prueba, no siéndole aplicable las normas reguladoras del reconocimiento judicial de personas, ya que, según afirman, ni aparece en la relación de los medios probatorios enumerados en el art. 299 LEC, ni, como veremos, rigen los principios de contradicción y publicidad, ni el de documentación en forma plena. En esta línea se encuentran BROCÁ-MAJADA y CORBAL FERNÁNDEZ: *Práctica procesal civil.* Hospitalet de Llobregat (2014): Bosch, 23ª Ed., Tomo IX, p. 8917, para los cuales el hecho de que en la "práctica forense esta diligencia haya quedado siempre sustraída a la presencia e intervención contradictoria de las partes, y, en ocasiones, su contenido, desvirtúa su condición de medio de prueba, al no practicarse conforme a lo prevenido en el artículo 289 de la LEC de forma contradictoria, en vista pública o con publicidad".

La postura intermedia mantenida por GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "Medios de", cit., p. 496, entiende que no hay grandes diferencias entre las dos posturas mayoritarias ya que si bien es cierto que la audiencia de los menores no está mencionada como medio de prueba en el art. 299 de la LEC, se debe de enmarcar dentro de la prueba del reconocimiento judicial de personas del art. 355 LEC, si bien "es una prueba de reconocimiento sui generis", cuyas especialidades derivan del hecho que es objeto de prueba (opinión del menor) y de que esta audiencia sea configurada como un derecho del menor.

No obstante, podemos mantener con ABEL LLUCH, X.: *El reconocimiento judicial*, (VLEX-393203654), que aun cuando no aparezca recogida en la enumeración de los medios de prueba (art. 299 LEC) y "se configure legalmente como un derecho del menor (arts. 92 CC y 9 LOPM), tiene una trascendencia probatoria indiscutible", en cuanto la audiencia del menor

permite obtener datos relevantes sobre el objeto del procedimiento y que "permite cobijarlo dentro del reconocimiento judicial de personas (arts. 353 y 355.1 LEC), si se quiere como una modalidad del mismo en atención al sujeto (hijo menor) sobre el que se practica, lo que justifica un tratamiento excepcional –por lo demás legalmente previsto (arts. 138.2 y 754 LEC)– en cuanto a las reglas de publicidad de la prueba".

Por lo demás, y a pesar de que se configure como un derecho del menor, la audiencia al mismo es un trámite legal obligatorio cuando el menor ha alcanzado los 12 años de edad, según establece el art. 770.4 LEC.

5. El principio de salvaguarda del interés superior del menor, hoy reconocido universalmente, es un principio básico en todo Ordenamiento que regula la protección del menor y los asuntos que al mismo le afectan.

En este sentido, como afirma ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L*.,* el principio del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, requiere, de un desarrollo jurídico concreto que lo convierta en una realidad. Teniendo en cuenta que el principio en sí no es discutido, el problema fundamental radica en averiguar en cada caso donde reside dicho interés (*La defensa de los menores y el Fiscal*, disponible para su consulta en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes_del_menor-derecho_del_menor-proteccion_juridica_del_menor defensor_judicial_del_menor_11_556930014.html).

La Convención de Derechos del Niño, declara en su art. 3.1 que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño", y en la medida que nuestra Constitución reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos —de forma especial la referida Convención— el principio del interés superior del menor adquiere rango constitucional en su art. 39.4 (DE PALMA DEL TESO, A.: *La condición de menor y su posición jurídica en el ordenamiento. Principios rectores de la protección pública de los menores,* http://vlex.com/vid/400135878).

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha querido dotar de contenido a este concepto, modificando para ello el art. 2 LO 1/1996 y otorgándole, a decir de la exposición de motivos de la citada norma de reforma, de un triple carácter, a saber, como derecho sustantivo, como principio imperativo y

como norma de procedimiento. Así, la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio. Dentro de tales criterios generales el citado artículo menciona: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Y ello ponderado con ciertos elementos generales como la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, etc.

De acuerdo con lo anterior, a la hora de determinar ese interés será necesario oír al menor, lo que significa tener en cuenta sus opiniones y pensamientos en aquellas decisiones que pueden afectarle, sin que esto suponga que sea esa opinión la que prevalezca en la resolución judicial ya que todo dependerá del grado de madurez del mismo y de ese interés superior, ponderado con arreglo a los criterios y elementos antedichos.

Es por ello, como decíamos, que se ha convertido la audiencia al menor en un derecho del mismo de cuyo cumplimiento ha de vigilar, en el caso que nos ocupa, la autoridad judicial. Así dentro de la jurisprudencia menor, la SAP Valencia 30 abril 2002 (JUR 2002, 185690) destaca el derecho del menor a ser oído en cualquier ámbito que esté directamente implicado y que lleve a una decisión que le afecte en su esfera personal, social o familiar, llegando a poner de manifiesto que esa falta de audiencia podría dar lugar a la nulidad de actuaciones, tal y como hace el Tribunal Supremo en la sentencia origen de este comentario.

Este derecho del menor de ser oído, tal y como señala SÁNCHEZ MARTÍN, P.: "El procedimiento contencioso de crisis matrimonial", en AA.VV.: *Las crisis matrimoniales.* Valencia (2010): Tirant Lo Blanch. p. 444, ha sido elevado por nuestro Tribunal Constitucional a rango de derecho fundamental integrado

dentro del art. 24.1 de la Constitución que regula el derecho a la tutela judicial efectiva, de tal manera, que cuando no se lleva a efecto se produce una vulneración de dicho derecho.

Así la STC 221/2002, de 25 de noviembre (TOL 224.822) establece que "A estas consideraciones debe añadirse que, al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE."; en el mismo sentido la STC 152/2005, de 6 de junio (TOL 673515), siempre que el niño esté en edad suficiente para tener en cuenta su opinión.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional, tras la reforma realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cambió de doctrina al establecer, en la Sentencia 163/2009, de 29 de junio (TOL 1.568.067), que en esta redacción, introducida por la citada ley, "la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996), y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor". Evidentemente, esta postura se manifestó, sin que estuviera vigente la nueva redacción del art. 770.4 LEC, llevada a cabo por la ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que viene a establecer el carácter obligatorio de la audiencia a los mayores de 12 años.

Todo ello, nos lleva a plantearnos si la audiencia al menor, dada la diversidad de artículos reguladores de la misma, tiene carácter imperativo o, por el contrario, facultativo. Así, teniendo en cuenta la regulación contenida en el art. 770.4 de la LEC reformado por la Ley 13/2009, y por tanto posterior a la reforma del art. 92.6 CC, se podía afirmar que la audiencia al menor tendrá

carácter obligatorio cuando el menor sea mayor de doce años. En este sentido, atendiendo a estos preceptos, coincidimos con SÁNCHEZ MARTÍN, P.: "El procedimiento contencioso", cit., p 445, en que la diferente regulación existente entre la LEC y el CC debe de resolverse en favor de la norma posterior, en este caso de la LEC, que establece la imperatividad de la audiencia del menor cuando este sea mayor de doce años.

Estas afirmaciones deberán, no obstante, matizarse a la luz de la reforma del art. 9 LO 1/1996 efectuada por la LO 8/2015, que establece en su apartado 1º el derecho del menor a ser oído sin discriminación alguna por edad, garantizando el ejercicio de este derecho, cuando tenga suficiente madurez, madurez que se entiende que existe, en todo caso, cuando el menor tenga 12 años, por lo que parece que con la nueva regulación ya no existe esa separación tan tajante entre el carácter facultativo de la audiencia respecto de los menores de 12 años y el carácter imperativo respecto de los mayores de dicha edad, ya que cuando el menor tenga suficiente madurez, aunque no alcance dicha edad, deberá de ser oído, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.
En los demás casos, tendrá carácter facultativo para el juez, que podrá o no decidir llevar a cabo esta diligencia, cuando se estime necesario de oficio, o a petición del Ministerio Fiscal, las partes, el propio menor o miembros del equipo técnico judicial y siempre que el menor tenga suficiente juicio.

Llama la atención que se permita al equipo técnico judicial que pueda solicitar que se lleve a cabo la audiencia al menor ya que no son parte en el proceso y difícilmente puedan solicitar la práctica de diligencias en el proceso.

Hay que poner asimismo de manifiesto que, respecto al hecho de que sea el menor el que solicite ser oído, y a pesar de ser un derecho del que goza, habrá que tener en cuenta que ese derecho no es absoluto sino que puede ser denegada esa solicitud y que según el art. 9 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, la denegación se producirá cuando no sea posible o cuando la audiencia no convenga al interés del menor. Dicha denegación, a decir del citado artículo, deberá de ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y sus representantes legales. Por tanto, nos encontramos ante un derecho del menor que no tiene carácter absoluto ya que puede ser limitado en ocasiones, pero siempre de modo motivado y atendiendo primordialmente a su superior interés.

En este sentido, es relevante la SAP Valladolid 24 mayo 2006 (JUR 2006, 177562), que señala: "El art. 9 debe ser interpretado en términos de gran amplitud y flexibilidad, relacionando cada uno de sus apartados, pues no solo debe atenderse a su apartado 1, para que sirva a su objeto esencial que, como

todo el de la Ley Orgánica, es el de la protección de los intereses del menor que se satisfacen, no sólo cuando se le oye sino también cuando no se le da audiencia en aquellos casos en que el Juez no la considera necesaria (esos son los términos de los nuevos arts. 92. 6 y 777. 5) o no convenga al interés del menor (art. 9 apartado 2 en relación con el apartado 3).

Los intereses del menor que se protegen en el art. 9 contemplan tanto el derecho a ser oído, que puede ser ejercitado directamente (apartado 2 párrafo primero) o a través o por medio de sus representantes legales cuando no sea posible o no convenga a su interés (apartado 2 párrafo segundo), como la posibilidad de no serlo cuando el Juez le deniegue tal derecho en resolución motivada, que obviamente deberá responder a un posible perjuicio para el menor que pudiese derivarse de la audiencia y que deberá resolverse en cada supuesto conforme a las circunstancias concurrentes".

De todo lo expuesto podemos extraer como conclusión que el interés del menor es superior a cualquier otro interés legítimo y, por tanto, primará aquél sobre cualquier otro, por lo que cuando dicho interés superior pueda verse dañado con la audiencia al menor, el juez deberá denegarla cumpliendo, eso sí, las formalidades de motivación y comunicación antes señaladas. Línea ésta mantenida por la Sentencia que comentamos en su Fundamento de Derecho Quinto y que se recoge hoy, tras la reforma de 2015, en el apartado 3º del art. 9 LO 1/1996.

6. En las normas procesales españolas no se detalla la forma en que debe de practicarse la audiencia al menor, apenas hay escasas referencias al respecto.

Así el art. 770.4.3º de la LEC señala que "en las exploraciones de menores (…) el juez garantizará que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario".

Por su parte, el art. 9.1 de la Ley Orgánica de Protección del Menor dispone: "En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad".

Éstas eran, hasta ahora, las únicas manifestaciones existentes al respecto, lo que ha dado lugar, tal y como señala el Defensor del Pueblo, a que existan diferencias en la praxis judicial al existir juzgados especializados y juzgados generalistas (Estudio del Defensor del Pueblo sobre "La escucha y el interés

superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia" de mayo de 2014).

En este sentido, la sentencia que comentamos, STS 20 octubre 2014, se limita a reiterar en el Fundamento de Derecho Sexto, lo que dispone la Ley Orgánica de Protección del menor.

En este punto habrá que tener en cuenta lo señalado por el Comité de Derechos del Niño (Observación General 12, § 42 y 43) que manifiesta que la audiencia debe ser realizada en el marco de lo que el Comité denomina un «contexto propicio y que inspire confianza». Existe una clara preferencia por la confidencialidad del acto y se apunta a la posibilidad de que esta audiencia adopte la forma de una conversación más que de un escrutinio (Defensor del Pueblo: *'La escucha y el interés", cit.* p. 17).

No obstante, la LO 8/2015 ha añadido, siguiendo las anteriores recomendaciones, en la nueva redacción del citado art. 9 LO 1/1996, que tales audiencias tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos y utilizando un lenguaje comprensible para el menor.

Por ello, podemos afirmar que el objeto de la audiencia es que el menor exprese su opinión, su sentir sobre los temas que le afecten y sean objeto del proceso judicial, por lo que deberá de realizarse sin que se le produzca daño alguno.

Por lo demás, si la entrevista versa sobre hechos del procedimiento, nos encontraríamos ante una prueba testifical que debería de realizarse de conformidad con las previsiones legales pero que quedaría fuera de lo que es propiamente la audiencia al menor.

En relación a la audiencia del menor, se plantean muy diversas cuestiones acerca de su práctica.

7. Como apunta el estudio del Defensor del Pueblo, la valoración de la capacidad del menor y de su suficiencia de juicio es una de las cuestiones más críticas, ya que no es propiamente jurídica, por lo que el Juez en muchas ocasiones deberá de acudir al auxilio de técnicos (Defensor del Pueblo: "La escucha y el interés". Cit. p.18) Para que se pueda acordar por el Juez la audiencia del menor, es necesario que se valore si el menor tiene suficiente madurez y su capacidad de razonamiento.

En la nueva redacción dada por la LO 8/2015 al art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, la valoración de la madurez del menor se llevará a cabo por personal especializado. Con lo que queda, en principio, superada la polémica mantenida por la doctrina acerca de si el juez ha de realizar la valoración por sí mismo como mantiene SÁNCHEZ MARTÍN, P.: "El procedimiento contencioso de crisis matrimonial", cit. p. 450, o si por el contrario debe de auxiliarse de técnicos.

La cuestión no es baladí, ya que la determinación de la suficiencia de madurez, no es tarea fácil, porque no basta con que el menor sea capaz de expresar una opinión sino que se deberá de tener en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso.

8. En cuanto a la forma de practicar la audiencia del menor, es unánime entre la doctrina y la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que ha de realizarse a puerta cerrada y con carácter totalmente reservado. En la *praxis* judicial, se hace normalmente en el despacho del juez, en presencia del fiscal y el secretario judicial, que no usan toga para la ocasión y sin proceder a la grabación de la imagen ni sonido, si bien se documenta en un acta de cuyo contenido puede darse traslado total o parcial a las partes. Todo ello de conformidad a lo dispuesto en los arts. 138.2 y 140.3 en relación con el art. 754 LEC.

Respecto a las personas que pueden intervenir en la audiencia del menor, la práctica de los tribunales entiende que debe de excluirse la intervención de las partes, sus procuradores o letrados, fundándose en el art. 355 de la LEC al permitir que el tribunal pueda excluir la intervención de las partes cuando su presencia pueda ser perturbadora para el buen fin de la diligencia. Pensemos, como apunta GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Medios de", cit., p. 497, que "la presencia de los progenitores coartaría la libertad del menor, que se vería sometido a la tensión derivada de una eventual confrontación o un conflicto de lealtades". Incluso la propia Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre en su apartado II, C) 2, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, señala que la exploración "nunca se desarrollará en presencia de los padres".

El Fiscal siempre ha de estar presente y puede intervenir en la entrevista con el menor. La negativa a su presencia o la negativa a que pueda intervenir, supondrían una nulidad de actuaciones. Así la STC 17/2006, de 30 enero (RTC 2006, 17), señala que "tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso

(art. 749.2 LEC) de forma imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor).

No basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores —como se sostiene en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001—, sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias.

En consecuencia, la Audiencia Provincial lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor en el proceso del interés superior de las menores al rechazar su intervención en la diligencia de exploración de aquéllas".

En la misma línea se había manifestado la Circular 1/2001 sobre "La incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles" de la Fiscalía General del Estado, al disponer que "el Ministerio Fiscal habrá de tomar parte en la exploración de los hijos menores o incapacitados".

Respecto a la forma en que debe de llevarse a cabo la audiencia del menor, ésta no debe ser un interrogatorio como tal, sino que debe de crearse un clima de confianza y empatía mediante una conversación que haga al menor sentirse cómodo, utilizando un lenguaje conforme a la edad y grado de madurez de modo que permita que la narración fluya de modo natural y espontáneo. Siendo en ocasiones aconsejable, cuando el menor es de corta edad, que asista algún miembro del equipo psicosocial que pueda preparar el terreno para que la diligencia se concluya con éxito. Esta posibilidad se prevé en los art. 770.4 LEC y el nuevo art. 9 LO 1/1996.

Otra de las cuestiones que se plantean, es la forma en que debe de documentarse la audiencia al menor. En concreto nada se dice en la ley sobre la utilización, prevista con carácter general en el art. 147 LEC, de medios de grabación de imagen y sonido. Hay que poner de manifiesto que es una práctica común en los Juzgados que no se lleve a cabo tales registros cuando

se trata de la exploración de menores, y en este sentido también se expresó la citada Circular 1/2001, de la Fiscalía General del Estado, considerando que debería hacerse mediante acta levantada por el Secretario Judicial.

Es unánime la opinión de que debe dejarse constancia de la realización de la audiencia al menor en autos mediante acta extendida por el secretario, ya que de lo contrario la diligencia de audiencia sería nula de acuerdo con lo establecido en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto al contenido del acta existen discusiones en la doctrina acerca del mismo, oscilando las posturas entre la idea de que debe de recoger detalladamente las manifestaciones del menor; la que considera que debería de recoger de modo abreviado tales manifestaciones y, por último, la que entiende que el Secretario debe de recoger el hecho de la realización de la diligencia pero sin reflejar el contenido, lo que en nuestra opinión produciría una indefensión a las partes, siendo necesario que quede constancia aunque sea someramente de las manifestaciones del menor a fin de que pueda ilustrar en su caso al tribunal en una posible apelación. No obstante el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, en su nueva redacción, establece en el apartado 3º in fine que en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

9. Como ya hemos señalado, centrándonos en el supuesto del proceso contencioso de crisis matrimonial, la audiencia al menor es pertinente en todos aquellos casos en que deban de adoptarse decisiones que les afecten en la esfera personal, social o familiar, ya que como apunta GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Medios de", cit., p. 511, de tener el menor más de 12 años, y no ser propuesta por las partes ni el Ministerio Fiscal, deberá de acordarse de oficio por el juez, que debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 770.4 LEC.

La falta de audiencia del menor en los casos en que deba de hacerse, bien por tener suficiente madurez (la consideración del juez en este caso de que no es necesaria la audiencia al menor deberá de ser motivada) o por ser mayor de doce años, determinará la nulidad de actuaciones.

Y ésta es la línea mantenida por la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos. El Tribunal Supremo hace una interpretación de la aparente contradicción existente en nuestra normativa entre el Código Civil tras la reforma del año 2005 y la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma del 2009, integrando ambas regulaciones a través de lo dispuesto en la Ley

Orgánica de Protección Jurídica del Menor y la Convención de Derechos del Niño en su art. 12 y considerando que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio, y en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en que se resuelva sobre su guardia y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. Remitiéndose a lo dispuesto en la STC 6 junio 2005.

Por ello, el Tribunal Supremo en dicha sentencia, dando cumplimiento a la obligación que se impone en el art. 770.4 de la LEC en relación con los anteriores, decreta de oficio la necesidad de los menores de ser oídos, y, en consecuencia, al no haberse practicado la diligencia de audiencia del menor por la Audiencia Provincial, la nulidad de las actuaciones retrotrayendo las mismas al momento anterior a dictar sentencia a fin de practicar, antes de resolver, la diligencia de exploración de los menores.

La postura mantenida por la sentencia que comentamos, ya fue mantenida por el mismo Tribunal, si bien, basándose en el art. 92.2 CC, en STS 14 mayo 1987 (RJ 1987, 3550) al disponer que "el párrafo segundo del artículo 92 del Código Civil en cuanto preceptúa que las medidas judiciales, que en los pleitos sobre separación, nulidad y divorcio del matrimonio, han de adoptarse en relación con el cuidado y la educación de los hijos, lo serán en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio «y siempre a los mayores de doce años», establece una norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento por los órganos jurisdiccionales que conozcan de los referidos litigios". Da así la razón al Ministerio Fiscal al considerar que "ciertamente tal vulneración del citado art. 92.2 se produjo al no oír en litigio de divorcio en que eran partes demandante y demandada los padres de una menor con doce años de edad, a la misma, conclusión que, además, abona la preceptiva contenida en el número 3 del artículo 6.º del Código Civil y es concorde con lo establecido en los números 3 y 4 del artículo 39 de nuestra Constitución respecto a la protección de los derechos de los menores".

Por lo demás hay que poner de manifiesto como la línea de la Sentencia comentada sigue la senda trazada por la doctrina Constitucional en el sentido de que es preceptiva la audiencia del menor, en todo proceso en que haya de adoptarse una decisión que le afecte en su esfera personal, social o familiar, cuando el mismo posea la madurez y condiciones suficientes para formarse un juicio propio, integrándose, como ya hemos puesto de manifiesto, el derecho a ser oído en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y que resultará vulnerado cuando se omita la audiencia al mismo dando lugar a la nulidad de actuaciones. Así, entre otras, las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 221), F. 5, 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 71), F.

7, y 152/2005, de 6 de junio (RTC 2005, 152), FF. 3 y 4, esta última mencionada en la sentencia comentada, y en la que decreta la nulidad de las actuaciones y su retroacción al momento anterior a dictar sentencia para que se proceda a oír a los menores "de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad".

Por último, y a modo de conclusión, merece atención, por su interés, el que las reformas llevadas a cabo por la LO 8/5015 de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia han venido a recoger buena parte de las recomendaciones llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo a la Secretaría de Estado de Justicia (Defensor del Pueblo: "La escucha y el interés", cit. p.47) respecto de la materia objeto de la sentencia comentada, entre ellas las siguientes:

1. Configurar la escucha del menor como un derecho de éste, no sujeto a criterios de necesidad u oportunidad; ello supone oír al niño y tomar en consideración lo que dice.

2. Eliminar los criterios de edad respecto al derecho del niño a ser escuchado, sustituyéndolos por la presunción de la capacidad del menor para formarse un juicio propio.

3. Establecer que la apreciación de falta de madurez a estos efectos debe venir sustentada por un informe técnico del equipo psicosocial adscrito al juzgado, que deberá tener presente el enfoque al respecto de la Convención y el Comité de Derechos del Niño.

4. Introducir para los procesos de familia la previsión de nombramiento de un defensor judicial cuando el fiscal y el menor discrepen sobre lo que conviene a su superior interés.

5. Incorporar los principios que han de regir los actos de audiencia del menor;

6. Establecer un deber de motivación reforzado de las decisiones judiciales, particularmente cuando el juez se aparte de la opinión manifestada por el menor o cuando no haya procedido a su escucha, contemplar la comunicación al niño de la decisión judicial adoptada en aquello que le afecte y otorgarle vías específicas de recurso, aun cuando no hubiera sido parte del proceso de instancia.

A PROPÓSITO DEL REGLAMENTO (UE) Nº 606/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE JUNIO DE 2013, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL

ABOUT THE REGULATION (EU) NO 606/2013 OF 12 JUNE 2013 ON MUTUAL RECOGNITION OF PROTECTION MEASURES IN CIVIL MATTERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 811-818.

Fecha entrega: 02/15/2015
Fecha aceptación: 15/15/2015

JUAN CARLOS VEGAS AGUILAR
Profesor de Derecho y Criminología
Universidad Europea de Valencia
Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

RESUMEN: Desde la creación de la Unión Europea, uno de sus objetivos básicos ha sido la libre circulación dentro de su territorio tanto de mercancías como de personas. Dentro de esta política de libre circulación de personas es necesario incluir mecanismos que coadyuven a su protección en todo el territorio de la Unión Europea, con el objetivo de que la libre circulación pase de ser un deseo a una realidad efectiva.

Pues bien, desde hace algunos años, se planteó la cuestión de cómo proteger a las víctimas de delitos para que pudieran viajar o residir libremente en los países de la Unión y, además, gozaran de un estatus de protección que le permitieran vivir de una manera libre de amenazas. Con ese espíritu se promulgó el Reglamento (UE) Nº 606/2013, sobre el que vamos a dar unas pinceladas en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: víctima; Unión Europea; medidas civiles; Reglamento; reconocimiento mutuo.

ABSTRACT: Since its creation, one of the main objectives of the European Union has been the removal of the obstacles to the free movement of persons and goods. Within this policy it is necessary to provide mechanisms that contribute to the protection both of persons and goods throughout the European Union territory in order to turn the free movement of persons and goods into reality.

Well, for some years, a query was raised as to how to protect victims of crime to allow them to travel or reside freely within the EU countries and also how they could enjoy a protected status to feel free to come forward without being threatened. In that spirit, Regulation (EU) No 606/2013 was enacted. This paper will offer an overview of it.

KEY WORDS: victim; European Union; civil measures; Regulation; mutual recognition.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Objeto del Reglamento 606/2013.- 3. Algunas cuestiones controvertidas sobre la aplicación del Reglamento.

1. En el Diario Oficial de la Unión Europea se publicó, con fecha 29 de junio de 2013, el Reglamento (UE) nº 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, el cual, según dispone su art. 22, entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siendo de aplicación a partir del 11 de enero de 2015. De este modo se deberá aplicar a las medidas de protección dictadas después del 11 de enero de 2015, independientemente de cuándo se hayan iniciado los procedimientos, previéndose su obligatoriedad en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con los Tratados.

El objeto de esta norma es la aplicación, dentro de los Estados que componen la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo para la ejecución de medidas civiles de protección a las víctimas de cualquier clase de delito.

La adopción de este Reglamento se llevó a cabo con el objetivo de complementar a la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección (publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 21 de diciembre de 2011, entrando en vigor el 10 de enero de 2012), dado que el objeto de esta Directiva se centraba en el reconocimiento mutuo de medidas de protección penales, las medidas civiles quedaban un tanto desprotegidas.

De este modo, el Reglamento 606/2013 se debe aplicar a las medidas de protección, dictadas en materia civil, que se adopten con el objeto de proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro.

Es necesario tener muy presente que las directrices que fija esta norma se deben aplicar a todas las víctimas, con independencia de que se trate o no de víctimas de la violencia de género. Esta amplitud en los sujetos de protección hace muy complicada la eficacia de la norma, ya que requiere que se destinen muchos recursos a la ejecución de las medidas adoptadas.

2. Como decimos, la norma se centra en medidas de materia civil. Este concepto debe interpretarse, según el Reglamento, de manera autónoma, conforme a los principios del Derecho de la Unión Europea. Así, la naturaleza civil, administrativa o penal de la autoridad que dicte una medida de protección no debe ser determinante para evaluar el carácter civil de una medida de protección.

Sin embargo, el Reglamento no se refiere a todas las materias civiles posibles, ya que excluye las concernientes a las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, las cuales se rigen por el Reglamento Bruselas II bis y, por consiguiente, deben seguir siendo reconocidas y ejecutadas en virtud de este último Reglamento.

Con esta previsión, nos encontramos que algunas de las medidas de protección civil que establece el art. 544 ter LECrim, regulador de la orden de protección en el ordenamiento jurídico español, se deberán ejecutar a través del Reglamento Bruselas II bis y no del Reglamento 605/2013, dado que se trata de medidas como:

1. las previstas en el art. 158 del CC;
2. atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar;
3. determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos;
4. el régimen de prestación de alimentos;
5. así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

De este modo, cuando se ejecuten las medidas civiles de protección en alguno de los Estados de la Unión Europea donde rigen estos Reglamentos, se deberá analizar el modo de compaginarlos, con el objetivo de aplicar de forma correcta la normativa aplicable a cada supuesto.

3. El Reglamento 606/2013 debe aplicarse tanto a las resoluciones de órganos jurisdiccionales como de autoridades administrativas, salvo las decisiones adoptadas por autoridades policiales, ya que no deben considerarse autoridades de expedición en el sentido del Reglamento.

Asimismo, el Reglamento impone una serie de obligaciones del Estado requerido, entre las que debemos destacar la de suministrar información, con fecha límite del 11 de julio de 2014, a la Comisión sobre aspectos tales como el procedimiento a seguir y sobre los órganos competentes ante los que invocar la medida de protección. La Comisión facilitará al público esta

información a través de cualquier medio apropiado. En la actualidad se está implementando una página *web* con esta información sobre los 27 países de la UE, la cual la podemos visitar en el siguiente link:
https://e-justice.europa.eu/content_mutual_recognition_of_protection_measures_in_civil_matters-352-es.do.

Dado que las medidas se dirigen a todo tipo de víctimas la elección del órgano competente para ejecutar la medida de protección es compleja. Si tenemos en cuenta que las medidas civiles de protección que recoge el Reglamento se refieren, básicamente, a la prohibición de acercamiento y de comunicación, el órgano que deberá ejecutar estas medidas deberá ser aquel que ejerza jurisdicción en el territorio donde se encuentre la víctima.

Además, al tratarse de medidas que en el ordenamiento jurídico español, aunque el Reglamento las considere civiles, tienen naturaleza penal [a) la prohibición o regulación de la entrada en el lugar en el que la persona protegida reside o trabaja o que frecuenta o en el que permanece de manera habitual; b) la prohibición o regulación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, con inclusión de los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio; c) la prohibición o regulación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la prescrita], el órgano encargado de ejecutar las medidas en España debería ser un órgano incardinado en la jurisdicción penal.

En virtud del principio de reconocimiento mutuo, las medidas de protección en materia civil dictadas en el Estado miembro de origen deben ser reconocidas en el Estado miembro requerido como medidas de protección en materia civil. En este sentido nos preguntamos qué ocurre cuándo las medidas de protección civil que establece el Reglamento se consideran en el país de ejecución medidas de protección penales, como es el caso de España. Un problema añadido al considerarlas civiles es qué ocurre con el incumplimiento, se podrá sancionar a través del delito de quebrantamiento de condena o, por el contrario, se deberá interponer una demanda civil para obligar a que se cumplan las medidas.

En cuanto a la duración temporal de las medidas, los efectos del reconocimiento en virtud del Reglamento 606/2013 deben limitarse excepcionalmente a un período de doce meses a partir de la expedición del certificado contemplado en el presente Reglamento, independientemente de que la propia medida de protección (ya sea provisional, limitada en el tiempo o de naturaleza indefinida) sea de mayor duración. Es decir, que en el caso de que la medida de alejamiento, por ejemplo, se haya fijado por un plazo mayor

a doce meses, el reconocimiento de dicha resolución solo durará esos doce meses. Esta limitación temporal nos puede llevar a problemas de protección de las víctimas, sobre todo de aquellas que requieran un mayor amparo.

Según el Reglamento, cuando la medida a aplicar tenga una duración mayor de doce meses, la persona protegida tiene derecho a invocar la medida de protección en el marco de cualquier otro acto jurídico de la Unión que prevea el reconocimiento, o bien a solicitar una medida de protección nacional en el Estado miembro requerido. Pero no se prevé cuándo puede invocar tal derecho, ni si hay que esperar a que trascurran esos primeros doce meses, o si la persona perderá la protección hasta que se dicte una nueva medida o, por el contrario, se puede dictar una prorroga hasta tanto se adopte la nueva medida de protección.

El Reglamento establece que las medidas de protección contempladas en él deben garantizar la protección de una persona en su lugar de residencia o de trabajo o en cualquier otro lugar que frecuente de manera habitual, como el domicilio de parientes próximos o la escuela o centro de enseñanza al que acuden sus hijos. Todo ello con independencia de que tal lugar o la extensión de la zona que abarque la medida de protección estén descritos en esta medida con una o más direcciones concretas o por referencia a un determinado perímetro a los que la persona causante del riesgo no podrá aproximarse o en los que no podrá entrar (o una combinación de ambos criterios), el reconocimiento de la obligación impuesta por la medida de protección guarda relación con la finalidad que dicho lugar tenga para la persona protegida, y no con la dirección concreta.

Sin embargo encontramos algunos problemas a la hora de ejercer dicha protección sobre la víctima. En primer lugar el Reglamento establece la necesidad de notificar a la persona causante del riesgo la medida de protección que se ha adoptado. Y la vía que establece para dicha notificación es que se le comunique el certificado —formulario normalizado multilingüe—. Lo que ocurre es que en dicho certificado, según prevé el propio Reglamento, debe indicar si la dirección especificada en la medida de protección es el lugar de residencia, el lugar de trabajo o un lugar que la persona protegida frecuenta de manera habitual. Además, en su caso, debe indicarse también en el certificado la zona delimitada (el radio aproximado a partir de la dirección exacta) al que será aplicable la obligación impuesta por la medida de protección a la persona causante del riesgo.

Así, si la persona causante del riesgo tiene acceso al certificado, conocerá de primera mano dónde se encuentra la víctima, con lo que la protección será mucho más compleja.

Pero, además, esto contradice al propio Reglamento que también señala que "Cuando se notifique el certificado a la persona causante del riesgo, así como cuando se ajusten elementos fácticos de una medida de protección en el Estado miembro requerido, debe tenerse debidamente en cuenta el interés de la persona protegida de que no se divulgue su paradero ni otros datos de contacto. Esos datos no deben revelarse a la persona causante del riesgo salvo que sea necesario para el cumplimiento o la ejecución de la medida". Consideramos que una línea roja infranqueable es que la persona causante del riesgo no conozca, bajo ningún concepto, el paradero de la víctima.

Por último señalar que el Reglamento prevé que se utilicen métodos simples y rápidos para notificar las medidas de procedimiento a la persona causante del riesgo. Es cierto que la urgencia de las medidas requiere que se notifiquen de la forma más ágil y rápida posible, sin embargo, esa rapidez no debe mermar la garantía de la notificación, ya que el Estado debe tener y demostrar la constancia de la misma, al objeto de posibles responsabilidades ante su incumplimiento.

LA *KAFALA* DE DERECHO ISLÁMICO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, CARACTERES Y EFECTOS JURÍDICOS EN ESPAÑA·

KAFALAH OF ISLAMIC LAW: CONCEPT, LEGAL STATUS, CHARACTERS AND LEGAL EFFECTS IN SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 819-826.

Fecha entrega: 30/09/2014
Fecha aceptación: 15/07/2015

· El presente trabajo se corresponde con la Ponencia presentada en las Jornadas internacionales celebradas en la Universidad de Valencia los días 8 y 9 de septiembre 2014 en el marco de los trabajos del Proyecto de Investigación DER2013-47577-R. IMPACTO SOCIAL DE LAS CRISIS FAMILIARES y del grupo de Investigación de la Universidad de Valencia RESEARCH GROUP PERSON AND FAMILY (GIUV 2013-101).

Dr. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández de Elche (España)
alfonso.ortega@umh.es

RESUMEN: Es fácil constatar la creciente presencia de población islámica en España y en los países de nuestro entorno. Este hecho ha dado lugar a la irrupción de unas instituciones jurídicas de origen islámico, ante las que nuestro ordenamiento ha tenido que pronunciarse, como, por ejemplo, el matrimonio polígamo, la dote islámica o la *kafala*. La *kafala* es una institución legal de protección de menores propia de los Ordenamientos jurídicos de ciertos Estados del círculo cultural islámico. En las páginas que siguen nos vamos a detener en el análisis de los efectos jurídicos de la *kafala* en España, tras determinarla conceptualmente y fijar su naturaleza jurídica y rasgos característicos.

PALABRAS CLAVE: *Kafala*, adopción internacional, efectos jurídicos acogimiento internacional.

ABSTRACT: Is easy to see the growing presence of Muslim population in Spain and in neighboring countries. This has led to the emergence of legal institutions of Islamic origin about which our system has had to decide, such as polygamous marriage, Islamic dowry or *Kafala*. *Kafala* is a legal institution of minors´ protection under the laws of certain states of the Islamic cultural circle. In the following pages we will focus on in the analysis of the legal effects of the *Kafala* in Spain, after determining it conceptually and fixing its legal nature and characteristic features.

KEY WORDS: *Kafala*, international adoption, legal effects fostering international.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II. CONCEPTO.- III. NATURALEZA JURÍDICA.- IV. CARACTERES.- V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA *KAFALA* EN ESPAÑA Y DERECHO DE EXTRANJERÍA.- VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. PLANTEAMIENTO.

Si dudamos acerca de la importancia del tema basta con leer la prensa nacional. Hace algunos meses que el Gobierno de Marruecos se ha comprometido a no paralizar los expedientes de acogimiento abiertos por 34 familias españolas siempre y cuando cumpliesen con los requisitos fijados para el procedimiento conocido como *kafala*. Esta institución, propia del mundo islámico, permite a una persona hacerse cargo del cuidado, la educación y la protección del niño, sin necesidad de adoptarlo ni asumir la patria potestad.

Países del Magreb aceptan el uso de la *kafala* para que una tercera persona adquiera el compromiso de cuidar, proteger y educar al menor. El Ministerio de Justicia marroquí viene instando a la Fiscalía a realizar una supervisión más exhaustiva sobre los requisitos exigidos para este régimen de acogida. Entre ellos, se encuentran la educación en la religión musulmana y la residencia habitual de los tutores en Marruecos para garantizar el bienestar de los menores. En el caso concreto de 34 familias españolas afectadas que ya han comenzado la tramitación y están pendientes de resolución, todas ellas cumplen ya la condición exigida de habitar en territorio marroquí.

La *kafala* implica un compromiso para hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado, pero no confiere el derecho a la filiación ni a la sucesión. Muchos países del mundo islámico prohíben la adopción al defender que el vínculo jurídico de la filiación puede tener únicamente un origen biológico.

II. CONCEPTO.

La *kafala* es una institución familiar del derecho islámico y de origen religioso que no crea vínculos de filiación como la adopción[1]. Se aparta

[1] La descripción jurídica de la *kafala* puede seguirse en numerosos pronunciamientos de la jurisprudencia contemporánea española y extranjera (RDGRN 21 marzo 2006, RDGRN 14

también de la misma porque los menores que acoge la *kafala* son menores sin hogar (huérfanos o abandonados sin filiación o con filiación, siempre biológica), pero al igual que la adopción su fin es la protección del interés del menor.

Mediante la *kafala* una persona, por lo general, un varón, llamado *kafil*[2], se hace cargo de un menor, denominado *makful*, a quien se limita a garantizar su mantenimiento y educación[3].

El *makful* no adquiere el apellido del *kafil*, del mismo modo que tampoco goza de ningún derecho a heredar de él (aunque resulte frecuente en algunos ordenamientos el recurso al tanzil, también llamado "adopción de recompensa" o "adopción testamentaria", institución de Derecho sucesorio por cuya virtud una persona –eventualmente el *makful*– se convierte en legataria de un tercio de los bienes de otra).

Sólo la exigencia de establecimiento de la *kafala* mediante un "acto legal" aproxima esta institución a la adopción[4].

mayo 1992, RDGRN 18 octubre 1993, RDGRN 14 mayo 1992, RDGRN 13 octubre 1995, RDGRN 1 febrero 1996, RDGRN [5ª] 27 febrero 2006, RDGRN [2ª] 21 marzo 2006, SAP Granada, Sec.4ª, 25 abril 1995, STSJ Madrid 31 enero 2008 [*kafala* marroquí]); Sent. Cour Cass Francia 10 octubre 2006; Sent. Cour Cass Francia 9 julio 2008 [*kafala* argelina], Sent. Corte Cassazione Italia 4 noviembre 2005, Sent. Cass Francia 25 febrero 2009 [*kafala* de niño argelino]).Sent. Cass Francia 15 diciembre 2010 [*kafala* de niño argelino]).

[2] La Ley marroquí 15-01 sobre la *kafala* de los menores abandonados, promulgada mediante el *Dahir* de 13 de junio de 2002, ha permitido que un matrimonio o que una mujer se hagan cargo de un menor mediante esta institución.

[3] A modo de ejemplo, la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 14 de septiembre de 2004, ha establecido que esta institución de guarda "supone asumir su educación [del menor], manutención, escolarización y todas las necesidades de la vida cotidiana, así como velar por la garantía de sus derechos legales y administrativos tanto dentro del territorio nacional como fuera".

[4] Así, p. ej., el Código argelino de la familia, aprobado por la Ley nº 84-11, de 9 de junio de 1984, y reformado mediante Decreto de 27 de febrero de 2005, estableció en sus artículos 116 y 117 la necesidad de establecer la *kafala* ante un Juez o un Notario indistintamente (sin especificar la competencia *ratione materiae* o *ratione loci*), en tanto que el artículo 4 de la Ley tunecina de 1958 exigió mayor rigor: acto celebrado ante Notario y posterior homologación por el Juez. La citada Ley marroquí de 2002 exige la constitución de la *kafala* ante el Juez de Tutelas, correspondiendo al Tribunal de Primera Instancia la ejecución de la resolución de constitución de la misma.

III. NATURALEZA JURÍDICA.

Es indudable que, desde el punto de vista del Derecho español, la *kafala* no es una adopción, ya que no produce la creación de una nueva relación jurídica paterno-filial entre el *kafil* y el *makful*. Al no crear un vínculo jurídico de filiación entre las personas entre las que se constituye, no puede ser considerada como una clase de adopción internacional. En consecuencia, se admite que la *kafala* pueda ser equiparada a un acogimiento familiar, en dos de las modalidades previstas en el artículo 173, bis, párrafo primero, de nuestro Código Civil.

La Resolución-Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006, afirma, así, que la *kafala* "del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación [...] No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio"[5]. El mismo sentido se pronuncian las posteriores Resoluciones de la DGRN de 18 de octubre de 1993, las cuales, tras calificar la "kafala" como un mero acogimiento, observan que la adopción habrá de constituirse *ex novo* por el juez español competente.

IV. CARACTERES.

En principio hay que partir de que no podemos encontrar una sola institución que tenga características similares: ni la adopción, ni la tutela, y ni el acogimiento acogen totalmente la misma función que la *kafala* de Derecho islámico.

La existencia de la kafala en Derecho musulmán está directamente relacionada con la expresa prohibición de la adopción en la religión

[5] De ahí que la RDGRN de 14 de mayo de 1992 denegara la inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida conforme a legislación marroquí, adquiriendo posteriormente los cónyuges, a quienes se había confiado el menor, la nacionalidad española por residencia al señalar que: "A la vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación marroquí hay que concluir que la "adopción" constituida ante las autoridades marroquíes competentes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el matrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención. Es claro, pues, que esa figura no pueda considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el art. 1 de la Ley del Registro Civil".

musulmana[6]. Esta prohibición tiene un origen muy polémico que se ha vinculado directamente con la vida personal del Profeta.

En los ordenamientos jurídicos de raíz musulmana que admiten esta institución, la *kafala* no genera un "vínculo de filiación" entre el menor (*makful*) y sus "cuidadores" (*kafils*). Así, el menor no dispone de derechos sucesorios en relación con su "nueva familia", ni existe vínculo de parentesco con dicha nueva familia. Aunque en ocasiones se denomina a la *kafala*, erróneamente, con el término "adopción", la *kafala* musulmana no presenta el mismo contenido ni efectos que la "adopción" de los países occidentales.

El titular de la *kafala* (*kafil*) no ostenta la patria potestad respecto del menor cuyo cuidado asumen.

Los Ordenamientos Jurídicos de ciertos Estados musulmanes exigen, como requisito indispensable para la validez de la constitución de la *kafala*, que el *kafil* profese la religión musulmana. Ello se explica porque una de las finalidades básicas de la *kafala* es asegurar la educación del menor en la Fe del Islam.

La configuración concreta de la *kafala* en los distintos países musulmanes es muy variable: algunos países no permiten una "*kafala* internacional" (= Irán, Mauritania o Egipto), otros sí las permiten siempre que los potenciales *kafils* sean de religión islámica (= Marruecos o Pakistán), y otros países de tradición islámica admiten la adopción y la *kafala* (= Indonesia o Túnez).

La *kafala* es un mecanismo jurídico de protección de menores desamparados que preserva el interés superior del menor (= Sent. Cour Cass Francia 25 febrero 2009 [*kafala* de niño argelino]).

V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA *KAFALA* EN ESPAÑA Y DERECHO DE EXTRANJERÍA.

Las *kafalas* constituidas por autoridades extranjeras con arreglo al Derecho islámico pueden producir efectos en diversos órdenes jurídicos.

Una vez reconocida en España la *kafala* como tutela o acogimiento familiar español, surtirá los efectos jurídicos de estas instituciones legales "españolas". Equiparar, con carácter general, la *kafala* con una filiación

[6] Corán, versículos 4 y 5, Sura XXXIII.

adoptiva constituye un grave error, incluso si ello se ello se lleva a cabo a efectos de la concesión de una pensión pública de orfandad[7]. Sin embargo, lo cierto es que, en este punto, existe una jurisprudencia contradictoria[8].

En otro orden de cosas, desde el punto de vista del derecho de la extranjería, debemos señalar los siguientes efectos jurídicos: 1º) la concesión de visado para la reagrupación familiar, cuando la *kafala* se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial. El visado debe concederse, cuando la *kafala* se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial por la autoridad pública competente y se ha constatado la situación de desamparo del menor (si éste tiene padres o tutores), en cuyo caso el *kafil* es equiparado a un tutor dativo[9]; y 2º) Denegación de visado, cuando la *kafala* se ha acordado privadamente o por acta notarial. Por el contrario, se entiende que no procede el visado en los casos de ausencia de procedimiento judicial o administrativo de constitución de la *kafala*[10].

[7] *Vid.* STSJ Madrid 31 enero 2008 [*kafala* marroquí]; muy correcta, en Francia, la Sentencia Cour Cass. [Francia] 11 junio 2009.

[8] *Vid.*, en sentido favorable, los AAP Barcelona, Secc. 18ª, de 8 de julio de 2008 y de 30 de octubre de 2008, el AAP Guipúzcoa, Secc. 3ª, de 4 de junio de 2008, o el AAP Valladolid, Secc. 1ª, de 11 de diciembre de 2008. En sentido contrario, entre otras, el AAP Tarragona, Secc. 1ª, de 23 de junio de 2008 o el AAP Cádiz, Secc. 5ª, de 11 de diciembre de 2008.

9 *Vid.* la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 14 de marzo de 2008; o, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 2 de octubre de 2008.

[10] En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 30 noviembre de 2007; la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 5 de junio de 2008; la STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª, de 23 de septiembre de 2008; o, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 16 de junio de 2009.

RECENSIONE A P. VIRGADAMO, *DANNO NON PATRIMONIALE E "INGIUSTIZIA CONFORMATA"*, GIAPPICHELLI, TORINO, 2014, I-VIII, 1-392

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 827-832.

Dr. GIAMPAOLO FREZZA
Ordinario di diritto privato
LUMSA (Palermo)

1. Il Volume di Pietro Virgadamo affronta in ottica critica i recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di danno non patrimoniale, affrontando le tematiche relative alla definizione del pregiudizio e all'individuazione del criterio selettivo dei danni risarcibili, cui si aggiungono gli approfondimenti concernenti la funzione del rimedio, la prova dell'*an* e la liquidazione del *quantum debeatur*.

L'indagine è ricca e approfondita e propone originali soluzioni, relative anzitutto al problema della conformità alla Costituzione dell'art. 2059 c.c.

2. Il primo capitolo è dedicato all'individuazione della nozione di danno non patrimoniale. Esso viene identificato con una categoria unitaria, ovvero come il danno-sofferenza conseguente alla commissione di un illecito. Vengono pertanto rifiutate le teorie pluripartite, che concepiscono il danno biologico, il danno morale ed il c.d. danno esistenziale quali voci autonome e distinguibili di pregiudizio. Secondo l'Autore, infatti, una simile proliferazione di figure risarcitorie risulta priva di giuridico fondamento e foriera di duplicazioni risarcitorie. Il danno non patrimoniale è dunque, nell'ottica riferita, uno ed unico e la suddivisione, anche meramente descrittiva, in voci distinte, contribuisce non poco a fomentare la già notevole confusione concettuale sul tema.

3. Il secondo capitolo è dedicato all'individuazione del criterio selettivo del pregiudizio risarcibile, che l'Autore denomina "ingiustizia conformata". L'espressione, già utilizzata in alcuni scritti precedenti dello stesso studioso e sostanzialmente ripresa dalle Sezioni Unite del 2008, allude alla possibilità di risarcire il danno non patrimoniale solamente nelle ipotesi di lesione di diritti inviolabili, ovvero nei casi previsti dalla legge. Se quest'ultima possibilità non pone però problemi particolari (il danno, cioè, è, nei casi di legge, attualmente risarcibile), la prima sconta il fatto che non tutti i diritti inviolabili sono tutelati da apposite previsione risarcitorie che contemplino il ristoro del danno alla persona, onde la sua risarcibilità è ad oggi, in questi casi, secondo la prospettiva proposta, solamente potenziale e condizionata da una preventiva pronuncia di incostituzionalità dell'art. 2059 c.c.

4. Il terzo capitolo si sofferma su tutti i singoli casi previsti dalla legge di risarcibilità del danno non patrimoniale, in parallelo con l'analisi dei più importanti diritti inviolabili individuabili all'interno dell'ordinamento. Seguendo questo percorso argomentativo, l'Autore tenta di far emergere, per

ogni diritto involabile, il vuoto di tutela sotto il profilo della risarcibilità del danno non patrimoniale.

Ne discende — esclusa la possibilità di praticare una corretta interpretazione costituzionalmente orientata — una interessante proposta di declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2059 c.c., nella misura in cui esso non tutela almeno i diritti inviolabili costituzionalmente garantiti. Si propone, ancor meglio, di addivenire ad una serie di declaratorie dei diversi "combinati disposti" tra questa norma e le singole disposizioni che prevedono espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale, nella misura in cui, ciascun "combinato disposto" non consenta la riparazione del pregiudizio in esame in ogni caso di lesione del relativo diritto inviolabile di volta in volta rilevante. Pregio di tale proposta sarebbe quello di convogliare in capo alla Corte Costituzionale il giudizio finale sull'inviolabilità di un dato diritto, giudizio propedeutico ad ogni eventuale declaratoria di incostituzionalità parziale della citata norma codicistica.

5. Il quarto capitolo affronta il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. Dopo un'accurata disamina delle varie opinioni emerse in dottrina e in giurisprudenza, viene illustrata la posizione delle Sezioni Unite della Cassazione, invero equivoca, tenuto conto del fatto che esse sembrano invocare, quale filtro selettore dei pregiudizi non patrimoniali risarcibili nella responsabilità per inadempimento, la c.d. "ingiustizia costituzionalmente qualificata" (per l'Autore, "conformata") e, al tempo stesso, la causa in concreto del negozio e gli interessi che la sorreggono.

Si afferma con decisione, da parte dell'Autore, la tesi del carattere "anodino" dell'art. 2059 c.c., cioè della sua applicabilità in seno alla responsabilità *ex* art. 1218 c.c. e si propone, nel suo alveo, l'estensione del filtro selettivo dell'ingiustizia conformata, che così diviene criterio di individuazione dei danni alla persona risarcibili in generale, qualunque cioè ne sia la fonte generatrice.

6. Il quinto capitolo si sofferma sulla prova del pregiudizio, ma ancor prima sulla funzione del rimedio risarcitorio. Esaminate le tesi prospettate in dottrina e in giurisprudenza sul punto, si individua tale funzione in quella "equitativa": il ristoro del danno non patrimoniale è finalizzato non a compensare — il che sembra impossibile — il danneggiato per la perdita subita, né a punire il danneggiante, data, a tacer d'altro, l'evidente distanza concettuale tra il rimedio "indeterminato", anche nel *quantum*, *ex* art. 2059 c.c.

e la pena propriamente detta. La riparazione del pregiudizio in esame serve ad attribuire un ristoro equo, cioè non sproporzionato rispetto all'importanza dell'interesse leso e all'entità della lesione e che pertanto possa definirsi, se non "giusto" e corrispondente al danno, quantomeno non iniquo.

Da tale ricostruzione del problema discendono precisi corollari in tema di prova del pregiudizio: non essendo il risarcimento *ex* art. 2059 c.c. un rimedio di tipo punitivo, del danno dovrà darsi una dimostrazione quanto più possibile precisa; dovendo lo stesso risarcimento essere, viceversa, proporzionato all'entità della lesione e alla rilevanza dell'interesse leso, di entrambe bisognerà fornire prova effettiva.

7. Il sesto e ultimo capitolo riguarda lo spinoso problema della liquidazione del danno, che è ordinatamente affrontato in tre sezioni: danno da lesione della salute in caso di incidenti stradali e fattispecie equiparate, disciplinato in vario modo dal codice della assicurazioni private; danno da lesione della salute in ogni altro ambito, che la giurisprudenza ormai liquida usualmente tramite le tabelle in uso presso il Tribunale di Milano; danno da lesione di interessi diversi dalla salute. Dopo un'accurata analisi dei criteri di stima del *quantum* proposti in dottrina e utilizzati dalla giurisprudenza, l'Autore formula la sua proposta: l'utilizzo delle tabelle contemplate nel codice delle assicurazioni private oltre il loro ambito diretto di applicazione, ovvero, previo "sviluppo" giurisprudenziale, nell'ipotesi di lesioni macropermanenti da incidente stradale ed anche per la liquidazione del danno da lesione della salute in ogni altro settore del torto.

Le suddette tabelle dovrebbero, secondo l'Autore, essere utilizzate anche per la liquidazione del danno non patrimoniale da lesione di interessi diversi dalla salute, moltiplicando i valori monetari ivi riportati per un coefficiente moltiplicatore o divisore idoneo a rappresentare la rilevanza ordinamentale dell'interesse leso nel caso concreto.

8. Lo studio di Pietro Virgadamo si lascia nel suo insieme apprezzare per l'accuratezza dell'indagine, la completezza dell'apparato bibliografico, l'aggiornamento costante delle fonti e, soprattutto, per l'originalità delle conclusioni raggiunte, oltre che per la coerenza, di là dalla condivisibilità delle soluzioni prospettate, dell'assetto del sistema risarcitorio complessivamente delineato (G. FREZZA).

QUIÉNES SOMOS

El "Instituto de Derecho Iberoamericano" es una asociación, sin ánimo de lucro, que surge como una iniciativa de académicos y profesionales del Derecho, para fomentar el desarrollo jurídico y el intercambio de ideas en el ámbito iberoamericano.

Para conseguir dichos fines, el Instituto promueve la publicación de artículos doctrinales, de comentarios jurisprudenciales, de comentarios legales y de crónicas jurisprudenciales sobre los ordenamientos jurídicos de nuestro mismo entorno cultural, teniendo como cauces ordinarios de expresión la "Revista Boliviana de Derecho" y "Actualidad Jurídica Iberoamericana", así como la colección "Cuadernos Jurídicos" y la Revista "Praxis Judicial de los Tribunales Españoles".

Dispone, además, de una página web actualizada (www.idibe.org) en la que se difunden, con una organización de carácter temático, los trabajos publicados en dichas revistas, así como en otras (previo convenio de colaboración, entre ellas y el Instituto), pudiéndose descargar a través de ella sus contenidos; en ella se recogen novedades jurisprudenciales y se da noticia puntual de las noticias de las actividades desarrolladas por el Instituto en su conjunto o por miembros del mismo, que se consideren de interés general.

Promueve la organización de cursos, seminarios, congresos, certámenes y actividades de todo género relacionadas con los fines propios del Instituto.

De acuerdo con lo previsto en sus Estatutos, mantiene relaciones y colaboraciones con la administración, organismos de carácter nacional e internacional, instituciones, entidades públicas y privadas, universidades españolas y extranjeras, así como con empresas de ámbito nacional e internacional, asociaciones, federaciones y confederaciones.

COMPROMISO ÉTICO

El Instituto se encuentra altamente comprometido con los principios éticos imperantes en la actividad científica. Este compromiso resulta patente en el siguiente elenco de cuestiones, referidas la Revista "Actualidad Jurídica Iberoamericana".

AUTORÍA

Los artículos sometidos a evaluación deben establecer si, para su elaboración, han recibido algún tipo de ayuda de carácter económico.

Las investigaciones que pretendan publicarse deben ser originales. Cuando el/los autor/es haga/n uso de materiales de otros investigadores deben necesariamente citarse. Asimismo, no deberán haber incurrido en plagio o fraude científico. A continuación, daremos una delimitación conceptual respecto a cada uno de ellos.

Plagio es la copia literal de un trabajo ajeno, sin entrecomillar dicho contenido, que se presenta como propio, cuando, en realidad, no lo es. Los textos que incurran en dicha actividad no serán editados. En el supuesto de que dicha práctica sea detectada tras la publicación del documento, será eliminado del número en el que se inserte.

Fraude científico es el no reconocimiento explícito de todos los autores de la investigación; así como la remisión simultánea del artículo a diversas publicaciones. En este último sentido, no deben remitirse a publicación textos de investigaciones altamente redundantes a más de una revista científica.

DEBERES DE LOS AUTORES

El envío de una colaboración supone la aceptación íntegra tanto las normas de publicación como de las reglas éticas.

Los autores que figuren en un artículo deben haber contribuido al mismo. Igualmente, han de compartir el resultado final incluido en el trabajo.

Únicamente quienes han sido parte activa de la investigación deben figuran en el artículo. Si existen personas o instituciones que han efectuado algún tipo de colaboración no relevante o mínima, el reconocimiento de tal labor puede ser objeto de mención en el apartado de agradecimientos, determinando, en su caso, la actividad realizada.

En el supuesto de que concurra algún tipo de conflicto de interés, económico o de otro carácter, que sea susceptible de incidir en los resultados, debe indicarse en el manuscrito.

Si el/los autor/es detecta/n un error, ajeno a su voluntad, en el que ha/n podido incurrir, deberá/n hacérselo saber, a la brevedad, al editor con la finalidad de operar las correcciones que, en su caso, procedan.

REVISIÓN POR PARES ANÓNIMOS

El comité editorial debe decidir si procede la publicación de un artículo en atención a las evaluaciones operadas por los revisores anónimos. Estos habrán de suponer, para el editor, un elemento de decisión, a efectos de publicación del artículo, sobre la base de argumentos sólidos (evitando, en cualquier caso, críticas de carácter personal). Igualmente, en el caso de que la investigación, a juicio de uno o dos revisores, deba realizar alguna mejora, de carácter mayor o menor, debe informarse al autor, con suficiente claridad, de tal extremo.

La selección de los revisores se efectuará en atención al grado de afinidad que los mismos tengan respecto a la temática del artículo.

El procedimiento de revisión será plenamente anónimo para los autores y para los revisores. Ninguna de las dos partes conocerá la identidad de la otra para garantizar la objetividad del resultado alcanzado. La revisión, en todo momento, deberá garantizar la confidencialidad.

La labor de revisión deberá acometerse con cierta celeridad. En el supuesto de que el revisor contactado no pueda desempeñar su labor dentro de los márgenes de tiempo indicados por el editor deberá ponerlo de manifiesto.

El revisor, en su labor de evaluación, aplicará las presentes normas éticas.

Los autores y los revisores habrán de poner de manifiesto las relaciones susceptibles de generar eventuales conflictos de interés.

LABOR DEL COMITÉ EDITORIAL

El Comité Editorial gozará de libertad para aceptar o rechazar un artículo sobre la base de las evaluaciones realizadas. El Comité Editorial arbitrará los medios oportunos para que los autores no puedan conocer, en ningún momento, la identidad de los revisores.

Dicho órgano valorará los manuscritos que reciba en atención a criterios objetivos vinculados con su contenido. En la decisión final no podrá tener ningún tipo de incidencia la raza, el sexo, la orientación sexual, el credo o religión, u origen racial de los autores.

Únicamente serán aceptados aquellos artículos que cumplan, de forma plena, las normas editoriales y reglas éticas.

Cualquier manuscrito que incurra en plagio o fraude científico será retirado por parte del Comité editorial. Asimismo, en el supuesto de que el autor o autores haya/n detectado errores susceptibles de modificación, pondrá los medios para su corrección.

NORMAS GENERALES DE REDACCIÓN

El Instituto de Derecho Iberoamericano publica en la revista "Actualidad Jurídica Iberoamericana" trabajos originales sobre temas de actualidad y relevancia en el ámbito del Derecho, previo acuerdo de la Junta de Gobierno, auxiliada por los responsables de las diversas secciones del Instituto y con el sistema de revisión por pares.

Ha de tratarse de trabajos en lengua española, portuguesa, italiana o francesa, a los que se acompañará un resumen y relación de palabras claves, traducidadas al inglés. También se adjuntará una traducción del resumen y de las palabras claves al español, cuando la lengua empleada en la redaccción del escrito sea el portugués, italiano o francés.

Respecto a sus características formales: se usará el tipo de letra Garamond 13; no se utilizarán tabuladores; no se admite el empleo de cursivas, debiéndose entrecomillar las palabras que se quieran destacar o la reproducción literal de frases legales o extraídas de fallos jurisprudenciales.

Cada autor deberá indicar su nombre completo, cargo principal, institución a la que pertenece y dirección de correo electrónico.

En la revista de publicarán dos modalidades de trabajos:

A) Artículos breves

Se trata de trabajos sobre temas muy concretos, bien estructurados, redactados de manera clara y sistemática y cuya extensión ha de estar entre las 5 y 15 páginas (a un espacio).

En ellos no se usarán epígrafes, empleándose números arábigos consecutivos para separar bloques temáticos o cuestiones diversas.

Dada la agilidad que se quiere imprimir a los trabajos, no se utilizarán notas a pie de página. Si fuera necesario referirse a algún autor, la cita deberá integrarse en texto, con arreglo al sistema, que se explica en el apartado B).

B) Estudios

Se trata de trabajos más amplios, entre 15 y 30 páginas (a un espacio).

Se utilizarán tres niveles de epígrafes: uno principal, escrito en versales y negritas, que deberá iniciarse con números romanos; uno secundario, escrito en negritas (no en versales), que deberá iniciarse con número arábigo; y uno terciario, escrito en negritas (no en versales), que deberá iniciarse con una letra mayúscula seguida de paréntesis.

Los epígrafes se refundirán en un Sumario, que deberá adjuntarse al inicio del trabajo, después del resumen y palabras clave.

Se utlizarán notas a pié de página para citas y razonamientos complementarios o subsidiarios. En ellas se usará letra Garamond 11.

El sistema de citas será el siguiente:

a) Libros: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), título de la obra (en cursiva), punto, ciudad, año (entre paréntesis), dos puntos, editorial, coma, número de página (con el uso de la inicial "p." o "pp."; por lo tanto, no se usa las iniciales "pág." o "págs."). Ejemplo: GARCÍA MARTÍNEZ, J.: *El matrimonio en el Derecho Comparado*. Madrid (2008): Civitas, p. 678.

La segunda vez: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), las dos primeras palabras significativas (entrecomilladas) del título del capítulo (no el título completo, que sólo se cita la primera vez), cit., número de página. Ejemplo: GARCÍA MARTÍNEZ, J.: *El matrimonio*, cit., p. 8.

b) Capítulos de libros: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), título del capítulo (entrecomillado; por lo tanto, no en cursiva), en AA.VV., título

de la obra (en cursiva), nombre en su caso del director o coordinador (entre paréntesis), punto, ciudad, año (entre paréntesis), dos puntos, editorial, coma, número de página (con el uso de la inicial "p." o "pp."; por lo tanto, no se usa las iniciales "pág." o "págs."). Ejemplo: MARTÍNEZ VÁZQUEZ, J.: "Los requisitos del matrimonio en el Derecho Español", en AA.VV.: *Derecho Matrimonial* (coord. por A. CAMPOS ALEGRE). Madrid (2004): Thomson-Aranzadi, pp. 4-34.

La segunda vez: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), las dos primeras palabras significativas (entrecomilladas) del título del capítulo (no el título completo, que sólo se cita la primera vez), cit., número de página. Ejemplo: MARTÍNEZ VÁZQUEZ, J.: J.: "Los requisitos", cit., p. 244.

c) Artículos en revistas científicas: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), título del artículo (entrecomillado), coma, nombre de la revista (en cursiva), año (entre paréntesis), coma, volumen o número en el que se halla (con el uso de expresiones "vol." o "núm."), coma, número de página (con el uso de la inicial "p." o "pp."; por lo tanto, no se usan las iniciales "pág." o "págs."). Ejemplo: MEDINA CASAS, H. M.: "Las partes en el arbitraje CIADI", International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional (2009), núm. 15º, pp. 219-220.

La segunda vez: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), las dos primeras palabras significativas (entrecomilladas) del título del artículo (no el título completo, que sólo se cita la primera vez), coma, cit., número de página. Ejemplo: MEDINA CASAS, H. M.: "Las partes", cit., pp. 78-90.

d) La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

En España se usarán las siguientes abreviaturas: STC, STS, SAP. Si se cita la sentencia a pie de página, se usará la abreviatura seguida de día, mes y año (sin la partícula "de"), y posteriormente, la referencia de la base de datos que se utilice. Ejemplo: STS 4 enero 2008 (RAJ 2008, 678). Cuando se cite la sentencia en texto, en él sólo se hará constar la fecha de la misma (STS 4

enero 2008), debiendo citarse de nuevo a pie de página con su respectiva referencia al repertorio: STS 4 enero 2008 (RAJ 2008, 678). En particular, las sentencias del Tribunal Constitucional de España se citarán de la siguiente manera: STC 54/2008, de 5 de enero (RTC 2008, 54).

Dado que el Instituto carece de ánimo de lucro no se retribuirán las publicaciones, quedando a disposición de los autores sus derechos de propiedad intelectual sobre sus obras.

Si estás interesado puedes mandarnos tu trabajo a la dirección de correo: j.ramon.de-verda@uv.es