ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA

IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano

tirant lo blanch

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA / EDICIÓN SEMESTRAL / AGOSTO 2022 / VALENCIA-ESPAÑA

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

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

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

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

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

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

SUMARIO

17

DOCTRINA

A) ESTUDIOS SOBRE DISCAPACIDAD

01/ El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos. Sofía de Salas Murillo (España)... 16

02/ El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en Derecho aragonés. Aurora López Azcona (España).....48

03/ La protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Privado de Navarra (Anteproyecto de Ley Foral). Elsa Sabater Bayle (España) 80

04/ La reforma del Derecho catalán en materia de discapacidad. Judith Solé Resina (España) 122

05/ La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos. Brian Buchhalter–Montero (España) 150

06/ La protección jurídica de las personas con discapacidad en la Argentina. Mariel F. Molina de Juan (Argentina) 172

07/ The protection of people with disabilities in Austria. Michael Ganner y Caroline Voithofer (Austria)..... 196

08/ La protección de las personas con discapacidad en el Derecho chileno. Fabiola Lathrop Gómez (Chile) 230

09/ La protection des personnes vulnérables en droit français. Eric Fongaro (Francia) 260

10/ La "amministrazione di sostegno" italiana como medida de protección de las personas con discapacidad. Gabriele Carapezza Figlia (Italia) 302

11/ Estado de interdicción frente a la discapacidad social. Un reto legislativo en México. Gisela María Pérez Fuentes (México)..... 310

12/ Protection of persons with disabilities in Turkish Law. Ceyda Süral Efeçınar y Ekin Ömeroğlu (Turquía) 344

B) PARTE GENERAL

13/ "Le parole tra noi leggère": la topica dei rimedî e il problema della forma nel pactum fiduciae immobiliare. (Osservazioni a Cass., sez. un., sent. n. 6459/2020)". Luigi Nonne (Italia) 370

14/ Reflexiones en torno a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: la protección de los animales como "seres sintientes". Manuel Ortiz Fernández (España) 400

C) DERECHO DE LA PERSONA

15/ El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad. Ana Isabel Berrocal Lanzarot (España) 426

16/ El derecho al respeto la vida familiar de las personas con discapacidad a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Marta Gómez López (España) 498

17/ Breves notas sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad en Cuba. Rafael Roselló Manzano y Freddy Andrés Hung Gil (Cuba) 514

D) DERECHO DE FAMILIA

18/ Disfunciones en la interpretación jurisprudencial del artículo 1438 del Código civil: el riesgo de duplicidad valorativa del "trabajo para la casa" en el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Pilar Gutiérrez Santiago (España) 538

19/ Pérdida del "beneficio de inventario" e inoponibilidad de capitulaciones matrimoniales a la luz de una reciente jurisprudencia. Fátima Yáñez Vivero (España) 600

20/ Desahucio por precario y atribución de la vivienda en las crisis familiares. Federico Arnau Moya (España) 642

21/ La invención del régimen franco-alemán de participación en las ganancias: un recorrido a través de su historia en la tradición jurídica europea. Adrián Arrébola Blanco (España) ... 690

22/ Il collocamento dell'animale d'affezione nella crisi familiare: dalla "relazione" proprietaria alla responsabilità "padronale". Giuseppe Garofalo (Italia) 768

23/ La genitorialità delle coppie omosessuali in Italia. Le soluzioni giurisprudenziali nel silenzio del legislatore. Daniela Marcello (Italia) 802

24/ La "contrattualizzazione" delle relazioni familiari. Angela Mendola (Italia) 826

25/ El daño en los hijos a causa del divorcio: una aproximación desde la psicología y el Derecho. Cristina Beatriz Flores Rosado y Enlil Iván Herrera Pérez (Chile) 852

26/ Nuevos modelos de familia y modificación de la pensión de alimentos ante el nacimiento de nuevos hijos. Pablo Tortajada Chardí (España) 874

E) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

27/ La conformità dei prodotti agli standard tecnici tra tutela del consumatore e limiti alla responsabilità del fabbricante. Enrico AL Mureden (Italia) 892

28/ Il principio di precauzione come strumento di attuazione degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile dell'Agenda ONU 2030. Carlotta Ippoliti Martini (Italia) 912

29/ Viviendas de uso turístico: responsabilidad civil por daños causados por sus usuarios. Gustavo Antonio Ruiz Alonso (España) 934

F) DERECHOS REALES

30/ Rifiuto quale "bene" e proprietà "conformata". Erika Giorgini (Italia) 958

31/ La usucapión en el ordenamiento boliviano, entre empujes jurisprudenciales y tutela de la función social de la propiedad. Alfredo Ferrante (Italia) 980

G) DERECHO DE CONSUMO

32/ Consumatori, contratti e imprese, tra regole giuridiche e regole di mercato. Maria Cristina Cervale (Italia) 1006

H) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

33/ La adopción nacional e internacional desde la perspectiva autonómica. El caso de la Comunidad Valenciana. Carmen Azcárraga Monzonís (España) 1034

I) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

34/ La autorregulación en materia de consumo: especial valoración del mundo digital. David López Jiménez (España) ... 1070

35/ El impacto de la digitalización en la libertad de expresión del trabajador en el ámbito de las redes sociales al hilo de la jurisprudencia italiana en materia de información y transparencia. Giuseppina Pensabene Lionti (Italia) 1096

36/ Los derechos de la personalidad del menor de edad en la era digital. La dicotomía entre autonomía y protección. Lucía Vázquez-Pastor Jiménez (España) 1112

37/ El deber de proporcionar dispositivos GPS en el contrato de seguro para vehículos motorizados en el ordenamiento jurídico chileno. Erika Isler Soto (Chile) 1154

38/ La regulación del audiovisual español, a prueba. Belén Andrés Segovia (España) 1172

CRÓNICAS DE CONGRESOS

39/ Crónica del I Congreso internacional sobre Persona y Derecho civil: los retos del siglo XXI (Persona, género,

transgénero; inteligencia artificial y animales sensibles). Gerardo Aguas Valero.....1208

RECENSIONES

40/ Atienza Navarro, Mª L.: *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil,* de Atelier, Barcelona, 2022. José Ramón de Verda y Beamonte..... 1214

41/ Casanova Asencio, A. S: *Retraso, mora y Nachfrist en la modernización del Derecho de obligaciones,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021. José Ramón de Verda y Beamonte 1219

42/ Del Campo Álvarez, B.: *Nulidad parcial en los contratos,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021. José Ramón de Verda y Beamonte.....1230

43/ Extremera Fernández, B.: *La carga de mitigar el daño,* Dykinson, Madrid, 2022. José Ramón de Verda y Beamonte...1234

44/ Ortega Giménez, A.: Los *"matrimonios de conveniencia"* en España. Práctica doctrinal, jurisprudencial y registral, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022. José Ramón de Verda y Beamonte 1240

45/ Ortega Giménez, A.: *El intercambio de datos de carácter personal como paradigma del desarrollo de una economía global.* Desde la óptica del Derecho internacional privado, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022. Lerdys S. Heredia Sánchez 1243

46/ Cervilla Garzón, Mª. D. y Zurita Martín, I. (dirs.): *Vivienda y colectivos vulnerables,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022. Pedro Chaparro Matamoros..... 1247

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

SECRETARIO DE REDACCIÓN

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

COMITÉ CIENTÍFICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

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

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

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

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

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

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dra. Andrea Casanova Asencio
Investigadora Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

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

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

Dr. Massimo Foglia
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

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

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

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

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

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

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

D. Marco Li Pomi
Assegnista di Ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

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

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

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

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

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

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

Dra. Carla Pernice
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Universidad de Florencia, Italia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. Daniel Vicente Martínez
Profesor Contratado en el Área de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Valencia, España

D. Calogero Valenza
Assegnista di Ricerca, Uiversidad Ca' Foscari, Venecia, Italia

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

PRÓLOGO

La Ley 8/2021, de 2 de junio, ha llevado a cabo una extensa labor de modificación del ordenamiento jurídico español, en el que se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente denominada capacidad de obrar: se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica.

Por ello, se suprime la incapacitación (además de la prodigalidad) y, en el ámbito de las medidas judiciales, que solo se constituirán en defecto de medidas voluntarias o de existencia de una guarda de hecho que funcione correctamente, se sustituye la tutela por la curatela, que solo excepcionalmente, comprenderá facultades de representación.

Son muchas ya las aportaciones doctrinales sobre la reforma, pero a la revista le ha parecido interesante reunir trabajos provenientes de otras legislaciones civiles, españolas y extranjeras, en una sección de "Doctrina" bajo el título "Estudios sobre discapacidad", con la que se abre el presente número.

Esperemos sea de utilidad para el lector.

José Ramón de Verda y Beamonte

DOCTRINA

EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA LEY ESPAÑOLA 8/2021, DE 2 DE JUNIO: PANORÁMICA GENERAL, INTERROGANTES Y RETOS*

THE NEW SUPPORT SYSTEM FOR THE EXERCISE OF LEGAL CAPACITY IN SPANISH LAW 8/2021, OF JUNE 2: A GENERAL OVERVIEW, QUESTIONS AND CHALLENGES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 16-47

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos" (IIPP Mª Victoria Mayor del Hoyo/Sofía de Salas Murillo).

Sofía de SALAS MURILLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: La implementación en España de la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica, se ha llevado a cabo a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Esta reforma ha afectado a las bases tradicionales del ordenamiento jurídico, no solo por el hecho de eliminar la modificación de la capacidad de obrar y la tutela de adultos, y dar clara preferencia a las medidas voluntarias respecto a las judiciales, sino por todas las consecuencias que implica poner como centro del sistema el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. El trabajo aporta una panorámica general del nuevo sistema, con especial referencia al impacto en materia de obligaciones y al reflejo de las medidas de apoyo en los Registros civil y de la Propiedad. Una reforma de este calado ha provocado, como es lógico, numerosos interrogantes respecto a su aplicación y desde luego plantea importantes retos para los operadores jurídicos concernidos y la sociedad en su conjunto.

PALABRAS CLAVE: Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad; apoyo; Observación General del Comité de Naciones Unidas; ejercicio de la capacidad jurídica; curatela; curador representativo; respeto a la voluntad y preferencias; mejor interés de la persona con discapacidad; anulabilidad.

ABSTRACT: *The implementation in Spain of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities in relation to the exercise of legal capacity has been carried out through Law 8/2021, of June 2. This reform has affected the traditional bases of the legal system, not only due to the fact of eliminating the modification of the capacity to act and the guardianship of adults, and giving clear preference to voluntary measures over judicial ones, but also due to all the consequences which implies placing respect for the will, desires and preferences of people with disabilities at the center of the system. This paper provides a general overview of the new system, with special reference to the impact on obligations and the reflection of the support measures in the Civil and Property Registries. A reform of this scope has naturally raised numerous questions regarding its application and certainly poses significant challenges for the legal operators concerned and society as a whole.*

KEY WORDS: *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities; General Comment of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities; support; exercise of legal capacity; curatorship; representative curator; respect for the will and preferences; Best interest of the person with a disability; annulment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PANORÁMICA GENERAL DEL NUEVO SISTEMA.- 1. Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.- 2. Guarda de hecho.- 3. Medidas de apoyo de origen judicial.- A) La curatela.- B) El defensor judicial.- 4. Cauces procesales.- 5. Consecuencias de la reforma en materia de obligaciones y contratos.- 6. Aspectos registrales de la reforma.- 7. Régimen transitorio.- III. ALGUNOS INTERROGANTES y RETOS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2021.- 1. ¿Realmente se va a poder seguir recurriendo al criterio del interés superior de la persona con discapacidad para la toma de decisiones pese a lo que dice la Observación general y lo que parece decir la ley?- 2. ¿Cuándo se va a entender que hay defecto o insuficiencia de medidas? Y en relación con esto: ¿cuál va a ser el papel de la guarda de hecho? ¿y el de las escrituras de provisión de apoyos del art. 255? ¿son unilaterales o bilaterales?- 3. ¿Cuáles son los servicios asistenciales que impiden ser prestador de apoyos? ¿Qué va a pasar con la guarda de hecho en las residencias?- 4. ¿Se puede otorgar poder preventivo a favor de una entidad pública? ¿Le condiciona en algo la imposibilidad de excusarse para el desempeño de los apoyos del art. 281 CC in fine?- 5. El reto de la adaptación de las sentencias ya emitidas y la dotación de medios a la autoridad judicial y quienes han de elaborar los informes sociales.- 6. El reto de la prueba de la guarda de hecho como requisito necesario para la efectividad del protagonismo del que le dota la Ley 8/2021.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha implantado, como su propio título indica, un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica: este sistema sustituye al vigente hasta ahora desde 1983, que articulaba la protección jurídico-privada de las personas con discapacidad a través de la limitación de la capacidad de obrar de la persona, que iba acompañada del correspondiente régimen de guarda de la persona y bienes de aquel a quien se limitaba su capacidad. Limitación y régimen, que como ya imperaba la propia reforma del Código civil en materia de tutela de 1983 (Ley 13/1983, de 24 de octubre), tenía como pieza fundamental una sentencia judicial que, por un parte, declaraba dicha limitación de la capacidad de obrar y por otra, proveía del correspondiente régimen de guarda: tutela o curatela, según el grado de discapacidad, que suponía que el tutor o el curador representaban o asistían respectivamente a la persona en los actos que determinara la sentencia.

Como sabemos, en 2006 se aprueba la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD, o simplemente Convención), que impone a los Estados parte, reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida: lo que han de hacer los Estados es proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en "el ejercicio de su capacidad jurídica", y asegurar que en todas las medidas relativas a

• Sofía de Salas Murillo
Catedrática de Derecho civil. Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: sofiasal@unizar.es

dicho ejercicio se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos.

El legislador español se ha tomado su tiempo para acometer la reforma del sistema en este punto, y ello por dos motivos: por la complejidad técnica de la cuestión, pues se era consciente de que se trata de una pieza fundamental en el sistema —el ejercicio de la capacidad jurídica—, que afecta a sus mismas bases, y por otra, porque había un importante desacuerdo en el contenido y alcance que había de darse a esta reforma. En este sentido, había un sector de la doctrina española, avalado por la STS 29 abril 2009, y sentencias posteriores, que consideraban que el sistema de apoyos al que alude la Convención en España estaba integrado por las figuras ya existentes de tutela, curatela, guarda de hecho y defensor judicial, eso sí, interpretadas conforme a los criterios de la Convención, que potencia el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.

Sin embargo, y finalmente, no ha sido esta la opinión del legislador, el cual ha considerado que la base de ese sistema fallaba, por partir de la premisa de que la capacidad se puede limitar, aunque sea de forma gradual, siendo como el paradigma de la Convención es que la capacidad no se limita, sino que es la misma para todos: lo que se precisa es que el sistema provea de los apoyos suficientes para lograr que su ejercicio sea para todos en condiciones de igualdad.

Por ello, y tras un largo proceso legislativo, se aprobó la Ley 8/2021, de 2 de junio, que efectúa una reforma de gran calado, en fondo y forma[1], y afecta a ocho leyes distintas: no solo al Código civil (CC), sino también a otras como la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), la de jurisdicción voluntaria (LJV) o la Ley hipotecaria (LH), entre otras.

II. PANORÁMICA GENERAL DEL NUEVO SISTEMA.

Pese a su título, la Ley 8/2021, no define ni discapacidad, ni cuándo es necesaria la provisión de un apoyo, ni qué es el apoyo en sí, sino que emplea una fórmula circular, al introducir una nueva Disposición Adicional (DA) en el CC: "…A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica" (DA 4ª).

1 La lectura del preámbulo de la Ley sitúa en la *mens legislatoris* en este importante cambio de sistema. Un análisis detallado del mismo, en Sánchez Hernández, Á.: "Aspectos generales de la reforma del código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33, enero 2022, en especial, pp. 20-25.

Sin embargo, a la luz de su finalidad y contenido se concluye que por discapacidad se entiende la que afecta a la aptitud de conocer y querer e influye en el proceso de toma de decisiones y ejercicio de actos con eficacia jurídica, y por medidas de apoyo, las que se proyectan a lo largo de ese proceso.

Aun no existiendo tales definiciones, lo que sí contiene la Ley es un sistema de apoyos, que son, como dice el nuevo art. 250 CC, y por este orden, "además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial". Medidas cuya función se halla descrita en dicho artículo, al decir que "La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias".

¿En qué orden entran en juego estar medidas? Como señala el art. 253.4 CC: "Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias".

Detallemos un poco más el contenido de cada una de estas figuras.

1. Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, dice el art. 250 CC, son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Precisamente por su origen, se presentan como las más aptas para plasmar el criterio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, base del nuevo sistema. Han de constar en escritura pública, que se comunica al Registro civil para que conste en el registro individual de cada persona.

El art. 255 CC: dispone que "Cualquier persona mayor de edad en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes". Se acoge, por tanto, la posibilidad de otorgar medidas de presente (y no solo, como decía el proyecto de ley, medidas de futuro, pensando, por ejemplo, en demencias progresivas tipo Alzheimer): es la propia persona que ya necesita los apoyos quien determina su contenido, alcance y persona que desea que se los preste, y en el otorgamiento de esta escritura, el notario "deberá dar fe de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado" (art. 17.1 bis Ley del Notariado, LN). Otra cosa es que para la formación de ese consentimiento libre se cuente con un apoyo, aunque sea informal, de alguien de su entorno, del propio notario, o, incluso, de la persona

que le va a prestar dichos apoyos, siempre que ello no implique una captación de voluntad o influencia indebida: aquí, el notario ha de estar especialmente vigilante, pues puede ser una situación que lo propicie.

Y si se tratase de "persona con discapacidad sin apoyo suficiente" se impone al notario comunicar esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial (arts. 56.1.3, 57.3.2 y 62.3 LN). Pero en la filosofía de la Ley, el notario solo se puede negar al otorgamiento de estas escrituras, cuando "pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona", que es el criterio que la ley da para permitir funciones representativas.

1. Cabe, en primer lugar, otorgar una escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona (art. 255 CC). No se establece un contenido mínimo para estas medidas, pudiendo servir tanto para cuestiones personales (indicaciones de tipo de vida o actividades: seguir perteneciendo o no a una entidad deportiva, recibir atención religiosa o de otro tipo, etc.) como patrimoniales (nombrar un asesor con el título y condiciones que se quiera, o un ayudante para la emisión correcta de sus declaraciones de voluntad, para la supervisión de cuentas corrientes o para un acompañamiento médico con carácter estable, etc.). Y en concreto, cabe distinguir entre régimen de actuación (alcance de las facultades, forma de ejercicio de quien ha de prestar el apoyo) y régimen de control y medidas preventivas para "evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida", a fin de garantizar el "respeto de su voluntad, deseos y preferencias".

2. También se consideran medidas voluntarias, fuera del Código civil, y limitadas al ámbito de la salud, las instrucciones previas, las cuales no hace falta que se otorguen en escritura pública.

3. Hay que hacer constar que nuestro sistema ya contaba con algunos contratos típicos que pueden cumplir este papel de medidas de apoyo, como el contrato de alimentos o el arrendamiento de servicios.

4. Participa asimismo de la naturaleza de medidas de naturaleza voluntaria la autocuratela, aunque su regulación se halle, lógicamente, en el capítulo dedicado a las medidas tomadas por la autoridad judicial (arts. 271-274 CC).

Estas medidas de apoyo, sin embargo, no pueden consistir en una relación contractual, para obtener "servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga", pues en este caso, a sus prestadores les está vetado ejercer ninguna de las medidas de apoyo (art. 250 CC in fine). Por el contexto y orígenes de esta prohibición —evitar conflictos de intereses con quien podría actuar como juez y parte— parece que ha de entenderse referido a cuidadores personales

o residencias, no a otros servicios de asesoramiento, como el financiero o legal, que podrían entrar en la categoría de un arrendamiento de servicios (incluida la defensa en juicio).

5. En el ámbito de las medidas voluntarias de protección, se regula la posibilidad de otorgar poderes preventivos (arts. 256 a 261 CC), que adopta dos modalidades: la del art. 256 CC, que se identifica con lo que se conoce como poder con ultraactividad (o continuado), en la que el poder despliega todos sus efectos desde el primer momento, los cuales, en principio, no se ven alterados por la afectación o pérdida de facultades del poderdante, y la del poder preventivo en sentido estricto o ad cautelam, del que se ocupa el art. 257 CC, que principia sus efectos cuando se da la situación de precisar apoyos. En ambos casos, el poderdante opta voluntariamente por conferir, mediante una declaración de voluntad unilateral recepticia, un conjunto de facultades para que se actúe en su nombre, o en definitiva, para que se le represente. El origen voluntario de esta declaración de voluntad salva el inconveniente que podría suponer el carácter representativo, porque la sustitución es, precisamente, el resultado del respeto a la voluntad de la persona. Sin embargo, su carácter unilateral puede poner en duda la eficacia de esta figura como medida de apoyo pues el poder posibilita, pero no obliga a nada al apoderado.

2. Guarda de hecho.

Junto a esta posibilidad de medidas voluntarias, que se consideran como prioritarias y que el legislador trata de potenciar, la Ley da un especial protagonismo a la guarda de hecho, como medida informal de apoyo que presta espontáneamente a la persona con discapacidad un tercero (normalmente un familiar) sin que tenga ningún título ni nombramiento oficial para ejercer esa función.

Respecto a la guarda de hecho, si "supone de apoyo suficiente" (art. 255.V CC), la autoridad judicial no decretará ninguna medida de apoyo formal: ya está habiendo autos que ante la petición de familiares (ahora no hace falta abogado ni procurador) de constituir una medida judicial, la desestiman, al apreciar la existencia de una guarda de hecho que se considera apoyo suficiente. Otro tema será, la prueba de la condición de "guardador de hecho".

A ello hay que añadir que según el art. 263 CC: "Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente", lo que significa que, lejos de ser una institución a convertir cuanto antes en "jurídica", que era la idea inspiradora de la legislación anterior, ahora se tiende a consolidar, incluso, como remedio ante el mal funcionamiento de las otras instituciones.

La novedad es que el guardador de hecho puede desempeñar, de modo excepcional, funciones representativas, si bien para ello "habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad", tal y como dispone el art. 264.I CC, que se remite al art. 287 CC. "No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar" (art. 264.IV CC). ¿Y qué actos son los del art. 287 CC? Como veremos enseguida, aquellos para los que el curador con funciones representativas necesita autorización judicial, como por ejemplo: "1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales, o 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, etc. …".

3. Medidas de apoyo de origen judicial.

Como dice el art. 255.V CC: "Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias".

Y estas medidas judiciales son:

- La curatela, ahora medida única de carácter flexible y polivalente, con carácter de medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen este de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial, en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

- El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo, que procederá cuando la necesidad de este se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

- Se eliminan del ámbito de la discapacidad la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, que la nueva ley considera figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad. Asimismo, se suprime la prodigalidad como institución autónoma.

El procedimiento judicial de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.

Medidas judicialmente decretadas, que serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, o en casos excepcionales de hasta seis, y en todo caso ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación (art. 268 CC).

A) La curatela.

La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, que será primordialmente de naturaleza asistencial. Sus finalidades son distintas.

La primera y más acorde con la finalidad de la ley es ayudar en el proceso de toma de decisiones: "Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro" (art. 249.II CC).

Junto a ello, el curador está llamado a prestar asistencia en el acto jurídico concreto, lo que se identificaría más con la función tradicional asignada al curador. Ahora bien, la asistencia en la que está pensando la Ley 8/2021 no es un complemento de capacidad, tal y como se ha venido entendiendo hasta ahora, pues no es que "falte algo a la capacidad que se tenga que completar", sino que jurídicamente es un apoyo en el sentido de respaldo de una actuación; sin embargo, hay que reconocer que en cierto sentido funciona como complemento de capacidad, dado que el acto realizado sin él se puede anular, aunque sea en casos muy limitados (art. 1302.III CC), a los que más adelante me referiré. Todo ello teniendo en cuenta también que el art. 269.II CC dispone que "La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo".

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría

adoptado la persona en caso de no requerir representación (arts. 249.III y 269.III CC).

"Cuando el curador ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo, necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los enumerados en la extensa lista del art. 287 CC", amplio listado que recoge actos como los de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, o la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, entre otros muchos. Y si se trata de actos que se hubieran podido celebrar sin autorización judicial (los que no aparecen en el listado del art. 287 CC) se prevé la posibilidad de rescindir por lesión dichos actos "siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos" (art. 1291.1º CC).

Aun cuando su constitución provenga de la correspondiente resolución judicial, su régimen jurídico puede obedecer a las disposiciones que, con mayor o menor extensión, hubiera ordenado la persona interesada (autocuratela). De hecho, en cuanto a la designación de la persona concreta que haya de ejercer los apoyos, se da preferencia a aquél que haya sido designado previamente por la persona: la autoridad judicial estará vinculada por la voluntad del interesado al constituir la curatela (art. 272 CC), de manera que habrá de ser nombrado curador el que hubiera propuesto quien precisa apoyo o la persona en quien hubiera delegado (art. 276 CC) teniendo en cuenta que también puede haber nombrado sustitutos. Esta vinculación de la autoridad judicial a la propuesta puede decaer "si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones", que exige al respecto resolución motivada. Además, la autoridad judicial deberá atender a lo dispuesto en el art. 275 CC –aptitud de la persona propuesta, inhabilidad absoluta y relativa– (art. 276.I CC).

En su defecto, se establece un listado de personas: la autoridad judicial nombrará curador: 1º. Siempre que convivan con la persona que precisa apoyo, al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable. 2º. Al hijo o descendiente; de ser varios goza de preferencia el que conviva con la persona que precisa el apoyo. 3º. Al progenitor o, en su defecto, ascendiente; siendo varios goza de prioridad el que de ellos conviva con quien precisa el apoyo. 4º. A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público. 5º. A quien estuviera actuando como guardador de hecho. 6º. Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7º. A una persona jurídica; naturalmente, siempre

que cumpla las condiciones legalmente exigibles para ser curador establecidas por el art. 275.II CC.

B) El defensor judicial.

La otra medida de apoyo de origen judicial es la figura del defensor judicial, prevista para situaciones en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza, descritas en el art. 295 CC: "1º Cuando por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo. En tales casos las funciones del defensor judicial subsisten hasta que case la causa que determinó su nombramiento o se designe a otra persona. 2º. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3º. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario (véase art. 279.IV CC). 4º. Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial. 5º. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente".

4. Cauces procesales.

En materia procesal, la nueva ley sustituye los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad.

La reforma opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, facilitando que el interesado pueda expresar sus preferencias e intervenir activamente, sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio, cuando se haya formule oposición o cuando el expediente no haya podido resolverse por el motivo que sea. Lo primero se regula por la LJV y lo segundo por la LEC.

Podrán promover este inicial expediente de jurisdicción voluntaria, el Ministerio Fiscal, la persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes, o hermanos.

El art. 42 bis b) LJV dispone que "1. A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en

cada caso. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia".

Hay que subrayar que este dictamen, que se está denominando en la práctica "informe social", y que vendrá de los servicios sociales de base o del centro donde se encuentra la persona, es la piedra angular del procedimiento: este se podría iniciar sin informe médico o forense, pero no sin el informe de los servicios sociales —aunque sea breve— que debe distinguir medidas personales, sociales y patrimoniales. Pero resaltada su importancia, la STS 19 octubre 2021, aclara que los dictámenes de tal clase aportan la información oportuna para que los tribunales de justicia adopten la decisión correspondiente, ya que es a éstos y no a los servicios psicosociales, a los que compete, de forma exclusiva, el ejercicio de la jurisdicción (en el caso de la sentencia, para determinar la inidoneidad de una persona para el ejercicio del cargo de curadora)[2].

También añade el nº 2 de este mismo artículo que "La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial. Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso". Pueden pedir -y, de hecho, la idea es pedirlos- estos otros informes específicos sobre las medidas de apoyo, pero es claro que estos organismos públicos, requerirán de los medios necesarios para ello, cuestión sobre la que luego insistiré.

5. Consecuencias de la reforma en materia de obligaciones y contratos.

En el nuevo sistema, se supone que el despliegue y efectividad del apoyo permite que la persona con discapacidad pueda blindarse frente a los peligros de influencias indebidas externas, o por lo menos, la colocan en la misma situación en la que, en este sentido, estarían si no tuvieran discapacidad. Dicho de otra forma: como todos podemos ser víctimas de un engaño, manipulación, influencia indebida, el apoyo simplemente habrá puesto en las mismas condiciones de decisión a la persona, con o sin discapacidad. En consecuencia, se ha eliminado la mención

2 STS 19 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770), que cita la STS 5 enero 2007, la cual delimita los recíprocos ámbitos de actuación de juez y perito, sentando como pautas: a) que la función del perito es la de auxiliar al Juez, sin privar a éste de su facultad, dimanante de la potestad judicial de valorar el dictamen presentado; b) que, en tal función, el juzgador está sujeto al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica y a la obligación de motivar las sentencias.

anterior del art. 1263 CC que impedía prestar consentimiento contractual a "2º. Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial". Ahora pueden prestar consentimiento siempre que tengan los apoyos precisos que el sistema está obligado a proporcionar.

Y es que la aptitud genérica para celebrar con eficacia los actos jurídicos, presupuesto de validez de la declaración de voluntad contractual es, tratándose de personas con discapacidad, tener las medidas de apoyo necesarias.

Sobre esta premisa, se van a dar tres escenarios.

1. El primero es que, contando con esas medidas, si existen y son efectivas, el sistema presupone que las personas, tengan o no discapacidad, están en igualdad de condiciones para tomar sus decisiones.

Sobre esa aptitud genérica, la declaración de voluntad contractual concreta ha de ser consciente, racional y libre, es decir: carente de vicios de voluntad. porque esto es una condición común, se tenga o no discapacidad. Y ello conlleva la posibilidad de control a posteriori de la validez del consentimiento prestado, con toda la gama de posibilidades de anulación, tanto anulabilidad como nulidad absoluta, esta última en caso de falta de consentimiento contractual. Así, la completa asimilación a las personas sin discapacidad, conlleva admitir el juego de la anulabilidad por error vicio cuando es la persona con discapacidad quien, con el apoyo pertinente, contrata personalmente. Ahora bien, ha de admitirse que será más probable encontrar casos de falsa representación de la realidad que propicie la contratación; y ello, a pesar de la importante labor de las personas que ejerzan el apoyo, que únicamente auxiliarán y asistirán al afectado, pero que no determinarán si la persona con discapacidad celebra el contrato o no. Dicho de otra forma: el haber contado con la medida de apoyo, no hace al acto inmune a la posibilidad de anulación. Entre otras cosas, porque también el que presta el apoyo puede sufrir un error, por ejemplo, que influya en la decisión de la persona con discapacidad.

Esta es la consecuencia que parece que se deriva del nuevo sistema, pero que en absoluto es clara, porque también podría pensarse que la asistencia contractual debería excluir la posibilidad de anular el contrato por defecto de consentimiento, al menos frente a terceros que contraten a título oneroso de buena fe. Y puede que esta postura no esté exenta de razón, pero es que la estructura a la que responde el nuevo sistema es que, merced al apoyo, la persona con discapacidad ha tenido la rampa que necesitaba para colocarse "en el mismo piso", que la persona sin ella. Y estando en el mismo piso, la calificación de su declaración de voluntad sigue los mismos parámetros, lo cual es todo un vuelco en los esquemas con los que el sistema español ha funcionado hasta ahora; es verdad que, precisamente

en esos casos, el riesgo de anulabilidad es muy superior: pero esto parece que es algo asumido por la ley.

2. Un segundo escenario sería el de que hay medidas de apoyo "impuestas" pero se prescinde de ellas.

La respuesta al sistema hasta ahora, en el caso de la curatela, era, según el art. 293 CC que los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta fuera preceptiva, eran anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela. Tras una accidentada tramitación parlamentaria, con cambios de criterio de un extremo a otros, la solución adoptada en el art. 1302.3 CC, segundo inciso, permite que el prestador de apoyos —la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo— anule el acto "cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta".

Se ha evitado acudir a la mala fe del otro contratante, como en algún momento se propuso, para evitar que se identificara con el dolo —porque para eso ya está el art. 1265 CC—, considerando sin embargo como un indicio muy significativo de esa mala actuación por parte de un tercero, el hecho de que conociera que había establecidas medidas de apoyo, que la persona con discapacidad no utilizó. Y se ha introducido el concepto —se supone que objetivo y relacionado con el tradicional enriquecimiento injusto— de la obtención de una ventaja injusta.

Habrá que ir viendo cuál es la apreciación de los tribunales, pero parece que con ello el legislador español ha hecho una interpretación correctora en positivo de los términos de la Convención que tal y como se ha interpretado por el Comité de seguimiento, puede dar lugar a pensar que las principales amenazas vienen, precisamente, de quien debería apoyar. Por supuesto, así es, pero también, y quizá principalmente de los terceros.

Pero esa posibilidad queda circunscrita a los términos vistos: es decir, no cabe anular contratos en los que esas circunstancias no se han dado pero que, sin embargo, vistos desde fuera, pueda pensarse que perjudican a la persona. Es decir, no se podría aplicar a actos "bienintencionados", como donaciones hechas por la persona con discapacidad para ayudar, por ejemplo, a un familiar desempleado, pero sin prever sus propias necesidades futuras. La solución es equilibrada, en el sentido de que, ni es la inicial que, transponía los criterios tradicionales del texto anterior art. 1302 CC, que no casaban con la filosofía del nuevo sistema, ni es el otro extremo, que dejaba absolutamente desprotegida a la persona con discapacidad, al dejar solo en su mano la posibilidad de anular los actos realizados sin apoyo.

Precisamente enlazando con esto último, el sistema sigue permitiendo que la propia persona con discapacidad puede anular sus propios actos hechos sin el apoyo correspondiente (art. 1302.III CC, primer inciso). Esto parece conveniente y necesario, pero hay que reconocer se contradice con la libertad cuyo respeto, casi sagrado, ha hecho que nada ni nadie pueda haberle obligado a contar con el apoyo: si era libre para hacerlo —para prescindir del apoyo— no parece muy justo que luego pueda echarse atrás, precisamente por ese motivo (por ausencia de apoyo). Otra cosa es —y puede que esa sea la idea— que la posibilidad de anular sus propios actos hechos sin el apoyo, se anude a la alegación no tanto de un déficit de voluntad (porque ha recibido el apoyo), sino de un vicio de la voluntad como error o dolo. Y, de hecho, en estos casos de actuación sin apoyo, será más frecuente que la persona haya sufrido uno de estos vicios de la voluntad. Lo que pasa es que no deja de chirriar un poco, que se le asigne una "doble oportunidad": la persona voluntariamente prescinde del apoyo, que quizá hubiera podido evitarle el error, y sin embargo, luego no tiene que asumir las consecuencias, sino que puede instar la anulación. Es verdad que, como he dicho, pienso que también los actos realizados con apoyo se podrían anular por vicios de la voluntad, pero eso es en las mismas condiciones que podemos anularlo cualquier persona.

Por lo demás, y siguiendo la dinámica tradicional en este punto, el nuevo art. 1302 CC dice que el contrato también podrá ser anulado por los herederos de la persona con discapacidad, durante el tiempo que faltara para completar el plazo de ejercicio de la acción, pero los contratantes no podrán alegar la falta de apoyo de aquel con el que contrataron.

Los artículos conexos se acomodan a este cambio, introduciendo también algunas variaciones en relación a la versión anterior:

Así, en el cómputo del plazo de caducidad de cuatro años de la acción de nulidad (art. 1301.IV CC) aplicada a este caso, cuyo dies a quo será la celebración del contrato, sin más, puesto que se ha eliminado la cláusula de cierre, pasados cinco años desde la celebración del contrato, que figuraba en el anteproyecto.

También, en las consecuencias relativas a la restitución de la cosa objeto del contrato, con el límite del enriquecimiento por parte de la persona con discapacidad (art. 1304 CC) o en los casos de pérdida de la cosa (art. 1314 CC).

3. Tercer escenario de cara a la contratación: las personas que debiendo necesitar medidas de apoyo, carecen de ellas.

En algún momento de la tramitación parlamentaria, el texto había mantenido la posibilidad de que fuera el Ministerio Fiscal, además de la persona con discapacidad y sus herederos quien pudiera anular el acto: "Si no estuvieran establecidas

medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y sus herederos, al Ministerio Fiscal".

Sin embargo, esta alusión ha desaparecido finalmente —hubo muchas voces, casi presiones, en este sentido— del texto del art. 1302 CC. El problema es que el artículo contempla a personas necesitadas de apoyos pero que no los tienen, por lo que es más que probable que no tengan capacidad para ser ellas mismas las que insten la anulación del acto.

Por lo demás, que sea el Ministerio Fiscal quien hubiera instado la anulación no significaba que el juez necesariamente accediera a ella. Pero por lo menos podía valorarlo, siempre con el criterio de respeto máximo a la voluntad deseos y preferencias de la persona, pero ejercitando esas salvaguardas frente a terceros.

6. Aspectos registrales de la reforma.

1. Desde la Ley Hipotecaria de 1861, nuestro sistema prevé el reflejo en el Registro de la Propiedad de determinadas circunstancias personales del titular de los bienes, en la medida en que estas circunstancias influyen o condicionan su capacidad en cuanto a la libre disposición sobre aquellos. Reflejo que se traduce en distintos tipos de asientos: fundamentalmente, el de inscripción y el de anotación preventiva.

El hasta ahora vigente art. 2.4º LH decía que eran objeto de inscripción "Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes". Y al tratarse de resoluciones judiciales, el sistema preveía la posibilidad de anotación preventiva de las demandas correspondientes, en el art. 42 LH: "Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: …Quinto. El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del artículo segundo de esta Ley".

Estos asientos constaban en el folio de la finca cuya titularidad corresponde a la persona que se encuentra en estas situaciones; además, para facilitar la labor del registrador, también desde el inicio, se previó la llevanza de un libro auxiliar, a modo de índice de personas cuya capacidad ha sido modificada: el "Libro de incapacitados" (art. 362 y 389-390 RH).

Pese a contar con estos instrumentos, tal y como ha reconocido la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —denominada entre 1909 y 2020 Dirección General de los Registros y del Notariado—, siempre puede haber en el negocio jurídico en cuestión circunstancias que pueden determinar su ineficacia

y que quedan fuera del ámbito de la calificación registral (vicios de la voluntad, concurrencia de causas de incapacidad no inscritas, etc.).

2. Fuera de la legislación hipotecaria, también se ha previsto la constancia en el Registro de la Propiedad de determinadas circunstancias personales de discapacidad, al hilo de la constitución y gestión del llamado patrimonio protegido de la persona con discapacidad, figura esta introducida en el sistema español Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPP), mantenida, con alguna ligera modificación, por la reforma de la Ley 8/2021. El hecho de que "Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente", significa que está haciendo constar esta circunstancia, porque ello determina un régimen específico de administración y disposición del bien, precisamente por las características personales de su titular. A diferencia de lo previsto en la Ley Hipotecaria, aquí no necesariamente será una resolución judicial el título que se inscriba, pues el patrimonio se constituye en documento público, sin perjuicio de que, efectivamente, haya casos en que se constituya por resolución judicial (arts. 3.2 y 3.3 LPP).

3. En la actualidad, el reflejo registral del conjunto de situaciones relacionadas con la discapacidad de las personas y la respuesta del ordenamiento jurídico ante las mismas, está afectado por dos reformas legislativas de gran calado: la de la estructura y configuración del Registro civil, principal instrumento de publicidad de estas situaciones en coordinación con el Registro de la Propiedad, y la que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ambas, desde distintos ámbitos, repercuten en la legislación hipotecaria en lo referente a la toma de razón en el Registro de la Propiedad de los distintos instrumentos jurídicos que influyen en la capacidad civil.

Por orden cronológico, la primera de ellas, es la que cambia por completo la tradicional estructura y organización del Registro civil (dividido en cuatro secciones y disperso por el territorio nacional), y que es obra de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil (LRC) cuya completa entrada en vigor se ha producido, casi diez años más tarde, el 30 de abril de 2021. El nuevo Registro civil, de carácter electrónico y único para todo el país, responde al sistema de folio personal, que contiene el registro individual de cada persona (art. 5 LRC), en el que figurarán, entre otras (art. 4 LRC): "10.º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. 11.º Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio

protegido de las personas con discapacidad. 13.º La tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado. 14.º Las declaraciones de concurso de las personas físicas y la intervención o suspensión de sus facultades.

La segunda gran reforma es, precisamente, la operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio; ambas reformas, como se ha señalado, inciden de manera notable en el Registro de la Propiedad.

En el primer caso, por la necesaria coordinación entre ambos registros públicos, y en el segundo caso, por el contenido de los propios asientos registrales: no es solo que, desde el punto de vista terminológico, ya no se vaya a poder hablar de "Inscripción de resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas" ni de "demanda de incapacidad", sino que, de una parte, para el legislador, la capacidad civil no se puede modificar ni restringir: lo que debe hacerse es proveer a la persona de los correspondientes apoyos para que pueda ejercitar su capacidad en igualdad de condiciones con las demás.

De otra parte, porque en el ámbito del Registro de la Propiedad, la reforma prevé la existencia de un Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles, en el que, solo a petición de la persona a cuyo favor se hayan constituido las medidas de apoyo, podrán constar las medidas de apoyo.

4. Una de las críticas fundamentales al tradicional sistema de reflejo en el folio real, y especialmente a la existencia de un Libro auxiliar de incapacitados, era que es el Registro civil la institución que tiene por finalidad la publicidad de los distintos estados civiles y otras circunstancias de la persona. Dado que ya se ha puesto en marcha el sistema diseñado por la citada LRC de 2011, de Registro civil único y electrónico, es en el registro individual de cada persona, donde constarán las citadas circunstancias de discapacidad (art. 4.10º a 4.14º LRC).

De otra parte, el art. 8.2 LRC 2011 dispone que "Todas las Administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias tendrán acceso a los datos que consten en el Registro civil único con las excepciones establecidas relativas a los datos especialmente protegidos previstas en esta Ley. Dicho acceso se efectuará igualmente mediante procedimientos electrónicos con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente". Si el sistema funciona correctamente, dado que es claro que el registrador, al consultar los registros individuales de los otorgantes, actúa en el ejercicio de sus competencias de calificación de la capacidad de los otorgantes, así como la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas (art. 18 LH), no sería necesario este libro auxiliar.

Por ello, y tras otra también accidentada tramitación parlamentaria, el nuevo art. 2.4º LH dispone que "Las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de este apartado se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles", es decir, no en el folio de la finca, sino en dicho libro auxiliar.

El asiento en dicho Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles será electrónico y expresará las circunstancias contenidas en la resolución correspondiente en campos estructurados en el folio personal. En el caso de las medidas de apoyo, el asiento únicamente expresará la existencia y el contenido de las medidas, el órgano judicial que las ha adoptado y los datos de referencia de la resolución. Cada folio personal estará relacionado electrónicamente con los datos correspondientes, si los hubiera, del actual fichero localizador de titularidades inscritas llevado a modo de índice central unificado por el Colegio de Registradores.

El Libro se formará con la información remitida por los diferentes Registros y su gestión material se encomienda al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, que la realizará a sus expensas y bajo la dependencia del Ministerio de Justicia.

5. Se ha criticado la desaparición en la nueva ley de la anotación preventiva —en este caso, de demanda— que tenía la importante virtualidad de impedir que surja un subadquirente de buena fe protegido por el art. 34 LH: a consecuencia de ello, la persona con discapacidad no va a poder recuperar el bien, aunque anule el contrato: se quedaría con una acción puramente personal. En este sentido, cabe reprochar que se habrá conseguido la privacidad, pero a costa de que la persona pueda perder su patrimonio, lo que, en realidad, va en contra del art. 12.5 CDPD, que impone a los Estados la obligación de velar para que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes arbitrariamente. Y no deja de ser sorprendente que se les dé libertad para poner en marcha el proceso, y no para instar la medida cautelar de anotación preventiva.

6. En cuanto al régimen de comunicación, así como respecto al Registro civil esta es de oficio por parte del letrado de la Administración de Justicia (art. 755 LEC, y similar disposición en sede de jurisdicción voluntaria, cfr. art. 46.5 LJV), respecto al Registro de la Propiedad se hace exclusivamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido: nuevamente sorprende esta restricción, o por lo menos, que no se permita la solicitud al curador representativo, pues en el caso de una persona con discapacidad sometida a curatela representativa es prácticamente imposible que la persona tome la iniciativa de solicitar esa publicidad.

En el caso de las medidas de apoyo establecidas voluntariamente —"Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes"— los arts. 4 y 77 LRC, disponen su inscripción en el Registro civil, al que el notario autorizante habrá comunicado "de oficio y sin dilación" al Registro civil, su otorgamiento para su constancia en el registro individual del poderdante (arts. 255 y 260 CC), y al que el letrado de la Administración de Justicia acudirá para saber si existen medidas de apoyo suficientes, antes de plantearse el establecimiento de eventuales medidas judiciales.

Sin embargo, nada se dice respecto a su acceso al Registro de la Propiedad, lo que de entrada sorprende, dado que los apoyos son entitativamente los mismos, con independencia de su origen. Y lo que es claro es que el Registrador, deberá valorar su suficiencia, y con todos los problemas —que no son nuevos— acerca de la posible revocación del mismo: revocación, o mejor dicho, desactivación, que incluso puede provenir del juez, que podría sustituir el poder por otro tipo de medidas de apoyo.

Tampoco el Libro único informatizado de situaciones de la persona, tal y como está previsto, incorpora estos documentos públicos a los que se refiere el art. 255 CC, por lo que parece que la única vía que tendría el registrador para conocer estas medidas —insisto que a unos efectos bastante limitados— sería el acceso directo a la ficha personal del Registro civil.

El hecho de que sean medidas voluntarias y por tanto, no figuren en el Registro de la Propiedad, plantea cuestiones mucho más complejas de lo que pueda quedar enunciado aquí: es cierto que estas medidas voluntarias ni limitan ni modifican la capacidad y no debería haber excesivo problema, porque es la propia persona la interesada en hacerlas valer, pero sabemos que en muchas ocasiones, por la propia situación de la persona, esta no estará en posición de tomar la iniciativa para ello. También las plantea, de cara a la inscripción en el Registro de la Propiedad de determinados actos, la prueba de la condición de guardador de hecho, figura esta a la que el legislador, como se ha visto, trata de dar toda la preponderancia posible: sobre ello volveré más adelante.

7. Régimen transitorio.

En aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria (DT) 5ª, quienes en la actualidad vinieran desempeñando algunas de las figuras de protección en virtud de sentencia de incapacidad previas, dictadas conforme al modelo legal anterior "podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la

presente Ley, para adaptarlas a esta", y entonces, el juzgador tiene un plazo de un año desde que se presente su solicitud para proceder a la revisión de las medidas.

De momento, muchas de las personas con discapacidad y de los tutores (personas físicas o jurídicas, públicas o privadas) no han solicitado aún la revisión de la resolución anterior.

La misma Disposición Transitoria establece a continuación que, de no solicitarlo las personas legitimadas, será el propio Juzgado quien habrá de proceder a dicha revisión y adecuación, pero en el plazo de tres desde la entrada en vigor de esta ley, que tuvo lugar el 3 de septiembre de 2021.

Por su parte, la DT 2ª establece que: "Los tutores, … nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos".

Precisamente para estos, como se ha visto, el nuevo texto del art. 287 CC establece que el curador que ejerza funciones de representación, precisará la autorización judicial para, por ejemplo, "Enajenar o gravar bienes inmuebles" (art. 287.2º), de modo que no se puede, como se ha hecho en algún juzgado, suspender el proceso de autorización hasta que no se revise la sentencia.

Hecha esta panorámica de la Ley 8/2021, paso exponer brevemente algunos interrogantes y retos en su aplicación. Obviamente, hay muchos más, algunos de los cuales ya han quedado señalados.

III. ALGUNOS INTERROGANTES Y RETOS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2021.

1. ¿Realmente se va a poder seguir recurriendo al criterio del interés superior de la persona con discapacidad para la toma de decisiones pese a lo que dice la Observación general y lo que parece decir la ley?

La Observación general nº1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el art. 12 CDPD es en este punto especialmente beligerante, proscribiendo como contrarios a la Convención los sistemas de representación legal y los basados en el criterio del interés superior de la persona con discapacidad, es decir, de lo que los terceros consideren como mejor interés para la persona con discapacidad. Los términos no dejan lugar a la duda: "21. Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la

voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás"[3].

Al menos en teoría, este es el criterio seguido por la Ley 8/2021, aunque no se haga un pronunciamiento de este estilo, pero lo cierto es que se reitera constantemente que el criterio de actuación es el respeto a la voluntad deseos y preferencias de la persona, con abandono del criterio de sustitución que, por definición, se basa en el criterio de lo que se considera mejor interés.

Y de hecho, en el criterio que el juez ha de tener en cuenta, por ejemplo, en la autorización judicial para el caso del curador con funciones de representación (art. 287 CC), tal autorización no tiene por finalidad, como en el anterior sistema, el aseguramiento de lo que el juez considerara como mejor interés de la persona con discapacidad, sino que más bien es una de las medidas de control "para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida", a las que alude el art. 270 CC, en definitiva, una salvaguarda más aplicada al acto o negocio jurídico concreto.

A su vez, en la vinculación de la autoridad judicial a las disposiciones voluntarias, se dice en el art. 272 CC que "podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones". Es decir, esta vinculación del juez ya no tiene como excepción que "el beneficio del incapacitado exija otra cosa" —como decía antiguo art. 224 CC, respecto a la vinculación del juez a lo dispuesto en la autotutela— pues el criterio del interés superior de la persona con discapacidad ha sido desplazado por el de respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Solo se admite el apartarse de la voluntad expresada en el documento de autocuratela si tal voluntad no había sido correctamente formada por desconocimiento de circunstancias graves, que se presume hubieran provocado una decisión diferente, o por una suerte de la aplicación de la claúsula *rebus sic stantibus* de alteración —se entiende que grave y sobrevenida— de las razones que expresa o presuntamente condujeron a la persona con discapacidad a otorgar tales medidas. Es decir, no se

3 Sobre este punto ya se ha pronunciado abundante doctrina: cfr. recientemente, Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33, enero 2022, pp. 562-566.

trata de prescindir de la voluntad de la persona, sino al contrario, de asegurar su cumplimiento, puesto que solo podrá llevarse a cabo en supuestos en que esa voluntad no se haya formado correctamente, o haya sido objeto de una alteración sobrevenida de circunstancias. La STS 19 octubre 2021[4], que afecta a la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos, entiende que "en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D.ª Virginia convivía y sigue conviviendo con su hija D.ª Virginia , que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora".

Con todo ello se trata de remarcar que no se trata de un intervencionismo judicial en la voluntad de la persona para cambiarla, sino para acomodarla a lo que se conoce (o presume) como su voluntad. En este sentido, habrán de entenderse superados ejemplos anteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2021 que han basado la alteración del nombramiento de autotutela en que el interés de la persona sometida a este tipo de protección está "por encima de la autonomía de la voluntad" (STS 18 julio 2018)[5].

4 STS 19 octubre 2021 (*European case law identifier,* ECLI:ES:TS:2021:3770). Un análisis de la jurisprudencia reciente en esta materia, en De Verda y Beamonte, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, de 3 de marzo de 2022.

5 STS 18 julio 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2805). Sentencia que, en afirmación que hoy no podría hacerse, al menos en esos términos literales, justificaba el haber prescindido de la designación voluntaria en que "El juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad. En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el art. 234.1 CC debe efectuarse en resolución motivada. …En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado". Se trataba de un caso aparentemente claro porque se había designado a un hermano caracterizado que dependía económicamente de la persona con discapacidad y que mantenía una actitud conflictiva y beligerante frente al resto de los familiares.
La STS 17 septiembre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2820) reconoce como principio la necesidad de respetar la voluntad y preferencias de la persona, pero sigue hablando —hasta en cinco ocasiones— del interés superior de la persona con discapacidad, no solo a los efectos de «velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros», sino —como sucede en el caso resuelto por la sentencia— para posibilitar la alteración motivada del orden legal de nombramiento judicial de tutor o curador, ponderando factores que pueden ser muy variados. Sin embargo, el TS entiende que no se justifican las razones para prescindir de lo que se había dicho en la autotutela, y la sentencia devuelve las actuaciones a la Audiencia, la cual vuelve a dictar una sentencia igualmente falta de motivación. Esta segunda sentencia se vuelve a recurrir al TS, que resuelve, en sentencia de 19 octubre 2021, volviendo a apreciar falta de motivación.

El recurso a los conceptos indeterminados de alteración de circunstancias o desconocimiento de las situaciones graves, permitirá al juez no atarse a las disposiciones de autocuratela, cuando su concurrencia llevase a la persona a una situación de desprotección o de posible abuso. Intervención judicial que, en todo caso, requerirá la búsqueda del equilibrio adecuado entre autonomía y protección, para el cual, los trámites de audiencias preceptivas (art. 759 LEC) permitirán formar una opinión fundada, que debe motivarse detalladamente en la resolución judicial: se ha de explicar pormenorizada y detalladamente la gravedad o transformaciones habidas que le lleven a prescindir, total o parcialmente, de lo previsto por el sujeto.

Respecto a este interrogante, sin embargo, cabe hacer varias observaciones.

La primera es que, como dice Martínez de Aguirre, la Observación General Primera, más que una interpretación, realiza una modificación del art. 12 CDPD, entre otras cuestiones, cuando excluye radicalmente la consideración del interés de la persona afectada como criterio rector de la actuación del prestador, cuya presencia velada en algunos preceptos de la nueva ley, sin embargo, es muy reveladora[6].

La segunda, que el sistema propicia las medidas voluntarias, pero no puede impedir esa heterorregulación, permitida no solo con carácter general "en defecto o insuficiencia" de aquellas —casos, por ejemplo, en los que por la intensidad y el alcance de la propia discapacidad, la persona carezca de la posibilidad de autorregulación—, sino que la propia normativa permite, como ha advertido Martínez de Aguirre, dejar de lado la voluntad, incluso expresada, de la persona afectada, más allá de los supuestos en los que proceda la curatela representativa, en casos como la reorganización del funcionamiento de la curatela (art. 283 CC), la fijación de la retribución del curador (art. 48 LJV), o la remoción de este (art. 49 LJV). Se concede a la autoridad judicial la capacidad de decidir, apartándose de la voluntad expresada por la persona con discapacidad, y "sobre la base de otros criterios, entre los que cuales habría que incluir el de la protección de los derechos e intereses de esa persona, recogidos expresamente en el art. 12 de la Convención, y muy cercanos (si no idénticos) al de su interés objetivo: al menos en algunos casos, no se ve que otro criterio puede ser tomado en consideración una vez establecido que la voluntad y preferencias no son decisivas".

La tercero es que, desde luego, donde sigue presente el criterio del interés superior u objetivo de la persona con discapacidad con mucha más fuerza es la presunción iuris et de iure de influencia indebida o captación de voluntad, que

6 Martínez de Aguirre Aldaz, C. "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (coord. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Las Rozas (Madrid), Bosch, 2021, pp. 101-124.

se mantiene en ámbitos como la prohibición testamentaria del art. 753 C, o la de que sean curadores las personas jurídicas con ánimo de lucro (art. 275.1.II CC: "Asimismo, podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad"[7]. E incluso late en la prohibición de que, quien en virtud de una relación contractual, presta servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo, no puede ser su curadora (art. 250 *in fine* CC). Nada impide, sin embargo, que se otorgue a estas personas un poder o mandato preventivo, como luego explicaré.

De todas formas, el criterio general del legislador, como se repite insistentemente en varios artículos, es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, también por parte del curador (remisión al art. 249 CC). Ahora bien, el curador puede —y pienso que debería— negarse a prestar la asistencia a la formalización del acto concreto si aprecia influencia indebida o abuso, y por ello considera que la voluntad de la persona con discapacidad no ha sido libremente formada: en tal caso, no es que no esté respetando la voluntad de la persona, sino que no hay tal voluntad libre que respetar: esta filosofía subyace en la importante STS 8 septiembre 2021[8], cuando dice que "En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal", porque en este caso "la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad".

Se aclara:

1) que "la propia consciencia" —en este caso, afectada por el trastorno de conducta (que no facultades cognitivas)— es "el presupuesto de juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad",

2) que la provisión de apoyos "debe tener en cuenta la necesidad de la persona con discapacidad y acomodarse a ella" y por ello entraña necesariamente un juicio o valoración no tanto de la capacidad, que no se puede modificar, sino "de los

7 Esta exclusión parece contradictoria con aquellas situaciones en que la administración del patrimonio exija una dedicación profesionalizada o falten personas cercanas al beneficiario que merezcan la confianza del constituyente o puedan asumir con garantías dichas funciones. E incluso cabría pensar que las limitaciones que al respecto se establecen para ser nombrado curador en el actual art. 275 CC, no deberían imponerse a la voluntad contraria del interesado. Lo impor,ante es que en la escritura de autocuratela se incluyeran las correspondientes medidas de control para asegurar el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona si llegan a ser nombradas curadores, y asegurar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida (art. 12.4 CDPD) y, por supuesto, si llegan a ser nombradas curadoras, que estén sujetas a exámenes periódicos y a los correspondientes controles, que disponga la resolución judicial.

8 STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276).

efectos de la discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, en general, de su capacidad jurídica",

3) o que el empleo del verbo "atender", seguido de "en todo caso", subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de "tener en cuenta o en consideración algo" y no solo el de "satisfacer un deseo, ruego o mandato".

Siendo el razonamiento impecable, el problema se va a plantear en los casos de discapacidad intelectual o del desarrollo, en los que sí que hay conciencia de dicha discapacidad, y por tanto no se puede decir que la voluntad esté interferida por un trastorno, pero sí por una limitación para hacerse cargo de las consecuencias y alcance de sus actos: en estos casos, no encajaría el razonamiento utilizado por la Sala Primera. A todo ello hay que añadir que una extensión demasiado amplia de este razonamiento, se traduciría en una vuelta al sistema anterior, que tampoco parece que sea en absoluto la *ratio decidendi* de estas esta sentencia.

2. ¿Cuándo se va a entender que hay defecto o insuficiencia de medidas? Y en relación con esto: ¿cuál va a ser el papel de la guarda de hecho? ¿y el de las escrituras de provisión de apoyos del art. 255? ¿son unilaterales o bilaterales?

El actual presupuesto de la intervención judicial es el defecto o insuficiencia de medidas voluntarias, o la falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente: si este presupuesto concurre, "podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias" (art. 255).

Sobre esta "puerta de entrada" a la intervención judicial pueden hacerse varias consideraciones.

1. Un primer problema, que diferencia el escenario actual del que marcaba el tenor del antiguo art. 200 CC al enumerar las causas de incapacitación, es que, en la nueva regulación falta el supuesto de hecho de la norma en general y el que justifica la intervención judicial en particular: el texto actual se refiere a las personas necesitadas de apoyo, pero sin explicar, salvo la mención al "defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate" del art. 249 CC, qué es lo que determina esa necesidad de apoyo.

En los artículos del Código civil no se encuentra, ni tampoco en el art. 42 bis a) LJV ya visto, ni en la LEC que se refiere al procedimiento (cfr. art. 756.1 LEC: "En

los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador"). Y, de hecho, se ha reprochado que no haya una definición clara del presupuesto habilitante de las medidas, teniendo en cuenta que cabe la intervención judicial —excepcional, subsidiaria, pero intervención— que puede imponer medidas de forma obligatoria, incluso representativas.

2. En segundo lugar, muchas de las sentencias que imponían una medida de guarda legal, partían de un escenario en el que sí que había una guarda de hecho que funcionaba correctamente, solo que llegado el caso concreto (el clásico ejemplo de necesidad de venta de la casa) había que incapacitar, nombrando tutor o curador, muchas veces a quien desempeñaba la guarda de hecho.

Hoy no haría falta, pudiéndose acudir a la solicitud de autorización ad hoc del art. 287 CC cuando se ejercieran funciones representativas.

De todas formas, en la preselección legal del párr. 2º del art. 276 CC se propone como curador, en el nº 5, al que venía desempeñando esa función de la guarda de hecho; en aplicación de esta previsión, si el guardador de hecho es designado judicialmente como curador, es, por definición, porque la guarda que ejerce no supone apoyo suficiente: recordemos que el art. 250 CC dice que "Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias". Entiendo que seguirá desempeñando sus funciones de guarda, más las funciones de asistencia que determine la resolución, pero todo ello en concepto de curador. No parece muy operativo que tuviera una doble consideración legal: a unos efectos como guardador y a otros como curador, aunque teóricamente ambas instituciones sean complementarias (art. 250 CC).

3. ¿Cuáles son los servicios asistenciales que impiden ser prestador de apoyos? ¿Qué va a pasar con la guarda de hecho en las residencias?

Preocupaba lo dispuesto en el último párrafo del art. 250 CC *in fine*: "No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo": visto a la inversa, este párrafo significa que si se contrata uno de estos servicios, el contrato conlleva el efecto de imposibilidad de recibir de esos contratantes, ninguna de las medidas de apoyo.

La diferenciación de tareas en este punto, que refleja una reivindicación del colectivo de fundaciones tutelares, presidida por la sana idea de "no ser juez y parte", plantea sin embargo algunos interrogantes:

a) Quien ejerce ese servicio asistencial o residencial ¿entonces no se puede considerar, ni siquiera, guardador de hecho? La guarda de hecho, como "medida de apoyo" (mención actual), parece que es incompatible.

Pero eso se topa con el muro de la realidad, pues las residencias son, muchas veces, las que han sido consideradas frecuentemente (incluso a instancia de la Administración pública correspondiente), guardadoras de hecho.

Respecto a este punto, en las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores (Madrid, 27 y 28 de septiembre de 2021)[9] se ha aclarado que: "La guarda de hecho también puede ser institucional; privada o pública y puede coexistir con una guarda de familiar o allegado. Generalmente, la guarda institucional se produce cuando la persona necesitada se encuentra ingresada en un centro (residencia para personas con discapacidad, residencias para personas mayores, casas-hogar, etc.). En estos centros, sean públicos o privados, es la dirección de los mismos la que asume la guarda de la persona y se convierte en garante de que se respeten sus derechos y se le presten los cuidados que le son debidos. Esta obligación surge, tanto del correspondiente contrato de servicios (formalizado generalmente con el guardador de hecho con quien concurre), como de las disposiciones legales, tanto de ámbito estatal, como las específicas de la Comunidad Autónoma en que radique el centro.

Junto a esta guarda institucional, generalmente existe algún familiar o allegado que ejerce otra guarda de hecho que concurra con la asistencia de la institución en la que esté ingresado o la persona contratada para asistirle en su faceta personal. Si no existe este familiar y es la residencia lo que lo hace todo, ahí sí que hay que comprobar la existencia de una situación de hecho que contravenga lo dispuesto en el indicado art. 250 CC, para lo que deberán instituirse las salvaguardias necesarias o constituir el apoyo judicial que proceda".

Por lo demás, si las medidas voluntarias de apoyo no quedan circunscritas a negocios jurídicos unilaterales, sino que también pueden consistir en negocios jurídicos bilaterales como el contrato de alimentos ¿cómo conciliar ambas previsiones?

b) ¿Qué son "servicios asistenciales"? ¿De cuidado personal? ¿De asistencia jurídica, patrimonial, financiera? En definitiva, si hay cualquier tipo de relación contractual con la persona con discapacidad ¿ya no puede tener ejercer ninguna de las medidas de apoyo? La cuidadora única de la señora sola, por ejemplo, ¿acaso no ejerce la guarda de hecho? Parece que la enunciación de la frase en su conjunto

9 Disponibles en https://www.icaib.org/conclusiones-de-las-jornadas-de-fiscales-especialistas-de-las-secciones-de-atencion-a-personas-con-discapacidad/.

"servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga" remite al cuidado en el plano personal, pero hay que reconocer que se presta a interpretaciones.

4. ¿Se puede otorgar poder preventivo a favor de una entidad pública? ¿Le condiciona en algo la imposibilidad de excusarse para el desempeño de los apoyos del art. 281 CC in fine?

Desde el momento en que el poder preventivo es una designación unilateral, el poderdante puede designar a la entidad pública como apoderada, pues no hay nada que lo impida: cosa distinta es que luego esta lo use o no. Como antes he apuntado, aquí se pone de manifiesta una importante limitación de este instrumento del poder preventivo, si no va acompañado de un contrato de mandato, en cuyo caso, ahí sí, tendría que concurrir la entidad para, en su caso, aceptar.

A partir de ahí ¿es inexcusable para la entidad aceptar? El inciso aparece en sede de curatela, y por tanto de medidas judiciales, que es donde tiene sentido, puesto que si es el juez el que llama a la entidad, en ese caso no puede excusarse.

Pese a que se emplee la expresión "desempeño de los apoyos", me parece que hay que circunscribirlo a la curatela por varios motivos:

1) El emplazamiento sistemático en la ley, también en relación con el 279 CC, con el que confluyó en un determinado momento de la tramitación parlamentaria.

2) Es medida voluntaria para ambos: no solo para la persona con discapacidad, sino también para el que presta los apoyos. Carece de justificación una asimetría en uno de los polos. Igual que no se puede, en ese ámbito extrajudicial de medidas voluntarias, obligar a un particular, tampoco a una persona jurídica, aunque sea pública, siendo como hay otras alternativas (familiares, o de entidades privadas, que están vigiladas igualmente por los poderes públicos, y más aún si, cuando se dé el desarrollo reglamentario, se les habilita como entidades colaboradoras).

3) El propio concepto "excusa" es propio de la respuesta a una designación judicial obligatoria: no se da el ámbito voluntario, en el que, como regla general, las obligaciones se asumen voluntariamente o no se asumen.

4) Las entidades públicas actúan, o deberían actuar, como última ratio.

5. El reto de la adaptación de las sentencias ya emitidas y la dotación de medios a la autoridad judicial y quienes han de elaborar los informes sociales.

No cabe duda de que, además del cambio de mentalidad de fondo para asumir el nuevo paradigma por parte de toda la sociedad y en especial, de los familiares y operadores jurídicos concernidos, uno de los principales retos en este momento

es el de la adaptación de todas las sentencias en los plazos marcados por el régimen transitorio ya expuesto[10], para lo que los juzgados lo que necesitan son, además de la correspondiente formación, medios.

Y tanto para esa adaptación, como para las resoluciones judiciales que en el futuro se emitan, en el procedimiento judicial es absolutamente imprescindible el informe social, como ya se ha dicho. El problema es que hoy por hoy, en España no hay equipos psicosociales especializados adscritos a los Juzgados de discapacidad, como sí que hay en menores; se entiende que el informe en cuestión lo dan los servicios sociales de base, o el centro donde está residenciado: se entiende que, en tanto no se provea de aquellos, estos, al igual que lo que acabamos de decir respecto a los juzgados, necesitan estar dotados de los correspondientes medios, con el consiguiente apoyo presupuestario.

El art. 42.bis b) LJV prevé que tanto el informe como la información "sobre las eventuales alternativas de apoyo y posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial", que la autoridad judicial puede recabar antes de la comparecencia, pueda pedirlos a la "entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad", o a "una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia". El problema es que hoy por hoy no hay ningún reglamento ni procedimiento respecto a estas entidades colaboradoras, y de hecho, esto está generando problemas ese tema porque los jueces no saben a quién dirigirse. Y las entidades a las que les piden informes (ya está pasando) dicen que hacer estos trabajos tiene coste, y no hay financiación.

6. El reto de la prueba de la guarda de hecho como requisito necesario para la efectividad del protagonismo del que le dota la Ley 8/2021.

Uno de los temas fundamentales en este punto va a ser, sin duda, la prueba de la condición de guardador de hecho, que va a condicionar, como es fácil imaginar, la efectividad de su protagonismo.

La Ley no se pronuncia al respecto, por lo que cabe pensar en medios variados.

Por una parte, la condición de la discapacidad de la persona —que justifica la intervención el guardador de hecho—, podrá probarse a través de certificaciones administrativas, certificados médicos o informes sociales respecto a la discapacidad intelectual o del desarrollo, o a la enfermedad mental. La del guardador, a través de medios como el acta de notoriedad notarial, que podrá facilitarse, por ejemplo,

10 Sobre este punto, cfr. Santos Urbaneja, F.: "Revisión de las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021", en https://blog.sepin.es/2022/02/revision-sentencias-anteriores-ley-8-2021.

a través de la acreditación de la convivencia con el guardado, a través certificado de empadronamiento o de declaración de testigos, etc.

También se recurrirá previsiblemente a la declaración, bajo su responsabilidad, del propio guardador de hecho, similar a los modelos de declaración responsable de guarda de hecho elaborados por la Administración al efecto de cursar las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia.

Además, la guarda de hecho pueda ser objeto de anotación preventiva en el Registro civil (art. 40 LRC). La guarda de hecho que por alguna decisión judicial haya tenido acceso al Registro (por ejemplo, al establecer salvaguardias judiciales), informa de su existencia en un determinado momento. Dicha anotación no tiene valor probatorio, puede ser de utilidad.

Ya está habiendo autos judiciales de reconocimiento de esta condición, tramitados por vía de jurisdicción voluntaria, ante la negativa —frecuentemente, por parte de las entidades bancarias— a dicho reconocimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33, enero 2022.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, nº 10021, de 3 de marzo de 2022.

Martínez de Aguirre Aldaz, C: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (coord. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Las Rozas (Madrid), Bosch, 2021.

Sánchez Hernández, Á.: "Aspectos generales de la reforma del código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33, enero 2022.

Santos Urbaneja, F., "Revisión de las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021", en https://blog.sepin.es/2022/02/revision-sentencias-anteriores-ley-8-2021/.

EL SISTEMA DE APOYOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN DERECHO ARAGONÉS

THE SUPPORT SYSTEM FOR PERSONS WITH DISABILITIES IN ARAGONESE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 48-79

Aurora LÓPEZ AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: Desde 2006 (Ley de Derecho de la Persona), la Comunidad Autónoma de Aragón cuenta con un régimen jurídico completo en materia de apoyos a las personas con discapacidad, al amparo de su competencia en materia de Derecho civil propio ex art. 149.1.8ª CE y en línea con su tradición jurídica. Al examen de este sistema todavía no revisado se dedican las siguientes líneas, no sin detectar sus aciertos y déficits a la luz de la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho aragonés; discapacidad; sistema de apoyos.

ABSTRACT: *The Community of Aragon has had a complete legal regime on support for persons with disabilities since 2006 (Personal Law Act), based on their civil law competence of the art. 149.1.8ª CE and following its legal tradition. In this work he analyses this as yet unrevised legal system, in order to detect its strengths and weaknesses with regard to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

KEY WORDS: *Aragonese Civil Law; disability; support system.*

SUMARIO.- I. PREVIO.- II. DISPOSICIONES GENERALES.- III. MODOS DE DELACIÓN.- 1. Delación voluntaria.- A) Delación hecha por uno mismo.- B) Delación hecha por los titulares de la autoridad familiar.- C) Pluralidad de designados y delaciones incompatibles.- D) Vinculación de la delación voluntaria.- E) Mandato preventivo y con cláusula de subsistencia.- F) Publicidad de la delación voluntaria y de los mandatos de autoprotección.- 2. Delación dativa.- 3. Delación legal.- IV. PROMOCIÓN Y CONSTITUCIÓN.- V. CAPACIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN.- 1. Capacidad e idoneidad. Las causas de inhabilidad.- 2. Excusa.- 3. Remoción.- VI. LA TUTELA.- 1. Introducción.- 2. Estructura.- 3. Contenido.- A) Funciones de índole personal.- B) Funciones de índole patrimonial.- 4. Obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio del cargo.- A) Prestación de fianza.- B) Formalización de inventario de los bienes del tutelado.- 5. Extinción de la tutela.- 6. Obligaciones del tutor al cese de sus funciones.- A) Rendición de la cuenta general.- B) Restitución de los bienes del tutelado.- VII. LA CURATELA.- VIII. EL DEFENSOR JUDICIAL.- IX. LA AUTORIDAD FAMILIAR PRORROGADA O REHABILITADA.- X. LA GUARDA DE HECHO.- XI. LA ADMINISTRACIÓN VOLUNTARIA.

I. PREVIO.

Desde 2006 el Derecho civil aragonés dispone de un régimen jurídico completo en materia de medidas de apoyo de personas con discapacidad. Esta regulación no carece de precedentes en Derecho histórico, toda vez que, como se indica en el propio Preámbulo de la Ley de Derecho de la persona 2006, el Cuerpo de Fueros y Observancias "contenía un sistema propio de instituciones tutelares, completado, como en otros países, con los principios del Derecho común europeo"[1]. Sucede, sin embargo, que en el periodo codificador la Comisión General de Codificación entendió que la tutela debía regirse en Aragón por el Código civil de 1889, salvo dos especialidades que se recogieron en el Apéndice de 1925, referentes a la delación voluntaria hecha por los progenitores (art. 8) y la capacidad de la mujer para ser tutora (art. 9).

El mismo criterio se siguió en el texto de la Compilación de 1967 definitivamente aprobado, donde se suprimió en su práctica totalidad el sistema tutelar proyectado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses para dedicarle únicamente los arts. 15 a 19 al objeto de incluir ciertas singularidades (tales como la posibilidad de delación en virtud de instrumento público o la inclusión de unos criterios de resolución en caso de concurrencia de pluralidad de delaciones voluntarias) respecto del sistema del Código civil que, por lo demás, regía en su totalidad. De este modo, el régimen de la Compilación resultaba muy fragmentario, a la par que ofrecía no pocos problemas de interpretación y, sobre todo, de integración con el régimen del Código civil.

1 Para profundizar en su estudio puede consultarse Lacruz Berdejo, J.L.: "Informe sobre la tutela", en Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés, *Informes del Seminario (1954-1958),* El Justicia de Aragón, Zaragoza, vol. I, pp. 245-350.

• Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho civil. Correo electrónico: alopaz@unizar.es.

Es por ello que el legislador aragonés en 2006 decidió regular con detalle las "instituciones tutelares" en virtud de la Ley de Derecho de la Persona (Título III: arts. 87 a 155). A tal efecto, según puede leerse en su propio Preámbulo, se inspiró en el sistema tutelar propio del Derecho histórico aragonés, si bien debidamente adecuado a los principios que en aquel momento regían en materia de protección de las personas con discapacidad. En general, el sistema no se aparta en sus rasgos esenciales del formulado en el Código civil desde 1983 hasta 2021, de tal manera que bien puede calificarse de tutela de autoridad, en cuanto que el nombramiento de los cargos tutelares sigue correspondiendo como regla al Juez, así como su vigilancia y control; esta última función compartida con el Ministerio Fiscal. No obstante, de una parte, se potencia la autonomía de los particulares a través de las figuras de la delación voluntaria y el mandato de autoprotección; y de otra, se refuerzan los rasgos familiares de los cargos tutelares (en particular, del tutor y curador), atribuyéndoles las funciones de los titulares de la autoridad familiar y dando entrada a la Junta de Parientes en caso de oposición de intereses con la persona con discapacidad.

En la actualidad, tras la refundición de las leyes civiles aragonesas en virtud del Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, el régimen de las relaciones tutelares se encuentra contenido en el Título III del Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón (arts. 100 a 169).

Ahora bien, importa advertir el desfase actualmente existente en esta materia entre la legislación aragonesa y la estatal, tras la profunda modificación de que ha sido objeto esta última por la Ley 8/2021 al objeto de su debida adecuación a la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Sucede así que el régimen aragonés actualmente vigente, en un planteamiento muy alejado al de la Convención UN 2006, sigue contemplando la posibilidad de privar o limitar la capacidad de las personas con discapacidad, a la par que configura un sistema de protección o apoyo a las mismas en el que prima el modelo de sustitución en la toma de decisiones (mediante la tutela ordinaria y administrativa) sobre el modelo de asistencia en la toma de decisiones (a través de la curatela). Urge, por tanto, que el legislador aragonés, de una parte, suprima toda referencia a la incapacitación, al objeto de su debida adecuación a la nueva legislación procesal; y, de otra, articule un nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad acorde con los principios inspiradores de la Convención UN 2006, de tal manera que priorice el modelo asistencial y sólo muy excepcionalmente opte por figuras de apoyo de índole representativo. Parece oportuno, no obstante, que siga manteniendo la preferencia de las medidas voluntarias sobre las judiciales de apoyo, en cuanto resulta acorde, ya no sólo a uno de los principios inspiradores del Derecho civil aragonés como es el *standum est chartae* (art. 3 CDFA), sino, por

añadidura, al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad consagrado por la Convención UN 2006.

No obstante, entre tanto no prospere la reforma del CDFA (en estos momentos, en estado incipiente), se impone un esfuerzo adicional por parte de los operadores jurídicos dirigido a su necesaria armonización con el nuevo tratamiento de la discapacidad que adopta la Convención. Ello pasa fundamentalmente por acudir a la tutela o, en su caso, a la curatela patrimonial representativa cuando sea estrictamente necesario por no poder la persona con discapacidad tomar sus propias decisiones en todos o buena parte de los asuntos de su incumbencia, pero sin que la discapacidad justifique, en todo caso, la sustitución en la toma de decisiones. Por añadidura, haciéndome eco de la certera doctrina acuñada por el Tribunal Supremo sobre el "traje a medida", en este ínterin se intensifica la necesidad de adoptar en cada caso la concreta medida adoptada a la específica necesidad apoyo de la persona con discapacidad, eludiendo la rigidez resultante del art. 39 CDFA que equipara la situación jurídica del incapacitado sujeto a tutela a la del menor de 14 años y la del incapacitado sujeto a curatela a la del menor mayor de 14 años

II. DISPOSICIONES GENERALES.

El régimen del CDFA se inicia con una serie de previsiones de aplicación general, contenidas en el Capítulo I: los arts. 100 a 106.

El art. 100 se limita a enumerar las actuales instituciones tutelares y especifica la finalidad común a todas ellas. Así, de acuerdo con su ap. 1º, son instituciones tutelares la tutela (en sus dos modalidades, ordinaria y administrativa), la curatela y el defensor judicial. A todas ellas, con una visión exclusivamente asistencial, se les atribuye como finalidad la guarda y la protección de las personas con discapacidad, ya sea en el ámbito personal y/o patrimonial. Junto a las instituciones tutelares, el ap. 2º contempla adicionalmente otros instrumentos tuitivos como son la guarda de hecho (medida de apoyo meramente fáctico, sin investidura formal) y la guarda administrativa (guarda a asumir por la Administración en situaciones transitorias de inasistencia). A ello añadir las figuras de la autoridad familiar prorrogada y rehabilitada de los arts. 41 a 45 y del administrador voluntario del art. 107.

Ahora bien, por lo que hace a las personas con discapacidad esta finalidad exclusivamente protectora que atribuye el CDFA a las instituciones mencionadas debe ser modulada necesariamente con los nuevos principios inspiradores sobre la materia, tal y como se formulan en los arts. 3.a y 12.4 Convención UN 2006 como son el principio de no discriminación por razón de la discapacidad, el de respeto a la dignidad, el de respeto a la autonomía y las decisiones personales, el

de proporcionalidad, el de temporalidad, el de revisión necesaria y el de apoyo desinteresado y leal. Ello con base en la consideración por dicho texto internacional de las personas con discapacidad ya no como meros objetos de protección, sino como sujetos titulares de derechos, en coherencia con el modelo social de la discapacidad que acoge[2].

El art. 101 enuncia los caracteres comunes a las instituciones tutelares. Así, en su ap. 1º declara que las funciones tutelares constituyen un deber, lo que significa que, en principio, es obligatorio desempeñar el cargo tutelar y que sólo se admite la excusa de su ejercicio en los casos legalmente previstos que no son otros que los del art. 126 del mismo cuerpo legal. Su ap. 2º atribuye carácter personal a los cargos tutelares, excluyendo la posibilidad de delegación. Asimismo, se refiere al "interés de la persona protegida" como principio que ha de inspirar el ejercicio de las funciones tutelares; principio este cuya pervivencia creo que puede defenderse en una futura reforma del Derecho aragonés, si bien debidamente conjugado con el del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad consagrado en la Convención UN 2006 (art. 3.a, en relación con art. 12.4). De acuerdo con su ap. 3º, otros de sus caracteres son, de una parte, su sujeción al control judicial que regula detalladamente el art. 103; y, de otra, la gratuidad, conforme a las reglas del art. 105.

El art. 102 enumera los modos de delación. Atribuye así prioridad a la delación voluntaria a no ser que se haya establecido expresamente su remuneración que puede realizar tanto el propio interesado (art. 108) como los titulares de su autoridad familiar (art. 110). A falta de delación voluntaria o para completarla, las funciones tutelares se defieren por resolución judicial, dando lugar a la delación dativa que es, por tanto, supletoria y complementaria de aquélla (art. 115). Para las personas con discapacidad en desamparo la propia ley la que atribuye su tutela a la Entidad pública competente en su "protección" ("promoción de su autonomía y asistencia", en la Ley 8/2021), sin intervención judicial, dando lugar a la delación legal (art. 119).

El art. 103 resulta coherente con el sistema de tutela de autoridad que rige en Derecho civil aragonés, si bien exige una relectura acomodada a las previsiones de la LJV, aprobada posteriormente al CDFA. Así, de la lectura conjunta de su ap. 1º con los arts. 30 y 45 LJV resulta que el nombramiento tanto del tutor como del curador corresponde al Juez, mientras que el del defensor judicial es competencia, en principio, del Letrado de la Administración de Justicia[3].

2 De acuerdo con Álvarez Lata, N. y Seone, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *DPyC*, núm. 24, 2010, p. 19.

3 De acuerdo con Bonet Navarro, Á.: "La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés" y Calatayud Sierra, A.: La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés", en AA.VV., *Actas*

Es, asimismo, competencia judicial la adopción de las medidas de vigilancia y control de los cargos tutelares. En concreto, según resulta del art. 103.2 CDFA interpretado conjuntamente con el art. 45.4 LJV, en la delación voluntaria el Juez se encuentra vinculado a las medidas de fiscalización previstas por el interesado o los titulares de la autoridad familiar, salvo que no las considere acordes a su interés, en cuyo caso podrá adoptar otras alternativas. En cambio, en la delación dativa tales medidas sólo se adoptarán si así lo decide el Juez en la propia resolución constitutiva de la tutela o curatela o en una resolución posterior, ya sea de oficio o instancia del Ministerio Fiscal o del propio interesado, y siempre en atención al concreto interés de este. Por añadidura, el art. 103.3 CDFA le faculta a exigir al titular del cargo tutelar, en cualquier momento o periódicamente, un informe sobre la situación de la persona protegida y/o sobre la gestión patrimonial realizada.

Junto al control judicial, el mismo precepto confiere al Ministerio Fiscal una vigilancia permanente del ejercicio de las funciones tutelares (ap. 4º), así como la facultad, compartida con el Juez, de requerir al cargo tutelar para que le informe sobre la situación de la persona protegida tanto a nivel personal como en lo concerniente a la gestión de su patrimonio (ap. 3º).

El art. 103 se cierra con una previsión contenida en su ap. 5º, que declara, en consonancia con lo dispuesto en el art. 73 LRC 2011 y los arts. 30.3 y 46.5 LJV, la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Civil de todas aquellas resoluciones sobre cargos tutelares (entiéndase, provisión de apoyos) provenientes de la Administración de Justicia; esto es, las referidas a la tutela ordinaria, curatela y defensor judicial.

El art. 104.1 reconoce a los cargos tutelares un derecho de reembolso por los gastos derivados del ejercicio de sus funciones, de tal manera que, de haberlos abonado aquél, podrá imputarlos al patrimonio de la persona protegida. Complementariamente, el art. 104.2 les reconoce un derecho de indemnización con cargo a los bienes de la persona protegida por los daños y perjuicios que padezcan como consecuencia del ejercicio de la correspondiente función tutelar sin culpa por su parte.

El art. 105 extiende la posibilidad de retribución a todos los cargos tutelares, excepto aquéllos que sean desempeñados por personas jurídicas públicas (Instituto Aragonés de Servicios Sociales, órgano dependiente del Gobierno de Aragón). En caso de alteración sobrevenida de las circunstancias de la institución tutelar dicha retribución será susceptible de modificación por la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez (art. 105.2).

de los XXVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2017), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2018, pp. 154 y 164, respectivamente.

Una última disposición referente a los cargos tutelares es el art. 106 que establece su responsabilidad por los daños de índole personal o patrimonial que puedan ocasionar a la persona protegida por su actuación negligente durante el ejercicio de su función[4].

III. MODOS DE DELACIÓN.

Como es sabido, la delación es el mero llamamiento o designación para el nombramiento del cargo tutelar. Ahora bien, el llamado no accede al mismo por su mera aceptación, desde el momento en que en el sistema aragonés, el nombramiento o constitución de los cargos tutelares (salvo la tutela administrativa que se atribuye *ex lege*) corresponde a la Administración de Justicia[5]. Conforme al art. 102.1 CDFA, esta delación puede ser voluntaria, dativa o legal, según la designación sea hecha por el propio interesado o los titulares de su autoridad familiar, el Juez o la ley.

1. Delación voluntaria.

De modo acorde con el principio *standum est chartae* que inspira el Ordenamiento jurídico aragonés, así como al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad que consagra la Convención UN 2006, el CDFA atribuye preferencia a la delación voluntaria frente a la delación dativa (arts. 102 y 115). A partir de ahí, se admiten dos modalidades de delación voluntaria: de una parte, la delación hecha por uno mismo 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), que contempla el art. 110.

A) Delación hecha por uno mismo.

El art. 108 CDFA reconoce a las personas con discapacidad, en previsión a su futura "incapacitación" (entiéndase, provisión de medidas judiciales de apoyo),

4 Este precepto ha sido aplicado por la STSJ de Aragón de 20 noviembre 2014 (CENDOJ, Roj STSJ AR 1606/2014) que declara la responsabilidad de una tutora por su actitud negligente en la formalización del inventario del tutelado (por no incluir un fondo de inversión), así como en la disolución de su régimen económico matrimonial (por atribuir a dicho fondo la condición de privativo de la esposa del tutelado, en vez de carácter consorcial), lo que tuvo como consecuencia que la mitad del fondo quedase excluido del patrimonio de la persona protegida. E, igualmente, por la SAP Zaragoza núm. 73 de 14 marzo 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z SAP Z 1054/2019) para declarar responsable a un ex tutor (removido en un proceso anterior) por los daños causados en el patrimonio de su hermano, por cuanto durante el ejercicio de la tutela se apropió de su pensión sin abonar la residencia donde lo internó, negándose, por añadidura, a la rendición final de cuentas a que le obliga el art. 145 CDFA.

5 Parra Lucán, M.A: "Las relaciones tutelares" (aptdo. 4)", en AA.VV., *Manual de Derecho civil aragonés*, Delgado Echeverría (dir.), Parra Lucán (coord.), 4ª ed., El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 2012, pp. 208-209.

la facultad no sólo de designar el cargo tutelar, sino de configurar un régimen de tutela/curatela diferente al previsto legalmente.

Ahora bien, ello no significa que el interesado puede configurar su régimen tutelar sin límite alguno. Por el contrario, el contenido de la autotutela/autocuratela está sujeto a ciertos límites, tanto los derivados del principio *standum est chartae* de acuerdo con el art. 3 CDFA, como los específicos que fija el art. 108 para aquella. Así, en aplicación de los límites genéricos del principio *standum est chartae* el interesado no podrá incluir en su autotutela disposiciones que sean de imposible cumplimiento, que vulneren la Constitución o que sean contrarias a norma imperativa aragonesa. Junto a estos límites genéricos, el art. 108 CDFA prohíbe específicamente a aquél que haga uso de la autodelación excluir la función de vigilancia y control atribuidas al Juez y Ministerio Fiscal, así como designar o excluir del cargo tutelar a la Entidad pública competente en la "protección" (promoción de la autonomía y asistencia, en la Ley 8/2021) de las personas con discapacidad

Por añadidura, su otorgamiento se condiciona a unos determinados requisitos de validez, tanto de forma como de capacidad. En lo que atañe a la forma, la autodelación sólo puede otorgarse en escritura pública, lo que permite una adecuada apreciación de la capacidad del otorgante por parte del notario autorizante, a la par que el correspondiente asesoramiento y es coherente con el sistema de publicidad diseñado por el art. 111 CDFA para la delación voluntaria[6]. En lo que atañe a la capacidad, sólo se permite su otorgamiento a "los mayores de edad con capacidad suficiente", en vista a su futura "incapacitación" (entiéndase, provisión judicial de apoyos). Quedan excluidos, por consiguiente, los menores de edad aún mayores de catorce años y, asimismo, los mayores carentes de "capacidad suficiente", esto es, aquellas personas que no estén en condiciones de entender y querer las implicaciones de la delación voluntaria. A partir de ahí, dado que la autodelación 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).

B) Delación hecha por los titulares de la autoridad familiar.

Junto al interesado, el art. 110 CDFA faculta a los titulares de su autoridad familiar aun prorrogada o rehabilitada (arts. 41 y 42 CDFA), ya sean los progenitores (art. 63 CDFA) o personas distintas (padrastro/madrastra, abuelos o hermanos mayores *ex* art. 85 a 87 CDFA), para designar el cargo tutelar y, en general, configurar el régimen tutelar de las personas con discapacidad que sigan bajo su autoridad, cuando llegue el día que no puedan ocuparse de ellos y corresponda

6 García Cano, T.: "Autotutela y poderes preventivos", en AA.VV., *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2005)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 119.

la constitución de la tutela o curatela. El contenido de esta modalidad de delación voluntaria se conforma con la misma amplitud que el de la autotutela, lo que puede llevar a cuestionar su conformidad con el principio de autonomía personal de la persona con discapacidad que consagra la Convención UN 2006 y más desde el momento en que se encuentra vinculada a las figuras en exceso rígidas de la autoridad familiar prorrogada (cuya vigencia actual, por lo demás, es discutible) y rehabilitada.

Tal delación está sujeta a ciertas formalidades, al igual que la hecha por el propio interesado, si bien, a diferencia de esta, puede otorgarse no sólo en escritura pública, sino, en general, mediante "instrumento público notarial", lo que incluye el testamento otorgado ante notario, ya sea abierto o cerrado (art. 110.1).

En cualquier caso, la eficacia de esta delación voluntaria se supedita al fallecimiento del causante, de haberse efectuado en testamento; y, adicionalmente, a la imposibilidad del otorgante de ejercitar la autoridad familiar por "causa no culpable" en el supuesto de haberse realizado en virtud de escritura pública (art. 110.2).

C) Pluralidad de designados y delaciones incompatibles.

El art. 112 CDFA permite en la delación voluntaria la designación de una pluralidad de cargos tutelares (limitados a dos), para actuar bien de modo simultáneo (y, en este caso, solidaria o conjuntamente) siempre que las delaciones sean compatibles, bien sucesivamente. Asimismo, permite tanto al propio interesado como a los titulares de la autoridad familiar nombrar administradores de todo o parte del patrimonio de la persona con discapacidad, distintos de los tutores o curadores y sin límite de número.

Complementario del anterior, el art. 113 CDFA establece unos criterios de resolución para el caso de que concurran varias delaciones voluntarias, ya procedan del mismo o de diferentes otorgantes.

D) Vinculación de la delación voluntaria.

De acuerdo con el art. 114.1 CDFA, el Juez está vinculado, como regla, a la delación voluntaria, de tal manera que sólo puede nombrar como tutor o curador a persona distinta a la designada voluntariamente por el interesado o los titulares de la autoridad familiar o, en general, desvincularse de las disposiciones propias de aquella cuando motivadamente razone que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de la delación voluntaria y, por añadidura, el interés de la persona con persona con discapacidad exija prescindir de la delación voluntaria. Tal previsión ha sido recogida en el nuevo art.

272 Cc relativo a la autocuratela, si bien incorporando una segunda excepción al carácter vinculante de la delación voluntaria como es la "existencia de circunstancias gravemente desconocidas por la persona que las estableció".

E) Mandato de autoprotección.

Junto a la delación voluntaria el CDFA articula un instrumento dirigido complementariamente a proteger la voluntad anticipada de la persona para el caso de que en un futuro vea mermada su capacidad de autogobierno, de tal forma que no pueda tomar sus propias decisiones ni gestionar sus asuntos. Me refiero al mandato de autoprotección[7] que contemplan muy fragmentariamente sus arts. 109 y 114.2. Se configura así una medida de apoyo desjudicializado de personas con discapacidad que deciden voluntariamente organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos en su nombre[8], lo que resulta acorde ya no sólo al *principio standum est chartae*, sino también al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad consagrado por la Convención UN 2006. A partir de ahí, en los términos en que se expresa el art. 109 CDFA tal medida de apoyo voluntario puede configurarse de dos maneras diferentes, bien como mandato preventivo o como mandato con cláusula de subsistencia. Sólo en caso de que la persona con discapacidad sea "incapacitada" (entiéndase, provista judicialmente de apoyos), el art. 114.2 CDFA faculta al Juez a declarar la extinción de tal mandato, ya sea en el mismo proceso, ya sea en un momento posterior a instancia del cargo tutelar nombrado.

F) Publicidad de la delación voluntaria y de los mandatos de autoprotección.

El art. 111 CDFA fija el sistema de publicidad de los instrumentos públicos notariales referidos en los arts. 108 a 110 (las previsiones sobre delación voluntaria hechas por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar y el mandato de autoprotección). En particular, impone al notario autorizante el deber de comunicarlos de oficio al Registro civil (en el sentido de remitir copia autorizada de la correspondiente escritura), al objeto de su debida constancia en la "inscripción de nacimiento" del interesado (el "registro individual" del interesado, conforme al art. 77 LRC 2011).

Tal publicidad permitirá que el Juez, a la hora de constituir la institución tutelar, recabe certificación del Registro Civil al objeto de comprobar la existencia de disposiciones sobre delación voluntaria (art. 133.2 CDFA, en relación con el art. 84.1, 2ª parte LRC 2011), dado su carácter, en principio, vinculante conforme al art. 114.1 CDFA. De igual modo, le permitirá corroborar la existencia de un mandato

7 Entiéndase mandato representativo, con Llorente Sansegundo, I.: "La autotutela y los mandatos de protección en el Derecho aragonés", *Revista de Derecho privado*, núm. 1, 2010, p. 66.

8 De acuerdo con Parra Lucán, M.A.: "Las relaciones", cit., p. 212.

de autoprotección, para decidir si declara o no su extinción, ya sea cuando constituya tutela/curatela, ya sea posteriormente a instancia del nombrado cargo tutelar (art. 114.2 CDFA).

2. Delación dativa.

Conforme a lo dispuesto en los arts. 102.2 y 115 CDFA, la delación dativa es subsidiaria y complementaria de la delación voluntaria[9]. De ello resulta que sólo corresponde al Juez la designación del cargo tutelar en caso de inexistencia de delación voluntaria o, de existir, si carece de validez (p.e. por no cumplir los requisitos de forma o de capacidad exigidos legalmente) o de eficacia (p.e. cuando el progenitor que haya hecho la delación voluntaria sea designado tutor o curador por el Juez, por poder hacerse cargo de su hijo con discapacidad). En caso de que la delación voluntaria sea parcial o incompleta, corresponde al Juez exclusivamente complementar la institución tutelar, p.e. determinar las funciones del cargo tutelar y/o establecer órganos de fiscalización.

A partir de ahí, el art. 116 CDFA en su ap. 1º establece un orden de preferencia, atendiendo a razones de afectividad y aptitud, que vincula, en principio, al Juez a la hora de designar al titular del cargo tutelar: 1º.- el cónyuge[10] o la pareja de hecho, siempre que tenga la condición de estable no casada, con arreglo a los arts. 303, 305 y 306; 2º.- los descendientes[11]; 3º.- los progenitores[12]; 4º.- los padrastros, abuelos o hermanos mayores; 5º.- el administrador voluntario del art. 107 CDFA; 6º.- la persona -entiéndase, física- que el Juez estime más idónea por sus relaciones con el menor o incapacitado u otras circunstancias[13]; y 7º.- la persona jurídica que considere más idónea, ya sea una persona jurídica privada o la Entidad pública competente en "protección" ("promoción de la autonomía y asistencia", en la Ley 8/2021) de las personas con discapacidad. Con todo, el art. 116.2 CDFA, permite excepcionalmente al Juez alterar el referido orden de preferencia legal, pero sólo cuando el interés de la persona con discapacidad así lo requiera[14]; criterio este que

9 Tal es la lectura de dichos preceptos por parte de la SAP núm. 493 de Zaragoza de 28 septiembre 2012 (CENDOJ, Roj SAP Z 2237/2012).

10 Entiéndase cónyuge no separado legalmente ni de hecho, con arreglo a la SAP núm. 669 de Zaragoza 10 octubre 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2081/2017).

11 Las SSAP de Zaragoza núm. 122 de 6 marzo 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 88/2013) y núm. 208 de 17 abril 2018 (CENDOJ, Roj 939/2018) sientan la doctrina según la cual, de haber varios hijos, se designará cargo tutelar al más idóneo, sin perjuicio de reconocer visitas al resto.

12 La SAP de Zaragoza núm. 306 de 11 junio 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 1344/2013) se desvincula del tenor literal del art. 116.1.c. CDFA que se refiere a "los padres", para interpretar que se podrá nombrar cargo tutelar a uno solo de ellos, en vez de a ambos, cuando el interés de la persona con discapacidad así lo requiera.

13 La jurisprudencia ha hecho uso de esta previsión para nombrar tutora respectivamente a una amiga que presta apoyo habitual a la persona con discapacidad (SAP de Zaragoza núm. 665 de 10 octubre de 2017, CENDOJ, Roj SAP Z 2144/2017) y a una sobrina (SAP de Zaragoza núm. 669 de 10 octubre 2017, CENDOJ, Roj SAP Z 2081/2017).

14 Sin que sea necesaria apreciar una causa de inhabilidad, según matizan las SSAP de Zaragoza núm. 493 de 28 de septiembre de 2012 (CENDOJ, Roj SAP Z 2237/2012), núm. 122 de 6 de marzo de 2013 (CENDOJ,

en la futura reforma del CDFA debería compaginarse necesariamente con el de respeto a la voluntad y preferencias de la persona afectada.

3. Delación legal.

La delación legal, esto es, la designación del cargo tutelar por imperativo legal se reserva exclusivamente a las personas con discapacidad declarados en desamparo (art. 102.1.c CDFA).

En este caso es la propia ley la que atribuye la tutela a la Entidad pública competente en materia de "protección" de personas con discapacidad ("promoción de la autonomía y asistencia", en la Ley 8/2021) en la Comunidad Autónoma de Aragón que, como se ha indicado, es el IASS, ello previa declaración de desamparo por su parte, siempre que concurran los presupuestos del art. 118.1 CDFA, esto es, una situación de falta de asistencia moral o material derivada del incumplimiento, voluntario o involuntario, de los deberes de protección correspondientes a los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar. Esta modalidad de tutela recibe distintas denominaciones: administrativa, automática o *ex lege*. Con todo, según datos proporcionados por el IASS, en la práctica no se hace uso de la misma, optándose, en su lugar, por la tutela ordinaria a favor de la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos, cuando no haya ningún pariente y allegado idóneo para prestar apoyo a la persona con discapacidad y, por ende, está se encuentre en una situación de desamparo de "facto".

IV. PROMOCIÓN Y CONSTITUCIÓN.

El CDFA pretende que la constitución de la tutela ordinaria o, en su caso, de la curatela de las personas con discapacidad sea lo más inmediata posible a la situación que la determina ("una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma" conforme al vigente y parcialmente desfasado art. 38.2 CDFA) y, para ello, formula en su art. 131 la obligación de promover la constitución de la tutela o curatela de una serie de personas, así como la posible actuación del Ministerio Fiscal o del Juez, ya sea de oficio o en virtud de denuncia de cualquier persona que tenga conocimiento del hecho determinante de la tutela o curatela.

Complementariamente, el art. 132 CDFA atribuye provisionalmente al Ministerio Fiscal la representación y defensa de la persona a proteger en el lapso temporal comprendido desde que se tenga conocimiento del hecho determinante de la tutela hasta la sentencia constitutiva de la misma. Si, además, procede la gestión de su patrimonio, se faculta al Juez a nombrar un administrador (un

Roj SAP Z 88/2013) y núm. 718 de 7 de noviembre de 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2435/2017).

defensor judicial, según el art. 27.1.c LJV) con la obligación de rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

En cualquier caso, la constitución de la tutela ordinaria y la curatela es competencia exclusiva del Juez, ya sea su delación voluntaria o dativa (art. 133.1, en relación con el art. 103.1 CDFA).

V. CAPACIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN.

Con carácter previo a la regulación individualizada de las diferentes instituciones tutelares, el CDFA dedica un capítulo separado, el Capítulo III, al tratamiento de la capacidad e idoneidad para ser titular de las funciones tutelares (arts. 123 a 125), para excusarse del desempeño del cargo tutelar (art. 126) o para ser removido del mismo (art. 127).

1. Capacidad e idoneidad. Las causas de inhabilidad.

De acuerdo con los arts. 123 a 125 CDFA, todo cargo tutelar requiere que la persona que lo ejercite reúna unas determinadas condiciones de capacidad y de idoneidad.

El régimen en materia de capacidad se encuentra recogido en los arts. 123 y 124 que distinguen a tal efecto entre las personas físicas y las personas jurídicas. Así, por lo que se refiere a las personas físicas, el art. 123 les exige un doble presupuesto de capacidad: de una parte, que sean "mayores de edad"; y de otra, que "se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles". Por su parte, el art. 124 condiciona el reconocimiento de capacidad a las personas jurídicas para desempeñar un cargo tutelar al cumplimiento de dos presupuestos: que "no tengan finalidad lucrativa y que "entre sus fines específicos figure la protección de menores o 'incapacitados'".

A la idoneidad en el cargo tutelar se refieren los mismos arts. 123 y 124, al exigir, acto seguido, que la persona designada como titular de funciones tutelares no esté incursa en causa de inhabilidad. Tales causas se encuentran enunciadas en el art. 125.1, precepto según el cual no pueden ser titulares de funciones tutelares: 1º.- Las personas excluidas, privadas o suspendidas en el ejercicio de la autoridad familiar o total o parcialmente por resolución judicial o administrativa. 2º.- Las personas removidas de un cargo tutelar anterior. 3º.- Las personas condenadas a pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena. 4º- Las personas condenadas por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela, piénsese p.e. en un delito de violencia doméstica o de género o en un delito de abusos sexuales. 5º.- Las personas que tengan

enemistad manifiesta con la persona protegida[15]; 6º.- Las personas que por su conducta puedan perjudicar a la formación de la persona protegida o que no dispongan de medios de vida conocidos; 7º.- Las personas que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida; y 8º.- Las personas que hayan sido inhabilitadas como consecuencia de un proceso concursal, mientras dure la inhabilitación. Con todo, las causas 4, 6º, 7º y 8º son dispensables mediante la delación voluntaria (art. 125.2 CDFA).

2. Excusa.

El art. 126 CDFA admite ciertas excepciones a la obligatoriedad de los cargos tutelares mediante las excusas, distinguiendo a tal efecto según sean desempeñados por una persona física o jurídica.

De acuerdo con el art. 126.1, las personas físicas pueden excusarse del ejercicio del cargo tutelar cuando resulte excesivamente gravoso por razón de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, falta de vínculos de cualquier clase -ya sean de parentesco o meramente afectivos- con la persona protegida o "por cualquier otra causa". Con esta última expresión se consagra un sistema de *numerus apertus*, de tal manera que cualquier excusa es susceptible de ser alegada, siendo el Juez el que habrá de apreciar su carácter excesivamente gravoso para el ejercicio del cargo tutelar[16].

Por su parte, las personas jurídicas privadas sólo pueden excusarse cuando carezcan de medios (ya sea económicos, personales o materiales) suficientes para el adecuado desempeño del cargo tutelar, según dispone el art. 126.2[17].

En cualquier caso, las excusas deben alegarse por el propio cargo tutelar, bien ante el Juez (tratándose de tutor o curador: art. 50 LJV), bien ante el Letrado de Administración de Justicia (tratándose de defensor judicial: art. 32 LJV) quienes, en su caso, las admitirán tras la tramitación del oportuno procedimiento a que se refiere el art. 50 LJV.

15 De acuerdo con la SAP de Zaragoza núm. 477 de 29 julio 2008 (CENDOJ, Roj SAP Z 2050/2008) y la SAP de Huesca núm. 233 de 30 de diciembre de 2014 (CENDOJ, SAP HU 399/2014), no es causa de inhabilidad la mera relación conflictiva entre el cargo tutelar y la persona protegida.

16 La SAP de Zaragoza núm. 504 de 9 de noviembre de 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 2139/2018) rechaza el domicilio en localidades distintas que alega el hermano de una persona declarada incapacitada total como causa que le permita excusarse del cargo de tutor para el que ha sido designado, dada la situación de la persona a proteger, que se encuentra interna en un centro de salud mental donde tiene cubiertas todas sus necesidades.

17 De acuerdo con la SAP de Huesca núm. 29 de 31 de enero de 2008 (CENDOJ, Roj SAP HU 36/2008), las personas jurídicas públicas no pueden excusarse de los cargos tutelares, ni aun alegando el principio de lealtad institucional, como pretende la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos en un supuesto en que la persona bajo su tutela se trata de un extranjero con una orden pendiente de expulsión de España; cuestión distinta será la posible extinción de la tutela por imposibilidad de cumplimiento, una vez ejecutada dicha orden.

Los efectos de la excusa se regulan en el art. 129 CDFA (de modo no totalmente coincidente con el art. 50 LJV), conjuntamente con los de la remoción, distinguiendo a tal objeto entre los efectos durante la tramitación del procedimiento y los efectos en caso de ser admitida. Así, mientras se sustancia el procedimiento de excusa (entiéndase, sobrevenida), el art. 129.1 faculta al Juez para suspender al titular del cargo tutelar de sus funciones y nombrar a la persona protegida un defensor judicial que ejercerá las funciones tutelares provisionalmente durante la tramitación del procedimiento. Una vez tramitado el procedimiento y en caso de prosperar la excusa alegada, el art. 129.2 establece que la misma resolución que admita la excusa deberá contener la designación del nuevo titular del cargo tutelar, que no podrá ocuparlo sino una vez firme aquella. Dicho cambio habrá de comunicarse, en todo caso, al Registro Civil, según especifica el precitado precepto procesal. Por último, el art. 129.3 contempla los efectos de la excusa cuando el titular del cargo tutelar haya recibido alguna atribución patrimonial en consideración a su nombramiento. En concreto, permite al Juez acordar, atendidas la voluntad del disponente y las circunstancias del caso, que la aceptación de la excusa conlleve la pérdida total o parcial de la referida atribución patrimonial.

3. Remoción.

Las causas de remoción encuentran enumeradas en el art. 127 CDFA, precepto según el cual será removido del cargo tutelar el que después de la toma de posesión se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: 1ª.- incurra en causa de inhabilidad[18]; 2ª.- incumpla los deberes propios del cargo tutelar o lo ejerza con notoria ineptitud; 3ª.- cuando surjan problemas de convivencia graves y reiterados; y 4ª.- tratándose de una persona jurídica privada, cuando se convierta en una entidad con ánimo de lucro o entre sus fines ya no se encuentre la protección (promoción de la autonomía y asistencia) de las personas con discapacidad.

La remoción de los tutores y curadores corresponde al Juez (art.49 LJV) y la del defensor judicial al Letrado de la Administración de Justicia (art. 32 LJV). A partir de ahí, el procedimiento de remoción debe sustanciarse por los trámites de la jurisdicción voluntaria del art. 49 JLV con las especialidades previstas en el art. 128 CDFA.

Sus efectos se regulan en el art. 129 CDFA, conjuntamente con los de las excusas, distinguiendo a tal objeto entre los efectos durante la tramitación del procedimiento y los efectos en caso de ser admitida.

18 Aplica esta previsión la SAP de Teruel núm. 9 de 24 marzo 2015 (CENDOJ, Roj SAP TE 36/2015) para remover del cargo tutelar a dos tutores incursos en un proceso penal por supuestos abusos sexuales contra la persona protegida, ya que, al margen del resultado de las diligencias penales, en el proceso ocupan posiciones opuestas, lo que genera un manifiesto conflicto de interés que determina su inhabilidad sobrevenida para ejercer la tutela *ex* art. 125.1.h CDFA y, por ende, su remoción.

VI. LA TUTELA.

1. Introducción.

La tutela, tal y como se regula en el CDFA, se caracteriza por ser una institución tutelar estable, a la par que demasiado rígida, dirigida a prestar apoyo a las personas con discapacidad no sujetas a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Por añadidura, se configura como un mecanismo sustitutorio de toma de decisiones, de tal manera que el tutor actúa en nombre del tutelado, en cuanto es su representante legal (arts. 12.1, 136 y 139 CDFA). La tutela incluye, como la autoridad familiar, el cuidado de la persona "incapacitada" (entiéndase, provista judicialmente de apoyos) (arts. 136, a 138 CDFA). Pero, además, corresponde al tutor, como parte intrínseca de su contenido (no como "función aneja", como prevé el art. 9.2 CDFA respecto de la autoridad familiar de los progenitores) la gestión del patrimonio del tutelado (art. 139 CDFA).

Ciertamente, según establecen los arts. 38 y 130.1.b CDFA, para que una persona "incapacitada" (entiéndase, provista judicialmente de apoyos) esté sujeta a tutela es necesario que la resolución judicial que la constituya, así lo establezca en función de su capacidad de autogobierno, pudiendo optar, en su caso, por la curatela. Ello sin olvidar, además, que los arts. 136.1 y 139.1 CDFA facultan al Juez a modular el contenido de la tutela en atención a la concreta situación y las circunstancias de la persona con discapacidad.

Sucede, sin embargo, que, más allá de estas previsiones, el tratamiento que el texto legal aragonés dispensa a la tutela (con diecisiete preceptos referidos a la misma frente a los cinco dedicados a la curatela), permite presumir el carácter preferente de la tutela, en contravención, a mi entender, con el sistema de apoyos que propugna la Convención UN 2006. Es más, esta presunción se confirma con el análisis de la jurisprudencia aragonesa, al menos la vertida hasta bien entrado 2019, donde puede apreciarse que la tutela es con creces el resultado general de los procesos de incapacitación[19]. Sólo a partir de la segunda mitad de 2019 se observa una cierta flexibilización de esta jurisprudencia que se traduce en un incremento de las incapacidades parciales -en vez de totales- y, por ende, de las curatelas que alcanzan así el número de tutelas constituidas, aunque ciertamente la mayoría de las sentencias consultadas atribuyen a los curadores amplias facultades representativas[20]. A partir de ahí, buena parte de los fallos de las sentencias constitutivas de tutela coinciden en declarar la "incapacidad total y permanente de

19 En total, 39 sentencias referidas a la tutela (36 provenientes de Audiencias provinciales y 3 de Juzgados de Primera Instancia con sede en Aragón) frente a 23 sentencias sobre curatela (17 provenientes de Audiencias Provinciales y 6 de Juzgados de Primera Instancia).

20 En total, 12 sentencias referidas a curatela y 12 constitutivas de tutela.

la persona para regir su persona y sus bienes" y su subsiguiente sujeción al régimen de tutela, siendo sustituida de modo absoluto en la toma de decisiones[21].

2. Estructura.

El art. 134 CDFA configura, en principio, la tutela como un órgano unipersonal. No obstante, admite excepcionalmente la cotutela o pluralidad de tutores respecto de un mismo tutelado. Tales salvedades se examinan a continuación.

Primera, "cuando se haya separado la tutela de la persona y de los bienes" (art. 134.a). Se trata así de designar a dos tutores, encomendando a uno de ellos el cuidado de la persona del tutelado (tutor de la persona) y al otro, la gestión de su patrimonio (tutor real). De acuerdo con el art. 135.b y c CDFA, tal designación puede efectuarse bien por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria, bien por el Juez en la delación dativa cuando lo estime conveniente o, una vez constituida la tutela, cualquiera que haya sido la modalidad de delación, siempre en este último caso que concurran circunstancias especiales en la persona o patrimonio del tutelado[22].

Segunda, "cuando en la delación voluntaria se hayan designado a dos tutores para actuar simultáneamente" (art. 134.b). Este supuesto se encuentra regulado con mayor detalle, en sede de delación voluntaria, en el art. 112 CDFA, según el cual tanto el interesado como los titulares de la autoridad familiar pueden designar dos tutores para que actúen conjunta o solidariamente.

Tercera, "cuando la tutela corresponda a ambos padres o abuelos paternos o maternos" (art. 134.c, 1ª parte). Esta salvedad establece la tutela dual de los progenitores y de los abuelos de modo análogo a la autoridad familiar. No obstante, su ámbito de aplicación es muy limitado, toda vez que los padres y abuelos sólo serán tutores cuando no tengan la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada (art. 43 CDFA) y así hayan sido designados por el propio interesado o por el Juez, alterando, en su caso, el orden de llamamientos del art. 116 CDFA.

21 Entre otras, SAP Huesca núm. 233 de 30 diciembre 2014 (CENDOJ, Roj SAP HU 399/2014); SSAP Zaragoza núm. 122 de 6 marzo 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z SAP Z 88/2013), núm. 230 de 12 mayo 2015 (CENDOJ, Roj SAP Z 2630/2015), núm. 665 de 10 octubre 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2144/2017), núm. 504 de 9 noviembre 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 2139/2018), núm. 365 de 4 noviembre 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 2482/2019), núm. 74 de 24 febrero 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 620/2020), núm. 290 de 9 julio 2021 (SAP Z SAP Z 1839/2021).

22 La lectura de la jurisprudencia revela, no obstante, que los órganos judiciales aragoneses hacen uso de esta facultad de modo muy limitado, permitiendo únicamente la separación de la tutela de la persona y de los bienes "cuando en el campo de los bienes nos encontremos con un gran patrimonio, bienes en lugares distintos o cuando se trate de bienes que tengan alguna especialidad, requieran conocimientos especializados o necesiten de una gestión independiente" (SAP de Huesca núm. 177 de 30 de julio de 2010 CENDOJ, Roj SAP HU 202/2010).

Cuarta y última, "cuando la tutela corresponde a una persona casada si el Juez considera conveniente que su cónyuge, mientras lo sea, también ejerza la tutela" (art. 134.c, 2ª parte). Ahora bien, tal facultad judicial encuentra una importante limitación en la voluntad de los particulares, toda vez que, en los términos en que se expresan los arts. 108 y 110 CDFA, resulta claro que tanto el propio interesado como los titulares de la autoridad familiar podrán excluir este nombramiento.

El régimen de la cotutela se completa con lo dispuesto en el art. 142 CDFA en orden a su régimen de funcionamiento. En concreto, su ap. 1º da preferencia a los criterios de actuación establecidos ya sea en la delación voluntaria o dativa; y, en su defecto, se remite a las reglas de funcionamiento de la autoridad familiar (arts. 71 y 74 CDFA). Por su parte, el art. 142.2 prevé que, en el caso de separación de la tutela personal y real, cada tutor actuará con plena independencia en el ámbito de su competencia. Finalmente, el art. 142.3 resuelve la cuestión relativa al cese de uno de los tutores en el caso de tutela plural. En concreto, dispone que, en caso de coexistir dos tutores personales y cesar uno de ellos, el otro continuará en el ejercicio de la tutela, siempre que no se haya dispuesto expresamente otra cosa en la delación voluntaria o dativa. La misma solución se prevé para el supuesto de dualidad de tutores reales sobre los mismos bienes.

3. Contenido.

A) Funciones de índole personal.

De la lectura conjunta de los arts. 39 y 136.2 CDFA, resulta que el contenido personal será el previsto en la sentencia de "incapacitación" (entiéndase, de provisión de apoyos). En su defecto, legalmente se le atribuye el contenido de la autoridad familiar sobre los hijos menores de catorce años, lo que incluye, en principio, los diversos derechos y deberes a que se refiere el art. 65.1 CDFA. No obstante, según matiza el art. 138 CDFA, el tutor no tiene la obligación de convivir con el tutelado, si bien debe procurarle la prestación de la asistencia especializada que requiera, así como habrá de promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su inserción en la sociedad. El texto foral aragonés opta así por un tratamiento de la discapacidad que responde al tradicional modelo médico, que contempla la discapacidad como un problema exclusivamente personal causado por una enfermedad o deficiencia y, por consiguiente, centra sus respuestas en las limitaciones del individuo para adoptar una posición meramente protectora centrada fundamentalmente en su curación; obviando, sin embargo, los factores sociales externos o sociales de la discapacidad, también presentes en la Convención UN 2006.

En cualquier caso, la remisión al contenido de la autoridad familiar debe entenderse sin perjuicio de la aplicación preferente de las especificidades previstas

para las relaciones tutelares en el Título III, tales como la sujeción a control judicial y del Ministerio fiscal *ex* art. 103, el derecho de reembolso por los gastos generados en ejercicio de la tutela *ex* art. 104.1, la responsabilidad recíproca tutor-tutelado por los daños causados negligentemente *ex* arts. 104.2 y 106, el posible derecho a remuneración *ex* 105 o la exigencia de fianza e inventario *ex* arts. 140 y 141. Adicionalmente, el art. 139.2 prescinde en todo caso del requisito de la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos del tutelado.

B) Funciones de índole patrimonial.

El art. 135 CDFA atribuye, en principio, al tutor la administración legal de los bienes del tutelado. No obstante, como excepción a esta regla general, el mismo precepto excluye de la administración del tutor aquellos bienes que el tutelado haya recibido a título gratuito con designación de un administrador *ad hoc* (art. 107 CDFA). Otro supuesto de exclusión o, más propiamente, de separación de funciones tutelares es el que resulta de la designación de un tutor de los bienes como figura independiente del tutor de la persona, ya sea en virtud de la delación voluntaria o dativa.

Junto a los supuestos contemplados expresamente en el art. 135, también deben excluirse de la administración del tutor, con base en el art. 153.a CDFA, aquellos concretos actos respecto a los bienes del tutelado en que haya oposición de intereses entre el tutor y el tutelado, procediéndose en tal caso al nombramiento de un defensor judicial. Asimismo, la administración del tutor ha de excluirse respecto de aquellos bienes o actos patrimoniales que la ley o la sentencia de "incapacitación" (entiéndase, de provisión de apoyos) permita al tutelado realizar por sí mismo (art. 39 CDFA).

El régimen en materia de gestión del patrimonio del tutelado se complementa con lo dispuesto en el art. 139.1, precepto que se remite a lo dispuesto en el propio CDFA para "la gestión de los bienes de un hijo de su edad y capacidad", en particular, a los arts. 12 a 19. Ello con las modificaciones previstas en el Título III, tales como la sujeción a control judicial y del Ministerio Fiscal *ex* art. 103, el derecho de reembolso por los gastos generados en ejercicio de la tutela *ex* art. 104.1, la responsabilidad recíproca tutor-tutelado por los daños causados negligentemente *ex* arts. 104.2 y 106, el posible derecho a remuneración *ex* 105 o la exigencia de fianza e inventario *ex* arts. 140 y 141. Adicionalmente, el art. 139.2 prescinde en todo caso del requisito de la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos del tutelado.

4. Obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio del cargo.

A) Prestación de fianza.

El art. 140 CDFA impone al tutor el deber de prestar fianza si así lo exige la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez, este último conforme a los trámites del art. 46.1 y 2 LJV. Ahora bien, parece que el tutor podrá ser dispensado de dicho deber por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria (arts. 108 y 109 CDFA); dispensa que vinculará a la Junta de Parientes o, en su caso, al Juez, sin perjuicio de que este último pueda exigir ulteriormente la prestación de fianza en caso de circunstancias sobrevenidas (art. 114.2 CDFA). Corresponde, asimismo, a la Junta de Parientes o al Juez, en caso de que se decidan a exigirla, determinar la concreta modalidad de fianza, así como su cuantía.

De cualquier modo, el término "fianza" que utiliza el art. 140 no parece que deba interpretarse en el sentido estricto del art. 1822 Cc relativo al contrato de fianza, sino en el sentido más amplio de garantía o caución real o personal que asegure el cumplimiento de las obligaciones del tutor, tanto las de índole personal como las de carácter patrimonial[23].

Por lo demás, la fianza puede exigirse, en principio, a cualquier persona que sea nombrada tutor. No obstante, como excepción a esta regla se excluye del deber de prestar fianza a la persona jurídica pública (entiéndase, el IASS) que asuma la tutela ya sea por ministerio de la ley (tutela administrativa del art. 119 CDFA) o por resolución judicial (tutela ordinaria en virtud de delación dativa del art. 116.1.g CDFA).

En lo que atañe al momento en que debe prestarse la fianza, interesa observar que, aunque lo normal es que se exija antes de que el tutor comience el ejercicio de sus funciones, excepcionalmente podrá reclamarse judicialmente en un momento ulterior en atención a la alteración de las circunstancias que llevaron a la Junta de Parientes o al Juez a no exigirla antes de la toma de posesión. Asimismo, se faculta al Juez a modificar en cualquier momento total o parcialmente la fianza ya constituida, ya sea cualitativa o cuantitativamente, e, incluso, a dejarla sin efecto, siempre que medie la correspondiente motivación.

B) Formalización de inventario de los bienes del tutelado.

Adicionalmente, el art. 141 CDFA impone al tutor el deber de hacer inventario del patrimonio del tutelado, debiendo incluir en el mismo los posibles derechos de crédito que tenga contra éste, ya que de omitirlos se entenderá que los renuncia.

23 Opta, asimismo, por una interpretación amplia del término "fianza" la SAP de Zaragoza de 23 noviembre 2010 (CENDOJ, Roj SAP Z 2771/2010) para permitir su prestación al tutor en forma de aval bancario.

A diferencia de la prestación de fianza, tal deber es preceptivo en todo caso, salvo obviamente que se trate de un tutor de la persona o cuando el tutelado carezca de patrimonio. Por consiguiente, no es susceptible de dispensa por el interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria ni por el Juez en la delación dativa.

El inventario deberá formalizarse en un plazo de sesenta días a contar desde la toma de posesión, prorrogable por el Juez en resolución motivada. Con todo, entiendo que el tutor puede desempeñar sus funciones desde que tome posesión de su cargo, aunque no haya formalizado el inventario, por resultar esta solución más acorde a los intereses del pupilo y ello sin perjuicio de que el Juez pueda adoptar las medidas que considere oportunas para asegurar sus intereses.

En orden a su modo de formalización, el art. 141 permite la forma tanto judicial como notarial. El inventario judicial ha de formarse conforme a los trámites del art. 47 LJV, con intervención del Ministerio Fiscal y todas aquellas personas que el Juez estime conveniente citar. En el inventario notarial se requiere la intervención de la Junta de Parientes.

Una vez formalizado el inventario por una u otra vía, se hará constar en el Registro civil su existencia mediante anotación, que están obligados a promover el propio tutor, el Juez o el Ministerio Fiscal (arts. 290.1º y 291 RRC 1958). Por añadidura, si ha sido formalizado notarialmente, el tutor deberá depositar una copia en el Juzgado que haya constituido la tutela, según prevé el art. 141.2, 2ª parte CDFA.

5. Extinción.

En atención a lo dispuesto en el art. 144 CDFA (debidamente reinterpretado conforme a la reforma procesal), cabe entender que la tutela de las personas con discapacidad se extingue por resolución judicial que, tras su oportuna revisión *ex* art. 761 LEC, ponga fin a la curatela. E, igualmente, por la muerte del sujeto a tutela; no así, en cambio, por su declaración de fallecimiento que sólo conllevará su suspensión por aplicación del art. 91.1.b *in fine* CDFA referido a la autoridad familiar.

6. Obligaciones del tutor al cese de sus funciones.

A) Rendición de la cuenta general.

Tras el cese de sus funciones, el tutor (o sus herederos, de haber fallecido) tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión, conforme a lo dispuesto en el art. 145 CDFA. Tal obligación no es susceptible de dispensa por el propio interesado

o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria ni tampoco por el Juez en la delación dativa.

De cualquier modo, se trata de una cuenta general de su gestión del patrimonio del tutelado durante todo el tiempo que haya ejercido la tutela, con independencia de que haya cumplido con las rendiciones de cuentas que le hayan podido exigir anualmente el Juez y Ministerio Fiscal *ex* art. 103.3 CDFA y art. 51.1 LJV; y, además, justificada, entiéndase, mediante cualquier medio probatorio, no necesariamente documental.

El plazo para hacer la rendición general de cuentas es de tres meses prorrogables por periodos de la misma duración si media justa causa. La concesión o no de la prórroga y la apreciación de la existencia de justa causa es una cuestión que se deja al arbitrio judicial. Como inicio del cómputo se señala el día del cese de las funciones tutelares, salvo que corresponda efectuar la rendición a los herederos del tutor, en cuyo caso el plazo se computará desde la aceptación de la herencia (art. 145.1 CDFA, en relación con el art. 51.4 LJV). Transcurrido este plazo sin que el tutor haya realizado la rendición de cuentas, el art. 145.2 establece una acción para exigir su cumplimiento vía judicial.

La rendición de cuentas debe hacerse ante el Juez, a quien corresponde su aprobación o no (art. 145.1 CDFA). El procedimiento para esta aprobación debe sustanciarse por los trámites de la jurisdicción voluntaria a que se refiere el art. 51 LJV. En caso de ser aprobada la cuenta general, dicha aprobación no impedirá el ejercicio de las acciones que puedan corresponder entre sí al tutor y al tutelado o a sus causahabientes respectivos por razón de la tutela (art. 146.2 CDFA y art. 51.5 LJV). En particular, el tutelado podrá ejercitar la acción de indemnización por los daños sufridos por la actuación negligente del tutor (art. 106 CDFA). Por su parte, el tutor podrá ejercitar la acción de reembolso de los gastos derivados del ejercicio de la tutela (art. 104.1 CDFA), la de indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar (art. 104.2 CDFA) y la del abono de su retribución (art. 105 CDFA).

Las cuentas rendidas por el tutor ante el Juez pueden presentar un saldo a favor o en contra del tutor. El importe del saldo debe abonarse en metálico a quien resulte ser acreedor del mismo, ya sea el tutor o el tutelado. Para el caso de retraso en el abono, el art. 147 CDFA dispone que el saldo devengará intereses legales, a la par que precisa la fecha de inicio del devengo, diferente según el saldo sea a favor o en contra del tutor. En concreto, cuando el saldo sea a favor del tutor, desde que el tutelado o, en su caso, su representante legal o herederos sean requeridos de pago, previa restitución de sus bienes por parte del tutor; en cambio, si es a favor del tutelado, desde la aprobación de la cuenta general.

En todo caso, los gastos derivados de la rendición de cuentas son a cargo del tutelado, según dispone el art. 145.3 CDFA.

B) Restitución de los bienes del tutelado.

Junto a la rendición de la cuenta general, el tutor tiene el deber de restituir los bienes del tutelado, que se rige por lo dispuesto en el art. 99.1 CDFA -precepto relativo a la gestión paterna de los bienes de los hijos-, al que se remite el art. 145.4. De ello resulta, en primer lugar, que los gastos de la restitución son de cuenta del tutelado y, en segundo lugar, que, en caso de extinción de la tutela por muerte del tutelado y si hubiese peligro de demora en la restitución, el tutor deberá seguir atendiendo los asuntos de éste para evitar perjuicios a los herederos.

VII. LA CURATELA.

En el CDFA la curatela de las personas con discapacidad se configura como una medida de apoyos estable, a la par que muy flexible y, por ende, acorde, a mi entender, con el sistema de que propugna la Convención UN 2006, toda vez que, junto a la asistencia, faculta al Juez a conceder al curador la representación para determinados actos de gestión del patrimonio de la persona con discapacidad, así como a limitarla al ámbito personal.

En particular, según prevé el art. 150 CDFA, el contenido de esta modalidad de curatela será, en principio, el que determine la sentencia de "incapacitación" (entiéndase, de provisión de apoyos). Así, la 1ª parte de su ap. 1 impone al Juez el deber de fijar los actos para los que la persona con discapacidad necesita la asistencia del curador. Adicionalmente, su ap. 2 permite al Juez atribuir al curador la representación del incapacitado para determinados actos de administración o disposición del patrimonio de la persona con discapacidad. El mismo precepto faculta a la autoridad judicial para dotar a esta curatela de contenido exclusivamente personal. Esta curatela de la persona se regirá por lo dispuesto en la sentencia de "incapacitación" (de provisión de medidas judiciales de apoyo) y, supletoriamente, por las normas relativas al contenido personal de la tutela.

A partir de ahí, el examen de la jurisprudencia revela que los órganos judiciales aragoneses configuran esta modalidad de curatela bien como medida exclusivamente de apoyo asistencial[24], bien adicionalmente con funciones

24 P.e. SSAP Huesca núm. 54 de 15 abril 2015 (CENDOJ, Roj SAP HU 100/2015) y núm. 112 de 11 octubre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 184/2018), SSAP Teruel núm. 41 de 10 junio 2014 (CENDOJ, Roj SAP TE 94/2014), y SSAP Zaragoza núm. 718 de 7 noviembre 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2435/2017), y núm. 22 de 22 enero 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 132/2020).

representativas de índole patrimonial[25]. Aunque la mayor parte de las sentencias extienden la curatela tanto al ámbito personal como patrimonial, hay algunas resoluciones que la limitan al ámbito patrimonial[26] o, muy excepcionalmente, al ámbito personal[27]. El contenido personal de la curatela se suele circunscribir a la supervisión del tratamiento médico a seguir por la persona con discapacidad[28] y, en su caso, de las gestiones administrativas[29]. Por su parte, el contenido patrimonial se suele limitar a la asistencia[30] o representación[31] en aquellos actos que excedan de los gastos de la vida cotidiana.

De no precisarse judicialmente el contenido de la curatela, el art. 150.1 en su 2ª parte atribuye al curador la función de prestar asistencia en aquellos actos previstos legalmente y, en particular, con un planteamiento muy rígido, en aquellos otros que la requiere el menor mayor de catorce años de conformidad con el art. 23 CDFA.

En cualquier caso, el régimen jurídico de la asistencia del curador no es otro que el previsto en el CDFA para la asistencia del menor mayor de catorce años (arts. 24 a 29), al que se remite el art. 151. Con esta remisión se trata de perfilar y concretar la finalidad de esta medida de apoyo[32] que no se dirige, como regla, a decidir "por" la persona con discapacidad, sino "con" ella. Ello no obsta para que se fije un régimen especial respecto de la anulabilidad de que adolecen los actos realizados por el sujeto a curatela sin la debida asistencia.

25 P.e. SSAP Zaragoza núm. 306 de 11 junio 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 1344/2013)., núm. 706 de 11 noviembre 2016 (CENDOJ, Roj SAP Z 1851/2016), núm. 299 de 21 mayo 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 1202/2018)., núm. 184 de 17 mayo 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 935/2019). y núm. 344 de 25 noviembre 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 2225/2020).

26 P.e. SAP Huesca núm. 104 de 19 septiembre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 207/2018)., SAP Teruel núm. 249 de 26 noviembre 2019 (CENDOJ Roj SAP TE 268/2019) y SAP Zaragoza núm. 184 de 17 mayo 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 935/2019).

27 P.e. SAP Zaragoza núm. 384 de 5 julio 2011 (CENDOJ, Roj SAP Z 1861/2011).

28 P.e. SAP Huesca núm. 112 de 11 octubre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 184/2018), SAP Teruel núm. 249 de 26 noviembre 2019 (CENDOJ Roj SAP TE 268/2019).y SAP Zaragoza núm. 250 de 28 junio 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 1487/2021).

29 P.e. SSAP Zaragoza núm. 299 de 21 mayo 2018 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 1202/2018), núm. 404 de 27 noviembre 2019 (ROJ SAP Z 2494/2019), núm. 344 de 25 noviembre 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 2225/2020) y núm. 57 de 15 febrero 2021 (CENDOJ Roj SAP Z 710/2021).

30 P.e. SAP Huesca núm. 104 de 19 septiembre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 207/2018) y SAP Zaragoza núm. 250 de 28 junio 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 1487/2021).

31 P.e. SSAP Zaragoza núm. 706 de 11 noviembre 2016 (CENDOJ, Roj SAP Z 1851/2016), núm. 299 de 21 mayo 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 1202/2018), núm. 404 de 27 noviembre 2019 (CENDOJ Roj SAP Z 2494/2019), núm. 249 de 23 septiembre 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 1420/2020) y núm. 57 de 15 febrero 2021 (CENDOJ Roj SAP Z 710/2021).

32 Lacruz Mantecón, M.: "Comentario al art. 151 CDFA", en AA.VV., *Código del Derecho foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia,* Delgado Echeverría (dir.), C. Bayod López y J.A. Serrano García (coords.), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, p. 299.

Por último, en orden a la extinción de la curatela, el CDFA renuncia a fijar unas causas específicas para, en su lugar, remitirse al régimen de la tutela (art. 144, en relación con el art. 150.4). De este modo, habrá que entender que la curatela de las personas con discapacidad se extinguirá por las mismas causas que la tutela, ya referidas en el epígrafe correspondiente. Una vez extinguida la curatela, el curador ha de presentar al Juez, al objeto de su debida aprobación, un informe general justificado de las actividades que ha desempeñado durante el ejercicio de su cargo (art. 152 CDFA, en relación con el art. 51.4 LJV). Por añadidura, parece razonable que el informe incluya una rendición final de cuentas si la autoridad judicial ha concedido al curador facultades representativas de índole patrimonial.

VIII. EL DEFENSOR JUDICIAL.

El defensor judicial se configura en el CDFA como una medida de apoyo dirigida a prestar protección puntual a las personas con discapacidad en suplencia de las personas que la ejercen habitualmente, ya sean el tutor, el curador o los titulares de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada.

En particular, de acuerdo con el art. 153 CDFA, se nombrará un defensor judicial que represente o, en su caso, asista a la persona con discapacidad que se encuentren en alguno de los supuestos que se enuncian a continuación.

Primero, "cuando en algún asunto exista oposición de intereses entre el "incapacitado" y quienes le representen o asistan y, conforme a lo previsto en la ley, corresponda intervenir a un defensor judicial". Hay oposición de intereses cuando los intereses de la persona con discapacidad y los de quienes le representan o asisten son opuestos o contrarios en algún asunto concreto, de tal manera que el beneficio de uno puede comportar perjuicio para los otros[33]. Tal oposición de intereses debe ser real, no meramente probable o futura y no necesariamente de tal entidad que haga a la persona inhábil para ejercer su función de representación o asistencia[34]. En cualquier caso, en los términos tan amplios en que se expresa el CDFA ("algún asunto") la oposición de intereses puede plantearse en asuntos de índole patrimonial, lo más habitual, o personal.

Segundo, "cuando por cualquier causa los titulares de la autoridad familiar, tutela o curatela no desempeñen sus funciones de asistencia o representación, hasta que cese la causa determinante o se designe por resolución firme otra persona para desempeñarlas". Ello sucede, p.e. la tramitación del procedimiento de remoción

33 De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo: entre otras, SSTS 5 junio 2012 (CENDOJ, Roj STS 3800/2012) y 30 junio 2016 (CENDOJ, Roj STS 2995/2016).

34 De acuerdo con Moreno Martínez, J.A.: "Problemática actual del defensor judicial: Hacia una nueva concepción de la institución", *RDP,* núm. 5, 2018, p. 58.

del cargo tutelar, cuando el Juez suspenda en sus funciones al tutor o curador y el Letrado de la Administración de Justicia nombre al tutelado un defensor judicial (art. 129.1 CDFA, reinterpretado con arreglo al art. 49.2 LJV). E, igualmente, durante la tramitación del procedimiento de excusa del cargo tutelar, cuando éste deje de ejercer sus funciones, en cuyo caso el Letrado de la Administración de Justicia habrá de nombrar un defensor judicial que le sustituya, quedando el cargo tutelar sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada (art. 129.1 CDFA, reinterpretado con arreglo al art. 50.3 LJV).

Y, por último, "en todos los demás casos previstos en la ley", como es el caso contemplado en el art. 46 CDFA, referido al defensor del desaparecido.

Tras la aprobación en 2015 de la LJV (art. 28.1), el nombramiento del defensor judicial ya no corresponde al Juez según dispone el art. 154 CDFA, sino, como regla, al Letrado de la Administración de Justicia, con arreglo al procedimiento previsto en su art. 30. No obstante, esta regla general tiene alguna salvedad, como la contemplada en los art. 87 y 88 LJV donde se permite el nombramiento de defensor judicial por el Juez en caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de los bienes de la persona con discapacidad; y quizá también el supuesto de falta de desempeño de funciones de la autoridad familiar, tutela o curatela a que se refiere el art. 153.b CDFA[35].

En cualquier caso, el Letrado de la Administración de Justicia o, excepcionalmente, el Juez habrá de nombrar defensor judicial a quien estime "más idóneo" para el cargo (art. 154 CDFA, en relación con el art. 30.2 LJV). De ello resulta, por consiguiente, que el Letrado (o el Juez), a la hora de designar defensor judicial, no está vinculado a las pautas de la delación voluntaria ni al orden de preferencia que establece el art. 116.1 CDFA para la delación dativa.

Por lo que respecta al régimen jurídico del defensor judicial, en su condición de cargo tutelar le son aplicables las disposiciones generales que, para las relaciones tutelares, contienen los arts. 103 (nombramiento, vigilancia y control), 104 (derecho de reembolso por los gastos derivados del ejercicio de la función tutelar e indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar), 105 (remuneración) y 106 (responsabilidad por los daños ocasionados a la persona protegida). De igual modo, según prevé el art. 32 LJV, le son aplicables las disposiciones sobre excusa y remoción de los cargos tutelares (arts. 123 a 129 CDFA), así como las disposiciones establecidas para la formación de inventario de los tutores (art. 141 CDFA) y para su rendición de cuentas una vez concluida su

35 De acuerdo con Bonet Navarro, Á.: "La reforma", cit., p. 152; y Calatayud Sierra, A.: "La reforma", cit., p. 164.

gestión (arts. 145 a 147 CDFA), que se tramitarán y decidirán por el Letrado de la Administración de Justicia.

Por su parte, el art. 155.1 CDFA establece específicamente, en los mismos términos que el art. 30.2 LJV, que la actuación del defensor judicial vendrá delimitada por las atribuciones concretas que le haya concedido el Letrado de la Administración de Justicia (o el Juez) en el momento de su nombramiento. A partir de ahí, las concretas atribuciones atribuidas al defensor judicial dependerán de la causa determinante de su nombramiento[36]. Añade el art. 155.2 que si el acto en que haya de intervenir el defensor judicial requiere autorización judicial (arts. 15 a 17 y 33 CDFA), ésta se entenderá implícita en el nombramiento si "el Juez" no dispone otra cosa. Ahora bien, tras la aprobación de la LJV tal previsión debe entenderse circunscrita a aquellos casos excepcionales de nombramiento judicial; en cambio, cuando el nombramiento corresponda al Letrado, la autorización judicial será ineludible en todo caso[37].

En todo caso, una vez finalizada su gestión, el defensor judicial deberá rendir cuentas de la misma al Letrado o al Juez, (art. 155.1 *in fine* CDFA, reinterpretado con el art. 32 LJV).

IX. LA AUTORIDAD FAMILIAR PRORROGADA O REHABILITADA.

Las medidas de apoyo hasta aquí analizadas se complementan con las figuras de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, cuyo concreto alcance será asistencial o representativo, según la persona con discapacidad, una vez alcanzada la mayoría de edad y en el oportuno proceso (antes de incapacitación y ahora de provisión de medidas judiciales de apoyo), sea equiparado por el Juez al menor de edad mayor o menor de catorce años.

En particular, el art. 41 CDFA contempla la prórroga *ope legis* de la autoridad familiar (o, en su caso, de la tutela) respecto de aquellos "incapacitados" durante su minoría de edad, cuando alcanzan la mayoría de edad; previsión esta que, a mi juicio, actualmente resulta inaplicable en atención a la nueva legislación procesal que, además de impedir la incapacitación, parece restringir la provisión de medidas judiciales de apoyo a los mayores de edad.

Por su parte, el art. 42 CDFA permite la rehabilitación, también por ministerio de ley, de la autoridad familiar para aquellos "incapacitados" (entiéndase, provistos judicialmente de apoyos) tras su mayoría de edad, siempre que permanezcan

36 Según advierten Parra Lucán, M.A.: "Las relaciones", cit., p. 252; y Lacruz Mantecón, M.: "Comentario al art. 151 CDFA", en AA.VV., *Código,* cit., p. 305.

37 De acuerdo con Calatayud Sierra, A.: "La reforma", cit., p. 165.

solteros y convivan con alguno de los antiguos titulares de aquella (ya sean los progenitores o subsidiariamente el padrastro/madrastra, los abuelos o los hermanos mayores), y no hayan hecho uso de la delación voluntaria, en cuyo caso habrá de respetarse, como regla, a tenor de lo dispuesto en el art. 114.2 CDFA.

Ahora bien, en Derecho aragonés esta prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar prevista legalmente no opera de modo absolutamente automático, toda vez que el art. 43 CDFA faculta al Juez a prescindir de la misma para, en su lugar, constituir la tutela o curatela, en atención a las circunstancias concretas del caso, tanto de la persona con discapacidad como de sus parientes a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada[38].

X. LA GUARDA DE HECHO.

En Derecho aragonés, al igual que en Derecho estatal, la guarda de hecho se configura como una medida fáctica de apoyo de las personas con discapacidad, a diferencia de las instituciones hasta aquí examinadas. En concreto, según dispone el art. 156 CDFA, hay guarda de hecho cuando una persona (física o jurídica, precisa su Preámbulo) por su propia iniciativa y, por ende, sin previo nombramiento ni habilitación legal, se ocupa del cuidado de una persona con discapacidad.

Precisando más esta idea, el mismo art. 156 califica de guarda de hecho dos supuestos que habrán de revisarse *ad futurum*, dado que se vinculan a la "incapacitación", bien como estado previo (cuando una persona se ocupa de hecho, del cuidado de una persona que "podría ser incapacitada", pero no lo ha sido) o simultaneo a la misma (cuando una persona, sin estar obligada legalmente, se hace cargo de las funciones de protección/apoyo de una persona "incapacitada" en desamparo no declarado formalmente por la Administración).

Por añadidura, en el régimen aragonés vigente la guarda de hecho se contempla como una situación transitoria que debe cesar[39]. En este sentido, el CDFA impone al guardador la obligación de comunicar el hecho de la guarda al Juez o al Ministerio Fiscal (art. 157), así como la obligación de promover la constitución de la tutela o curatela, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños causados (art. 131.1).

En cualquier caso, el CDFA no deja la guarda de hecho al margen del control judicial. Así, su art. 158.1, de modo coincidente con el art. 52.1 LJV, impone al Juez la obligación de requerir al guardador para que le informe de la situación personal y patrimonial del sujeto a su guarda, así como de su concreta actuación al respecto.

38 Como pone de relieve Bayod López, C.: "Comentario a los arts. 41 a 45 CDFA", en AA.VV., *Código*, cit., p. 152.

39 Así lo entiende, igualmente, Parra Lucán, M.A.: "Las relaciones", cit., p. 254.

Ahora bien, para ello será preciso que el Juez conozca de la existencia de la guarda de hecho y obviamente ello puede resultar difícil en la práctica si no se pone en su conocimiento ya sea por el propio guardador tal y como le exige el art. 157 del texto legal aragonés o a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a la guarda de hecho o de cualquiera que tenga un interés legítimo, de acuerdo con el art. 52.1 LJV. Por su parte, el art. 158.2 CDFA, en relación con el art. 52.2 LJV, faculta al Juez a establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, mientras se prolongue en el tiempo esta situación fáctica; ello sin perjuicio de promover la constitución de la curatela o, en su caso, tutela, de estimarse necesario.

En Derecho aragonés el ámbito de actuación del guardador de hecho se encuentra circunscrito al cuidado de la persona del guardado y a realizar actos necesarios de administración de su patrimonio. No se extiende, sin embargo, a los actos de administración extraordinarios ni de disposición del patrimonio de quien se encuentre bajo esta medida de apoyo. Dentro del ámbito de actuación referido, el CDFA le atribuye la representación legal y, es más, le permite acreditar tal condición mediante declaración de la Junta de Parientes (art. 159.1 y 2), sin necesidad de intervención judicial,

Ahora bien, más allá de esta previsión legal, lo cierto es que en la práctica existen muchas reticencias a admitir la actuación representativa de un guardador de hecho desde el momento que carece de un título que acredite su existencia, más allá de la posible declaración de la Junta de Parientes de la persona con discapacidad a que se refiere el art. 159.2. Este precepto, en particular, permite justificar la necesidad del acto de administración a desarrollar por el guardador de hecho, así como su condición mediante declaración de la Junta de Parientes constituida a tal efecto. Complementariamente, el art. 159.3 reconoce la validez de los actos declarados necesarios por la Junta. Los demás actos realizados por el guardador serán anulables, salvo que se acredite que han resultado útiles o beneficiosos para la persona con discapacidad.

XI. LA ADMINISTRACIÓN VOLUNTARIA.

No puede finalizarse el examen del vigente sistema de apoyos de las personas con discapacidad en Derecho aragonés sin reparar en la institución de la administración voluntaria. Bajo esta denominación, el art. 107 CDFA reconoce a quien disponga de bienes a título gratuito, ya sea *inter vivos* (en virtud de donación) o *mortis causa* (mediante testamento, pacto sucesorio o fiducia sucesoria), a favor de una persona "incapacitada" (entiéndase provista judicialmente de apoyo), la potestad de configurar el régimen jurídico de la gestión (ya sea la administración y/o disposición) de tales bienes. El disponente puede así establecer reglas de

gestión al margen de lo dispuesto legalmente, así como nombrar un administrador *ad hoc* para tales bienes.

Centrando nuestra atención en esta última posibilidad, el nombramiento de un administrador por parte del disponente da lugar a la administración voluntaria de los bienes que ha atribuido a la persona con discapacidad, con la consiguiente exclusión de la gestión del cargo tutelar (o, en su caso, de los progenitores titulares de la autoridad familiar rehabilitada).

El apoyo a prestar por el administrador voluntario a la persona con discapacidad se limitará a la administración y disposición de los bienes atribuidos a éste a título gratuito por quien lo ha designado. Dicho administrador tendrá todas las facultades propias para llevar a cabo una adecuada gestión de los bienes, salvo aquellas excluidas, en su caso, de su competencia por el disponente. Dentro de estas facultades deberá entenderse comprendida, bien la representación si se trata de una persona sujeta a tutela (art. 39 CDFA), bien la prestación de la asistencia cuando esté sujeto a curatela (art. 107.1, 2ª parte CDFA). A partir de ahí, el administrador voluntario deberá ejercer dicha función conforme a las reglas de gestión que haya previsto el propio disponente, entre las cuales, se incluye la posibilidad de excluir la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para los actos referidos en los arts. 14 y 15 CDFA (según se prevé expresamente en el art. 107.3 CDFA), así como de eludir los mecanismos previstos en el art. 13 CDFA para los supuestos de oposición de intereses.

Por añadidura, según clarifica el art. 107.2 CDFA su nombramiento será eficaz, sin necesidad de intervención judicial, desde la persona con discapacidad adquiera los bienes que le han sido transmitidos ya sea por donación, herencia o legado.

Cuando por cualquier causa, voluntaria o involuntaria, cese en su función el administrador, el art. 107.4 CDFA otorga, de nuevo, preferencia a la voluntad del disponente, contemplando la posibilidad de que le haya designado un sustituto. Sólo en defecto de tal "sustituto voluntario", las funciones atribuidas a aquél por el disponente serán recuperadas por el tutor o curador.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Lata, N. y Seoane, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *DPyC*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.

Bayod López, C.: "Comentario a los arts. 41 a 45 CDFA", en AA.VV., *Código del Derecho foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia,* Delgado Echeverría (dir.), C. Bayod López y J.A. Serrano García (coords.), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 150-162.

Bonet Navarro, Á.: "La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés", en AA.VV., *Actas de los XXVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2017*), El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 127-156.

Calatayud Sierra, A.: "La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés", en AA.VV., *Actas de los XXVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2017)*, 2018, Zaragoza, pp. 157-168

García Cano, T.: "Autotutela y poderes preventivos", *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2005),* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 117-130.

Lacruz Berdejo, J.L.: "Informe sobre la tutela", en Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés, *Informes del Seminario (1954-1958),* El Justicia de Aragón, Zaragoza, vol. I, pp. 245-350.

Lacruz Mantecón, M.: "Comentario al art. 151 CDFA", en AA.VV., *Código del Derecho foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia,* Delgado Echeverría (dir.), C. Bayod López y J.A. Serrano García (coords.), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 299-300.

Moreno Martínez, J.A.: "Problemática actual del defensor judicial: Hacia una nueva concepción de la institución", *RDP,* núm. 5, 2018, pp. 43-72.

Parra Lucán, M.A: "Las relaciones tutelares" (aptdo. 4)", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés*, Delgado Echeverría (dir.), Parra Lucán (coord.), 4ª ed., El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 2012, pp. 208-221.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO PRIVADO DE NAVARRA (ANTEPROYECTO DE LEY FORAL)

THE LEGAL PROTECTION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE PRIVATE LAW OR NAVARRA (DRAFT FORAL LAW)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 80-121

Elsa SABATER BAYLE

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: Navarra se encuentra en estos momentos en un proceso de adaptación de sus disposiciones de Derecho Público y Privado a los principios de la Convención de Nueva York de 2006. En abril 2022 se publicó en la página de Gobierno Abierto un borrador de Anteproyecto de Ley Foral que aspira a establecer todo de tipo de apoyos a las situaciones de discapacidad, cuya versión definitiva se encuentra en fase avanzada de elaboración a finales de junio 2022. Hasta ahora, los Tribunales locales han aplicado las disposiciones del Código civil en materia de tutela y curatela para resolver conflictos suscitados en los procesos de incapacitación; y tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, aparecen los primeros pronunciamientos de Juzgados de PII y de la Audiencia Provincial, en aplicación de la normativa sobre curatela incorporada al Código Civil por la ley estatal. En este trabajo se exponen algunos criterios jurisprudenciales emanados de la Audiencia Provincial de Navarra, así como las modificaciones en el Fuero Nuevo de Navarra, recogidas en la Disposición Final Primera del Anteproyecto, que versan sobre la capacidad jurídica de las personas.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil navarro; discapacidad; adaptación normativa a la Convención de Nueva York.

ABSTRACT: *Navarra is currently in the process of adapting its provisions of Public and Private Law to the principles of the New York Convention of 2006. In April 2022, a draft of the Draft Law was published on the Open Government page that aspires to establish all kinds of support for situations of disability, whose final version is in an advanced stage of preparation at the end of June 2022. Until now, the Navarrese Courts have applied the provisions of the Civil Code in matters of guardianship to resolve conflicts arising in incapacitation processes; and after the entry into force of Law 8/2021, of June 2, the first pronouncements of the Provincial Courts appear, in application of the regulations on guardianship incorporated into the Civil Code by state law. In this work, some jurisprudential criteria emanating from the Provincial Court of Navarra are exposed, as well as the modifications in the New Charter of Navarra, collected in the First Final Provision of the Preliminary Draft, which deal with the legal capacity of people.*

KEY WORDS: *Navarrese Civil Law; disability; normative adaptation to the New York Convention of 2006.*

SUMARIO.- I. SITUACIÓN PRECEDENTE: LA PACÍFICA APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES TUTELARES REGULADAS EN EL CC CON OTRAS NORMAS DE PROTECCIÓN TRADICIONALES EN NAVARRA.- 1. Evolución.- 2. Perspectivas.- II. ALGUNAS APORTACIONES JURISPRUDENCIALES.- 1. Jurisprudencia que ha aplicado en Navarra el Título X del Libro Primero del CC, relativo a la tutela, curatela y la guarda de menores o incapacitados, en la versión anterior a las reformas operada por Ley 8/2021 de 2 de junio.- 2. Aplicación en Navarra de la nueva normativa sobre curatela, introducida en el CC por la Ley 8/2021 de 2 de junio, a los procesos pendientes de resolución a la entrada en vigor de la Ley: la disposición transitoria 6ª; primeros pronunciamientos procedentes de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y de la Audiencia Provincial.- III. IMPULSO DEFINITIVO PARA LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA DE NAVARRA A LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Referencias a la "capacidad modificada judicialmente" introducidas en el Fuero Nuevo por LF 21/2019 de 4 abril.- 2. Informe CERMIN sobre la adaptación de la legislación foral de Navarra a la Convención Internacional sobre los derechos de las "personas con discapacidad".- 3. Anteproyecto de Ley Foral de atención a las "personas con discapacidad": cuatro fases y dos versiones.- A) Estructura.- B) Contenido.- C) Referencia a las medidas de apoyo.- D) Fases del proceso de elaboración.- E) Versiones del borrador de texto del Anteproyecto.- IV. PRINCIPALES MODIFICACIONES EN EL FUERO NUEVO.- 1. En el Libro Preliminar (leyes 19 y 36 FN).- A) Invalidez de las declaraciones de voluntad (ley 19 FN).- B) Suspensión del cómputo de los plazos de prescripción (ley 36 FN).- 2. En el Libro Primero (Persona, Familia y la Casa).- A) Protección patrimonial de las personas con discapacidad (patrimonios protegidos, Leyes 44 y 45 FN).- B) Representación de las personas individuales (poderes preventivos, Ley 49).- C) Filiación (leyes 52, 54 apartados b y c, 55 IV, 56 aps. b, y d, 57 ap. b).- D) Responsabilidad parental (leyes 64, 67 y 71).- E) Régimen de bienes del matrimonio y Capitulaciones matrimoniales (ley 78 y leyes 86 IV, 94 II.4, 104 y 105).- 3. En el Libro Segundo (Donaciones y Sucesiones).- A) Fiducia sucesoria. Leyes 1511.2 y 287.- B) Indignidad sucesoria (leyes 154.7 y 8).- C) Testamentos (leyes 184, 187, 202.c, 204, 202 ap. c).- D) Sustitución pupilar y ejemplar (ley 227).- E) Usufructo vidual (ley 257).- F) Partición de herencia (leyes 342, 345).- 4. En los Libros Tercero (Bienes), y Cuarto (Obligaciones, Estipulaciones y Contratos).- A) Derecho de habitación (ley 425).- B) Enriquecimiento sin causa (ley 508).- C) Restitución del préstamo (ley 537).- V. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

I. SITUACIÓN PRECEDENTE: LA PACÍFICA APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES TUTELARES REGULADAS EN EL CC CON OTRAS NORMAS DE PROTECCIÓN TRADICIONALES EN NAVARRA.

Hasta época muy reciente, las instituciones tuitivas de las personas en situaciones de dependencia por enfermedades físicas o psíquicas graves y persistentes que merman su capacidad de autogobierno, no habían sido objeto de suficiente atención en el ordenamiento civil de Navarra contenido en el Fuero Nuevo y las Leyes Civiles especiales. Sí, en cambio, se recogían ciertas instituciones tradicionales, aunque distintas de la tutela, dedicadas a la protección de los menores (ya en la versión originaria de las leyes 73 y 74), o a las personas mayores[1]. En efecto, el Fuero Nuevo apenas contenía referencias a la tutela o a la

1 Desde su versión originaria, el Fuero Nuevo de Navarra contempla algunas instituciones tradicionales de naturaleza familiar, para la protección de personas en situaciones especiales, entre las que cabe mencionar

• Elsa Sabater Bayle
Profesora Titular de Derecho Civil (Jub). Correo electrónico: elsa@unavarra.es.

curatela de las personas "incapacitadas", salvo en algunas disposiciones aisladas, (p. ej., en antigua ley 153.2 -actual ley 152- que hace referencia a la falta de capacidad de los tutores y curadores para adquirir a título lucrativo de las personas tuteladas antes de la extinción de sus respectivos cargos), hecho en sí que permite observar que tampoco se ha desconocido la figura de la tutela regulada en el Código Civil.

Sin embargo, en estos momentos asistimos a un relevante cambio de enfoque sobre el tratamiento de las situaciones de discapacidad en el Derecho foral, en parte procedente de las novedades introducidas en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, así como también por la toma de consciencia de la necesaria adaptación de nuestra legislación interna autonómica a las exigencias de la Convención de Naciones Unidas firmada en Nueva York el 13 de diciembre 2006, que fue ratificada por el Estado Español y se encuentra vigente en España desde el 3 de mayo de 2008.

Pero, aunque no cabe duda de que los órganos legislativos y ejecutivos de Navarra han iniciado en firme el propósito de adaptación normativa a los principios de la Convención[2], no es menos cierto que el correspondiente proceso, que incide especialmente en una serie de disposiciones sectoriales de Derecho Público, se encuentra inmerso de lleno en la cuarta y última fase de elaboración; aunque, por otra parte, no queda exento de referencias a la necesidad de revisar nuevamente -pues ya lo había sido antes por la LF 21/2019 de 4 de abril, de Actualización y Modificación del Fuero Nuevo de Navarra para adaptarlo a la realidad social- las relativas al tratamiento de la capacidad jurídica de las personas que estaban recogidas en el Fuero Nuevo[3], con el objetivo de actualizarlas y adaptarlas a los principios generales surgidos de la Convención de Nueva York.

Así ha quedado reflejado en la Disposición Final Primera del "Anteproyecto de Ley Foral de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía

las figuras históricas del "Prohijamiento", antes contemplado en la ley 73, que ha sido suprimida por la LF 21/2019 de 4 de abril (si bien la disposición transitoria 2ª de esta norma deja a salvo los derechos de los prohijados adquiridos con anterioridad); también, en ciertos supuestos, del "Acogimiento a la Casa" y la autoridad de los "Parientes Mayores" (versión foral próxima a la extinta figura del "Consejo de Familia" propia del Derecho estatal); así como, ya en época más reciente, el "Acogimiento de Personas Mayores", regulado por la LF 34/2002 de 10 diciembre, cuyo carácter protector aparece reflejado en sus arts. 4 y 7. Estas disposiciones forales preexistentes se han mantenido en vigor tras la reforma de 2019 con algunas actualizaciones (a excepción del prohijamiento), por lo que siguen vigentes y coexisten con la tutela y demás instituciones tutelares del Código civil, aplicado supletoriamente en Navarra en esta materia.
V. al respecto Beltrán Aguirre, J.L.: "Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra", *Rev. Jurídica de Navarra,* núm. 4, 1987, pp. 117-140.

2 Mediante ciertas recientes iniciativas sobre las que más adelante nos detendremos (V. apartado III siguiente).

3 Solo en el texto del Preámbulo de la LF 21/2019, de 4 de abril, se pueden contabilizar al menos ocho referencias concretas a las situaciones de discapacidad que motivaron las modificaciones introducidas por la norma en las leyes que, con anterioridad a esta reforma, contemplaban distintos supuestos sobre la capacidad de obrar.

de sus derechos" o APLFD (en adelante "el Anteproyecto") que, más que realizar una nueva modificación en el Derecho Privado, revisa y mejora la ya realizada por la Ley Foral de 2019, para readaptarla a las nuevas disposiciones introducidas en el Derecho estatal por la Ley 8/2021 de 2 de junio.

1. Evolución.

Como ha quedado apuntado, el tratamiento de la tutela de personas con discapacidad evoluciona en Navarra en forma particular. A diferencia de otras Comunidades Autónomas, como Aragón y Cataluña, que en su día introdujeron previsiones sobre instituciones tutelares en uso de sus competencias legislativas, e incluso antes (como en el caso de la Compilación aragonesa de 1967 que ya contemplaba la tutela de menores en sus arts. 15 a 18)[4], en Navarra el legislador se ha mostrado hasta ahora acaso muy activo en cuanto a las normas de Derecho Público que regulan los servicios y las instituciones atinentes a las personas con discapacidad impulsadas por el ejecutivo foral (mediante la profusión de normas en materia de sanidad, educación, cultura, ocio, accesibilidad a espacios públicos, deporte, etc.); pero también prudente en cuanto a las normas de Derecho privado contenidas en el Fuero Nuevo y las Leyes Civiles especiales de Navarra, en las que puede parecer sorprendente constatar la ausencia de precedentes en materia de tutela y otras medidas contemporáneas de protección de las personas menores y de personas con discapacidad.

No obstante tales reparos, es un hecho objetivo e incuestionable que los Juzgados y Audiencia Provincial de Navarra han dictado numerosas resoluciones en materia de "incapacitación" y "modificación de la capacidad de obrar" de personas que ostentan la llamada "condición jurídica de navarro" (hoy prácticamente equivalente a la noción de "vecindad civil"); de manera que, en ausencia de una normativa propia, los tribunales llamados a resolver los conflictos puntuales derivados de los procesos sobre la capacidad de obrar de las personas (antigua "incapacitación") y las medidas de protección correspondientes, han venido aplicando hasta ahora supletoriamente la normativa del Código Civil sobre tutela, curatela, guarda de hecho y defensor judicial.

4 En Cataluña, el libro segundo de su Código Civil de 2010, dedicado a la persona y la familia, recoge en su Título II, no solamente las instituciones de protección de la persona tales como la tutela (art. 222- 1 a 47), la curatela (art. 223 (1 a 10, el sexto dedicado a la curatela de las personas incapacitadas), defensor judicial (art. 224-1 a 5), guarda de hecho (art. 225-1 a 5) ,sino también la asistencia (art., 226-1 a 8), y finalmente, la protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente (art. 227-1 a 9). En Aragón, el Código de Derecho Foral de 2011, Libro Primero, Título III, dedicado a las relaciones tutelares, comprende unas normas generales sobre las instituciones tutelares (arts. 100 a 129), y más específicamente sobre la tutela (arts. 130 a 147), curatela (art .148 a 152), defensor judicial (arts. 153 a 155), y guarda de hecho (arts. 156 a 159), aplicables no solo a los menores de edad sino también a los "incapacitados". En cuanto al régimen del patrimonio especial de las personas con discapacidad, dicha codificación incluye en el art. 40 ciertas especialidades.

2. Perspectivas.

Las numerosas reformas que han experimentado dichas instituciones en la legislación estatal (caso, por ejemplo, la "autotutela", recogida en los arts. 223 párrafo segundo y 234.1º, del CC, o de las "causas de extinción del mandato" a que se refiere el art. 1732 CC, introducidas por los arts. 9 y 11 de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre) se han activado automáticamente en la Comunidad Foral a través de la aplicación judicial supletoria del Derecho estatal en la versión actualizada, según la fecha de inicio de los correspondientes procesos.

Ello podría conducir a preguntarse si también la última de las reformas operadas por la Ley 8/2021 de 2 de junio en el régimen del CC, sobre capacidad jurídica e instituciones tutelares, habrá de aplicarse en Navarra, por inercia respecto a los años anteriores, o bien si, por el contrario alternativamente, cabría establecer una regulación foral completa al respecto, que permita al legislador adaptar sus disposiciones a la Convención de N.U. de 2006, como ocurre en determinadas Comunidades Autónomas.

La hipótesis resulta en sí misma discutible, ya que, por una parte, al no existir precedentes de Derecho propio, podría conculcarse la doctrina constitucional sobre el desarrollo de los derechos civiles forales o especiales "allí donde existan"; pero por otra, aun cuando la ley estatal 8/2021 guarde silencio sobre los títulos competenciales correspondientes a las CCAA con derecho civil especial, no resulta evidente tampoco que la regulación de la tutela, curatela y demás instituciones en favor de los discapacitados sea una materia de competencia legislativa reservada exclusivamente al Estado[5].

En favor de la incorporación al Derecho navarro algunas normas de protección de las personas con discapacidad, cabe destacar, ante todo, que Ley Foral 21/2019 ha introducido en las leyes 44 y 45 del Fuero Nuevo el régimen de los patrimonios protegidos (recogido en otras legislaciones autonómicas como Cataluña, art. 227 del Libro Segundo de su CC y Aragón., art. 40 del Código Foral) sin posterior tacha de inconstitucionalidad[6]. Y, también que, en el Preámbulo de la citada Ley Foral, pueden contabilizarse al menos ocho referencias a la "discapacidad" a su vez origen de las correspondientes reformas de las leyes relativas a la capacidad de las personas. El problema que surge para el Derecho de Navarra consiste en de determinar si en el proceso de adaptación -cuya necesidad y procedencia no se discute- deben aceptarse de forma automática los criterios contenidos en la Ley

5 La disposición final segunda de la Ley 8/2021 se limita a mencionar los títulos competenciales del Estado en materia de instituciones tutelares, sin referencias a los que puedan corresponder a las CCAA con Derecho Civil propio.

6 Las leyes 44 y 45 del Fuero Nuevo redactadas por art. 2 de la LF 21/2019 de 4 de abril, no figuran entre las impugnadas en el recurso de inconstitucionalidad 315-2020 (BOE A-2020-1594.

8/2021 de 2 de junio relativos a las relevantes modificaciones que afectan al Libro Primero del Código Civil, o bien si -por el contrario- la adaptación a la Convención puede realizarse directamente por el legislador foral, como tiene lugar en otras legislaciones autonómicas.

Sin suficientes explicaciones a este respecto, por el momento, ni los trabajos prelegislativos ni los pronunciamientos judiciales parecen inclinarse por esta segunda opción, y en cambio, implícitamente se muestran favorables a que la adaptación del Derecho Privado de Navarra a los nuevos principios internacionales en materia de discapacidad se lleve a cabo mediante la aplicación supletoria de las normas del CC, en la versión que presentan tras la actualización operada por el artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Así cabe deducirse sin indudablemente, tanto de la jurisprudencia de los tribunales navarros (v. siguiente apartado II), como no menos, de los trabajos prelegislativos actualmente en elaboración (V. siguiente apartado III).

II. ALGUNAS APORTACIONES JURISPRUDENCIALES.

1. Jurisprudencia que ha aplicado en Navarra el Título X del Libro Primero del CC, relativo a la tutela, curatela y la guarda de menores o incapacitados, en la versión anterior a las reformas operada por Ley 8/2021 de 2 de junio.

Del análisis de la reciente jurisprudencia menor de los tribunales dictada en aplicación de la normativa del CC sobre tutela de los "incapacitados" (hoy reservada a los menores de edad, tras la promulgación de la ley estatal 8/2021 de 2 de junio) no parecen deducirse notorias especialidades interpretativas; aunque los pronunciamientos sobre conflictos en el nombramiento de tutor, y secundariamente acerca de otras cuestiones, proporcionan información sobre los requisitos decisivos para el éxito de las acciones de impugnación de estas resoluciones en la práctica del foro. Ocasionalmente, se refieren también a la naturaleza del Derecho estatal aplicado en Navarra como Derecho recibido, según pronunciamientos aislados.

Acerca de este último punto, la Audiencia Provincial de Navarra se ha referido a la impugnación del nombramiento de la Fundación Navarra para Tutela de las Personas Adultas[7] para desempeñar el cargo de tutor, a petición de familiares de la

7 FUNDAPA es la denominación actual de la originaria "Fundación Navarra para la Tutela de Personas Adultas", entidad pública sin ánimo de lucro creada en el año 2001 por el Gobierno de Navarra con la finalidad de atender a las personas incapacitadas o con capacidad de obrar modificada, carentes de tutor o curador. Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, y por Acuerdo del Gobierno de Navarra de 3 noviembre 2021, se han modificado sus Estatutos para cambiar su denominación y modificar sus objetivos, que ahora apuntan a lograr la plena integración de las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, al haber desaparecido la figura de la tutela de personas adultas. *Vid.* al respecto https://www.fundapa.org/quienes-somos/

persona incapacitada: así en sentencias de las secciones segunda, núms.236/2004, antes citada, y 19/2009 de 9 febrero, *Tol 180563*, y tercera (núm. 704/2021 de 3 junio, *Tol 8541457*). Y tiene declarado también que el orden de llamamientos para ostentar el cargo se aplica en Navarra como "Derecho recibido según la ley 6 del Fuero Nuevo" (SAP Navarra, secc. 2ª, núm. 236/2004 de 4 noviembre, (*Tol 546817*) aunque comúnmente se considera como "Derecho supletorio". Más recientemente, el tribunal ha contemplado los deberes del tutor, en un caso en que se le reprochaba haberse excedido de sus funciones, por haber rescatado un seguro de vida de la persona tutelada e ingresado el importe en la cuenta conjunta de la que era titular junto con su esposa, y declaró que debió haber sido demandado también el banco que realizó la transferencia (SAP Navarra, secc. 3ª, núm. 498/2020, de 25 junio -*Tol 8255202*).

En otras ocasiones, la Audiencia de Navarra ha contemplado la "autotutela" y los "patrimonios protegidos", introducidos en el Código Civil por Ley 41/2003, que resultaban figuras novedosas en la época de la sentencia. Y ha interpretado en ciertos casos puntuales que las manifestaciones de la persona incapaz, en el sentido de preferir a su abuelo que a sus hermanos para desempeñar el cargo tutelar, tienen "la misma fuerza que si se hubiera hecho en escritura pública como exige la citada norma civil" (SAP Navarra secc. 3ª, 108/2005 14 junio – *Tol 773808*).

2. Aplicación en Navarra de la nueva normativa sobre curatela introducida en el CC por la Ley 8/2021 de 2 de junio a los procesos pendientes de resolución a la entrada en vigor de la Ley: la disposición transitoria 6ª; primeros pronunciamientos procedentes de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y de la Audiencia Provincial.

Las importantes modificaciones relativas a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio en el Libro Primero del Código Civil, podían haber creado problemas de selección de la norma aplicable desde la perspectiva del ámbito temporal de vigencia, en los procedimientos pendientes o incluso en los surgidos de hechos anteriores a la entrada en vigor. Pero la propia Ley estatal sale al paso de estas cuestiones mediante una disposición transitoria sexta sumamente útil para clarificar la cuestión. En ella se establece que los procesos en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella.

De este modo, los Juzgados de Navarra empezaron a aplicar la nueva normativa del Código Civil a los procesos en curso en la época de la entrada en vigor del nuevo régimen sobre curatela de las personas con discapacidad, en pronunciamientos destacables.

En dicha línea, el Auto del JPII núm.2 Tafalla (Navarra) de 22 diciembre 2022 (*Tol 8886345*) acordó remover el nombramiento del cargo de tutores atribuido a los padres de una persona que padecía síndrome de Down y había sido incapacitada en el año 2011 por demencia mental severa, y acoger la pretensión de la hermana del que solicitaba el nombramiento de curadora representativa. La resolución del Juzgado tuvo en cuenta las circunstancias que impedían al padre (y hasta entonces tutor) continuar atendiendo adecuadamente al incapaz, no solo por su avanzada edad de 86 años, sino especialmente por haber enviudado y contraído desde el año 2001 una enfermedad mental severa e invalidante que le impedía desenvolverse por sí mismo. En aplicación de las disposiciones del CC y de la LJV en la versión reformada tras la ley 8/2021 de 2 de junio, en esta resolución estableció una serie pautada de Acuerdos que versan sobre la remoción del tutor; la designación de curadora representativa; el carácter revisable cada tres años de la medida; y el deber de remitir anualmente al Juzgado un Informe detallado sobre el estado del incapaz así como de sus cuentas anuales acompañada de documentos justificantes[8].

III. IMPULSO DEFINITIVO PARA LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA DE NAVARRA A LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1. Referencias a la "capacidad modificada judicialmente" introducidas en el Fuero Nuevo por LF 21/2019 de 4 abril.

Ya en los últimos párrafos del apartado I, el Preámbulo de la LF 21/2019 de 4 de abril, que revisó enteramente las normas del Fuero Nuevo, concreta los objetivos que se persiguen y las competencias del legislador foral para alcanzarlos. Como se indica literalmente, las situaciones de "discapacidad" y "dependencia" se contemplan "por primera vez en la normativa civil de Navarra"; y también se hace constar que el "desarrollo" (ex art. 149.1.8 "in fine" CE) de las nuevas regulaciones civiles que contiene la norma se refiere a "las directa y sustancialmente conexas" y "derivadas de las ya contenidas en su texto", dejando a salvo "los principios informadores peculiares del Derecho Foral navarro".

En consecuencia, puede afirmarse que, ya en la revisión de las 596 leyes del Fuero Nuevo llevada a cabo en 2019, se prescindió por el momento de entrar a regular instituciones tutelares y se mantuvo el tradicional sistema de aplicación

8 En igual sentido se habían pronunciado otras resoluciones anteriores, tales como la Sentencia del JPII nº 2 de Tafalla, 120/2021, de 13 octubre, - (Tol 8878121) en otro caso en que se nombra curador representativo a una anciana aquejada de Alzheimer; así como la Sentencia del JPII de Tafalla, de 23 noviembre 2021 (Tol 8827334), cuya principal particularidad reside en que Juzgado resolvió la "conversión" del cargo de guardadora de hecho de una persona incapacitada, en el de "curadora representativa" (nueva figura), con la consiguiente enumeración detallada de los deberes contraídos en adelante por la sobrina interesada.

supletoria del CC. Pero, en cambio, se procedió a revisar las normas del Fuero Nuevo relativas a la capacidad jurídica (antigua capacidad de obrar) para el ejercicio de los derechos de todas las personas, en línea con los principios señalados en el art. 12 de la Convención de Nueva York.

En posteriores apartados del Preámbulo, el legislador pasa a describir las principales modificaciones que la Ley Foral introduce en los cuatro Libros del Fuero Nuevo (el cuarto, por desdoblamiento en dos, del anterior Libro Tercero) y que se refieren a la capacidad para realizar eficazmente diversos actos jurídicos. Estas modificaciones aparecen mencionadas a lo largo de la enumeración de leyes modificadas que aparece en el artículo segundo de la Ley Foral.

De este modo, cabe seleccionar, dentro del amplio conjunto de normas revisadas, hasta veintiocho modificaciones referentes a la sustitución de la antigua expresión "incapacidad" por la de "capacidad modificada judicialmente" y que se distribuyen en los Libros Preliminar, y Primero a Cuarto, del Fuero Nuevo, como veremos en el apartado III siguiente.

Los objetivos declarados por el legislador se dirigen a reforzar la protección de todas las personas individuales en sus relaciones de carácter privado, desde el respeto a la libertad civil, que se proyecta especialmente, no ya solo en el tratamiento de la menor edad, sino también respecto a las situaciones de "discapacidad" y "dependencia", según las expresiones reflejadas en el Preámbulo de la norma.

La Ley Foral entró en vigor el 16 de octubre 2019 y las leyes del Fuero Nuevo que se refieren a la capacidad de las personas, en la redacción dada por el art. 2 de la Ley Foral, en la nueva versión, superaron el control de constitucionalidad efectuado por la STC 127/2019, de 14 febrero.

No obstante, tampoco puede decirse que sean definitivas, ya que se prevé ahora una nueva revisión de estos textos, objeto de reconsideración tras la promulgación de la Ley estatal 8/2021 de 2 de junio.

En suma, se puede afirmar que la reforma del Fuero Nuevo en materia de discapacidad comenzó a partir de la redacción dada por la LF 21/2019. Sus más destacables aportaciones al Anteproyecto de Ley Foral de Atención a las Personas con Discapacidad, actualmente en tramitación, son las siguientes:

- Mantener -aunque no sin dejar abierta la posibilidad de establecer una futura regulación en leyes especiales- el sistema tradicional de aplicación supletoria del CC en materia de instituciones tutelares (entre éstas, la nueva figura de la "curatela representativa" introducida en el CC por Ley 8/2021).

- Modificar una serie de leyes del Fuero Nuevo que se refieren al reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas en general y en especial para realizar determinados actos y negocios jurídicos en los ámbitos familiar y sucesorio, a través de las correspondientes declaraciones de voluntad o negocios jurídicos que, por otra parte, también se contemplan con carácter general en el Libro Preliminar al tratar de la invalidez de las declaraciones de voluntad.

- Establecer el elenco de leyes del Fuero Nuevo que se refieren a la capacidad jurídica en general, y específicamente en los ámbitos del Derecho de familia y de sucesiones; el listado de normas contenido en el artículo segundo de la citada Ley Foral se ha tomado como base para la revisión actualmente en curso (tal como se recoge en la Disposición Final Primera del Anteproyecto de Ley Foral, con escasas supresiones, ampliaciones, y modificaciones añadidas).

2. Informe CERMIN sobre la adaptación de la legislación foral de Navarra a la Convención Internacional sobre los derechos de las "personas con discapacidad"[9].

Poco después de la entrada en vigor de la nueva versión del Fuero Nuevo de 2019 y posterior promulgación de la Ley estatal 8/2021 de 2 de junio, el Gobierno de Navarra encomendó la elaboración de un Informe, llevado a cabo por la UPNA en colaboración con el CERMIN y otros expertos del Departamento de Asuntos Sociales, sobre las medidas legislativas convenientes para proceder a la adaptación de todo el ordenamiento navarro a los nuevos principios sobre la situación de discapacidad.

En este documento se reconoce la necesidad de adaptar la legislación interna directamente a los principios establecidos en la Convención de Nueva York de 2006, para lo que se sostiene que Navarra ostenta competencias legislativas plenas[10] ; si bien la adaptación que contempla se refiere principalmente a materias no reguladas en el Fuero Nuevo sino en las Leyes Administrativas de Navarra.

Respecto a la reforma del régimen de la capacidad jurídica de las personas individuales, el texto indica lo siguiente:

"a) Capacidad jurídica: Navarra, como venimos diciendo, tiene competencias exclusivas en materia de derecho civil (art. 48, LORAFNA). No obstante, estas competencias no serán completas, al no regular cuestiones como la incapacidad –(sic por incapacitación?)- o los cargos tutelares, aplicándose, de manera supletoria, los títulos IX y X del Libro primero del Código Civil. Asimismo, el legislador navarro

9 V. texto en el enlace https://cermin.org/informe-sobre-la-adaptacion-de-la-legislacion-foral-de-navarra-a-la-convencion

10 Informe CERMIN, cit., p. 65.

tampoco tiene competencias sobre los procesos civiles, que quedan regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, extremo que adquiere especial relevancia en lo relativo a la modificación de la capacidad de las personas con discapacidad" (Informe CERMIN, cit., p. 65).

Como principal conclusión, se recomienda a las instituciones navarras la elaboración de una futura Ley Foral para la adaptación de toda la normativa navarra preexistente a los nuevos principios. En respuesta a esta recomendación, por Orden Foral de la Consejera de Derechos Sociales[11] se inició oficialmente el proceso de elaboración de la futura Ley Foral, con la preparación de un texto o borrador de Anteproyecto elaborado por las instituciones a partir del Informe CERMIN, que posteriormente ha sido sometido a proceso de participación ciudadana en el que se han recibido aportaciones, y que actualmente se encuentra en su cuarta y última fase prevista para finales de septiembre 2022, previa a la presentación en el Parlamento, según calendario publicado oficialmente[12].

3. Anteproyecto de Ley Foral de Atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos (APLFD): cuatro fases y dos versiones.

A) Estructura.

La futura Ley Foral sobre atención a las personas con discapacidad reflejada en el APLFD consta de 118 artículos que se estructuran en diez títulos, seis disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria, y ocho finales.

B) Contenido.

Las referencias a la capacidad jurídica de las personas se encuentran principalmente en el Título segundo, dedicado a los principios de igualdad y respeto a la autonomía de todas las personas, Capítulo IV donde se encuentran los artículos 20 dedicado a la capacidad jurídica y capacidad de obrar, 21, relativo a las medidas de apoyo de carácter voluntario, y 22 referente a la guarda de hecho.

C) Referencia a las medidas de apoyo.

Los preceptos dedicados a las medidas de apoyo contenidos en los artículos 20 a 22 del APLFD no se refieren al régimen sustantivo de las medidas -aspecto que, tal como venimos reiterando, se considera regulada en el CC que, además, se declara

11 ORDEN FORAL 208/2021, de 02 de noviembre, de la Consejera de Derechos Sociales, por la que se inicia el procedimiento de elaboración del proyecto de Ley Foral de atención de las personas con discapacidad en Navarra y de garantías para el ejercicio de sus derechos.https://participa.navarra.es/rails/active_storage/blobs/eyJfcmFpbHMiOnsibWVzc2FnZSI6IkJBaHBBb1FhIiwiZXhwIjpudWxsLCJwdXIiOiJibG9iX2lkIn19--62fd78b0ab2e159a6b5cefc41a49ee30d44e542c/Orden foral de inicio.pdf.

12 V. textos relacionados con la iniciativa legislativa en: https://participa.navarra.es/processes/anteproyecto-ley-foral-atencion-personas-con-discapacidad-navarra-garantia-derechos.

aplicable supletoriamente en Navarra; sino al control de la Administración acerca de la adecuación y eficacia de las medidas que en su caso se hayan establecido, tanto en los supuestos en que proceda de la autoridad judicial (curatela, defensor judicial) como si se trata de medidas voluntarias (guarda de hecho).

D) Fases del proceso de elaboración[13].

La elaboración del APLFD es objeto de un minucioso período de realización actualmente en curso, que comprende cuatro fases, que se desarrollan desde el 1 febrero hasta el 31 de octubre 2022.

En la primera fase preliminar (entre el 1 febrero y el 31 marzo de 2022) se crearon distintos grupos de trabajo con representantes de las Administraciones y de las entidades relacionadas con la discapacidad, de los que se extrajo un 1º Borrador del Anteproyecto.

En la segunda (de elaboración), entre los días 1 de abril y 4 de junio 2022, se celebraron varias sesiones deliberativas con cinco grupos de personas con discapacidad y de trabajo con representantes de las entidades y de distintos departamentos del Gobierno de Navarra; además tuvo lugar la exposición pública del primer borrador que abrió el proceso de participación ciudadana mantenido del 1 al 31 de mayo de 2022, cuyas aportaciones y propuestas quedaron publicadas en la página oficial.

En la tercera fase, de contraste, iniciada el 10 de junio y prevista hasta el próximo 31 de agosto 2022, se recogieron todas las aportaciones y se redactó un segundo documento o borrador del Anteproyecto provisionalmente "definitivo", que en los meses de julio y agosto de 2002 será debidamente contrastado con los diferentes Consejos de Participación intervinientes.

Y en la cuarta fase, de aprobación, a desarrollar entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre 2002, se presentará el Anteproyecto de Ley Foral, ya contrastado, al Parlamento de Navarra, para someterlo a su aprobación, quedando finalizado de este modo el proceso prelegislativo.

Las principales características del proceso de elaboración del APLFD se deducen de las actuaciones previstas oficialmente y pueden resumirse en dos aspectos: a) amplia participación de las instituciones y de los ciudadanos, en las fases iniciales de elaboración del texto; b) transversalidad en cuanto al contenido, porque persigue unificar todas las normas preexistentes en Navarra que puedan afectar al tratamiento jurídico de las personas con discapacidad con el fin de fomentar

13 Fuente: https://participa.navarra.es/processes/anteproyecto-ley-foral-atencion-personas-con-discapacidad-navarra-garantia-derechos/steps.

la coordinación entre los distintos agentes implicados y evitar discordancias que dificulten innecesariamente los procesos de atención a estas situaciones.

Técnicamente puede considerarse como "ley marco", en paralelo a otras estatales (como en este caso, la Ley 8/2021 de 2 de junio), a partir de la que se desarrollarán las futuras normas del ordenamiento jurídico que guarden relación con el tratamiento de las personas con discapacidad.

E) Versiones del borrador de texto del Anteproyecto.

El borrador de Anteproyecto de Ley Foral (o APLFD1) ha experimentado dos versiones. Una primera, consistente en la preparación de un "primer borrador consolidado" del Anteproyecto, en cuya preparación participaron todos los Departamentos del Gobierno de Navarra, así como el Consejo Asesor de Derecho Civil Foral (en lo relativo a las modificaciones en el Fuero Nuevo), fruto de la fase preliminar a la que nos hemos referido antes, concluida el 31 de marzo 2022

La segunda versión del Anteproyecto (APLFD 2 o texto provisionalmente "definitivo" por ahora) contiene la totalidad de aportaciones ya realizadas desde distintos sectores, comprendidas las procedentes de la participación ciudadana. Este texto es el que se encuentra actualmente en tramitación, pendiente de proceder al correspondiente contraste, de las realizadas por los ciudadanos entre el 1 y el 31 de mayo de 2022, antes de ser presentado al Parlamento de Navarra a partir del próximo mes de septiembre.

La aprobación, en su caso, de la futura Ley Foral de atención a la Discapacidad, se prevé a partir del próximo mes de octubre de 2022.

IV. PRINCIPALES MODIFICACIONES EN EL FUERO NUEVO.

La incorporación al Fuero Nuevo de las previsiones sobre el tratamiento de la discapacidad introducidas por el art. 2 de la Ley 8/2021 de 2 de junio, base del actual Anteproyecto, parten de la reforma global de 2019, en la que ha se hacían referencias a las personas "con capacidad judicialmente modificada" aunque omitían mencionar las "medidas de apoyo" o instituciones de protección reguladas en el Código Civil

Las modificaciones operadas en el texto del Fuero Nuevo en el año 2019 que versan sobre la (entonces) "capacidad judicialmente modificada", se distribuyen en el orden siguiente:

- en Libro Preliminar (Tit. III, relativo al ejercicio de los derechos, y IV sobre la prescripción y caducidad de acciones) se modificaron dos normas (las leyes 19, sobre invalidez de las declaraciones de voluntad, y 36.4 sobre la interrupción de la prescripción).

- el Libro Primero (persona y familia) es el más afectado ya que aparecen modificadas hasta doce leyes que regulan las materias siguientes: nuevo régimen de los patrimonios protegido (leyes 44 y 45, introducidas por la LF 21/2019); la representación (ley 49); la filiación (leyes 52, 5 apartados b y c, 55 IV, 56 ap. b y ap. d) , y 57 ap. b); la potestad parental (ley 64); en cuanto al régimen del matrimonio, afectan a las capitulaciones matrimoniales (leyes 78 y 86 III y IV), la administración de bienes de conquista (Ley 94.4), las medidas judiciales en caso de ruptura (ley 104 introducida por LF 21/2019) y la compensación por desequilibrio (Ley 105, introducida por la LF 21/2019).

- en el Libro Segundo (donaciones y sucesiones): se modificaron once leyes que versan sobre las instituciones siguientes: fiducia sucesoria (ley 151); indignidad sucesoria (Ley 154.7); capacidad para testar (ley 184); funciones de los testigos (ley 187); testamento de hermandad (ley 202 ap. c); sustitución pupilar y ejemplar (ley 227); usufructo de viudedad (ley 257); fiduciarios en situación de dependencia (ley 287); contadores-partidores (Ley 342);y partición de herencia (ley 345).

- en el Libro Tercero (de los bienes): se modificó la ley 425 que versa sobre el derecho de habitación.

- en el Libro Cuarto (de las obligaciones, estipulaciones y contratos), cambia ligeramente el texto de dos leyes relativas al enriquecimiento sin causa y a los préstamos a menores o personas con capacidad modificada (leyes 508 y 537 respectivamente).

1. En el Libro Preliminar (leyes 19 y 36 FN).

A) Invalidez de las declaraciones de voluntad (ley 19 FN).

En versión originaria que data del año 1973 se distinguió entre declaraciones de voluntad inválidas (en sus dos grados, "nulidad" de pleno Derecho y "anulabilidad") y declaraciones válidas pero ineficaces (para las que reserva la categoría de la "rescisión"). Con la reforma de 2019, se mantienen estas disposiciones, si bien con variaciones respecto a las causas que dan lugar a la nulidad o a la anulabilidad. No se modifica el tratamiento de la rescisión, que por lo tanto continúa tratándose con marcado carácter restrictivo (es decir, solo "cuando así lo disponga la ley").

- Nulidad de pleno Derecho.

Respecto a las causas de nulidad, originariamente se incluyeron en este grupo las declaraciones "emitidas por menores no emancipados" y las procedentes de personas "que no se hallen en su cabal juicio", además de las "prohibidas por la ley".

Con la reforma de 2019 se sustituye la referencia a declarantes "que no se hallen en su cabal juicio", por la de "personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer", (más acorde con los criterios sobre incapacidad a la sazón establecidos); y en cuanto a las contrarias a prohibición legal, se añade la precisión de que incluyen "las emitidas por persona con capacidad judicialmente modificada en contravención de las prohibiciones establecidas en la sentencia".

El APLFD rechaza de plano la formulación indicada y propone sustituirla por otra en que se establezca la nulidad de las declaraciones de voluntad emitidas por: a) los menores de edad (el Anteproyecto añade la frase "sin perjuicio de la ley 47", que se refiere a la capacidad de los menores); b) por "personas que carezcan de hecho de capacidad en el momento de su emisión para entender y querer el acto o contrato, con el añadido de "y sus efectos jurídicos" (en lugar de "personas que carezcan de capacidad natural de entender y querer") ; c) "por persona con discapacidad cuando conforme a las medidas de apoyo establecidas procediera que actuara otra persona en su representación" (en sustitución de la referencia a las personas con capacidad judicialmente modificada). Además, se añaden en el grupo las declaraciones de objeto "imposible o inmoral".

Las declaraciones emitidas por menores no emancipados cambian de subgrupo y pasan a ocupar la categoría de la anulabilidad, contemplada en el párrafo segundo de la ley 19; si bien, excepcionalmente, serán nulas de pleno derecho cuando "se acredite que en el momento de emitirlas carecían por completo de juicio".

En suma, se amplían las causas subjetivas y objetivas de invalidez contempladas en el primer grupo relativo a la nulidad al objeto de reforzar la protección jurídica de las personas con discapacidad.

Por otra parte, con la reforma de 2019 se mantiene el anterior régimen de la "simulación" contenido en la ley 21, aunque con traslado de su contenido a la nueva ley 22 [14] .

14 La reforma del Fuero Nuevo por ley 21/2019 no ha seguido el sistema, acogido en cambio en otras leyes autonómicas, de codificación abierta, en cuanto a la numeración de sus diferentes artículos (o leyes en el caso de Navarra), lo que en nuestra opinión explica los reiterados cambios de numeración de normas cuyo contenido no se ha modificado, con el fin de encajarlos en el mismo número total de 596 leyes que tenía originariamente; cambios meramente numéricos hubieran podido orillarse de haber adoptado el sistema abierto que presentan tanto el CC Cataluña como el C. Foral de Aragón (no así en cambio la Ley gallega 2/2006 de 14 de junio, ni tampoco la Ley Civil vasca 5/2015, de 25 de junio).

- Anulabilidad.

Por lo que se refiere a la anulabilidad, la reforma de 2019 incluye en esta segunda categoría de invalidez a las declaraciones de los menores de edad no emancipados (que anteriormente se consideraban nulas), aunque "salvo que sean nulas de pleno derecho por falta de juicio"; y, por otra parte, se introducen en este grupo dos nuevos supuestos integrados por las declaraciones "emitidas por emancipados sin la debida asistencia conforme al régimen general" (establecido en la ley 48) así como las procedentes de personas con capacidad judicialmente modificada "cuando actúen sin el complemento de capacidad establecido en sentencia". Es decir, a estos efectos se equipara la prohibición legal a la establecida en sentencia judicial.

En el texto del APLFD se consolida, por lo tanto, el definitivo abandono de la expresión "persona con capacidad judicialmente modificada" que queda sustituido por la de "persona con discapacidad para la que se hayan establecido medidas de apoyo". A su vez, esta circunstancia pasa a integrar nuevos supuestos de anulabilidad de las declaraciones de voluntad.

El régimen de la anulabilidad se completa con la norma introducida en la ley 21 por la LF 21/2019 cuya rúbrica menciona dos situaciones de nuevo cuño: la "influencia indebida" y el "abuso de influencia". Como ha comentado la doctrina, con estos nuevos términos se designan situaciones que también podrían incluirse por vía de interpretación entre los vicios de la voluntad (violencia física o moral) que, conforme a la nueva ley 20, determinan la anulabilidad. Sin embargo, y habida cuenta de que la literatura jurídica sobre las situaciones de discapacidad o de dependencia emplea con frecuencia estos términos, en nuestra opinión parece oportuno incorporarla a la normativa sobre capacidad, en la medida en que puede contribuir a concretar los límites específicos de las genéricas expresiones de "violencia o intimidación" en las declaraciones emitidas por personas que se encuentren en especiales situaciones de vulnerabilidad.

La influencia indebida tiene lugar, según la nueva ley 21, cuando la declaración de voluntad se realiza "en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha su situación para conseguir para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido".

Consideramos por nuestra parte que se trata, en el fondo, de una mezcla o conmixtión entre el clásico régimen de la simulación y la novedosa noción de "ventaja injusta" que actualmente caracteriza los supuestos de enriquecimiento injustificado más allá de la "condictio de prestación"; o que en ciertas situaciones aparece bajo el nombre de "violencia vicaria" (entendida genéricamente como la sustitución de un individuo por otro en el ejercicio de una función).

A su vez, el "abuso de influencia", (descrito en la ley 21 II mediante expresiones que recuerdan las contenidas en el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura de 23 julio 1908), se relaciona en el ordenamiento navarro con la especial noción de las causas subjetivas de rescisión por lesión (cuya principal manifestación se encuentra en la leye 500I del Fuero Nuevo). Es evidente que todas estas instituciones éticamente reprobables, en las diferentes configuraciones jurídicas que han ido adoptando con el paso de los años, tienden al objetivo esencial de proteger a las personas que más lo necesitan por encontrarse en especiales situaciones de vulnerabilidad.

- Jurisprudencia reciente en aplicación de la ley 19 y posterior a la reforma de 2019.

La Jurisprudencia dictada en aplicación de la ley 19 FN con frecuencia versa sobre supuestos en que la declaración adolece de vicios del consentimiento, que originan la invalidez[15].

A este respecto, en los Juzgados de Navarra con frecuencia se han resuelto conflictos relativos al otorgamiento de testamentos abiertos por parte de personas con enfermedades que afectan a sus capacidades cognitivas y volitivas, pese a haber superado en el momento del otorgamiento el primer control que están llamados a realizar los Notarios (o, en su caso, los párrocos, en los supuestos de la suprimida figura del "testamento ante párroco" que antes figuraba en la ley 189 FN).

En relación a este tipo de problemas suscitados entre los llamados a la herencia, cabe citar la sentencia del JPI 6 de Pamplona núm. 256/2020, de 13 noviembre, (*Tol 8417290)* que declaró la nulidad del testamento abierto unipersonal de una anciana, fallecida el 28 de diciembre de 2019, tras haber otorgado testamento abierto notarial en fecha 17 de noviembre en favor de su nieto y sobre la que pocas semanas después (en fecha 5 diciembre 2018) recayó sentencia de modificación de su capacidad de obrar, pese a figurar en la escritura la apreciación del Notario, que la juzgó con capacidad suficiente para el otorgamiento de sus últimas voluntades. La demandante e hija de la finada señora, acreditó mediante dictámenes médicos, el elevado grado de deterioro cognitivo padecido por la testadora, debido al avanzado proceso de su enfermedad de Alzheimer, pretensión que prosperó.

La citada sentencia estableció la siguiente doctrina (FD 2º): …para que se pueda declarar la nulidad de un testamento por falta de capacidad del testador, deben concurrir y acreditarse los siguientes requisitos; a) La capacidad mental del

15 Así, por ej., en una reciente Sentencia núm. 10/2021, de 18 de enero, del JPI 6 de Pamplona, que aplicó la ley 19 FN, a la que remite la ley 486 en sede de obligaciones, para declarar la nulidad por usura de un contrato de financiación falto de transparencia que contenía cláusulas abusivas). La resolución se anticipa a la nueva causa general de anulabilidad basada en declaraciones que persigan objeto inmoral, que ahora se propone en el Anteproyecto de la futura Ley Foral, si bien alcanza también otras posibles causas subjetivas.

testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario que se debe demostrar de manera inequívoca y concluyente; b) Que la apariencia de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; y c) Que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre." (…)

(…) En resumen, habiendo acreditado la demandante la incapacidad absoluta de la Sra. Ana, en el momento de suscribir el testamento unipersonal abierto de fecha 17 de noviembre de 2.018, otorgado ante el Notario … tal y como estaba obligada en aplicación del artículo 217.2º de la LEC, de conformidad con las Leyes 19, 50 y 184 del Fuero Nuevo de Navarra y con los artículos 662 a 666 y 1.263 del Código Civil, no cabe otro pronunciamiento que estimar íntegramente la demanda, en el sentido de declarar la nulidad del testamento instada.

La Audiencia de Navarra se hace eco de esta doctrina en los numeras sentencias relativas a pretensiones de nulidad de los testamentos por causa del deterioro cognitivo de los otorgantes, y que se resuelven en atención especial al carácter -severo o bien leve- de las circunstancias relativas a la capacidad volitiva de la otorgante, habida cuenta también de la valoración previamente realizada por el Notario autorizante; pero el tema es consustancialmente variable y casuístico.

Entre las más recientes resoluciones, cabe citar la SAP Navarra secc. 3ª, núm. 577/2020, de 22 julio (*Tol 8240172*) que declaró la nulidad de un testamento por carencia de capacidad suficiente, para lo cual apreció la grave alteración de las habilidades de la causante necesarias para su autogobierno, en atención al hecho de encontrarse en estado senil al tiempo del otorgamiento. Sin embargo, en otro caso fallado anteriormente por la secc. 1ª de la citada Audiencia se resolvió, por el contrario, que el hecho en sí de padecer Alzheimer la testadora no determina necesariamente la falta de capacidad para otorgar testamento, y aplicó la presunción de capacidad suficiente derivada del juicio favorable a este respecto que había realizado el Notario, si bien con el carácter de presunción "iuris tantum" (SAP Navarra, secc. 1ª, 31/2003, de 7 febrero, rec. apelación núm. 298/2002, Roj: SAP NA 116/2003).

Con todo, no faltan sentencias que rechazan la pretensión de nulidad del testamento en aplicación de la presunción general de capacidad de las personas, tal como ocurrió en el caso de las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra (secc. 3ª), 235/2015 de 18 junio. Esta resolución declaró que, para destruir la presunción de existencia de capacidad en la persona del testador, se precisa la presentación de "prueba clara y contundente" que acredite la carencia de capacidad; o igualmente

en la SAP Navarra, secc. 3ª, núm. 63/2013, de 22 abril, (*Tol 391035*) |en otro caso parecido, por considerar el tribunal que el deterioro cognitivo de la otorgante era "de carácter leve", a la vista del diligente comportamiento de la testadora durante las gestiones desempeñadas en la Notaría con ocasión del otorgamiento.

B) Suspensión del cómputo de los plazos de prescripción (ley 36 FN).

La reforma de la ley 36 llevada a cabo por LF 21/2019, se encuadra en el marco de una profunda revisión del todo el título IV del Libro Preliminar del Fuero Nuevo, relativo a la prescripción extintiva y a la caducidad de acciones, que, por una parte, reconsideró la gran diversidad de plazos cortos de prescripción de acciones preexistentes y la excesiva duración de los plazos largos (de 30 y 40 años) según a la versión originaria; y por otra, añadió un nuevo capítulo dedicado a las acciones sujetas a plazo de caducidad.

De forma que, con carácter general, la nueva ley 35 FN unificó un plazo de prescripción corto de 5 años para las acciones personales que no tengan señalado otro especial (en concordancia con el plazo general de prescripción de las acciones personales señalado en el art. 1964.2 CC) aunque con excepciones (plazos de 1, 4, y 10 años, en ciertas acciones); y se suprimieron los largos plazos de 30 y 40 años (que antes figuraban respectivamente para la acción de rescisión por lesión enormísima y para la reclamación del capital del censo). De manera que, en adelante, el plazo de prescripción más largo contemplado en esta sede es el de 20 años, para la acción hipotecaria, que se ha mantenido por razones técnicas (de armonía con el art. 128 de la Ley Hipotecaria)[16].

En este contexto de acortamiento general de los plazos de prescripción, se hizo sentir la necesidad de establecer supuestos específicos en los que, ante la imposibilidad del titular de realizar válidamente actos de interrupción, por causas involuntarias, le fuera posible obtener al menos la suspensión del cómputo (por tanto, sin solución de continuidad de los años ya transcurridos) en atención a ciertas situaciones que el legislador consideró dignas de atención especial; dos de las cuáles son, precisamente, las de personas menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente "mientras no dispongan de representante legal o de asistencia para complementar su capacidad", que figuran en la segunda parte de la ley 36.4.

En la revisión de esta norma llevada a cabo por el APLFD en sus dos versiones, se mantiene el contenido de fondo, si bien con revisión de la redacción dirigida a

16 Especialmente criticable es, a nuestro juicio, el mantenimiento del plazo de 1 año para la acción de responsabilidad por daños, a todas luces excesivamente corto, contemplado ahora en la ley 507 a la que remite la ley 34.4, cuyo mantenimiento obedece igualmente al propósito de armonizarlo con el contenido del art. 1968.2 CC.

conseguir mayor claridad, que consiste en desdoblar en dos apartados (4 y 5) las referencias a los menores de edad y a las " personas con discapacidad que tengan establecidas medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica", para las que, en el nuevo apartado 5, se dispone que la suspensión del cómputo del plazo tendrá lugar "mientras no dispongan de la representación o del apoyo para complementar su capacidad previstos en dichas medidas".

En la futura LF proyectada se propone retocar la redacción de esta norma, de modo que se dedique un apartado específico para los supuestos relativos a los menores de edad y otro a las personas con discapacidad; y que, en el nuevo régimen de suspensión de los plazos de prescripción, se sustituya la referencia a las personas "con capacidad judicialmente modificada" y a la sujeción a "representación legal" que figuran en la versión vigente dada por la LF 21/2019, por otra redacción más acorde con las previsiones de la Ley 8/2021 de 2 de junio -que es objeto de incorporación al ordenamiento navarro en el Anteproyecto.- y que consisten en acordar la posibilidad de suspender los plazos de prescripción, reconocida en la ley 3611.4 a favor de "personas con discapacidad necesitadas de apoyo para ejercicio de su capacidad jurídica", mientras no dispongan de representación o del apoyo para complementar su capacidad, pero "según las previsiones establecidas en la medida de apoyo".

2. En el Libro Primero (Persona, Familia y la Casa).

Las modificaciones de mayor calado realizadas por la LF 21/2019 de 4 de abril han incidido en los contenidos de este Libro Primero, especialmente en cuanto a la incorporación de medios de protección patrimonial de las personas con discapacidad (patrimonios protegidos y poderes preventivos), así como en el régimen de la filiación, de la potestad parental, y ciertos aspectos patrimoniales del matrimonio.

A) Protección patrimonial de las personas con discapacidad (patrimonios protegidos, Leyes 44 y 45 FN).

La LF 21/2019 introdujo en el Fuero Nuevo una normativa propia acerca de los patrimonios protegidos; institución que antes se sujetaba a la normativa estatal contenida en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, aplicable hasta entonces -si bien con escasa frecuencia- en la Comunidad de Navarra.

Al igual que ocurre en otras CCAA, la Jurisprudencia de los tribunales navarros de lo civil al respecto es escasa; puede encontrarse una (rara) referencia a los patrimonios protegidos, aunque "obiter dicta", en el FD 2 de la SAP Navarra

108/2005, de 14 junio, en una resolución dictada a propósito de la autotutela a la que ya nos hemos referido "supra".

Ello supone introducir esta figura en la normativa autonómica, si bien conforme a un nuevo modelo que ha encontrado acomodo en las leyes 44 y 45 del FN.

Estas normas contemplaban anteriormente el régimen de las fundaciones que no persiguen fines de interés general (conocidas por ello como "fundaciones privadas"), pero, tras la reforma, el vocablo "fundación" queda reservado a las entidades que persiguen fines generales, reguladas en la nueva ley 42 FN (y desarrollada en la Ley Foral 13/2021, de 30 de junio, de Fundaciones de Navarra, y el Cap. VII de la Ley Foral 10/1996 de julio). Si bien aquéllas no desaparecen totalmente, dado que en la nueva ley 43 se incorpora entidades semejantes, aunque con distinta denominación (la de "patrimonios afectos a fines de interés privado")[17]. De manera que, en resumen, las transformaciones operadas en la reforma de 2019 han consistido en reordenar los grupos de personas jurídicas contempladas en los capítulos I y II del Libro Primero (Tit. I), en la forma siguiente: a) las Fundaciones de Navarra se regirán por la nueva ley 42 FN desarrollada por Leyes Forales especiales indicadas en cuanto a sus aspectos sustantivos y tributarios; b) las antiguas "fundaciones" reguladas en la ley 44 (que persigan fines de interés privado), quedan acaso comprendidas en la nueva ley 43 pero se prescinde de designarlas como una clase de Fundaciones; c) se incorpora al ordenamiento navarro la figura del patrimonio protegido con una formulación propia, cuyo régimen queda ubicado en las nuevas leyes 44 y 45 modificadas con la reforma.

Pero, al igual que ocurre en el ordenamiento catalán (y en el aragonés, conforme al art. 40 del Código de Derecho Foral de Aragón) los modelos establecidos en la regulación autonómica difieren del propio de la Ley estatal relativos a la noción de patrimonio protegido, por lo que la doctrina relativa a la nueva ley 44 FN de Navarra, los ha definido como "masas patrimoniales constituido en favor de una persona con discapacidad o dependencia que forma parte de la comunidad o grupo familiar aun sin convivencia, integrado por aportaciones gratuitas de bienes y derechos que sirvan para atender las necesidades vitales de su titular"[18].

Como fácilmente puede comprobarse, el modelo adoptado con la reforma de 2019 se aproxima en parte al reflejado anteriormente en el art. 227.2 del CCCat, que a su vez lo había configurado -en forma más completa- como "un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente,

17 Conforme apunta Goyén Urrutia, Mª T.: "Ley 43", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp.142 y ss.

18 Vivas Tesón, I..: "Ley 44", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, p.146.

el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real").

El legislador navarro parece haber evocado esta última precisión al disponer en la ley 44 FN, que estos patrimonios "no otorgarán al beneficiario titularidades ni derechos reales". Por lo demás, y también a semejanza del modelo catalán, la ley 44 precisa que "el patrimonio no responderá de las obligaciones posteriores a su constitución distintas a su destino que pudieran corresponder al beneficiario, al constituyente o a las demás personas que realizaron las aportaciones".

Por otra parte, no ha sido preciso referirse expresamente a la carencia de personalidad jurídica -como ocurre en la formulación catalana- pues, en interpretación sistemática, esta condición deriva de la rúbrica del Capítulo en donde se insertan las leyes 44 y 45 a que nos referimos, teniendo en cuenta que en sus tres capítulos distingue respectivamente entre "personas jurídicas", "patrimonios protegidos" (que es la figura a la que nos referimos ahora), y "otros entes sin personalidad". Todo lo que, en definitiva, aproxima la configuración elegida, a la noción anglosajona del *trust ;* o bien , en cualquier caso, a una nueva figura, intermedia entre las verdaderas Fundaciones y las Asociaciones sin personalidad jurídica en la que asoman las notas distintivas de la fiducia.

La opción del legislador puede tener trascendencia a efectos tributarios, pues en el Text Refundido de la Ley Foral del IRPF (aprobada por Decreto Foral Legislativo 4/2008, de 2 de junio) aparecen repetidas menciones de las obligaciones tributarias "del titular", así como referencias a la Ley 41/2003 de 8 de junio, y no a los nuevos patrimonios "autónomos" (aspecto que, en esta ocasión, nos limitamos a dejar apuntado).

Por lo que se refiere a la constitución de estos patrimonios, no se aprecian diferencias destacables entre los dos sistemas, salvo que en el modelo estatal solo se permite un beneficiario mientras que en la norma navarra se admite que esta condición corresponda a varias personas (Cfr. L.41/2003 v ley 44.b.1 FN).

El Anteproyecto de futura LF de atención a las personas con discapacidad, en sus dos versiones del borrador, revisa nuevamente la redacción del apartado de la ley 44 relativo a la "constitución", de manera que, según se propone, podrá constituirlo la propia persona con discapacidad o dependencia beneficiaria del mismo "por sí o con el apoyo que precisa", así como también "quienes le representen conforme a las medidas de apoyo establecidas, con el consentimiento de la persona beneficiaria" (además de cualquier miembro de la comunidad o grupo familiar … etc., como en la redacción de 2019). Añade que también "podrá constituirlo la autoridad judicial", cuando "la persona encargada de prestar apoyos se niegue de forma injustificada a constituir el patrimonio protegido con

la aportación de bienes y derechos adecuados y suficientes por cualquier persona con interés legítimo, pudiendo acudir el solicitante al Ministerio Fiscal para que lo inste de la autoridad judicial". La redacción propuesta en el Anteproyecto en este último inciso se ajusta a las disposiciones contenidas en el art. 3 de la Ley 41/2003 relativas a la constitución de estos patrimonios, que no se habían incorporado en la versión dada por la LF 21/2019.

La administración de los bienes deberá realizarse conforme a lo dispuesto en la escritura constitutiva y con la diligencia precisa para su conservación e incremento de la productividad (Ley 45.c). En el Anteproyecto se añaden al texto citado los deberes complementarios de respetar "los derechos, voluntad y preferencias del beneficiario y las salvaguardas necesarias para evitar abusos"; así como el de dejar a salvo "las condiciones establecidas en la constitución o aportaciones por terceros por dichos terceros".

En cuanto al control de la administración de estos patrimonios, al igual que el art. 227-5 del CCCat., la norma navarra evita mencionar una intervención externa para el control del administrador, y se contenta con expresar que éste debe rendir cuentas conforme a las medidas establecidas en la escritura de constitución, y más concretamente, "ante la persona designada en la escritura además de al beneficiario o a sus representantes legales" (ley 45.d FN, texto que no varía en la redacción propuesta por el Anteproyecto). En este punto se advierte una clara diferencia respecto al régimen propio de la Ley 41/2003 que encomienda la supervisión al Ministerio Fiscal, en los términos señalados en el art. 7 (a los que cabe añadir, las disposiciones contenidas en la Instrucción de la Fiscalía General 4/2009 de 29 diciembre). La evitación de referencias a controles externos parece recordar otra señalada característica de las antiguas "fundaciones privadas", que ahora se incorpora a la nueva institución.

Los patrimonios protegidos se extinguen por las mismas causas en ambas normas (son estas, la muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, o el cese de su situación de dependencia o discapacidad); pero la norma navarra añade otra consistente en "el transcurso del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria que, en su caso, se hubiera establecido en la escritura de constitución" (Ley 45 e); precisión acorde, por lo demás, con las características propias de las adquisiciones a título no lucrativo.

En cuanto al destino del remanente de los bienes una vez extinguido el patrimonio por muerte del beneficiario y practicada su liquidación, según la norma contenida en la ley 44.5 FN, "podrá consistir en la reversión de los bienes en favor de los herederos del constituyente o de determinadas personas, sean o no parientes de este, con el límite de la ley 224" será el establecido en la escritura constitutiva (…), pero si en la escritura se hubiera dispuesto que los

bienes reviertan al heredero "del constituyente", en defecto de éste los adquirirá la Comunidad Foral, y serán aplicados a fines de protección de personas con discapacidad o dependencia (ley 45.e FN).

Por tanto, como regla general, en la regulación navarra el remanente no revierte al beneficiario, en coherencia con el hecho de no ser este el titular de los bienes -circunstancia que no concurre en el modelo establecido por la Ley estatal- pero nada se dice sobre la posibilidad de que así se hubiera establecido en la escritura de constitución, por lo que cabe deducir "a contrario" que la asignación al beneficiario no se producirá "ope legis" salvo que así se hubiera dejado escriturado expresamente.

En la versión del Anteproyecto, se reproducen sin proponer modificaciones, estas disposiciones vigentes tras la reforma de 2019.

El destino del remanente puede resultar un punto de inflexión a la hora de establecer las principales notas distintivas de los modelos acogidos en nuestro ordenamiento (por lo demás, resulta un tema tradicionalmente muy debatido en el caso de las Fundaciones). Ya que la cuestión se complica en el supuesto -admitido expresamente por la ley 44.b) pero también por el art. 3.1.) de la Ley 41/2003- de que el constituyente (y por tanto aportante de bienes en el momento inicial) sea el propio beneficiario[19]; ello da lugar a que, en este caso, pueda quizá interpretarse de que los bienes reviertan a los herederos del beneficiario (no titular de los bienes) pero solamente en la condición, en su caso, de constituyente.

En cambio, en el modelo basado en la existencia de un titular de este patrimonio separado, el art. 6.2 de la Ley estatal 41/2003 establece, para el caso de extinción por causa de muerte o declaración de fallecimiento "del beneficiario", el patrimonio "se entenderá comprendido en su herencia" (por tanto, el remanente revierte a los herederos del beneficiario); y si la causa fuera el cese de la situación de discapacidad del beneficiario, "éste seguirá siendo titular de los bienes que lo integran" quedando sujetos a "las normas generales del Código Civil o de derecho civil foral o especial que, en su caso, fueran aplicables". Ahora bien, también dispone el apartado 3 de la propia norma que esta reversión contemplada en los

19 La ya citada SAP, secc.3ª, 108/2005, se refiere a la autotutela y a los patrimonios protegidos (figuras introducidas en el CC poco antes de la sentencia, por la Ley 41/2003 de 18 noviembre). En el FD 2 señala la Audiencia que la autotutela, al igual que la constitución de patrimonios protegidos, son medidas voluntariamente establecidas por persona capaz, para el caso de que le sobrevenga en el futuro la incapacitación, "pues resulta difícilmente comprensible que las cualidades de constituyente, beneficiario y titular recaigan en una misma persona, de acuerdo con los arts. 2.1, 5.1 y 6.2." (de manera que, implícitamente, cuestiona la posibilidad de que una persona ya incapacitada previamente pueda expresar válidamente su voluntad a la hora de establecer medidas tales como la antigua autotutela -hoy sustituida por la "autocuratela representativa" contemplada en los arts. 271 y ss. CC- y la constitución de patrimonios protegidos).
(El devenir posterior de las instituciones aludidas, sin embargo, no ha acogido los reparos expresados en esta resolución).

dos anteriores se entiende "sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera darse a determinados bienes y derechos conforme a lo establecido en el art. 4.3 de esta ley"[20].

En un intento de sintetizar las más relevantes diferencias existentes entre el modelo estatal y el modelo del Fuero Nuevo, cabe señalar como nota diferencial más destacable, la que distingue entre la consideración del patrimonio protegido como un supuesto legal de patrimonio separado del beneficiario (modelo estatal), o bien como patrimonio autónomo carente de titular (sistemas basados en el *trust* que parecen haber inspirado el modelo establecido en Navarra y Cataluña).

Ello explica que, cuando se produce la extinción del patrimonio protegido por causa de muerte del beneficiario, la normativa estatal disponga que el remanente revierta en el patrimonio de éste o de sus herederos, o que -si la causa es el cese de la discapacidad- el beneficiario continúe siendo el titular de los bienes (art. 6.2 L.41/2003). Y en cuanto a los beneficios en el IRPF, éstos repercutan, en su caso, también en la persona del beneficiario.

Mientras que, en el modelo fiduciario basado en el *trust*, en ausencia de titular de los bienes, cuando se extingue el patrimonio por fallecimiento del beneficiario, el liquidador (función correspondiente al administrador, salvo disposición en otro sentido) "deberá dar al remanente el destino previsto en la misma" (la escritura de constitución), y que solo cuando se haya previsto que reviertan al constituyente, en defecto de éste revertirá a "los herederos del constituyente" o de determinadas personas, sean o no pariente de éste, con el límite del cuarto llamamiento (establecido para las sustituciones fideicomisarias, en la ley 224), tal como se dispone en los dos últimos párrafos de la Ley 45 FN.

B) Representación de las personas individuales (poderes preventivos, Ley 49).

La reforma de 2019 consistió en reconducir a la ley 49 dos normas anteriormente contenidas en las leyes 51 y 52 que versaban sobre la representación y la revocabilidad de los poderes, y no contemplaban expresamente los llamados poderes preventivos.

En la ley 49 se incorporaron cuatro últimos párrafos en el apartado dedicado a la "revocabilidad", en los que se introduce una descripción de la figura de los poderes preventivos, aunque evita la denominación con la que habitualmente se la designa, por lo que, a nuestro juicio, podía inducir a confusión.

20 En este sentido, Vivas Tesón, I.: "Ley 45", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 153 final.

Pese a la redacción relativa a esta clase especial de poderes de representación, que atiende muy especialmente a las necesidades de las personas con discapacidad, ya el primer Anteproyecto de futura LF (APLFD1) acogió la descripción, pero en la segunda versión, se opta por intercalar un párrafo en que se incorpora la denominación con que habitualmente se la conoce, de "Poderes preventivos", y se ofrece también una referencia que clarifica su significado, en los términos siguientes:

Poderes preventivos: Toda persona mayor de edad o menor emancipada puede otorgar en escritura pública poderes preventivos, cuya vigencia se inicie y desarrolle en el momento en que precise apoyo en el ejercicio de su capacidad.

(Las restantes modificaciones se reducen a emplear esta última denominación en todos los apartados finales de la ley 49 FN).

C) Filiación (leyes 52, 54 apartados b y c, 55 IV, 56 aps. b y d, 57 ap. b).

La reforma del régimen de la filiación que tuvo lugar en el año 2019 atraviesa por un largo historial precedente que contribuye a explicar la complejidad del proceso. Las modificaciones arrancan de la declaración de inconstitucionalidad de la ley 71.b del Fuero Nuevo de Navarra, en su versión dada por la Ley Foral 5/1987 de 1 abril (cuyo objetivo fue la adaptación del régimen civil navarro, procedente de la Compilación de 1973, a los principios constitucionales de 1978, a los que no se adecuaban las normas contenidas en la versión originaria)[21].

La ley 71.b contempló desde entonces el régimen de la acción declarativa de la filiación paterna no matrimonial, cuya legitimación atribuyó exclusivamente al hijo y sus descendientes; pero -y a diferencia de la interpretación del TS sobre el régimen de esta misma acción de declaración de la filiación contenido en el art. 133 I CC. Los tribunales negaron legitimación para el ejercicio de la acción al padre biológico, fundamento en el carácter cerrado del régimen contenido en el Fuero Nuevo, que no necesitaba interpretaciones procedentes de los tribunales estatales.

En aplicación de esta doctrina, la STC 236/2000, de 16 octubre, dictada por la Sala 2ª en recurso de amparo (*Tol 81692*), denegó el amparo solicitado por un padre biológico al que los tribunales de Navarra habían negado legitimación para reclamar la declaración de la filiación paterna (SAP Navarra, secc.1, 12 mayo 1994, y STSJ Navarra confirmatoria 21/1994 22 diciembre RJ 1994\9781) basada en la supuesta discriminación por razón de su vecindad civil (catalana); ya que,

21 Las leyes 10, 71 y 72 de la Compilación de 1973 establecían el modelo de "familia legítima" y ciertas distinciones entre los hijos naturales y los hijos legítimos, que, a todas luces, resultaban contrarias al principio de igualdad de los hijos ante la ley establecido en el art. 39.b CE.

tal como era procedente, el Tribunal Superior de Justica aplicó al caso la ley personal del hijo, que era la ley navarra. Pero, más de cuatro lustros después, y, en el fondo, con cambio de criterio, la Sala Primera del Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la Ley 71.b de FN por Sentencia 41/2017 de 24 abril (dictada en recurso de inconstitucionalidad), donde afirmó que, en esta otra ocasión, se había contemplado la vulneración de los arts. 39.2 y 24 de la Constitución en lugar del problema relativo a la legitimación activa regulada en la ley 71.b FN, y además, por otra vía procedimental, por lo que deducía en suma que se trataba de impugnar una resolución distinta; y seguidamente ordenó al legislador foral que procediera a la modificación de la Ley 71.b) FN en el plazo de 1 año a partir de la publicación de la sentencia[22].

Como resultado de todo ello, se dictó la LF 9/2018 de 17 de mayo, de Reforma de la Compilación de Derecho Civil de Navarra en Materia de Filiación[23], cuyo artículo único no se limitó a reformar la ley 71.b sino otras estrechamente relacionadas con la nueva acción a favor del padre biológico, tales como las que regulan el "reconocimiento" (ley 69), así como las "disposiciones generales" sobre acciones de filiación (ley 70) y el régimen de "acciones de declaración" de la filiación (ley 71, cuyo apartado b desencadenó este proceso de reforma, que luego resultó prácticamente integral ya que afectó a las disposiciones restantes).

Poco después, con ocasión de la reforma global del Fuero Nuevo operada por Ley Foral 21/2019 de 4 de abril, se establecieron en su artículo primero ciertos cambios en la estructura general del Fuero Nuevo, que afectaron al Libro Primero, ahora dividido en cuatro Títulos, el IV de ellos dedicado enteramente a la filiación, y el V a la responsabilidad parental: Las modificaciones provenientes de la LF 9/2018 más arriba citada quedaron incorporadas al nuevo texto, si bien con cambio de numeración (y también de estructura); de manera que pasaron a ocupar las leyes 54 (sobre reconocimiento), 55 (las disposiciones generales), y 57 (sobre las acciones de declaración de la filiación, donde se encuentra el contenido de la antigua ley 71.b), norma que, finalmente, establece de manera expresa la legitimación del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial del hijo.

Pero, adicionalmente, la LF de 2019 añadió otras modificaciones que persiguen finalidades distintas y próximas al tema que nos ocupa. Así en cuanto a medidas de protección de la madre menor o falta de capacidad suficiente, que ejercita su oposición al reconocimiento, en cuyo caso se prevé la asistencia de un defensor

22 Comenta la doctrina que ello "antes o después tenía que ocurrir", toda vez que el art. 133 I CC (que tampoco mencionaba expresamente al padre biológico entre los legitimados para formular acción de declaración de la filiación paterna no matrimonial, aunque el TS se había mostrado más flexible a este respecto) había sido, a su vez, anulado por SSTC 277/2015 y 55/2006. Así Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Rev. Aranzadi Civil-Mercantil,* 7/2017, parte *Jurisprudencia. Comentarios.* (BIB 2017\12495).

23 BON núm. 98, 23 mayo 2018 y BOE núm. 139, 08 junio 2018, (vigencia desde el 24 mayo 2018).

judicial (nuevo apartado c) de la ley 54 FN); y también en el supuesto de ejercitarse la acción de impugnación de la paternidad del marido, que a partir de la reforma podrá formularse por la madre también "en propio nombre" y no solo en el del hijo (último párrafo de la ley 56.b, añadido en la reforma).

Todo ello queda resumido, en explicación contenida en el Preámbulo de la LF 21/2019, en estas expresivas palabras del legislador:

"En materia de filiación, el Fuero Nuevo fue objeto de reciente modificación mediante Ley Foral 9/2018. Como consecuencia de la presente actualización integral se ha hecho preciso, en primer lugar, reorganizar sistemáticamente sus leyes reguladoras de manera que todo el título, ahora IV, pasa a componerse de tres capítulos dedicados, respectivamente, a disposiciones generales, filiación por naturaleza y filiación adoptiva. Además, con carácter sustantivo específico y dentro de la filiación por naturaleza, se introducen dos modificaciones en relación con el texto de la citada Ley Foral 9/2018 con la finalidad de evitar cualquier vulneración del principio constitucional de igualdad. Por un lado, se añade la prevención de que la madre menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada sea asistida de un defensor judicial para garantizar que su oposición esté rodeada de circunstancias adecuadas que excluyan cualquier presión, garantía que así mismo se posibilita mediante el reconocimiento a tal fin de legitimación al Ministerio Fiscal. Por otro lado, se ha advertido de la posible vulneración del artículo 14 CE al restringir la legitimación materna para impugnar la filiación marital a los supuestos de representación e interés del menor, toda vez que, mientras el marido puede impugnar su paternidad actuando en su propio interés y aunque ello implique un perjuicio para el menor, la mujer casada, con la regulación introducida por la Ley Foral 9/2018, únicamente podía impugnar tal paternidad en interés del hijo. Por ello, ahora se ha añadido, también, la posibilidad de que la madre pueda impugnar la paternidad del marido en su propio nombre y derecho." (Preámbulo, III. Ap. 4).

Ahora bien, tampoco esta última versión parece ser la definitiva, dado que el Anteproyecto de futura Ley Foral al que venimos aludiendo, ha introducido en este régimen numerosas referencias a las personas con discapacidad, no solo en sustitución de la expresión "persona con capacidad judicialmente modificada" sino en cuanto a cuestiones de fondo tales como el refuerzo de las posibilidades de estas personas a través de las medidas de apoyo de que hayan sido provistas, para el ejercicio de su capacidad jurídica, en una materia tan sensible como es el régimen de la filiación.

- En la ley 54.c), que trata del reconocimiento de la filiación, se introduce un párrafo donde se expresa que el reconocimiento de persona que tenga establecidas medidas para ejercicio de su capacidad jurídica será inscribible en el Registro Civil, pero "sin perjuicio de la oposición que pueda formular quien esté en

su caso previsto en dichas medidas, la cual deberá fundarse en el superior interés de la persona menor reconocida". Y cuando (y a la inversa) se trate de la madre que formule oposición al reconocimiento de su hijo y se encuentre protegida por medidas para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará a lo dispuesto en las mismas, pero si nada prevén al respecto, podrá formular la oposición el Ministerio Fiscal directamente.

- Entre las disposiciones generales sobre las acciones de filiación contenidas en la ley 55, se intercala un nuevo párrafo donde se establece que, durante el procedimiento correspondiente, el juez adoptará todas las medidas que estime oportunas para la protección de la persona cuya filiación sea objeto de demanda, así como para la protección de sus bienes, tanto en caso de que se trate de persona menor no emancipada como de persona con discapacidad provista de medidas de apoyo representativas.

- En el régimen de las acciones de impugnación de la paternidad formuladas por el hijo a partir del año siguiente a la mayoría de edad, a la emancipación, o a la inscripción de su nacimiento si fuera posterior, de que trata la ley 56.b), se añade una referencia a la persona que tenga establecidas medidas de apoyo, a la que se reconoce a ejercitarla acción con medida de apoyo si la tuviera prevista. Y en el apartado c) se añade la posibilidad de impugnación del reconocimiento realizado con vicio del consentimiento "o con abuso de influencia", dentro del año siguiente a su cesación. En el apartado d) se sustituye la referencia a la persona con capacidad judicialmente modificada, por la de persona provista de medidas de apoyo representativas. Otras referencias semejantes se encuentran en el texto propuesto para la ley 57 apartado b) 1, sobre la acción de declaración de la filiación no matrimonial, para cuyo ejercicio se encuentra ahora legitimado también el progenitor.

D) Responsabilidad parental (leyes 64, 67 y 71).

Como ya se ha apuntado en el anterior apartado, la L.F. 21/2019 introdujo en un nuevo Título V del Libro Primero, el régimen de la responsabilidad parental (antes denominado patria potestad), que resultó notablemente ampliado y ahora ocupa las leyes 64 a 77 del Fuero Nuevo (en una parte que contiene escasas referencias a las personas con discapacidad).

En el Preámbulo de la citada Ley Foral se destaca la notable ampliación del régimen pues ha supuesto un total de 14 leyes frentes a las 5 anteriormente existentes, que se explica en parte por el hecho de haberse optado por derogar expresamente la LF 3/2011, de 17 de marzo, de custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres (disp. derogatoria 2 de la LF 21/2019) y

trasladar su contenido, con modificaciones, al Fuero Nuevo en este nuevo Título del Libro Primero.

Por su parte, en el texto del APLFD se revisan las leyes 67, 71 y 76, para las que se proponen cambios en la redacción de las referencias a la responsabilidad parental (contemplado en la ley 67), así como en el régimen de la guarda y custodia individual (al que se refiere la ley 71), y el de las medidas voluntarias de apoyo (a su vez contempladas en la ley 76), en las que además sustituye la referencia a las personas con capacidad modificada judicialmente, por la de personas con medidas de apoyo representativas, más acorde con las previsiones de la Ley estatal 8/2021 de 2 de junio (así en los textos de las leyes 567.b, y 71 I).

E) Régimen económico del matrimonio y Capitulaciones matrimoniales (leyes 78, leyes 86 III y IV, 94 II.4, 104, 105).

- Leyes 78II y 86III y IV (modificación de las capitulaciones matrimoniales).

En la reforma de 2019, ciertas normas solo cambian de numeración (no de contenido). Así ocurre, en particular, con las relativas al régimen de las capitulaciones matrimoniales, antes reguladas en las leyes 78 a 81, que se trasladan a las leyes 83 a 86.

La nueva ley 78 incorpora al Título VI el principio de libertad de pacto en el régimen de bienes en el matrimonio, aspecto introducido en esta sede por la LF 21/2019, cuya segunda parte contempla la llamada "capacidad individual de los cónyuges", donde se dispone que, en caso de "modificación de la capacidad de los cónyuges", se aplicarán las disposiciones del Código Civil.

El APLFD modula esta remisión y previene que tendrá lugar solamente "en lo no previsto [24]en esta Compilación".

La reforma de 2019 afecta en especial al régimen de modificación de las capitulaciones matrimoniales, ahora contemplado en los párrafos tercero y cuarto de la Ley 86 FN, el tercero de los cuáles dispone que:

"En caso de fallecimiento o de modificación de la capacidad de los cónyuges o persona de cuyo previsto matrimonio se tratare, las capitulaciones no podrán ser modificadas".

A su vez, conforme se establece en el párrafo cuarto siguiente:

24 V. Fernández Urzainqui, F.J.: "Ley 86", en AA.VV.: "*Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 374-378.

"modificada la capacidad de la persona o de cualquier otro otorgante que deba intervenir conforme a lo previsto en el párrafo primero de esta ley, se suplirá su consentimiento con arreglo al ordenamiento jurídico".

El particular sentido de estas disposiciones, en la redacción dada por LF 21/2019, se explica en nuestro opinión si se tienen en cuenta dos premisas características del ordenamiento civil navarro: la primera de ellas consiste en que, con la expresión "cualquier otro otorgante "del párrafo cuarto, el legislador se refiere a la tradicional costumbre por la que, en el acto de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales (que puede tener lugar antes o después del matrimonio), es frecuente que se personen, además de los cónyuges (o en su caso, de los prometidos), los ascendientes o "etxeko-andre" (señores de la Casa o "Amos Viejos" y del patrimonio familiar), al objeto de otorgar e incluir en la escritura pública donaciones "propter nuptias" (ahora denominadas "donaciones para la familia y la unidad y continuidad de la casa"), y en su caso, "dotaciones" a favor de uno o de los dos cónyuges o prometidos[25]

De ahí que estos familiares sean contemplados en el texto legal a la hora de establecer los requisitos precisos para la modificación de esta compleja escritura de capitulaciones (a veces denominada "capítulos" por exceder del contenido que les es propio) en las que se otorgan también actos dispositivos no lucrativos de tipo sucesorio y testamentario. En segundo lugar, además evitan expresión "incapacitados", y sustituirla por la de personas "con capacidad modificada", se ha eliminado del texto la referencia a la dote (institución suprimida con la reforma)[26]

En las dos versiones del APLFD se sustituyen de nuevo las expresiones antes empleadas para designar a las personas con discapacidad, por la nueva nomenclatura referente a las personas sujetas "a medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica" (de tipo representativo, según se deduce del texto) manteniendo en el resto los criterios de las versiones anteriores.

- Ley 94ll (administración uy disposición de bienes de conquista).

La ley 94ll contempla la administración y disposición de bienes de conquista atribuida en principio a ambos cónyuges, salvo pactos en otro sentido en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública. En su apartado 4 dispone que en caso de que uno de los cónyuges tenga modificada la capacidad de obrar,

25 Sobre esta clase especial de donaciones y su régimen jurídico, V. nuevas leyes 120 a 127 FN, que sustituyen a las anteriores leyes 112 a 118). En cuanto a las "dotaciones", V. nueva ley 138 FN.

26 De todas formas, las disposiciones sobre modificación de las capitulaciones matrimoniales contenidas en la vigente ley 86, párrafos tercero y cuarto, van perdiendo su originario significado, una vez suprimido del texto del Fuero Nuevo el régimen económico de la "sociedad familiar de conquistas", en el que los donantes tenían ciertas prerrogativas en cuanto a la administración y disposición de los bienes comunes, así como la dote, (aunque con mantenimiento de las "donaciones para la familia y para la unidad y continuidad del patrimonio familiar" y las "dotaciones").

la administración y disposición se transferirán por ministerio de la ley al tutor o representante legal de éste. El APLFD2 propone sustituir esta expresión y en su lugar disponer que "la administración y disposición que corresponde al cónyuge que precise de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica se realizará conforme a lo previsto en las medidas de apoyo establecidas.

- Ley 104 (medidas judiciales).

En cuanto a las medidas judiciales en caso de ruptura matrimonial, cuya regulación de la ley 104 FN procede de la reforma de 2019, en el apartado b) incluyó previsiones en caso de existir hijos mayores de edad pero dependientes económicamente de los cónyuges, en cuyo caso estableció la posibilidad de atribuirles judicialmente el uso de la vivienda familiar. En el APLF2 se propone añadir otra previsión relativa a los hijos en situación de discapacidad, en los términos siguientes: "Si entre los hijos hubiera alguno con una discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, el juez podrá determinar el plazo de duración de este derecho, en función de las circunstancias concurrentes".

- Ley 105 (compensación por desequilibrio).

Otra novedad introducida con la reforma de 2019 fue la disposición contenida en la ley 105 FN relativa a la compensación por desequilibrio cuya parte final contiene referencias a la discapacidad, cuando dispone que la obligación no se extingue por la muerte del cónyuge deudor, pero a la vez prevé algunas medidas favorables a los sucesores, tanto en relación con la distribución equitativa de la deuda en caso de ser varios, como en el de pesar ya sobre estos otras deudas alimenticias, especialmente las derivadas de la atención a hijos menores de edad, o mayores dependientes económicamente, o con capacidad modificada judicialmente. A este respecto, en el APLFD se propone sustituir esta última circunstancia por otra, acorde con los nuevos principios establecidos en la ley estatal 8/2021 de 2 junio, en que la previsión normativa contemple los casos en que los sucesores no solo tengan hijos menores o mayores dependientes a su cargo u otras deudas de alimentos legales, sino cuando además tengan hijos que necesiten medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad.

3. En el Libro Segundo (Donaciones y Sucesiones).

A) Fiducia sucesoria. Leyes 1511.2 y 287.

La ley 151 reformada en 2019 (antes ley 152) contempla como principio general la facultad de toda persona que adquiere bienes por causa de liberalidad, para disponer de los bienes en caso de necesidad. En el apartado 2 de su segundo

párrafo señala que, si dicha facultad le hubiera sido concedida únicamente mediante autorización de persona determinada sobre la que más adelante recayere modificación judicial de su capacidad jurídica, la facultad de disposición "quedará sin efecto" (salvo las excepciones que se contemplan al final de la norma). En las dos versiones del APLFD se incluye la referencia a persona que hubiera sido "sujeta a curatela representativa "(en sustitución de la expresión relativa a la modificación judicial de su capacidad jurídica).

La ley 287 se refiere, a su vez, a los fiduciarios-comisarios en situación de pendencia (aunque literalmente la rúbrica se refiera a la situación de "dependencia", que en el APLFD ha sido rectificada). Tal como aclara la doctrina, esta situación tiene lugar cuando, después de haber sido designados para el cargo, los fiduciarios deben ejecutar la función principal consistente en elegir y designar a los herederos beneficiarios de la herencia del causante, así como otras de carácter más inmediato, tales como el deber de administración y gestión de la herencia en los términos en que el comitente les hubiera conferido la delegación [27]. La norma distingue según el cargo recaiga en el cónyuge o pareja estable, o ascendientes, del causante, o en otras personas distintas. Para este segundo caso, establece que se aplicarán las normas de la comunidad hereditaria entre los llamados, mientras que, si los fiduciarios son los indicados en el inciso anterior, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de que todavía no hayan dispuesto.

Nuevamente, el legislador de 2019 emplea al final del precepto la expresión "capacidad judicialmente modificada" de alguno de los fiduciarios del segundo grupo, que resulta desajustada a los criterios de la reciente normativa estatal, por lo que en las dos versiones del APLFD se reitera la conveniencia de sustituirla por la referencia a "persona para la que se han establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad".

B) Indignidad sucesoria (leyes 154.7 y 8).

La reforma de 2019 incluye en el Fuero Nuevo el régimen de la indignidad sucesoria en la nueva ley 154, bajo la expresiva rúbrica "incapacidad por indignidad". En el apartado 7 incluye entre las causas de indignidad para adquirir, la de haber sido "removido del ejercicio de la tutela, curatela, acogimiento familiar, o guarda del causante menor o con capacidad judicialmente modificada, por causa que le sea imputable". El APLFD sustituye la referencia a la modificación de la capacidad de obrar por la de la sujeción a medidas de apoyo para ejercicio de su capacidad jurídica.

27 Cámara Lapuente, S.: "Ley 287", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 1168.

En el apartado 8 de la norma, la reforma de 2019 incluyó referencia al hecho de no haber prestado las atenciones jurídicamente debidas a una persona con discapacidad cuando se trate de la adquisición de sus bienes o derechos, norma que, en coherencia con los nuevos criterios sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no ha sido objeto de modificaciones en el APLFD.

C) Testamentos (leyes 184, 187, 202.c, 204, 202 ap. c).

- Ley 184 (incapacidad para testar).

El Fuero Nuevo establece en la ley 184 que ciertas personas no tienen capacidad para testar (son éstas los menores de 14 años y las personas "que carezca de capacidad natural de entender y querer en el momento de otorgar el testamento"). Se añade en segundo lugar que quienes tengan la capacidad judicialmente modificada podrán "otorgar testamento abierto, siempre que dos facultativos designados por el notario respondan de su capacidad tras su reconocimiento", aunque dejando a salvo los casos en que la sentencia contemple expresamente su falta de capacidad para testar. Estas disposiciones procedentes de la reforma de 2019 (que a su vez suprimieron las desafortunadas referencias anteriores a "los que no se hallaren en su cabal juicio", de difícil aplicación en la práctica notarial. La cuestión que suscitan estas expresiones del párrafo primero consiste en determinar si el legislador de 2019 quiso admitir una suerte de ratificación de los testamentos otorgados en situaciones de enajenación mental, habida cuenta de su consustancial carácter médicamente graduable de la dolencia. Se ha interpretado, respecto a la versión procedente de la LF 21/2019, que la expresión "cabal juicio" (procedente del art. art. 663.2 CC) era imprecisa, aunque también, que "el testamento realizado por el incapaz es nulo de pleno derecho" por aplicación de las "leyes 7, 117, 19, 184 y 206 FN"[28].

Por su parte, en los trabajos preparativos de la futura LF de atención a la discapacidad contenidas en el Anteproyecto, las dos versiones coinciden en suprimir el segundo párrafo de la Ley 184. En la segunda versión, se añade en el apartado 2 del párrafo primero la siguiente referencia: n las dos versiones del APLFD, por una parte, se suprime el segundo párrafo de la ley 184, pero por otra parte, en la segunda versión se añade al ap. 2 del segundo párrafo que establece con cierta rotundidad la "incapacidad para testar" de quienes carezcan de capacidad natural de entender y querer, la frase "ni aun con medios o apoyos para ello", dando lugar, con esta previsión, a la posibilidad de que los afectados puedan testar con la ayuda de las medidas de apoyo previstas según la situación mental en la que se encuentren en el momento del otorgamiento.

28 Según comentan Mezquita del Cacho, J.L. y Paniza Fullana, A.: "Ley 184", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 767 y 768.

- Ley 187 (condiciones específicas de los testigos).

En esta norma con supresión del contenido que presentaba anteriormente la de igual numeración, regula nuevamente las condiciones de idoneidad de los testigos, que tantas críticas había recibido respecto a su anterior versión.

La LF 21/2019 simplifica el contenido anterior de la norma. En el nuevo texto se distingue entre testamentos otorgados ante notario, testamentos otorgados solo ante testigos, y testamentos no otorgados ante notario (con supresión de los otorgados "ante Párroco o Clérigo ordenado Presbítero" que figuraban en la antigua versión.

Se exige para los primeros que al menos uno de los testigos sepa leer y escribir, con el añadido de que también podrán ser testigos los empleados o dependientes del notario. En cuanto a los segundos, se requiere que sepan leer y escribir al menos dos de los testigos.

Respecto al tercer grupo de testamentos, definidos por defecto como los "no otorgados ante notario", cabe deducir que se refiere, además de los otorgados "ante testigos" contemplados en el grupo segundo, a las formas testamentarias propias de los testamentos ológrafo, en vascuence, y los testamentos en casos especiales de otorgamiento en situaciones de epidemia, en país extranjero, así como a los testamentos militares y marítimos, a su vez contemplados en las leyes 189 a 193 FN.

Por lo que se refiere a la apreciación de la capacidad del otorgante, el párrafo tercero de esta norma -cuya redacción es aceptada en el APLFD al omitir nuevas propuestas-

- Ley 202.c (revocación en supuesto de fallecimiento).

Esta norma contempla las causas de revocación del testamento de hermandad una vez fallecido alguno de los otorgantes, dado que, en el ordenamiento de Navarra, cabe la posibilidad de otorgarlo no únicamente entre cónyuges -como en otros Ordenamientos forales que también lo contemplan- sino entre toda persona que tenga la "condición foral" (o vecindad civil) navarra aun sin mediar parentesco entre los testadores, si bien los dos supuestos más frecuentes son el otorgamiento entre cónyuges, o también entre varios hermanos solteros que conviven en la Casa.

La LF 21/2019 introdujo una tercera causa que no figuraba anteriormente, y queda ubicada en el apartado c) de la ley 202. Esta causa hace referencia al supuesto de fallecer de alguno de los testadores (caso en que, en principio, el

testamento de hermandad deviene irrevocable, salvo las excepciones señaladas en los tres supuestos enumerados en el apartado b) y el sobreviviente devenga incapaz para testar (cuyas causas se encuentran a su vez previstas en la ley 184, a la que antes nos hemos referido). La formulación es la siguiente:

"En caso de que alguno de los cotestadores devenga incapaz para testar, el testamento será irrevocable. Podrá, no obstante, ser revocado por el resto de cotestadores si en el testamento se hubiera previsto que los que mantengan la capacidad para testar puedan hacerlo, así como, en todo caso, respecto de las disposiciones a que se refieren los números 2 y 3 del apartado anterior".

Pese a la complejidad del contenido de esta norma, que comprime en una misma formulación distintos supuestos alternativos[29], el APLFD no ha realizado propuestas, puesto que la "incapacidad" a la que alude no guarda relación con la capacidad jurídica, que es el objetivo de la futura LF de atención a la discapacidad, sino a capacidad necesaria para testar.

D) Sustitución pupilar y ejemplar (ley 227).

Con la reforma de 2019, se ha mantenido sustancialmente esta figura si bien con modificaciones acordes con los nuevos principios posteriores a la ley estatal 8/2021 de 2 de junio. En consecuencia, se introdujeron los siguientes cambios en la actual redacción de la norma:

- La rúbrica anterior ("sustitución del impúber y del incapaz") se sustituye por la de "sustitución pupilar y ejemplar", con la consiguiente clarificación del sentido de la norma.

- La referencia al descendiente que no pudo testar válidamente debido a haber sido declarado incapaz por enajenación mental" (que figuraba en la versión anterior a la reforma de 2019) se sustituye por la referencia a la modificación judicial de su capacidad jurídica.

- Se añade la precisión complementaria de que esta modificación judicial no le haya permitido al descendiente otorgar testamento válido.

En ninguna de las dos versiones del APLFD se proponen o añaden cambios en la norma.

29 Descritos con mayor detalle por Hualde Manso, Mª T.: "Ley 202", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 821 y 822.

E) Usufructo vidual (ley 257).

La reforma de 2019 introduce en la primera parte de esta norma relativa a la formación de inventario de los bienes objeto de este derecho, un presupuesto para el ejercicio que tiene lugar en caso de que se encuentren personas menores o "con la capacidad judicialmente modificada" entre los nudo propietarios.

En el APLFD 2 se propone sustituir la expresión entrecomillada por la de "personas para las que se hayan establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad".

F) Partición de herencia (leyes 342, 345).

Estas dos normas se refieren a la obligación del contador-partidor de formar inventario (ley 342) y al modo de realizar la partición por los herederos (ley 345).

En el APLFD se reitera la conveniencia de sustituir la mención de la persona con "capacidad judicialmente modificada" por la de " persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad".

4. En los Libros Tercero (Bienes), y Cuarto (Obligaciones, Estipulaciones y Contratos).

A) Derecho de habitación en la vivienda (ley 425).

La ley 425 estableció, en la versión de 2019, un derecho de habitación específicamente destinado a vivienda habitual de los descendientes o ascendientes con discapacidad o dependencia que convivieran en la misma con su titular al momento de producirse el fallecimiento de éste, salvo que estuviera prevista alguna otra forma de cubrir la necesidad de vivienda de dichas personas o bien el titular lo hubiera excluido expresamente.

En la formulación dada por la Disposición Final Primera del APLFD no se ha modificado esta norma del Fuero Nuevo; si bien en los arts. 85 y ss. del texto se contempla un régimen administrativo de viviendas protegidas destinadas a las personas *con discapacidad y establecido desde las instituciones.*

B) Enriquecimiento sin causa (ley 508).

En cuanto a la ley 508, que se refiere a las clases de enriquecimiento sin causa, con la reforma de 2019 se introdujo en el párrafo final de la segunda parte, dedicada a la adquisición por acto ilícito o inmoral, una referencia al perjudicado menor de edad "o con la capacidad judicialmente modificada", que ha sido sustituido en el

texto del APLFD por otra que menciona a quien "precisara de apoyos para el ejercicio de su capacidad y no hubiera podido contar con ellos".

La persona aludida en el segundo párrafo de la parte segunda de esta norma, ocupa la posición de "adquirente" de lucros con mala fe (por acto inmoral o por acto ilícito). Por ello las consecuencias restitutorias se agravan hasta generar los deberes de restituir, no solo lo percibido sino los frutos, rendimientos e intereses, sino además, de indemnizar el perjuicio causado.

Sin embargo, cuando se trata de un adquirente menor de edad o que precisara de apoyos en el ejercicio de su capacidad "y no hubiera podido contar con ellos" (supuesto que apunta subliminalmente al descuido o desatención de sus guardadores o curadores) las consecuencias restitutorias quedan mitigadas, y se reducen a la medida de su enriquecimiento únicamente, tal como establece el tercer párrafo del mismo precepto.

C) Restitución del préstamo (ley 537).

En la versión actualmente vigente se establece que cuando haya sido declarada la nulidad del préstamo por motivo de la menor edad del prestatario, o por tratarse de persona con capacidad judicialmente modificada, quedará exento de la obligación de restituir, excepto si el importe se destinó a la satisfacción de sus necesidades o a su inversión provechosa, puesto que, de no ser así, el prestatario podría incurrir en un enriquecimiento injusto[30].

En la redacción dada por el APLFD se mantiene sustancialmente esta norma, aunque con variación de la redacción relativa a las personas con discapacidad, que pasa a referirse a las personas precisadas de apoyo para el ejercicio de su capacidad (en lugar de la expresión que introdujo la LF 21/2019, de 4 de abril, de Modificación y Revisión del Fuero Nuevo para adaptarlo a la realidad social).

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

El legislador foral ha mostrado una extraordinaria sensibilidad respecto al objetivo de establecer medidas jurídicas de protección a las personas con discapacidad, ya con anterioridad a la ley 8/2021, de 2 de junio, que adapta las disposiciones del ordenamiento español a la Convención de Nueva York suscrita en 2008. Queda así reflejado en las modificaciones del Fuero Nuevo realizadas LF 21/2019 de 4 de abril, y ahora, con mayor amplitud y alcance, con la preparación

30 Ozcáriz Marco, F.: "Ley 537", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 2251 y 2252.; el autor celebra esta modificación y sostiene que, con anterioridad a la reforma de 2019, no se comprendía por qué la persona con discapacidad quedaba excluida de la protección deparada únicamente a los menores de edad.

de una ley marco que integre todas las disposiciones de Derecho Público y Privado en una normativa sujeta a los mismos principios incorporada al Anteproyecto de Ley Foral actualmente en tramitación.

Las características más relevantes de la reforma que tiene lugar en Navarra pueden resumirse globalmente en los siguientes puntos:

- Se mantiene el tradicional sistema de aceptar supletoriamente la normativa del Código Civil sobre tutela, curatela, guarda de hecho, y defensor judicial, y sus recientes modificaciones, por lo que se prescinde por el momento de establecer disposiciones forales al respecto.

- Se desarrolla ampliamente el régimen civil de la capacidad jurídica de las personas individuales, a lo largo de las numerosas modificaciones en el texto del Fuero Nuevo que afectan a todos sus Libros, procedentes de la LF 21/2019 de 4 de abril y redactadas conforme a la nomenclatura actualmente en vigor, relativa las personas que precisan medidas de apoyo para ejercicio de su capacidad (disposición final primera del Anteproyecto de Ley Foral de Atención a las Personas con Discapacidad y Garantía de sus derechos).

- se contemplan también ciertos aspectos de Derecho Público relacionados con las medidas de apoyo, en el Capítulo IV del Título II del Anteproyecto de Ley Foral, pero expresamente se advierte en el Informe CERMIN que las competencias del legislador para regular estas medidas en sus aspectos de Derecho privado no son completas, y que son aplicables supletoriamente las normas del Código Civil.

- se prescinde de la doctrina relativa a las instituciones conexas, si bien la regulación de las nuevas medidas de apoyo guarda evidente relación con el régimen civil de la capacidad jurídica de las personas individuales, que tradicionalmente se incluye en el Derecho privado de Navarra.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002.

Beltrán Aguirre, J.L.: "Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra", *Rev. Jurídica de Navarra,* núm. 4, 1987, pp. 117-140.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Rev. Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2017, parte *Jurisprudencia. Comentarios* (BIB 2017\12495).

Cámara Lapuente, S.: "Ley 287", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002. pp. 1167-1178.

De Verda Beamonte, J.R., "Curatela frente a guarda de hecho: criterios jurisprudenciales", *IDIBE Tribuna*, 27 mayo 2022.

Fernández Urzainqui, F.J.: "Ley 86", en AA.VV.: "*Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 374-378.

Goyén Urrutia, Mª T.: "Ley 43", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 140-144.

Hualde Manso, Mª T.: "Ley 202", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 818-823.

Mezquita del Cacho, J.L. y Paniza Fullana, A.: "Ley 184", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp.766-769.

Ozcáriz Marco, F.: "Ley 537", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. .2250-2254.

Vivas Tesón, I..: "Ley 44", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. Rubio Torrano y Arcos Vieira), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 146-150.

VIVAS TESÓN, I.: "Ley 45", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. RUBIO TORRANO y ARCOS VIEIRA), Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 150-154.

LA REFORMA DEL DERECHO CATALÁN EN MATERIA DE DISCAPACIDAD*

THE REFORM OF CATALAN LAW IN TERMS OF DISABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 122-149

* Este estudio forma parte de los trabajos que se desarrollan en el seno del proyecto de investigación "El derecho de familia que viene. Retos y respuestas" PID 2019-109019RB-100 Ministerio de Ciencia y de Innovación.

Judith SOLÉ
RESINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: La Comisión de Codificación de Cataluña está trabajando en el encargo del Gobierno de la Generalitat de la revisión del Código Civil de Cataluña para su adaptación a la Convención de Nueva York. Los trabajos prelegislativos todavía no han finalizado y aún no ha empezado la tramitación parlamentaria de la reforma del derecho catalán en materia de discapacidad. Con todo, ya es posible avanzar cuáles son las bases que van a regir esta reforma, que se encuentran recogidas en el documento de Bases. Además, se ha aprobado el Decreto ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, que ha venido a salvar el vacío legal que de otro modo habría comportado la aprobación de la Ley estatal 8/2021 en el territorio catalán. Y también existen ya algunas resoluciones judiciales que aplican esta nueva normativa y sientan nuevos criterios jurisprudenciales que resultan de gran interés.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica; discapacidad; medidas de apoyo; salvaguardas; poder preventivo; asistencia.

ABSTRACT: *The Codification Commission of Catalonia is working on the commission of the Government of the Generalitat to revise the Civil Code of Catalonia for its adaptation to the New York Convention. The pre-legislative work has not yet been completed and the parliamentary processing of the reform of Catalan law on disability has not yet begun. However, it is already possible to advance what are the bases that will govern this reform, which are included in the Bases document. In addition, Decree Law 19/2021, of 31 August, which adapts the Civil Code of Catalonia to the reform of the procedure of judicial modification of capacity, which has come to bridge the legal vacuum that otherwise would have led to the approval of State Law 8/2021 in The Catalan territory. And there are also already some judicial decisions that apply this new regulation and establish new jurisprudential criteria that are of great interest.*

KEY WORDS: *Legal capacity; disability; support measures; safeguards; preventive power; attendance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS BASES DE LA REFORMA.- 1. Sistema de apoyos (Base 1ª).- 2. Principios de necesidad, proporcionalidad, y voluntariedad de las medidas de apoyo (Bases 2ª, 3ª y 4ª).- 3. Tipos de apoyo y su compatibilidad (Bases 5ª, 6ª, 7ª, 8ª y 9ª).- 4. Las salvaguardas (Base 12ª, 14ª, 15ª y 16ª).- 5. Responsabilidad civil y penal (Base 17ª).- 6. Mediación (Base 18ª).- III. EL DECRETO 19/2021, DE 31 DE AGOSTO, POR EL QUE SE ADAPTA EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA A LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.- IV. LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES TRAS LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.- 1. La Sentencia 550/2021, de 15 de septiembre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excmo. Sr. Javier Pereda Gámez).- 2. La Sentencia 594/2021, de 13 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María Dolores Viñas Maestre).- 3. La Sentencia 604/2021, de 14 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María Dolores Viñas Maestre).- 4. La Sentencia 612/2021, de 15 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María Dolores Viñas Maestre).- 5. La Sentencia 618/2021, de 18 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María José Pérez Tormo).- 6. La Sentencia 622/2021, de 19 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María José Pérez Tormo).

I. INTRODUCCIÓN.

En el momento en que se ha terminado de escribir esta colaboración, siguen los trabajos prelegislativos de la Comisión de Codificación de Cataluña, de la que su autora tiene el honor de ser miembro, para la adaptación del Código Civil de Catalunya a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. De ahí que cuanto se explica en estas líneas debe leerse teniendo en cuenta esta situación. Cuando concluyan los trabajos en curso, se habrán ordenado definitivamente las instituciones de apoyo de las personas con discapacidad de acuerdo con el nuevo concepto de capacidad jurídica establecido en la Convención.

Con la finalidad de hacer efectivo este objetivo con la celeridad necesaria, la DF 3ª Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, ordena al Gobierno que, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de este Decreto ley, presente un proyecto de ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De este modo, si los plazos se cumplen, en septiembre de 2022 dispondremos de la esperada completa adaptación.

• Judith Solé Resina
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona. Vocal permanente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación Miembro de la Sección Persona y Familia de la Comisión de Codificación de Cataluña. Correo electrónico: Judith.Sole@uab.cat.

II. LAS BASES DE LA REFORMA.

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, obliga a reformar y replantear las instituciones de protección de la persona a las que se someten las personas mayores de edad en el Código civil de Cataluña y a formular legalmente los nuevos principios y reglas generales sobre los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Con este objetivo, el Gobierno de la Generalitat ha encargado una propuesta de modificación del ordenamiento civil catalán a la Comisión de Codificación de Cataluña, adscrita al Departamento de Justicia. Dicha Comisión ha elaborado un documento de Bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica[1] y ha impulsado un proceso participativo que concluyó el día 30 de octubre de 2020 y del que se han obtenido numerosas aportaciones de personas individuales y entidades que han sido incorporadas al anteproyecto de ley encomendado.

El documento de Bases establece los principios que han de orientar las reformas de las instituciones de protección de la persona actualmente reguladas por el título II del libro segundo del Código Civil de Catalunya. Tal como se explica en la exposición de motivos de dicho documento, estas bases, conforme la Convención de Nueva York, parten del derecho al apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad; determinan las modalidades que puede revestir este apoyo; e incorporan las salvaguardas para prevenir los abusos, la influencia indebida y los conflictos de interés en la realización por la persona concernida de actos con trascendencia jurídica. Se deja fuera de estas bases las orientaciones para la adaptación a la Convención de Nueva York de las actuales disposiciones de los capítulos I y II del Código civil de Cataluña en materia de tratamientos médicos e internamientos, que concuerdan y despliegan normas estatales básicas u orgánicas, que serán tratadas más adelante.

Las bases sobre las se trabaja y desarrolla el texto articulado que ha de substituir la normativa actual son las siguientes[2]:

1 Consultable en: https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/1841/BASES_REFORMA_CcC_suport_a_l_exercici_de_la_capacitat_jca.pdf (Última consulta 23 de enero de 2022)

2 Gete-Alonso Y Calera, M.C.: "El nuevo modelo de la discapacidad: la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad", en AAVV: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. Gete-Alonso), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 31, explica que "En las bases catalanas se hace un esfuerzo para empoderar a la persona que, como se explica en el lugar oportuno, tiene como objetivo potenciar su voluntad. La finalidad buscada es crear unos apoyos que sean auténticos instrumentos de inclusión social de la persona. Aunque individualizados, pues la dignidad personal es única e intransferible, y voluntarios, personalísimos, no se olvida que de lo que se trata es que la persona supere las trabas que encuentra en la sociedad. De ahí que el carácter integral con el que se las configura implica, también, la priorización de la intervención del grupo o grupos sociales próximos a ella (las familias, el entorno). De manera que la intervención judicial haya de ser subsidiaria. Así se procura, o al menos esa es la intención, despojar al

1. Sistema de apoyos (Base 1ª).

La Convención de Nueva York reconoce la capacidad jurídica de las personas sin condiciones ni límites. Este cambio de paradigma comporta que las instituciones de protección de las personas mayores de edad basadas en la limitación de su capacidad de obrar deben desaparecer. La tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir respecto a las personas mayores de edad. Tampoco la prodigalidad puede ser una causa legal de limitación de la capacidad jurídica.

En el lugar de un sistema basado en instituciones de protección que tiende a la substitución de la voluntad de la persona con base en su supuesto interés objetivo, el ordenamiento jurídico debe articular un sistema de apoyos que proporcione a las personas los medios necesarios para ejercer sus derechos y tomar sus propias decisiones con efectos jurídicos. Un sistema de apoyos, que se fundamente en el respeto a su voluntad y preferencias de la persona concernida y garantice así la igualdad de todas personas en el ejercicio de su capacidad jurídica[3]. No en vano, conforme la Convención, la provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica es una obligación de los Estados parte.

Dichos apoyos en el proceso de toma de decisiones con efectos jurídicos pueden servir para la comunicación de la decisión adoptada por la persona concernida que no pueda exteriorizarla por sí misma; pueden ayudar a interpretar la voluntad de la persona concernida, cuando sea preciso; pueden utilizarse para ayudarle en la consideración de las diversas opciones posibles; o pueden aconsejar para la comprensión de los actos jurídicos a realizar y de sus consecuencias.

2. Principios de necesidad, proporcionalidad, y voluntariedad de las medidas de apoyo (Bases 2ª, 3ª y 4ª).

El principio de necesidad significa que las medidas de apoyo han de estar a disposición de cualquier persona que las necesite para ejercer su capacidad jurídica

sistema de las instituciones clásicas o históricas (tutela-curatela), que se fundan en el modelo paternalista de protección."

3 Ribot I Igualada, J.: "Las bases de la reforma del Código Civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica" en AAVV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. Gete-Alonso), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 75, explica que "El apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica consiste en facilitar a la persona los medios necesarios para ejercer sus derechos y tomar sus propias decisiones en condiciones de igualdad. Hay que subrayar, en este sentido, que el apoyo está orientado a que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones a través de la prestación de información, de ayuda para la comprensión y razonamiento, y de medios que facilitan la expresión de su voluntad. Todas las formas de apoyo en la toma de decisiones deben consistir en instrumentos orientados a canalizar a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y facilitar su comunicación con los demás, tanto en el ámbito extrajudicial como en el marco de los procedimientos judiciales que se establezcan".

en igualdad de condiciones que las demás, sin que para ello se requiera una previa calificación de persona con discapacidad.

Y es que la declaración de incapacitación se descarta porque ya no fundamenta unos determinados efectos jurídicos -hasta ahora era precisamente la declaración de incapacitación la que justificaba el establecimiento de una medida de protección de la persona incapacitada-. Tampoco es necesario ni posible, en el nuevo paradigma, distinguir entre personas discapacitadas y personas no discapacitadas como dos tipos de personas (dos estados civiles), porque esta distinción atenta contra la dignidad de las personas, y porque con toda probabilidad todas las personas presentan, en mayor o menor medida, algún tipo de discapacidad.

Como regla general, la necesidad de apoyo ha de ser decidida por la persona concernida y no por otras personas con base en un interés objetivo que se predique de aquella. El apoyo es un derecho y no una obligación y la persona puede rechazarlo[4]. En este sentido, hay que superar la idea de que existe un interés objetivo (general) de la persona con discapacidad que otras personas pueden valorar.

De ahí que únicamente en circunstancias excepcionales y solo la autoridad judicial podrá acordar medidas de apoyo no previstas por la persona concernida, y siempre tomando en consideración su voluntad deseos y preferencias. Es en estos supuestos en los que habrá de regir también el principio de proporcionalidad, que ha de entenderse en el sentido de que la intensidad o contenido de la medida de apoyo que acuerde la autoridad judicial debe adaptarse a las circunstancias concretas de la persona concernida y limitarse a los aspectos indispensables.

De otro lado, el principio de voluntariedad significa que el apoyo es voluntario y se insta por la propia persona concernida, que decide su alcance y que puede modificarlo y ponerle fin en cualquier momento. De ahí que, por regla general, no pueda imponerse una medida de apoyo a ninguna persona. La excepción es el supuesto en el que a pesar de haber hecho el esfuerzo necesario, dado el caso concreto no sea posible conocer la voluntad y las preferencias de la persona concernida, caso en el que se puede instar a la autoridad judicial competente para que dicte las medidas de apoyo correspondientes, considerando su trayectoria de vida, las previas manifestaciones de voluntad en contextos similares, la información con la que cuentan sus personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

4 En este sentido se expresa El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con discapacidad, Observación General núm. 1, &29, letra g).

Consecuencia directa del principio de voluntariedad es que nadie puede atribuirse la representación de una persona si no le ha sido conferida de forma expresa, y que en el desarrollo de la "representación" la persona representante ha de estar siempre sujeta a la voluntad deseo y preferencias de la representada.

3. Tipos de apoyo y su compatibilidad (Bases 5ª, 6ª, 7ª, 8ª y 9ª).

El derecho a tomar decisiones en condiciones de igualdad se debe garantizar, en primer lugar, mediante las medidas de accesibilidad universal que permiten que cualquier persona pueda ejercer su capacidad jurídica sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. Cuando no resulten suficientes las medidas de accesibilidad universal, se deberán llevar a cabo las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para hacer posible la realización del acto en cuestión, siempre que esto no imponga una carga desproporcionada o indebida. Y para cuando las medidas de accesibilidad universal y los ajustes razonables no consigan posibilitar la expresión de la voluntad y las preferencias de una persona, hay que prever otras medidas de apoyo adecuadas a las que pueda acudir. Estas últimas podrán consistir en un apoyo formal o no formalizado.

El apoyo formal es el que se proporciona en virtud de la designación hecha mediante una de las formas previstas para ello por la ley, que además goza de publicidad con efectos a terceras personas. Son apoyos formales los que resultan de un poder preventivo, de un acuerdo de apoyo que conste en escritura pública, y los que se constituyan en una resolución judicial que pone fin a un procedimiento de provisión de medidas de apoyo.

A estos efectos, tiene especial interés el poder preventivo otorgado en escritura pública notarial, que consiste en un instrumento formal mediante el que una persona (poderdante) anticipa su voluntad y preferencias ante la posibilidad de encontrarse en situación de no poder comunicarlas.

También mediante un acuerdo formalizado en documento público, o por resolución judicial podrán constituirse medidas de apoyo formalizadas con un contenido de mayor o menor alcance en los ámbitos personal o patrimonial.

Mediante estos instrumentos/procedimiento se constituye la asistencia, que puede definirse como una medida de apoyo formalizada por la que se designa a una o varias personas físicas o jurídica para que asista a la persona concernida en la toma de decisiones relativas a un asunto o cuestión concreta, o bien con carácter continuado en las decisiones de uno o varios ámbitos de carácter personal o patrimonial. Como se ha dicho, el nombramiento de la persona o personas que van a prestar el apoyo puede resultar de un acuerdo entre la persona asistenta y la concernida formalizado en escritura pública, de un poder preventivo, o de

la designación hecha por la resolución judicial que pone fin a un expediente de provisión de apoyos, que puede haber sido instado por la propia persona concernida o por otra persona legitimada por la ley.

Por el contrario, son apoyos informales o no formalizados las prácticas sociales que se llevan a cabo al margen de la existencia de un procedimiento judicial, administrativo o notarial que los formalice. A menudo, se prestan en el entorno familiar y comunitario y se dirigen a ayudar a la persona concernida a comunicar su voluntad; a aconsejar en la toma de decisiones con efectos jurídicos; a concluir actos de mero trámite de acuerdo con los usos sociales; o a realizar actos de administración ordinaria de la persona concernida. También puede tratarse de un apoyo a la persona concernida para un asunto o cuestión concreta, o tener carácter continuado, y afectar al ámbito personal o patrimonial. En la sociedad actual, la importancia y valor -absoluto y relativo- de los apoyos no formalizados a la discapacidad son máximos y por ello deben ser objeto de un reconocimiento y una regulación legal que los reconozca y los facilite, y que responda a su alcance como función social.

Desde luego que una misma persona se puede valer de apoyos formales y apoyos no formalizados, por bien que el apoyo formal prevalecerá sobre el no formalizado en el caso de que resulten incompatibles.

4. Las salvaguardas (Base 12ª, 14ª, 15ª y 16ª).

El ordenamiento jurídico no debe ignorar la vulnerabilidad que lleva aparejada la discapacidad. Sin embargo, la respuesta a esta mayor vulnerabilidad ya no puede pasar por limitar la capacidad de obrar de las personas con discapacidad e imponerles una medida de protección, sino que se debe concretar en la ordenación de instrumentos que impidan que por este motivo -la discapacidad- algunas personas se encuentren en situación de mayor riesgo en el tráfico jurídico. Para ello se han de organizar las medidas de apoyo y prever salvaguardas.

En este sentido, es claro el mandato del art. 12.4 de la Convención de Nueva York que dispone que hay que asegurar que "en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos". Y añade que las medidas de salvaguardas tienen por objetivo garantizar que la persona que presta el apoyo actúa con pleno respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona concernida, y evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida.

En todo caso, además, la prestación de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica ha de quedar siempre sujeta a la supervisión de la autoridad judicial y, cuando la persona concernida o la ley lo prevean, también se sujetará a la

supervisión de la persona o entidad encargada de velar porque se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona implicada.

Finalmente, las medidas de apoyo constituidas judicialmente deben estar sometidas a un plazo automático de revisión, que puede variar en función del alcance del apoyo y de la situación de la persona concernida.

5. Responsabilidad civil y penal (Base 17ª).

La persona que asume la prestación del apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica debe actuar con diligencia y lealtad, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona implicada. Si en el curso de la prestación del apoyo se acredita la comisión de abusos, de influencias indebidas o de actuaciones en conflicto de interés, a instancia de la misma persona concernida, o de cualquier persona con interés legítimo o del ministerio fiscal cuando la persona concernida no puede expresar su voluntad, se exigirán las responsabilidades penales y civiles que correspondan.

6. Mediación (Base 18ª).

Los eventuales desacuerdos en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, como los relativos a la designación de las personas que lo prestan, el alcance del apoyo, o el respeto a la voluntad y preferencias de la persona concernida, pueden ser objeto de mediación, en tanto que "procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución de los conflictos que les afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de forma imparcial y neutral" (art. 1.1 Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña).

III. EL DECRETO 19/2021, DE 31 DE AGOSTO, POR EL QUE SE ADAPTA EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA A LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.

La Ley estatal 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, modifica, como su propio nombre indica, normas estatales de derecho substantivo y normas de derecho procesal. La modificación del derecho sustantivo en materia de capacidad no es de aplicación a las personas cuya ley personal es la catalana, a las que se aplica el derecho catalán (art. 9.1 CCE); pero las reformas en materia procesal, dada la competencia exclusiva del Estado (ex. art. 149.1.8 CE) rigen en todo el territorio español. Y, en este ámbito, la Ley 8/2021

suprime los procesos de modificación de la capacidad y los sustituye por procesos dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, revisando para ello la LEC y la LJV.

Consecuencia de lo anterior es que la entrada en vigor de la Ley 8/2021, prevista para el 3 de septiembre 2021, habría impedido la aplicación del derecho sustantivo catalán al provocar un vacío legal derivado de la supresión del procedimiento de incapacitación en el que se venían acordando las instituciones de protección de la persona previstas en el Código Civil de Cataluña (tal como las previstas en el Código Civil español hasta la reforma) de no haber actuado. De ahí la perentoria urgencia con la que fue necesario tramitar el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad[5]. Esta norma busca disponer un marco normativo suficiente para hacer tránsito a la aprobación de la completa adaptación del derecho catalán a la Convención de Nueva York; de una parte, para dar respuesta a los nuevos procedimientos de provisión de apoyo que se inicien en Cataluña tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021; y, de otra, para la revisión, después de esta fecha, de las medidas que se aplican a las personas sujetas a alguna de las instituciones tutelares reguladas por la legislación civil catalana.

El nuevo régimen que establece el Decreto ley 19/2021, de 31 de agosto, se basa en la modificación de la actual institución de la asistencia, que reemplazará en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares. A partir de su entrada en vigor, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada no se pueden constituir respecto a las personas mayores de edad.

Así, pues, el Decreto ley 19/2021, contiene una nueva regulación de la asistencia, una figura que ya se encontraba contemplada en el Código Civil de Cataluña y partía de premisas coherentes con la Convención de Nueva York[6]. Con todo, en

5 Font i Segura, A.: "Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, LA LEY Derecho de familia* nº 31, julio-septiembre (coord. por García Rubio), pone de manifiesto cómo el carácter plurilegislativo del ordenamiento español en materia civil, junto a la competencia atribuida con carácter exclusivo al legislador estatal en materia procesal, suscita problemas relevantes.

6 También el derecho alemán, en una línea similar, apuesta por la asistencia jurídica a las personas con discapacidad. En este sentido, Riberos Ferrada, C.: "La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán", en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, LA LEY Derecho de familia* nº 31, julio-septiembre (coord. García Rubio), explica que "Por lo que se refiere a la asistencia jurídica, las modificaciones se centran en reforzar la autodeterminación y la autonomía de las personas necesitadas de apoyo antes y durante la asistencia jurídica, de conformidad con el Artículo 12 de la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Es importante indicar, que con esta reforma se enfatiza que la asistencia jurídica consiste principalmente en dar apoyo en la gestión de sus asuntos mediante la propia acción del asistido, y en la esencia de la reforma está el respeto y la primacía de los deseos de quien

el nuevo paradigma requería de una revisión de su contenido a los efectos de que resultara un instrumento de apoyo más flexible y que abarcara la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La modificación del CCCat introducida por este Decreto ley identifica el objeto de la asistencia con todo el abanico de apoyos que la persona concernida pueda necesitar para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, que van desde el apoyo a una toma de decisión puntual, pasando por el apoyo esporádico, ocasional o recurrente, hasta el permanente o continuado en el tiempo, y que afecten tanto al ámbito personal como al patrimonial de la persona concernida, con un contenido absolutamente flexible y adaptable a la necesidad de apoyo del caso concreto.

Esta reforma incorpora también, como una trascendente novedad, que se pueda designar a la persona que tiene que prestar la asistencia, además de por la vía judicial (como hasta ahora preveía el CCCat en el caso de la tutela o la curatela), mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial (art. 226-1.2). Esta segunda vía permite, conforme se explica la Exposición de Motivos, avanzar hacia la efectiva desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y de sus familias, y descongestionar la actividad de los juzgados, sin perjuicio de las funciones de control y supervisión que en todo caso corresponden a la fiscalía y a la autoridad judicial.

La constitución de la asistencia vía judicial puede llevarse a cabo a iniciativa de la persona mayor de edad que la solicite para sí misma. Pero también otras personas familiares o vinculadas[7] podrán promover un expediente de provisión de apoyo a personas con discapacidad para la constitución de la asistencia de persona distinta de quien lo promueve, cuando no se haya constituido previamente de forma voluntaria y siempre que no haya un poder preventivo en vigor que sea suficiente para proporcionar el apoyo que la persona precisa (art. 226-1.3).

está bajo asistencia. Ahí está el hilo conductor de la modificación, la norma fundamental de la legislación en materia de asistencia, que se aplica por igual a la actuación y a la idoneidad del asistente y también al ejercicio de la supervisión judicial. La persona que va a recibir asistencia debe estar completamente informada y participar de todas las fases del procedimiento de asistencia, en particular, en la decisión judicial sobre la designación del asistente y el modo concreto de la elección. También debe estar informado acerca del control que ejercerá el tribunal…"

7 Conforme el art. 42 bis a).3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su redacción dada por la Ley 8/2021: "Podrá promover este expediente (de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad), la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente."

Entonces, la designación de la persona que presta la asistencia debe basarse en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida y de sus preferencias, de acuerdo con su trayectoria vital, sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares, la información con la que cuentan las personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso. En dicho supuesto, es obligatorio comunicar a la autoridad judicial todas las circunstancias que se conozcan en relación a los deseos manifestados por la persona asistida (art. 226-2.2.) Y solo excepcionalmente, mediante una resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida (art. 226-2.3).

Conforme al art. 226-4 CCCat, el contenido de la asistencia constituida judicialmente -su alcance- también se debe corresponder con la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida. En la resolución de nombramiento de la asistencia, la autoridad judicial tiene que concretar las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, según proceda. Y sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona asistida, y mediante resolución motivada, puede determinar actos concretos en los que la persona que presta asistencia puede asumir la representación de la persona asistida sin que ésta la consienta.

En todo caso, la autoridad judicial puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, y también para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida (art. 226-2.4). El nombramiento de la persona que asiste y la toma de posesión del cargo se tienen que inscribir en el registro civil mediante la comunicación de la resolución judicial correspondiente (art. 226-4.5). La medida de asistencia se debe revisar de oficio cada tres años. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer un plazo de revisión superior, que no puede exceder de seis años (art. 226-4.6).

De otra parte, la "designación notarial de la asistencia" se basa en la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad formalice en documento público unilateralmente su voluntad de constituirla. De ahí que la "designación notarial" se corresponde, en verdad, con la formalización ante notario o notaria, de la manifestación de voluntad de la persona concernida de constituirla.

De acuerdo con el art. 226-3.1 CCCat, en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo, la persona mayor de edad, en escritura pública, puede nombrar a una o más personas para que ejerzan la asistencia y puede

establecer disposiciones con respecto al funcionamiento y al contenido del régimen de apoyo adecuado, incluso con respecto al cuidado de su persona. También puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar sus derechos, el respeto a su voluntad y preferencias y para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.

El otorgamiento de un acto de designación de asistencia posterior revoca el anterior en todo aquello que lo modifique o sea incompatible (art. 226-3.2).

En caso de designación voluntaria de asistencia se pueden establecer sustituciones. Si se nombran diversas personas y no se especifica el orden de sustitución, se prefiere la que consta en el documento posterior y, si hay más de una, la designada en primer lugar (art. 226-3.3).

Las designaciones de asistencia otorgadas en escritura pública se deben comunicar al registro civil para inscribirlas en el folio individual de la persona concernida y también al Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica o el que lo sustituya (art. 226-3.4).

La autoridad judicial, en defecto o por insuficiencia de las medidas adoptadas voluntariamente, puede establecer otras supletorias o complementarias. Excepcionalmente, mediante una resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada, cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por esta o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida (art. 226-3.5).

En cualquier caso, el ejercicio de las funciones de asistencia se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias (art. 226-1.4).

Con relación al régimen de ineficacia de los actos de la persona asistida, el art. 226-5 CCCat dispone que los actos jurídicos que la persona asistida haga sin la intervención de la persona que la asista, si dicha intervención es necesaria de acuerdo con la medida de asistencia constituida, son anulables a instancia de quien asiste, de la persona asistida y de las personas que la sucedan a título hereditario en el plazo de cuatro años desde la celebración del acto jurídico.

Una vez constituida la asistencia, cabe su modificación. En este sentido, el art. 226-7 CCCat establece que las personas legitimadas para solicitar la constitución de la asistencia pueden solicitar su modificación o revisión si hay un cambio en las circunstancias que la motivaron y que, si la persona que asiste tiene conocimiento

de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito o de las funciones, lo debe comunicar a la autoridad judicial.

Conforme el art. 226-8 CCCat, la asistencia se extingue por la muerte o la declaración de muerte o de ausencia de la persona asistida y por la desaparición de las circunstancias que la determinaron apreciada por la autoridad judicial, que ha de declarar la extinción de la asistencia y dejar si efecto el nombramiento de la persona asistente.

Para completar el régimen jurídico de la asistencia, el art. 226-6 CCCat hace una remisión a las normas de la tutela y establece que se aplican a la asistencia las reglas de la tutela en todo aquello que no se opongan al régimen propio de la asistencia, interpretadas conforme a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Finalmente, el régimen transitorio a la nueva normativa queda establecido en las 3 Disposiciones Transitorias del Decreto ley:

Conforme a la Disposición Transitoria Primera, las asistencias constituidas hasta la entrada en vigor del Decreto ley se mantienen en los términos en los que fueron acordadas por la autoridad judicial competente, sin perjuicio de su modificación judicial a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, con el fin de adaptarlas a la nueva normativa

La Disposición Transitoria Segunda se dedica a la revisión de las medidas judiciales en vigor. Está en la línea de las previsiones que sobre esta cuestión realiza la Ley 8/2021, con la que concuerda[8]. En primer lugar, aclara que a partir de la entrada en vigor del Decreto ley, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada, reguladas por las disposiciones del título II del libro segundo del Código civil de Cataluña, no se pueden constituir respecto a las personas mayores de edad. En relación a las tutelas, las curatelas y las potestades parentales prorrogadas o rehabilitadas constituidas con anterioridad, dispone que se mantienen hasta su revisión. Y en relación a la revisión de las medidas ya constituidas establece que las personas con la capacidad modificada judicialmente, los progenitores que tienen la potestad parental prorrogada o rehabilitada y las personas que ejercen cargos tutelares o de curatela pueden solicitar en cualquier

8 La Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021, de 3 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se dedica a la revisión de las medidas ya acordadas y dicta así: "Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años."

momento la revisión de las medidas que se hayan establecido para adaptarlas a la supresión de la modificación judicial de la capacidad, que se tiene que realizar en el plazo de un año desde la solicitud. De no existir dicha solicitud, la revisión la tienen que realizar de oficio la autoridad judicial, o a instancia del ministerio fiscal, en un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor del Decreto ley. Por último, respecto las declaraciones de prodigalidad, dispone que las personas que han sido declaradas judicialmente pródigas y las que ejercen su curatela pueden pedir, en cualquier momento, la extinción de la curatela.

La Disposición Transitoria Tercera se refiere a las delaciones hechas por la propia persona concernida y establece que cuando estas son para el caso de la modificación judicial de la capacidad mantienen su eficacia y se aplican, si procede, en caso de que se solicite el nombramiento de una persona para que asista a la otorgante en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se aplica a estas delaciones lo que establece el artículo 226-3 del Código civil de Cataluña.

IV. LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES TRAS LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.

Durante el último trimestre de 2021 ya se han publicado algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18º) que aplican el Decreto 19/2021, de 31 de agosto, y que son de gran interés. Todas ellas resuelven procedimientos iniciados bajo la vigencia de la normativa derogada, por lo que comienzan advirtiendo de la reforma legal sucedida y de sus principales consecuencias; fundamentalmente, en lo que se refiere al cambio de paradigma que supone; a la imposibilidad de declarar la incapacitación de la persona y de constituir nuevas tutelas o curatelas; y la procedencia de constituir, en su caso, la asistencia en el modelo del derecho catalán. A continuación, se exponen resumidamente:

1. La Sentencia 550/2021, de 15 de septiembre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excmo. Sr. Javier Pereda Gámez)[9].

Es la primera Sentencia a nivel de Audiencia Provincial que se dictó tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y del Decreto 19/2021 el día tres de septiembre. En nuestra opinión, consigue efectuar una aplicación de la norma perfectamente conforme al nuevo paradigma de la discapacidad definido en la Convención de Nueva York.

Esta resolución distingue las actividades de las personas en tres niveles: actividades básicas de la vida diaria, actividades instrumentales de la vida diaria, y actividades avanzadas de la vida diaria o actividades compleja; y sistematiza, en

9 SAP Barcelona 15 septiembre 2021 (RAJ 2021, 330459)

términos generales, los supuestos en los que cabe acordar judicialmente apoyos a una persona.

Con todo, en nuestra opinión, lo más interesante de esta resolución es cómo motiva la falta de voluntad de la persona, que entiende privada de libertad de decidir, y acuerda medidas en contra de su "supuesta" voluntad manifestada.

El supuesto de hecho es el siguiente:

El día 19 de noviembre de 2019 el Ministerio Fiscal presenta demanda en la que pone de manifiesto las dificultades de la fundación tutora para aplicar un plan de trabajo, por la negativa de la Sra. Zaida a usar los recursos de desintoxicación y pide que se amplíe la declaración de incapacidad a los aspectos patrimoniales, para evitar los consumos de tóxicos. La demandada no permanece en piso terapéutico y ha vuelto con su madre, y se apunta a un posible abuso económico sobre ésta por parte de la persona concernida.

La demandada contesta y dice vivir con su madre de forma estable y correcta, convivencia, sostiene, más positiva que la de la residencias o viviendas ofrecidas por la fundación. Su madre la protege y cuida y ella busca trabajo de diseñadora multimedia. Pide que se amplíe la declaración de incapacidad a la esfera patrimonial y que se nombre tutora a su madre.

La Sentencia recurrida, de fecha 18 de enero de 2021, analiza las pruebas practicadas y concluye que es preciso ampliar la incapacitación a la esfera patrimonial y que la fundación es entidad idónea para el cargo. En suma, estima la demanda y así lo establece.

La Sra. Zaida recurre y sostiene que la sentencia contribuye a empeorar su patología y no le ayuda. Afirma que la fundación tutora no tiene medios ni está especializada en esquizofrenias, sino en tercera edad. Añade que otorgar a la fundación facultades de gestión patrimonial no le favorece, ámbito en el que no ha tenido problemas. Niega que concurra una discapacidad cognitiva, está estable, trabaja, gestiona su patología, aunque precisa soporte médico puntualmente si aparece una crisis. Pide en suma que se mantenga la incapacidad parcial solo en el ámbito de la salud y se nombre fundación especializada de las que proponga la Generalitat.

El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia, dada la enfermedad mental y el abuso de tóxicos, y sostiene que la fundación ofrece recursos de tratamiento que la recurrente rechaza.

En la segunda instancia se recaba de nuevo informe del médico forense y se entrevista a la recurrente. En el acto de la vista, la recurrente solicita que se adapte la resolución al Convenio de Nueva York y al Decreto catalán 19/2021, y que se respete, conforme al dictamen médico forense la capacidad de su defendida para las actividades básicas de la vida diaria (ABVD) y se le apoye en temas de salud, contratación, trámites económicos y administrativos y jurídicos, a través de la medida de asistencia judicial. Por su parte, el Ministerio Fiscal pide que se mantenga la capacidad jurídica de la Sra. Zaida y se nombre asistente a la Fundació Via Guasp para que preste apoyo personal en las ABVD, con funciones de representación en cuestiones de salud (consentimiento y tratamientos médicos, farmacológicos e ingresos en centro), administración patrimonial (en lo que la Sra. Zaida pueda comprometer su patrimonio), para otorgar poderes, hacer testamento y realizar actividades administrativas. Pide que se revise la situación a los tres años y que se lleve a cabo una rendición de cuentas anual, por parte del asistente, de la situación personal y patrimonial.

La Sala parte de la base de que hay que poner en relación la hipótesis de la voluntad presunta con "la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores" (art. 226-2.2 CCCat), aunque con las debidas cautelas para no recaer en el modelo médico-rehabilitador o asistencial que la reforma pretende superar. Y, en esta línea afirma que:

"Ello plantea el problema de su equiparación a las personas sanas que optan "libremente" por conductas autolesivas o destructivas (rechazar un tratamiento, drogarse, no medicarse, etc.), como sucede con la Sra. Zaida, y la solución deberá construirse encajando los parámetros de "crueldad social" o "desgracia" a que se refiere el Tribunal Supremo, sin caer en el pietismo, en el sentido y alcance de la libertad con relación a la dignidad de la persona y con los derechos, principios y valores constitucionales. Así, parecería que el tratamiento de una adicción no habría de poder imponerse si no lo desea el afectado y solo será posible si es claro un déficit de la conformación de la voluntad (dentro de la capacidad del sujeto) o si el afectado desea el tratamiento y admite una falta de perseverancia o una carencia de fuerza de voluntad que acepta que le sea controlada, si la adicción le perjudica, lo sabe y no lo "quiere". Es este el supuesto que apreciamos en la Sra. Zaida."

Para determinar los apoyos que hay que acordar en cada caso concreto, la Sala sienta unos axiomas aplicables con carácter general. En este sentido dispone que, partiendo de la tradicional distinción entre los ámbitos personal y patrimonial, conviene distinguir, entre actividades básicas de la vida diaria, actividades instrumentales y actividades complejas.

Considera que son actividades básicas de la vida diaria (ABVD) levantarse, acostarse, realizar el aseo personal, vestirse, comer por sí mismo, o caminar. En estas circunstancias, dispone que la asistencia, como medida de apoyo se centrará en garantizar los derechos, en el arrendamiento de servicios de terceros y en la determinación del lugar de residencia de la persona afectada, de sus cuidadores y de los convivientes en su caso (tarea en las que le será difícil evitar la asignación de funciones de representación).

Entiende que son actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD) las de limpiar, lavar, cocinar, hacer las compras, manejar dinero, desplazarse por la calle, utilizar los transportes, hacer gestiones, ir al médico o controlar la medicación. En estos casos, sostiene la Sala, corresponde a la autoridad judicial determinar la tarea del asistente. Pero si la persona afectada, sin caer en situaciones indignas (riesgo para la vida no asumido, deterioro grave de salud no buscado de propósito, etc.) o que perjudiquen a terceros (síndrome de Diógenes, peligro de incendio, etc.) no incluye entre sus funcionamientos los referidos a estos ámbitos, parece que habrá de respetarse su capacidad y libertad. La atención de estas necesidades supone que el asistente aconseje el lugar de residencia del asistido, la contratación de sus cuidadores, las reglas de convivencia con otros convivientes, sustente la contratación de servicios de tercero, instruya en el manejo del dinero de bolsillo, apoye y complete la realización de gestiones (de salud, administrativas, económicas), siempre acompañando al interesado (incluso para otorgar poderes) y solo atribuyendo el juez funciones representativas cuando conste una falta de perseverancia o una carencia de fuerza de voluntad que la persona discapacitada admita que le perjudica y acepte el apoyo, o, en otro caso, si las limitaciones a la libertad que se puedan imponer son aceptables (igual que con cualquier otro ciudadano) en el seno de una sociedad democrática (cfr. art. 5.1,e CEDH).

Por último, entiende que las actividades avanzadas de la vida diaria (AAVD) engloban las de ocio y tiempo libre, la actividad laboral, la de participación social (en la familia, en la comunidad), la actividad educativa y cultural (asumiendo en igual medida su responsabilidad). Y afirma que "El alcance de los funcionamientos, respecto a la persona discapacitada, en estos ámbitos ha de ser definido en el proceso judicial conforme a los deseos y expectativas del afectado. Hay personas que no contemplan algunas de ellas y aunque socialmente pueda sufrir rechazo toda persona que no quiere trabajar u ocuparse (voluntariado), que presenta rasgos misántropos, que prescinde en su vida de aspectos educativos y culturales, ello no autoriza para imponer conductas (aunque es lícito hacer ver al discapacitado, según su alcance, sus compromisos sociales, no se le pueden imponer conductas). Si con personas sin discapacidad estas opciones se admiten, no podemos imponer a los discapacitados un estándar distinto, de modo que no podemos obligarles a trabajar, a participar en la sociedad, a ocupar su tiempo libre, a tener interés por

la cultura. Sólo en la medida en que el propio interesado así lo contemple y en la medida en que lo reclame (conforme a su capacidad, como medida de su libertad) se pueden establecer apoyos o como parte de una terapia sobre la que no hay capacidad de querer. Si la postura reacia, negacionista, alcanza riesgos de afectar a la dignidad de la persona o alguno de sus derechos fundamentales, es posible plantearse, de oficio, como hicimos respecto a las ABVD y a las AIVD, una medida de apoyo. Siempre podrá ser ésta la de asesoramiento o acompañamiento para la toma de nuevas decisiones. La asistencia supone en las AAVD, apreciado el deseo, voluntad y carencia de apoyo, sostener de forma consensuada al asistido en estos ámbitos: facilitar el trabajar, ocuparse el tiempo libre, socializarse, aprender, votar. Para actividades jurídicas complejas (testar, contraer matrimonio, etc.) parece mejor remitir a las reglas específicas sobre capacidad matrimonial y sobre intervención notarial."

La Sala concluye que: "En suma, si la capacidad es la medida de la libertad y de la voluntad y el afectado realmente no puede "hacer" o "ser" en alguna de las actividades básica, instrumentales o avanzadas, de lo que se trata no es de prever apoyos para que consiga algo que, externamente, configuramos como manifestación de la libertad, sino de prestar, en las ABVD, por un esencial principio de dignidad de las personas, las ayudas y medios que sean necesarios para que pueda descansar, estar protegido, limpio, nutrirse y pueda deambular. En las AIVD y en la AAVD los apoyos no se fijan con base en la libertad (o que la persona discapacitada no se configura), ni por igualar su situación con la de las personas supuestamente "sanas", sino en la medida que los reclame como "funcionamientos". En el modelo social, el apoyo pasa por permitir a estas personas contribuir a la sociedad en la misma medida que el resto de las personas sin discapacidad, en función de la necesaria inclusión y aceptación plena de su diferencia, por la titularidad que ostenta, como persona, de los derechos fundamentales básicos. Si los funcionamientos no existen o no surgen, se debe respetar la situación, salvo que haya un riesgo de afectar a la dignidad de la persona o a alguno de sus derechos fundamentales, o de causar daño a tercero. Ante la configuración de aspiraciones de difícil asunción, el asistente debe promover un proceso de reflexión con la persona afectada, intentando hacerle ver las dificultades de su alcance y/o de las limitadas o inexistentes medidas de apoyo para lograrlas o reducirlas."

De la prueba practicada se constata que en el caso de autos no hay duda alguna de la necesidad de apoyo en el ámbito personal y patrimonial. La recurrente admite que persista un apoyo en los aspectos personales y ello comporta, en opinión de la Sala, la necesidad del control económico, en el sentido proyectivo de que la fundación, a través del uso del dinero de bolsillo y con la administración de la escasa pensión ayude a la Sra. Zaida a asumir un ejercicio responsable de su vida. De ahí que la Sala confirme en este punto la sentencia de instancia, aunque matiza

que: "si bien resaltando el carácter instrumental de la administración patrimonial se asigna a la fundación la administración de la pensión, pero ello en el sentido de prestar apoyo a la Sra. Zaida para que pueda gestionar su vida, a medio plazo y en la medida que demuestre responsabilidad, en el sentido que desee".

En el ámbito personal, la Sala considera que "Las funciones de apoyo alcanzan a la administración económica no solo para intentar controlar los gastos corrientes, el consumo de drogas y la posible extorsión a la madre, sino porque, como se refleja en el informe médico forense, la afectada necesita ayuda para la gestión de su patrimonio y esas funciones deben incluso ampliarse al ingreso no voluntario en centros médicos de desintoxicación, si se dan las condiciones."

Y añade que "No podemos hablar de "forzar su voluntad" cuando, como refiere el Dr. Marcos, se invoca esa libertad como falacia de control. La limitación de su capacidad condiciona su voluntad y su libertad. Por ello, si en ejecución de sentencia lo insta de nuevo el organismo tutelar, se podrá estudiar de nuevo el ingreso en un centro de larga estancia, aun en contra de la supuesta "voluntad" manifestada por la afectada."

La AP estima en parte el recurso de apelación, en el sentido de que se deja sin efecto la declaración de incapacidad y acuerda que la Fundació Via Guaso administrará, como asistente, los bienes de la Sra. Zaida asignándole una cantidad de dinero de bolsillo (inicialmente, de 150 euros al mes) y velará por la progresiva asunción de las funciones de gestión por ella, debiendo rendir cuentas anualmente. Acuerda, asimismo, que la medida se revisará a los tres años.

2. La Sentencia 594/2021, de 13 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María Dolores Viñas Maestre)[10].

En esta resolución la Sala acuerda nombrar asistente a la madre de la persona concernida, conforme a su voluntad, y determina de forma detallada el contenido de dicha asistencia, que limita a la función de acompañamiento y no de representación o sustitución.

Esta Sentencia resuelve un recurso de apelación interpuesto por la propia persona afectada (D. José Francisco) y su madre, que impugnan el pronunciamiento de incapacidad total de la sentencia de instancia y solicitan un complemento de capacidad que debe realizar la madre. El Ministerio Fiscal solicita un apoyo a través de la figura del asistente para la supervisión de las actividades instrumentales de la vida diaria y en temas de salud y para actos complejos administrativos y complejos con facultades representativas en este último ámbito de actuación. La

10 SAP Barcelona 13 octubre 2021 (RAJ 2021, 381536)

Administración que instó la demanda está conforme con lo solicitado por los recurrentes.

El resultado de la prueba practicada es el siguiente: El informe del médico forense de 29-9-2021 indica que el Sr. José Francisco esta diagnosticado de hipoacusia profunda con pérdida neurosensorial y retraso mental leve, trastorno de desarrollo, deficiencia expresiva y psicosis inespecífica, patologías que califica de crónicas y que requieren de seguimiento y control médico. En cuanto a las afectaciones de dicha patología en su vida señala que limitan de forma muy importante su capacidad para vivir solo y gestionar su vida de forma independiente, precisando de apoyos para las actividades relacionadas con su salud y en la esfera patrimonial/contractual. En el acto de la vista la médico aclaró que no precisaba apoyos para las actividades básicas de la vida diaria, ni para las actividades instrumentales, sí que necesita apoyos para la gestión de su salud en relación a la toma de medicación y seguimiento de su tratamiento y para todas las cuestiones relativas al ámbito patrimonial. Precisó asimismo que necesita de un acompañamiento, pero no de una sustitución ya que entiende las cosas.

La Sala entiende que procede acceder a la petición del Sr. José Francisco y acordar que sea la madre Joaquina la que ejerza las funciones de la asistencia que conforme a la nueva normativa deben especificarse con el detalle exigido en el art. 226-4,2 y 3 CCC. Y señala que el ámbito de las funciones de la asistencia se centrará en los temas relativos a su salud, concretamente en el control y supervisión de su medicación y en el seguimiento de los tratamientos médicos y en la gestión, administración y disposición de sus bienes y en este último ámbito sin que la asistente ostente facultades representativas, sino tan solo de acompañamiento y no de sustitución.

3. La Sentencia 604/2021, de 14 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María Dolores Viñas Maestre)[11].

En este caso, la demandada plantea recurso de apelación en el que impugna la designación de tutor de la Fundación acordada en la sentencia de primera instancia. No son objeto de recurso los ámbitos en los que se ha limitado o modificado la capacidad de la Sra. Gloria en aplicación de la legislación vigente en el momento de dictarse la sentencia.

La Sala advierte que conforme a la nueva legislación aplicable ha de desplazarse la disconformidad de la figura del tutor a la figura del asistente, que es quien deberá ejercer las facultades de apoyo. Y acuerda nombrar una fundación como asistente que sustituya a la persona al tutor nombrado por la persona concernida

11 SAP Barcelona 14 octubre 2021 (RAJ 2021, 381173)

que no había desarrollado adecuadamente sus funciones. El motivo es que cuando se otorgaron los poderes y la escritura de delación la persona concernida tenía las facultades cognitivas y volitivas muy afectadas y comprometidas por la enfermedad y que desconocía los instrumentos.

El supuesto de hecho es el siguiente: La Sra. Gloria otorgó poderes generales a favor del Sr. Bernardo el 23-1-2019 y escritura de autotutela el 6-2-2019. El 14-2-2020, un año y ocho días después de otorgarse la escritura de delación voluntaria, se planteó demanda de modificación de capacidad, pero hubo actuaciones previas ya que a instancia del Ministerio Fiscal se dictó por el Juzgado Auto el 3-12-2019 nombrando defensor judicial a una Fundación, medida que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto 374/2020 de 30 de septiembre, por lo que queda claro que el acto de delación fue otorgado antes de transcurrir el año al que se refiere el art. 222-9 CCCat[12].

Valorada la prueba, la Sala constata que "se han acreditado una serie de circunstancias que evidencian que, pese a que ha asumido funciones de guardador, (el Sr. Bernardo) no siempre ha actuado en interés y beneficio de la Sra. Gloria". Observa que "existen indicios fundados de que la Sra. Gloria carecía de capacidad o entendimiento cuando otorgó los poderes y la escritura de delación voluntaria, por lo que no puede afirmarse que la designación de esta persona se corresponda con su real voluntad". Asimismo, afirma que el Sr. Bernardo propició el asilamiento de la Sra. Gloria y que cuando ésta otorgó los poderes y la escritura de delación tenía las facultades cognitivas y volitivas muy afectadas y comprometidas por la enfermedad y que desconocía los instrumentos jurídicos de los que había hecho uso.

La Sala decide prescindir del nombramiento del Sr. Bernardo como asistente y designar para el cargo una Fundación habida cuenta que la única familiar que tiene la Sra. Gloria tampoco se ha postulado como tal.

4. La Sentencia 612/2021, de 15 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María Dolores Viñas Maestre)[13].

Esta sentencia resuelve un recurso de alzada que interpone la persona afectada, Dª. Lina, que solicita se revoque el pronunciamiento de limitación o modificación de capacidad y el hijo de la misma que solicita ser nombrado curador. La Sala no accede a la petición y nombra a una fundación asistente de Dª Lina para las actividades básicas, instrumentales y avanzadas de la vida diaria y con facultades

12 Conforme al art. 229-2 b) CCCat la autoridad judicial puede prescindir de la designación realizada en delación voluntaria cuando el acto de delación se realizó dentro del año anterior al inicio del procedimiento relativo a la capacidad de la persona protegida.

13 SAP Barcelona 15 octubre 2021 (RAJ 2021, 390785).

representativas, al entender que precisa de todos estos apoyos y que su hijo no está en condiciones de prestarle los cuidados que precisa.

El Informe médico emitido en la alzada recoge las diversas enfermedades o deficiencias que padece la Sra. Lina y, en cuanto a las consecuencias de dichas deficiencias se concluye que es dependiente para la mayoría de las ABVD, puede comer sola si se le prepara la comida pero requiere supervisión y ayuda para aseo e higiene ducha y vestido; no puede comprar alimentos ni cocinar, deficiente capacidad de cálculo mental, no puede administrar dinero ni realizar gestiones bancarias complejas, es incapaz de coger medios de transporte públicos, desconoce las limitaciones intelectivas y físicas y existiría nula adherencia terapéutica si no hubiera supervisión. Como conclusión, además de las anteriores afirma que está capacitada para aceptar y seguir los tratamientos médicos y farmacéuticos, para decidir su ingreso en un centro residencial o sanitario, aunque desconoce la medicación y conviene que terceras personas la ayuden a tomar decisiones y supervisar lo que mejor le conviene; no está capacitada para decidir sobre la disposición de sus rentas y bienes. El informe también señala que existe conciencia de presentar enfermedades físicas, pero expresa minimización y desconocimiento de las propias limitaciones intelectivas y físicas (afirma que es capaz de vestirse sola, de cocinar, de realizar su aseo higiene, que lleva pañales pero que es continente esfinteriana y sin embargo resultan dudosas esas afirmaciones en una persona con un déficit visual tan severo) y se evidencia escaso o nulo círculo social con tendencia al aislamiento si no se le estimula añadido a importante barrera idiomática que agrava la situación.

En la entrevista, la Sra. Lina muestra su disconformidad en vivir en lo que denomina casa del médico, refiere estar allí desde hace tres o cuatro meses y que ignora la razón, explica que en el aseo personal a veces le ayudan, que no puede caminar sola, pero que podría bajar las escaleras del piso donde vive su hijo. Afirma que podría realizar el aseo personal ella sola en la silla de ruedas en el baño y que están buscando otro piso más barato (dice que el alquiler del actual es de 250 euros) para vivir y que cree que con su pensión de setecientos y pico euros al mes pueden vivir. También refiere que su hijo no la visita desde hace un mes y medio por el Covid.

La médico forense en el acto de la vista precisa los ámbitos de la vida en los que precisa supervisión con remisión al informe médico. Reitera que la explorada minimiza las limitaciones que padece y que no tiene plena conciencia de las limitaciones que le suponen si fuera a vivir al domicilio. Y que son necesarios cuidados de enfermería y apoyo externo. También señala que precisa representación para los temas de salud en cuanto a toma de medicación y seguimiento de los tratamientos, así como en el ámbito patrimonial.

En relación al contenido del apoyo o supervisión, la Sala entiende que "la Sra. Lina no puede conformar su voluntad de forma consciente en los temas relativos a la salud y patrimoniales precisando representación. En cuanto a la voluntad de decidir el lugar de residencia ha mostrado su deseo de vivir con su hijo en el piso en el que residía con su esposo fallecido antes de ingresar en el centro socio sanitario pero dicho deseo o voluntad está conformada sobre la base de presupuestos fácticos erróneos. No tiene conciencia clara de las limitaciones que le supondría vivir en dicha vivienda y de las repercusiones perjudiciales para su cuidado personal en los ámbitos más básicos. Parte para conformar su voluntad de una apreciación errónea de la realidad en tanto minimiza sus propias limitaciones".

Y con relación a la persona que ha de ejercer el apoyo, la Sala entiende que "el hijo no puede asumir la función de asistente. En la actualidad no se encuentra en condiciones de ofrecer garantías suficientes para cubrir, con la dignidad que su madre requiere, todas las necesidades de la misma, ni de proporcionarle el apoyo, cuidados y cobertura que precisa. Su dependencia es importante incluso para actividades básicas, el domicilio que ofrece carece de ascensor y la afectada deambula en silla de ruedas, precisa de supervisión constante y se desconocen medios o modo de vida del hijo que tampoco ha ofrecido alternativas razonables."

De acuerdo con lo anterior, se confirma el nombramiento de una Fundación a la que se encomiendan las funciones de asistente conforme a la nueva normativa con el detalle exigido en el art. 226-4,2 y 3 CCC: supervisar y gestionar las actividades básicas de la vida diaria y las instrumentales; supervisar todo lo relativo a la salud, como toma de medicación, seguimientos médicos y consentimiento informado; decidir lugar de residencia, administración y disposición de bienes atribuyendo al asistente en estos tres ámbitos facultades representativas. La medida de asistencia deberá revisarse transcurridos tres años.

5. La Sentencia 618/2021, de 18 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María José Pérez Tormo)[14].

Esta sentencia resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Edurne contra la sentencia de primera instancia que modificó de forma total su capacidad de obrar y nombró como tutora a una fundación. Solicita la recurrente que se designe para tal cargo tutelar a su hija, la Sra. Ofelia. El Sr. Horacio (nieto de la Sra. Edurne y sobrino de la Sra. Ofelia) y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la resolución recurrida.

La Sala estima el recurso y acuerda la asistencia a cargo de la Sra. Ofelia, de acuerdo con la voluntad de la Sra. Edurne, que ya viene cuidando adecuadamente de su madre:

14 SAP Barcelona 18 octubre 2021 (RAJ 2021, 392384).

En la práctica de la prueba queda acreditado que ha sido la Sra. Ofelia quien se ha hecho cargo del cuidado de su madre. Ha buscado la mejor Residencia donde pudieran atenderla, es la referente de dicha institución y siempre está dispuesta a resolver cualquier incidencia que ocurra en relación a su madre. Cuando los ingresos de aquella no han sido suficientes para pagar el importe mensual de la residencia lo ha sufragado la recurrente y la visita con frecuencia. La Sala, entiende que la Sra. Ofelia está cumpliendo así "de facto" los deberes que el cargo protector implica, y en este punto estima el recurso.

Siendo así se revoca la sentencia de instancia en lo que se refiere a la designa de asistente que recaerá en la hija de la recurrente, Sra. Ofelia, con el mismo ámbito de actuación que se indicó en la sentencia recurrida para el tutor, esto es, área personal y administración de sus bienes, acordando ahora, funciones representativas de la asistente en ambos ámbitos personal y de administración de bienes. La asistente rendirá cuentas anuales de su actuación ante el encargado del Registro Civil anualmente. La medida de apoyo será revisada cada seis años. En el caso de que se considere necesario modificar la medida de apoyo, se realizará la revisión en un periodo inferior.

6. La Sentencia 622/2021, de 19 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excma. María José Pérez Tormo)[15].

En este caso recurren el Sr. Constantino y la Sra. Estela, por separado, la sentencia de primera instancia que había modificado la capacidad de obrar de forma total de su hija Magdalena, y nombrada tutora a una Fundación. Solicitan cada uno de ellos en sus respectivos recursos que ellos sean nombrados para el cargo tutelar, y el Ministerio Fiscal se opone a ambos recursos y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

La Sala acuerda la asistencia en favor del padre, que es quien se ha venido ocupando adecuadamente de Magdalena.

De la prueba practicada resulta ha sido el padre de Magdalena quien se ha hecho cargo del cuidado de su hija desde 2016 cuando aquella tenía 17 años, pues así se acordó por Auto de medidas provisionales de fecha 3-11- 2016, manteniéndose la guarda paterna en sentencia de divorcio de los progenitores de fecha 31-7-2018. Es el padre quien se ha hecho cargo de su cuidado personal, la lleva al colegio adaptado al que acude, y es el referente para aquel centro. Magdalena convive con su padre y con su actual esposa y los dos hijos habidos de este matrimonio, estando perfectamente adaptada a su núcleo familiar. La vivienda y el vehículo del padre están adaptados a las necesidades de la hija.

15 SAP Barcelona 19 octubre 2021 (RAJ 2021, 392832).

Se ha aportado a las actuaciones informe psicopedagógico del centro educativo al que acude Magdalena que refiere que tras la separación de los padres ambos progenitores compartieron su custodia y cuando estaba con el padre la hija estaba más tranquila, más limpia y tenía menos crisis epilépticas. Ahora, sigue diciendo el referido informe, tiene la guarda el padre que es quien la acompaña cada mañana a la escuela, que está bien atendida y es el padre quien cuida de la menor y lo hace bien, observándose un vínculo afectivo fuerte entre padre e hija. Con el padre Magdalena muestra un comportamiento más estable, se muestra más calmada y contenta.

La Sala entiende que, aunque es cierto que constan antecedentes penales del Sr. Constantino, estos se refieren a delitos por los que no se vislumbra perjuicio alguno para Magdalena. Y que el interés de la hija debe prevalecer en este caso, y ello pasa por atribuir al padre la figura protectora de Asistente, pues se ha acreditado sobradamente la actuación paterna en interés de su hija, protegiéndola y proporcionándole los cuidados que aquella precisa.

La Sala añade que el motivo de oposición al nombramiento del Sr. Constantino que esgrime la Sra. Estela y el Ministerio Fiscal aportando dudas sobre las deudas del padre que podrían estar siendo sufragadas con la pensión de la hija no pueden prosperar pues el importe de la escuela de Magdalena excede del importe que percibe como pensión, y dicha diferencia es sufragada por el padre, que asume, además, el resto de necesidades de la hija. En todo caso, el control anual que se debe efectuar mediante la rendición de cuentas será suficiente para controlar el destino que el Asistente da a los ingresos de su hija.

De otro lado, la petición de la recurrente Sra. Estela, madre de Magdalena, relativa a su nombramiento para la figura protectora no puede prosperar, en opinión de la Sala, por el distanciamiento que existe entre madre e hija, que no tienen relación desde hace 4 años.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. M.C. Gete-Alonso Y Calera), Marcial Pons, Madrid, 2020.

AAVV, *Nuevo orden jurídico de las personas con discapacidad* (dir. por Cerdeira Bravo De Mansilla y García Mayo, coord. por Gil Membrado y Pretel Serrano), Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

Font I Segura, A.: "Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, LA LEY Derecho de familia* núm. 31 (coord. por García Rubio), 1 de julio 2021.

Riberos Ferrada, C.: "La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán", en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, *LA LEY Derecho de familia* nº 31 (coord. García Rubio), 1 de jul. de 2021.

Solé Resina, J.: "Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho", en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, LA LEY Derecho de familia* núm. 31 (coord. García Rubio), 1 de jul. de 2021.

LA NUEVA LEGISLACIÓN ALEMANA DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL: ASPECTOS SUSTANTIVOS, PROCESALES Y ADMINISTRATIVOS

THE NEW GERMAN LEGISLATION TO SUPPORT PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES: SUBSTANTIVE, PROCEDURAL AND ADMINISTRATIVE ISSUES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 150-171

Brian
BUCHHALTER-
MONTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: La Ley alemana de 4 de mayo de 2021 ha reformado ambiciosamente el régimen de la tutela del menor y la provisión de apoyos a las personas con discapacidad. Destaca especialmente el refuerzo de los principios de necesidad y subsidiariedad de los apoyos, así como un novedoso derecho conyugal de representación urgente en el ámbito sanitario. Estas reformas civiles se acompañan de otras previsiones procesales y administrativas, que son estudiadas en conjunto y en relación con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El profesor Cesare Massimo Bianca, ya en 1977, lo anticipó: "La afirmación de que el acto de negociación es constitutivo de normas puede responder (...) a la idea de un orden autónomo de los particulares, pero también responder a la idea de un orden estatal único que otorga a los particulares una competencia normativa restringida".

PALABRAS CLAVE: Reforma; discapacidad; provisión de apoyos; Alemania.

ABSTRACT: *The German law of 4 May 2021 has ambitiously reformed the regime of child guardianship and the provision of support for persons with disabilities. Particularly noteworthy is the strengthening of the principles of necessity and subsidiarity of support, as well as a new spousal right of urgent representation in the field of health care. These civil reforms are accompanied by other procedural and administrative provisions, which are studied as a whole and in relation to Law 8/2021, of 2 June, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity.*

In 1977 Professor Cesare Massimo Bianca anticipated: "The negotiation's act is itself constitutive of norms and can answer (...) to the idea of an autonomous order of private individuals but also answer to the idea of a single state order which grants a restricted normative competence to private".

KEY WORDS: *Reform; disability; support provision; Germany.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES NORMATIVOS.- III. LA CDPD EN ALEMANIA Y SU IMPLICACIÓN EN LA REFORMA.- IV. UNA BREVE PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.- V. PROVISIÓN JUDICIAL DE APOYOS EN EL NUEVO RÉGIMEN.-VI. OTRAS NOVEDADES DE LA REFORMA.- 1. Consideraciones generales.- 2. Algunos aspectos sustantivos y alguna referencia a lo procesal.- A) Refuerzo de los principios de necesidad y subsidiariedad del apoyo.- B) Refuerzo de la autodeterminación de la persona con discapacidad. a) En general.- b) En el ámbito sanitario.- C) Remuneración del proveedor de apoyos.- D) Derecho conyugal de representación urgente en el ámbito sanitario.- a) Consideraciones generales.- b) El polémico rol del médico y la (no)determinación del Derecho aplicable.- E) Modernización del régimen de administración del patrimonio de la persona con discapacidad.- 3. Aspectos administrativos.- A) La nueva Ley de organización institucional del apoyo.- B) El nuevo registro de apoyos.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde la celebración de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, en adelante), diversos son los países que han reorganizado sus sistemas normativos en relación con las personas con discapacidad. En España, este reajuste se ha producido a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021, en adelante).[1] Alemania, por su parte, ha promulgado la Ley para la reforma del Derecho tutelar y asistencial, de 4 de mayo de 2021 (*Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts*), cuya entrada en vigor se prevé para el 1 de enero de 2023. La reforma del Derecho alemán en esta materia es la más importante desde el 1 de enero de 1900 (fecha de entrada en vigor del Código civil alemán [BGB, en adelante]).[2] A analizar críticamente la reforma —con la Ley 8/2021 a la vista— se dedican, pues, las siguientes líneas.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS.

Las normas de *protección* de las personas con discapacidad (o de su patrimonio, principalmente) que diseñó originalmente el BGB hundían sus raíces en diversas tradiciones: el Derecho general para los Estados Prusianos de 1794 (*das Preußische Allgemeines Landrecht*), el Código civil francés de 1804, la Ordenanza prusiana de tutela de 1875 (*Preußische Vormundschaftsordnung*) y la Ordenanza procesal

1 *Cfr.* también la recientemente aparecida Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

2 Schmidt-Recla, A.: "§ 1896 Voraussetzungen", en Gsell, B.: *et al.* (eds.): *Beck-online.grosskomentar,* C.H.Beck, München, 2022, apartado 48.

• Brian Buchhalter–Montero
Máster en Derecho alemán (LL.M.) por la Universität Konstanz (Alemania). Correo electrónico: brianbuchhalter@gmail.com.

civil de 1877 (*Zivilprozessordnung*). Este sistema, que terminó cristalizando en el BGB de 1896, se concibió —al igual que en la España de la época— como un conjunto normativo dirigido a proteger el orden social y económico, más que a la persona con discapacidad.[3] El devenir de los años hizo patente que un sistema así edificado no podría resistir incólume, sobre todo, tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (GG, en adelante).[4] Así, ya durante la segunda mitad del siglo XX empezaron a sucederse tanto cambios legislativos como resoluciones del por entonces nuevo Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVerfG, en adelante).[5] Este último, en sentencia de 10 de febrero de 1960, remarcó que el internamiento forzoso de una persona solo podía producirse con autorización judicial, por exigirlo así el art. 104.II GG.[6] Como consecuencia de ello, la Ley de 11 de agosto de 1961 introdujo en el antiguo § 1800 BGB un párrafo II, exigiendo la necesidad de recabar autorización judicial para el internamiento y de dar audiencia al interesado antes de acordarla. Tras esta novedosa sentencia del BVerfG, quedaba claro que las garantías constitucionales respecto de la privación de libertad no podían regir desigualmente y que, tanto los reclusos como los privados de libertad por razones médicas, estaban protegidos por la GG.[7] Ahora bien, la auténtica revolución en la materia se produciría en septiembre de 1990 con la promulgación de la Ley para la reforma del Derecho de la tutela y la curatela para mayores de edad (*Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegeschaft für Volljährige*). La norma, que entró en vigor el 1 de enero de 1992, expulsó del ordenamiento alemán la incapacitación (*Entmündigung*) y sustituyó la tutela y la curatela de mayores de edad por una nueva institución del apoyo o asistencia (*Betreuung*), asumiendo que la provisión de esta medida no puede tener por objeto la exclusión del tráfico jurídico de la persona con discapacidad.[8] La idea fundamental de esta reforma estribaba en que el derecho a la autodeterminación de la persona con discapacidad fuera real y que, por tanto, la intervención del

3 Un buen ejemplo de esta concepción se puede ver en Windscheid, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6.ª ed., Vol. 2, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1887, pp. 673 y ss. Al respecto, *cfr.* también Jürgens, A.: "Vorbemerkungen §§ 1896–1908i", en Jürgens, A. (ed.): *Betreuungsrecht – Kommentar*, 6.ª ed., C.H. Beck, München, 2019, apartado. 1.

4 Las normas de protección de las personas con discapacidad eran difícilmente solubles en nuevos preceptos como el art. 1.1 GG, relativo a la dignidad de las personas.

5 *Cfr.* Diekmann, A.: "Empfiehlt sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegeschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zo ordnen?", *JuristenZeitung*, Vol. 43, Núm. 17, 1988, pp. 789 y ss.

6 El art. 104.II GG establece que, "(s)obre la admisibilidad y prórroga de una privación de libertad solo puede decidir un Juez. En todos los casos en que una privación de libertad no se produzca por orden judicial, debe recabarse inmediatamente autorización judicial (…)". Esta resolución del BVerfG excluía una serie de opiniones —incluida la del Tribunal Supremo alemán (BGH, en adelante)— que no exigían autorización judicial para tal internamiento, por tratarse "de cuestiones de Derecho privado". Al respecto, *cfr.* por todos Meyer, K. E. y Scheffler, G.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs*, 10.ª ed., Vol. IV, Núm. 2, Walter de Gruyter & CO, Berlin, 1964, p. 1286.

7 Meyer, K. E., y Scheffler, G.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch,* cit., p. 1286.

8 Sobre la desaparición de la incapacitación en Derecho alemán, *cfr.* Egen, C.: *Das Ende der Entmündigung und Vormundschaft – eine Wohltat für psychisch Kranke*?, Dissertation, Bonn, 1994.

Estado —corporeizado en el tutor o su equivalente[9]— fuera la más proporcionada posible.[10]

A esta reforma le siguió otra que, operada por la Ley de 25 de junio de 1998, pretendió simplificar el régimen procesal de las instituciones de protección de las personas con discapacidad.[11] Esta norma instituyó un régimen que permaneció más o menos inalterado —aunque tampoco exento de críticas[12]— hasta que en 2005 se consagra legalmente la prevalencia de los deseos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad, como manifestación de la dignidad que le es intrínseca como ser humano.[13] Efectivamente, la Ley de 21 de abril de 2005 introduce un nuevo párrafo al clásico § 1896 BGB con el siguiente tenor: "contra la libre voluntad del mayor de edad no se puede proveer un prestador de apoyos". Y finalmente, ya casi entrada la segunda década de los años 2000, destacaron las implicaciones que comportó la sustitución de la centenaria Ley de la jurisdicción voluntaria (FGG), por la nueva Ley sobre el procedimiento en materia de familia y en asuntos de la jurisdicción voluntaria (FamFG, en adelante).[14]

III. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE DISCAPACIDAD (2006) EN ALEMANIA Y SU IMPLICACIÓN EN LA REFORMA.

A esta breve seguidilla de antecedentes normativos debe agregársele una disposición trascendental en la materia: la CDPD. Su entrada en vigor en Alemania (2009) se dejo sentir rápidamente en estudios doctrinales[15] y resoluciones

9 La comprensión del tutor como un mero delegado del Estado en la tarea pública de llevar a cabo la tutela proviene del Derecho prusiano que a pesar de haber perdido fuerza tras la promulgación del BGB, seguía notablemente presente en el Derecho de la época. Se entiende así que algunos de los primeros exégetas del BGB entendieran la tutela como una «parte de la actividad administrativa del Estado» (Endemann, F.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Vol. 2, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1908, pág. 703). La regulación de la tutela en el BGB se justificaba tan solo por la proximidad material que existe entre la patria potestad y las funciones del tutor (*ibid*, pág. 704).

10 Heiderhoff, B.: "Das Betreuungsrecht der §§ 1896 ff. BGB – zur schwierigen Balance zwischen Autonomie und Fürsorge", *Juristische Ausbildung*, Núm. 9, 2019, p. 851. La reforma de 1995 vino acompañada de una modernización también terminológica. Desaparecieron términos despectivos como: *Geisteskrankheit*, *Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht*, *Rauschgiftsucht*, *Gebrechen*. *Cfr.*, al respecto, BT Druksache, 11/4528, de 11 de mayo de 1989, p. 52. Igualmente, *cfr.* Jaschinski, J.: "§ 1896 Voraussetzungen", en Viefhues, W. *et al.* (eds.): *Juris Praxiskommentar BGB*, 2.ª ed., Vol. 4, Juris, Saarbrücken, 2005, p. 1663. En general, una exposición detallada de la reforma se puede ver en Schwab, D.: "Vorbemerkungen vor §§ 1896 bis 1908i", en Rebmann, K., y Säcker, F. J. (eds.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, pp. 1360 y ss.

11 Müller, G.:"§ 1896 Voraussetzungen", en Bamberger, H. G. y Roth, H. (eds.): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H Beck, München, 2012, p. 1282.

12 *Cfr.* Probst, M.: "Betreuungsrecht in der Krise? – Zur Notwendigkeit eines Wandels vom justizzentrierten zum integrierten Betreuungsrecht", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Núm. 34, Vol. 9, 2001, pp. 426 y ss.

13 BT Drucksache 15/2494, 12 de febrero de 2004, p. 17.

14 Sobre la historia de la jurisdicción voluntaria en Alemania, *cfr.* por todos Schmitt, S.: *Die Herausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland*, LIT, Berlin, 2014.

15 Por todos, Masuch, P.: "Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden", en Hohmann-Dennhardt, C., Masuch, P. y Villiger, M. (eds.): *Grundrechte und Solidarität – Festschrift für Renate Jaeger*, Engel Verlag, Kehl Am Rhein, 2011, pp. 245 y ss.

judiciales[16]. Entre estas últimas, destacó el Auto del BVerfG de 23 de marzo de 2011, que reconoció no solo la fuerza de Ley de la CDPD, sino su importancia interpretativa en la concreción del "contenido y extensión de los derechos fundamentales" (parágrafo 52). De este modo, consciente ya el Gobierno alemán de la necesidad de acomodar la legislación interna a la CDPD, el Ministerio de Justicia y Protección de los Consumidores encargó en 2015 la confección de una serie de dictámenes sobre la materia[17], cuyas conclusiones —no compartidas por toda la doctrina[18]— consistieron, entre otras cuestiones, en la efectiva necesidad de concordar el Derecho interno y la CDPD.[19] Por tanto, a reorganizar el régimen interno con la CDPD a la vista se dirige esta Ley para la reforma del Derecho tutelar y asistencial.

IV. UNA BREVE PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.

Antes de analizar *in concreto* la reforma de mayo de 2021, es necesario realizar una breve consideración terminológica. La legislación civil alemana emplea la noción *rechtliche Betreuung* para hacer referencia a lo que en España conocemos como "apoyo". El término es ya clásico en el ordenamiento alemán, aunque durante la discusión a finales de la década de los años ochenta del siglo pasado, se propusieron otros términos de rancio abolengo como *Sachwalterschaft* —que empleó el Código civil austríaco hasta 2018[20]— por entender que esta noción de *Betreuung* ya aparecía en otras disposiciones, con una connotación más fáctica que jurídica.[21] En 1998 se introdujo en el BGB el adjetivo *rechtlich* (jurídico), que permite concretar el contenido del apoyo y entenderlo como una asistencia en materias jurídicas. En cualquier caso, esta terminología es hoy bien recibida en la doctrina, pues se aparta de los dejes autoritarios que comporta la noción de

16 La primera resolución del BGH en que nos consta la mención a la Convención sobre discapacidad de 2006 es el Auto de 26 de marzo de 2014 (XII ZB 346/13). Posteriormente constan otras de 2015 (Auto de 1 de julio de 2015 – XII ZB 98/15) y de 2021 (Auto de 30 de junio de 2021 – XII ZB 191/21). De tribunales menores las resoluciones sí fueron más prontas, *cfr.* Auto del Juzgado de lo Contencioso (*Verwaltungsgericht*) de Berlín, de 2 de noviembre de 2009 (3 L 417/09), entre otros.

17 Nolting, H.D. *et al.*: *Umsetzung der Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen"*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2018; y Matta, V. *et. al.*: *Qualität in der rechtlichen Betreuung*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2018.

18 Por todos, *cfr.* Jürgens, A: "Vorbemerkungen", cit., apartado 2.

19 Igualmente, Dodegge, G.: "Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Juli 2021", *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 37, 2021, p. 2701.

20 El Código civil austríaco (ABGB, en adelante) reemplazó ese antiguo término por el nuevo "*Erwachsenenvertretung*" (representación de adultos). *Cfr.* actuales §§ 239 y ss. ABGB.

21 Es el caso del § 1.1 a Ley de centros de mayores y de discapacitados (*Heimgesetz*) o del § 4.II del Libro XI Código de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*), donde la noción *Betreuung* aparece en referencia a cuidados personales o apoyos fácticos. Al respecto, *cfr.* Heitmann, E. y Füchtenkord, N.: "Vorbemerkungen zu §§ 1896 ff.", en *BGB Familienrecht*, Vol. 4, 4.ª ed., Nomos, Baden Baden, 2021, p. 2180. La doctrina clásica alemana, sin embargo, concebía la tutela del menor y del mayor con discapacidad también como *Betreuung* (*cfr.* por todos, Endemann, F.: *Lehrbuch,* cit., p. 703).

tutela (*Vormundschaft*) y supone una importante carga de confianza o fiabilidad (el término *Betreuung* incorpora la raíz *Treu*, que en alemán significa lealtad, fidelidad).[22]

V. PROVISIÓN JUDICIAL DE APOYOS EN EL NUEVO RÉGIMEN.

Al igual que sucede en España, el apoyo puede proveerse de diversas maneras, fundamentalmente por poder preventivo (*Vorsorgevollmacht, cfr.* actual § 1901c BGB) o judicialmente (*rechtliche Betreuung, cfr.* actuales § 1896 y ss. BGB).[23] Tras la reforma, la provisión judicial de apoyos queda regulada en los §§ 1814 y ss.

La norma fundamental es el § 1814, cuyo párrafo primero establece lo siguiente:

"(1) Cuando un mayor de edad no pueda ocuparse jurídicamente total o parcialmente de sus asuntos a causa de una enfermedad o discapacidad, el tribunal de apoyos [*Betreuungsgericht*] le designará un proveedor de apoyos [*rechtlicher Betreuer*]".[24]

De aquí se deriva, por tanto, que la provisión de apoyo exige: 1) que la persona con discapacidad (mayor de edad) no pueda ocuparse *jurídicamente* de sus asuntos; 2) que ello suceda a consecuencia de una enfermedad o discapacidad; 3) que la provisión sea necesaria; y 4) que la persona con discapacidad no se oponga a ello.[25] Procesalmente, la provisión del apoyo se canaliza por los §§ 271 y ss. FamFG, de manera que la jurisdicción voluntaria —igual que sucede en España— es la vía preferente.[26] La libre oposición de la persona con discapacidad no supone como

22 Egen, C.: *Das Ende der Entmündigung,* cit., p. 249.

23 Sobre los poderes preventivos y su relación con el nuevo derecho de representación conyugal urgente en el ámbito sanitario, *cfr.* epígrafe 2.D).

24 La formulación del presupuesto para la provisión de apoyos es también clara en otros ordenamientos de nuestro entorno. Así, dice el art. 425 del *Code* francés (bajo la rúbrica *"des mesures de protection juridique des majeurs"*) en su redacción dada por la *Loi nº 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, lo siguiente: "Toda persona que no sea capaz de velar por sus propios intereses debido a un deterioro de sus facultades mentales o físicas, diagnosticado médicamente, que le impida expresar su voluntad, podrá beneficiarse de una medida de protección jurídica prevista en el presente capítulo. (…) Salvo que se disponga lo contrario, la medida está destinada a proteger tanto a la persona como sus intereses patrimoniales. Sin embargo, puede limitarse expresamente a una de estas dos tareas". Y, en un sentido similar, el art. 404 del *Codice civile* que bajo la rúbrica "*(a)mministrazione di sostegno*" e incardinado en el Título XII ("*(d)elle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomía*"), dispone lo siguiente: "La persona que, como consecuencia de una enfermedad o de un impedimento físico o mental, esté parcial o temporalmente imposibilitada para velar por sus propios intereses podrá ser asistida por un administrador de apoyo designado por el juez tutelar [*giudice tutelare*] del lugar donde tenga su residencia o domicilio".

25 Para una exposición en detalle de estos presupuestos, *cfr.* Götz I.: "§ 1896 Voraussetzungen", en Palandt, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch,* C.H. Beck, München, 2020, pp. 2256 y ss.

26 En España, como ha hecho notar agudamente Garcimartín Montero, no es tanto que la jurisdicción voluntaria sea preferente, sino obligatoria: no es posible incoar un proceso contencioso de provisión de apoyos (art. 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin antes haber acudido a la jurisdicción voluntaria (Garcimartín Montero, R.: *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 77). Crítico también: Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho,* Núm. 33, 2022, p. 554.

en España la conversión en contencioso del expediente [art. 42 bis b).5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria], sino simplemente la terminación del expediente, pues con arreglo al § 1814.II BGB no es posible proveer apoyos "contra la *libre* voluntad del mayor de edad".[27] Si su voluntad no es libre, continúan simplemente los trámites de provisión de apoyos por la vía de la jurisdicción voluntaria, cuyas normas ofrecen interesantes previsiones. Por otro lado, el § 278 FamFG obliga al Juez a dar audiencia personal al interesado y a formarse una impresión personal de este, impresión que debe producirse en el ambiente habitual de la persona con discapacidad, cuando lo exija así el interesado o cuando sea necesario —siempre que este no se oponga libremente.[28] Además de ello, la FamFG exige dictamen médico antes de proveer judicialmente el apoyo, siendo obligatorio que el perito se entreviste personalmente con el interesado (§ 280 FamFG).[29] Este dictamen es un trámite esencial de la provisión judicial de apoyos —dada la afección del derecho a la libertad del interesado[30]— y tiene por objeto determinar si verdaderamente existe una voluntad libre y consciente que quiera (o que no quiera el apoyo).[31] Se trata, por tanto, de comprobar si el interesado puede efectivamente formarse una opinión sobre la provisión del apoyo y, en segundo término, si es capaz de actuar conforme a esa previsión.[32] Es, en definitiva, una saludable objetivación del supuesto de hecho (médico) que da lugar a la provisión de apoyos.

VI. OTRAS NOVEDADES DE LA REFORMA.

1. Consideraciones generales.

En términos generales, la nueva regulación alemana pretende reforzar y consolidar —no solo en la legislación sustantiva— una nueva concepción de la

27 La intervención de la persona con discapacidad en el procedimiento de provisión de apoyos puede producirse, incluso, forzosamente (*cfr.* § 278.VI FamFG).

28 Esta obligación de dar audiencia es consecuencia inmediata del § 26 FamFG. Al respecto, *cfr.* Buchhalter-Montero, B.: "La investigación de oficio en el sistema procesal civil alemán: el caso de la jurisdicción voluntaria", *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 52, 2020. Por otra parte, la voluntad de la persona con discapacidad de entrevistarse en la oficina judicial y no en su domicilio, debe ser respetada. De lo contrario, la entrevista no puede ser valorada en el expediente (Giers, M.: "§ 278 Anhörung des Betroffenen", en Keidel, T.: *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Kommentar*, 20.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, p. 2066).

29 Cuando el tribunal estima que no procede el apoyo, no es necesario recabar dictamen (Giers, M.: "§ 280 Einholung eines Gutachtens", en Keidel, T.: *FamFG,* cit., p. 2076).

30 Al respecto, *cfr.* Giers, M.: "§ 280 Einholung eines Gutachtens", en Keidel, T.: *FamFG,* cit., p. 2076.

31 Heiderhoff, B.: "Das Betreuungsrecht", cit., p. 853.

32 Auto del BGH de 21 de enero de 2014 (XII ZB 632/12). Igualmente, Auto del BGH de 18 de octubre de 2017 (XII ZB 336/17), de 7 de diciembre de 2016 (XII ZB 346/16) y de 31 de octubre de 2018 (XII ZB 552/17). El tribunal debe cerciorarse de que la decisión es libre y, para ello, debe recabar dictamen médico las veces que sean necesarias, *cfr.* Auto del BGH de 11 de mayo de 2016 (XII ZB 363/15). Correlato lógico de ello es que no cabe el nombramiento de *Betreuer* si la persona con discapacidad solo acepta a determinada persona para esa función y el tribunal no la considera apta, Auto del BGH 21 de junio 2017 (XII ZB 237/17).

discapacidad, de manera que la provisión del apoyo se produzca solo cuando sea verdaderamente necesario y no como instrumento de exclusión de la persona con discapacidad del tráfico jurídico.[33]

La pretensión del legislador alemán coincide, pues, con la del legislador español, que tuvo por objeto materializar, como dijera ya el Consejo de Estado, "(…) un cambio de sensibilidad en la manera de afrontar el tratamiento de la discapacidad, entendida ahora como situación de vulnerabilidad que precisa, para su solución, del diseño de instrumentos específicos de protección cuya consecuencia no sea la exclusión legal del sujeto afectado de la sociedad, sustituyendo su voluntad; sino que logren como efecto la promoción de su autonomía, completándola o complementándola, según se precise, con el propósito de lograr su inserción social plena".[34]

Estas consideraciones son perfectamente trasladables al espíritu de la reforma alemana, que tiene por pretensión conseguir la mayor independencia y autonomía posible de la persona con discapacidad.[35] Y así lo expresa el nuevo § 1821.VI BGB, con arreglo al cual "el proveedor de apoyos debe contribuir, en el marco de sus competencias, a que sean aprovechadas las posibilidades de la persona con discapacidad de recuperar o mejorar sus capacidades para ocuparse de sus propios asuntos".

2. Algunos aspectos sustantivos y alguna referencia a lo procesal.

La reforma afecta tanto a la legislación civil y procesal, como a otra serie de normas administrativas, de las que nos ocupamos más adelante (*cfr.* epígrafe VI.3). Desde una perspectiva material, la reforma ha operado, sobre todo, fortaleciendo la autodeterminación e independencia de la persona con discapacidad, pero también ha renovado otras cuestiones relevantes como la remuneración de los proveedores de apoyo.

A) Refuerzo de los principios de necesidad y subsidiariedad del apoyo.

La provisión de apoyos se consolida en la reforma como *ultima ratio*, es decir, solo puede ser provisto el apoyo cuando no sea posible obtener resultados

33 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 2.

34 Dictamen del Consejo de Estado (Pleno, REF: 1030/2018), de 28 de febrero de 2019. También lo ha entendido así el Consejo Económico y Social en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 24 de octubre de 2018: "se pasaría, así, de un modelo paternalista, basado en la protección, asistencia y cuidado de la persona con discapacidad, a un modelo social donde las personas con discapacidad son sujetos de pleno derecho y, como tales, titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, sin menoscabar su seguridad jurídica, mediante la provisión del apoyo y la salvaguarda necesarias" (p. 5).

35 Schmidt-Recla, A.: "Einführung in das deutsche Betreuungsrecht" en Lindner, J. F. y Huber, F., (eds.): *Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 19.

satisfactorios mediante otras ayudas: la provisión, pues, debe ser estrictamente necesaria (§ 1814.III BGB).[36] Especialmente interesante es, como medida alternativa, el otorgamiento de un poder preventivo.[37] Correlato lógico de la necesidad del apoyo es que este solo tiene lugar para cuestiones de índole jurídica (§ 1821.I BGB) —lo que no quiere decir que el *Betreuer* deba ser un gran conocedor del Derecho[38]— sino tan solo que las cuestiones sociales o morales relativas a la persona con discapacidad no quedan bajo su responsabilidad.[39] De este modo, el *Betreuer* no es un asistente social, ni tampoco un proveedor de cuidados puramente físicos (aseo personal, por ejemplo).[40] Por otro lado, este principio de necesidad de los apoyos exige unos límites temporales estrictamente fijados, de modo que nadie puede ser provisto de apoyos por más tiempo del necesario.[41] A este respecto, la legislación civil alemana no concreta ningún límite temporal —a diferencia de nuestro art. 268.II CC, que prevé un plazo general de revisión de tres años. En Alemania, son las normas de la jurisdicción voluntaria las que imponen la revisión, como máximo, a los siete años (§ 295.II FamFG) o bien a los dos si el apoyo se ha provisto contra la voluntad de la persona con discapacidad (nuevo § 295.II FamFG). Los plazos son máximos, de manera que, a la vista del dictamen médico obligatorio, la revisión —por lo menos la primera— podría producirse en un plazo menor.[42]

B) Refuerzo de la autodeterminación de la persona con discapacidad.

Otro de los conceptos fundamentales en que incide la nueva regulación es el derecho a la autodeterminación de la persona con discapacidad. Recientemente, el BVerfG ha establecido—en Auto de 31 de marzo de 2021— que este derecho a la autodeterminación supone, para las personas con discapacidad, que incluso las decisiones personales que puedan parecer irracionales deben ser aceptadas. De

36 El § 1814.III establece que la provisión de apoyos no es necesaria, por ejemplo, cuando los asuntos del mayor de edad: 1) puedan ser gestionados por apoderado; o 2) cuando puedan ser gestionados a través de otros mecanismos que no exijan representación legal y, especialmente, a través de la seguridad social. Los supuestos previstos en el núm. 2 de este § 1814.III no excluyen otros distintos (BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 232).

37 Jurgeleit, A.: "§ 1896 Voraussetzungen", en Jurgeleit, A. (ed.): *Betreuungsrecht*, 4.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 296.

38 Heitmann, E., y Füchtenkord, N.: "Vorbemerkungen", cit., p. 2180. Al respecto, *cfr. Stellungnamhme Prof. Dr. Werner Bienewald*, 29 de junio 2020, pág. 2 (disponible *online* en: https://cutt.ly/HFbP4Yt). Sobre la cualificación jurídica del prestador de apoyo, *cfr.* epígrafe VI.3.B).

39 Auto del BVerfG de 31 de marzo de 2021.

40 Schmidt-Recla, A.: "Einführung…", *cit.,* p. 10. Que el *Betreuer* no se ocupe de cuestiones *personales* (de aseo personal, por ejemplo) no le excluye de tener contacto personal con el interesado (§ 1816 BGB *in fine*). Sobre esta distinción entre lo social y lo jurídico, *cfr.* Dörrer, W. y Oeschger, G.: "Abgrenzung von rechtlicher Betreuung und sozialer Betreuung", en Diekmann, A. y Oeschger G. (eds.): *Menschen und Rechte – Behindertenrechtskonventionen und Betreuung*, Betreuungsgerichtstag, Bochum, 2011, pp. 64 y ss. En el régimen originario del BGB el cuidado y contacto personal con el tutelado no era una *conditio sine qua non* de la institución, sino tan solo una consecuencia exigible cuando lo requiriese el ejercicio de la tutela (§ 1901 BGB).

41 Schmidt-Recla, A.: "Einführung", cit., p. 15.

42 Giers, M.: "§ 286 Inhalt der Beschlussformel", en Keidel, T.: *FamFG,* cit., p. 2098.

este modo, "la necesidad del individuo de ser provisto de apoyos no faculta a los órganos estatales para prescindir de su voluntad, solo porque desde una perspectiva externa puedan parecer irracionales" (…) y, especialmente, en relación con la elección del proveedor de apoyo, que un individuo sea apto para proveerlo, no es suficiente para desconocer la voluntad de la persona con discapacidad (parágrafo 31). Ahora bien, que la reforma fortalezca la independencia de la persona con discapacidad no significa que, en todo caso, su voluntad pueda prevalecer. Al contrario, en ocasiones prevalecerá la obligación del Estado de proveer asistencia y apoyo a las personas necesitadas, de manera que el tribunal —y también el proveedor de apoyos— está constitucionalmente legitimado para prescindir de la *voluntad* de la persona con discapacidad cuando esta pueda ser verdaderamente nociva para sí misma.

a) En general.

La reforma de mayo de 2021 supone un decidido refuerzo de este derecho a la autodeterminación de la persona con discapacidad, lo que se proyecta en una más amplia posibilidad de gestionar sus asuntos. De esta manera, la clásica obligación de "actuar para el bien de la persona apoyada" *(zum Wohl des Betreuten zu handeln) supone —a pesar de su desaparición formal del BGB (cfr.* antiguo § 1901. II BGB)— que el *Betreuer* está obligado a facilitar el ejercicio de este derecho a la autodeterminación. Hoy es absolutamente claro el nuevo § 1821.II BGB: "El proveedor de apoyos debe gestionar los asuntos de la persona con discapacidad de manera que esta pueda, según sus posibilidades, gestionar su vida con arreglo a sus deseos (…)". Así, a pesar de las excepciones que puedan darse en el caso concreto[43], los deseos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad son —como la voluntad del testador en la sucesión— la Ley del apoyo, por ejemplo, en la elección del proveedor del apoyo (§ 1816 BGB) o en el desarrollo del apoyo (§ 1821 BGB).[44] Por otro lado, este cambio de sensibilidad explica las severas reglas que el BGB (§ 1833) impone para la disposición de la vivienda habitual de la persona con discapacidad. Se entiende que este espacio es vital en su desarrollo y, por tanto, estos férreos controles judiciales en la disposición de la vivienda pretenden proteger no tanto el patrimonio como la persona del necesitado de apoyo. Se trata de evitar que la persona con discapacidad sufra una pérdida de su "vivienda como espacio central de su vida y de sus relaciones sociales".[45]

43 El nuevo § 1821.III establece dos supuestos en que el proveedor de apoyo no está obligado a respetar la voluntad de la persona con discapacidad: 1) cuando la persona con discapacidad o su patrimonio puedan verse en peligro y aquella no pueda actuar al respecto en razón de su enfermedad o discapacidad; y 2) cuando no le sea exigible al proveedor del apoyo.

44 También el defensor judicial (*Verfahrenspfleger*) debe, en el ámbito de sus competencias, tomar en consideración y respetar los deseos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad (*cfr.* nuevo § 276.III FamFG).

45 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 136.

b) En el ámbito sanitario.

El derecho a la autodeterminación se refuerza particularmente en el ámbito sanitario. Los nuevos §§ 1827 y ss. BGB se ocupan de las llamadas cuestiones personales (*Personenangelegenheiten*), entre las que se cuentan las voluntades anticipadas (§ 1827), la autorización judicial para intervenciones médicas riesgosas (§ 1829), la esterilización forzosa (§ 1830) o el internamiento forzoso (§ 1831). Todas estas materias son especialmente sensibles en relación con la discapacidad, pues comportan intromisiones patentes en la libertad y en la integridad física de la persona.[46] Ello explica el activo rol que el tribunal desempeña en el desarrollo y control de todas estas medidas.[47] Las reformas operadas en este conjunto normativo son relevantes. Respecto del internamiento forzoso, así como otras medidas de privación de libertad, el nuevo § 1831 BGB es más claro que su predecesor (§ 1906.I-IV BGB) y, de acuerdo con la CDPD, prescinde de una expresión de rancio abolengo en el Derecho alemán, equiparable al "interés del incapacitado" que preveía nuestro CC. [*cfr.,* por ejemplo, el antiguo art. 20.2.a) CC *in fine*]. Ahora, el nuevo § 1831 BGB deja de referirse a este interés objetivo de la persona con discapacidad, por entender que, si bien la expresión fue provechosa para excluir cualquier tratamiento como mecanismo de protección de *terceros*, hoy ya no es necesaria.[48] Simbólicamente, pues, es un avance. Menos positiva, por lo menos desde una perspectiva técnica, es la redacción del nuevo § 1832 BGB, relativo a los tratamientos médicos forzosos. El precepto establece una serie de circunstancias en que el tratamiento médico forzoso es posible, definiéndolas en contraposición con la *voluntad natural* de la persona con discapacidad. Qué sea exactamente tal *voluntad natural* no es claramente perceptible, y así lo ha hecho saber el Consejo Federal de la Abogacía, haciendo notar la falta de seguridad jurídica que comporta una expresión tan ambigua.[49] Parece que se trata, simplemente, del deseo concreto de no someterse a una particular intervención, sin que de tal formulación pueda derivarse ninguna conclusión especial.

C) Remuneración del proveedor de apoyos.

Otra importante modificación que introduce la reforma se da en el régimen de remuneración de los proveedores de apoyo. El BGB se ocupa ahora tan solo de la remuneración de los proveedores de apoyo voluntarios o *ad honorem* (*ehrenamtliche*), en sus §§ 1875 y ss. BGB. La remuneración de los proveedores

46 Para el antiguo Derecho, *cfr.* Kollmer, N.: *Selbstbestimmung im Betreuungsrecht*, VVF, München, 1992, pp. 188 y ss. Respecto de la integridad física, *cfr.* Di Fabio, U.: "Art. 2. Abs. 2 Satz 1", en Dürig, G. y Maunz, T. *et al.*: *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München, 2021, apartados 51 y ss.

47 Al respecto, *cfr.* Damrau, J. y Zimmerman, W.: "§ 1904 BGB Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärtzlichen Maßnahmen", en *ibid., Betreuungsrecht – Kommentar zum materiellen und formellen Recht*, 4.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2011, pp. 426 y ss.

48 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 261.

49 *Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 39*, 2020, p. 8. Disponible *online* en: https://cutt.ly/0Fs0PPK

de apoyo profesionales, por el contrario, encuentra su regulación en la renovada Ley de remuneración de tutores y proveedores de apoyo [*Vormund- und Betreuervergütungsgesetz* (VBVG, en adelante)], como dispone el § 1875. II BGB. Estas remuneraciones —también de las asociaciones privadas (§§ y 5 y 13 VBVG)— varían en función de su cualificación profesional (§ 8 VBVG) o de otras circunstancias como la duración del apoyo, la localización del domicilio de la persona con discapacidad, o su situación económica (§ 9 y 10 VBVG).[50] En principio, la remuneración corre a cargo del patrimonio de la persona provista de apoyo, aunque cuando su situación económica no lo permita, la asume el Estado (§ 16.1 VBVG).[51] A pesar de que las normas de remuneración del tutor y del proveedor de apoyo no son un emplazamiento habitual para la discriminación de las personas con discapacidad, sí hubiera sido aconsejable —por huir de la equiparación entre los menores y los discapacitados— que la regulación se hubiera desdoblado.

D) Derecho conyugal de representación urgente en el ámbito sanitario.

a) Consideraciones generales.

Una de las novedades más destacables que introduce la Ley de mayo de 2021 es un derecho de representación conyugal urgente (*Eherechtliches Notvertretungsrecht*), limitado al ámbito sanitario.[52]

Viene regulado el nuevo y extenso § 1358 BGB, en cuyo párrafo primero se puede leer lo siguiente:

"(1) Cuando uno de los cónyuges no pueda ocuparse jurídicamente de sus asuntos sanitarios a causa de una pérdida de consciencia o enfermedad [*vertretener Ehegatte*], el otro cónyuge [*vertretender Ehegatte*] tiene derecho: 1. A autorizar o impedir investigaciones sobre el estado de salud, tratamientos curativos o intervenciones médicas, así como a recibir explicaciones médicas; 2. A celebrar y exigir la ejecución de contratos médicos u hospitalarios o contratos sobre medidas urgentes de rehabilitación o tratamiento [sobre el cónyuge representado]; 3. A decidir sobre las medidas del § 1831.IV[53], siempre que la medida no exceda temporalmente de seis semanas; (…)".

Presupuesto fundamental para el nacimiento de este derecho de representación es que exista una pérdida de consciencia o una enfermedad que impida al cónyuge ocuparse jurídicamente de sus asuntos. La redacción es, pues, paralela a la que

50 La regulación se completa con unas provechosas tablas de retribuciones, contenidas en un anexo a la Ley.

51 El nuevo § 1880 BGB determina cuándo se entiende que una persona con discapacidad carece de medios.

52 Se aplica también a las parejas de hecho, *cfr.* § 21 de la Ley de la unión de hecho registrada (*Gesetz über die Eingetragene Lebensparternschaft*).

53 Se trata de medidas relacionadas con el internamiento forzoso de la persona con discapacidad.

prevé el nuevo § 1814 BGB para la provisión judicial de apoyos.[54] Este polémico derecho de representación automático existe siempre y cuando los cónyuges no estén separados —legalmente[55]— o que al médico frente a quien se haga valer la representación no le conste que el cónyuge representado se oponía a tal representación, o que ya hubiera designado a un tercero para representarlo en tal situación. Tampoco nace este derecho cuando ya se hubieran provisto medidas de apoyo judicialmente (§ 1358.III BGB), ni cuando el cónyuge representante se oponga a serlo.[56] De esta manera, la idea fundamental de este particular derecho de representación, limitado a tres meses desde que el facultativo comprueba la concurrencia de los presupuestos legales[57], es que subsista hasta que el cónyuge afectado recupere la posibilidad de hacerse cargo de sus asuntos, evitándose así la onerosa situación —para los tribunales y para el cónyuge representante— de tener que proveer un apoyo provisorio (§ 300 FamFG).[58] Esta novedosa institución, sin embargo, no ha sido asumida positivamente por importantes corporaciones: el Colegio Federal de la Abogacía ha puesto de relieve los riesgos de abuso existentes, que en casos extremos podrían conducir al cónyuge representante a desconectar los medios de supervivencia asistida, "en la esperanza de [obtener] más rápidamente la herencia" que le podría corresponder.[59] También ha sido crítico el Notariado alemán, considerando excesivamente amplia y automatizada esta representación urgente, pues no parece que en todos los casos los cónyuges fueran a otorgarse tan amplios poderes recíprocamente, de manera que hubiera sido conveniente un ámbito de operatividad más restringido.[60] Tampoco convence en exceso al Notariado alemán el argumento del legislador, consistente en que este derecho de representación —al no requerir intervención judicial— vaya a descargar de trabajo a los tribunales.[61] Más allá de estas cuestiones, el principal problema que plantea este derecho de representación es su posible falta de conformidad con el art. 12.4 CDPD.[62] Este precepto obliga a los Estados firmantes de la convención a que "en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los

54 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 179.

55 Este nuevo § 1358.III BGB no concreta el tipo de separación a que se refiere. Sí se hizo referencia en la fundamentación de la norma (BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 181) a la necesidad de que los cónyuges estuvieran separados legalmente en el sentido del § 1567.I BGB. Así, con razón sugirió el Consejo Federal de Abogados que lo más lógico es entender que se trata de una separación legal y que, por tanto, hubiera sido conveniente que el nuevo § 1358.III se refiriese a una separación "en el sentido del § 1567.I BGB" (*Bundesrechtsanwaltskammer,* cit., p. 5). Igualmente lo hace constar el Notariado alemán: *Bundesnotarkammer, Stellungnahme zum Refernententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts*, 2020, p. 12. Disponible *online* en: https://cutt.ly/NFs9BQY.

56 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 179.

57 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 182.

58 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 179.

59 *Bundesrechtsanwaltskammer,* cit., p. 5.

60 *Bundesnotarkammer*, cit., p. 10.

61 *Bundesnotarkammer*, cit., p. 10.

62 *Bundesnotarkammer*, cit., p. 12.

abusos (…)" y, particularmente, a asegurar que "las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, que no haya conflicto de intereses *ni influencia indebida* (…)".[63] No son perceptibles en la regulación que ofrece el BGB estas salvaguardias, que tendrán que ser adoptadas, en el caso en que sean necesarias, por los órganos judiciales, de manera que la pretensión de descargar a los tribunales de tales tareas, parece que quedará vacía de contenido. Esta falta de salvaguardias parece compensarse —o así lo entiende el legislador alemán— con una limitación temporal clara del derecho de representación.[64]

b) El polémico rol del médico y la (no)determinación del Derecho aplicable.

Una de las cuestiones más problemáticas que plantea la nueva regulación es el papel del médico en el control de este derecho de representación. Al facultativo le corresponde comprobar —nada dice el BGB sobre cómo debe hacerlo— si la persona que se irroga la condición de cónyuge efectivamente lo es. La cuestión se soluciona fácilmente presentando una certificación del Registro Civil —aunque dada la urgencia de la situación no parece lo más ágil. Sin embargo, las posibles dificultades que pueden suscitarse y la natural falta de pericia legal del médico aconsejan que un funcionario conocedor del Derecho compruebe la concurrencia de tales presupuestos. Por ello, es provechosa la reforma del artículo 15 de la Ley de Introducción del Código Civil [*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (EBGB, en delante)]. El nuevo precepto determina que en las cuestiones relativas a la salud que se planteen en territorio alemán el § 1358 BGB se aplicará incluso cuando otras normas conduzcan a la aplicación del Derecho extranjero. Se trata de una modificación interesante, pues evita a los médicos —y administrativos del hospital— la obligación de investigar cuál es el Derecho aplicable a la representación y, en su caso, de aplicar e interpretar el Derecho extranjero.[65]

E) Modernización del régimen de administración del patrimonio de la persona con discapacidad.

La administración patrimonial de la persona provista de apoyos también ha sido modernizada, lo que se materializa en los nuevos §§ 1835 y ss. BGB. En la formación de inventario destaca ahora la obligación del proveedor de apoyos de acreditar (flexiblemente, eso sí) la titularidad de los bienes que integran el patrimonio de la persona con discapacidad (aunque no su valor).[66] Por otra parte, es de destacar la obligación del proveedor de apoyos de que la voluntad, deseos y

63 La cursiva es nuestra.

64 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 183.

65 *Stellungnahme Bundesärtzekammer*, de 5 de agosto de 2020, pág. 4.

66 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 266.

preferencias de la persona con discapacidad sea también tenida en consideración en la gestión de su patrimonio (§ 1838.II BGB). Con esta previsión se pretende que el § 1821 BGB —la "Carta Magna del Derecho asistencial"— proyecte también sus efectos en el ámbito patrimonial.[67] Como recuerda la exposición de motivos que acompañó a la reforma que nos ocupa, el BGH se pronunció en sentencia de 22 de julio de 2009 (XII – ZR 77/06) sobre la obligación del prestador de apoyos de respetar la voluntad de la persona con discapacidad también en relación con la gestión de su patrimonio, aun cuando esto fuera contrario a su propio interés.[68] La contraposición de intereses es, efectivamente, severa: el proveedor de apoyos se encuentra en la tesitura de tener que aceptar una gestión desordenada del patrimonio de la persona con discapacidad —y arriesgarse a acciones posteriores por los herederos o acreedores— o bien en la tesitura de tener que negar la voluntad de la persona con discapacidad y tomar la decisión que considere más provechosa. El legislador alemán se decide por la primera opción, otorgando notable preferencia a la voluntad de la persona con discapacidad en relación con su patrimonio, siempre que sus deseos sean verdadera expresión del derecho a la autodeterminación que a todos reconoce la GG. De este modo, si la voluntad es libre, la persona con discapacidad tiene legítimo derecho a poner en peligro e incluso dañar su patrimonio.[69] Y, en este sentido, ha sido claro el relativamente reciente auto del BGH de 19 de mayo de 2021 (XII – ZB 518/20): "(l)a provisión de apoyos no tiene por finalidad proteger o aumentar el patrimonio de la persona con discapacidad en beneficio de sus legitimarios".[70]

3. Aspectos administrativos.

Además de estos aspectos puramente civiles, la reforma de mayo de 2021 ha introducido otras previsiones de carácter administrativo. Entre ellas destaca la reorganización del régimen institucional de la provisión de apoyos y la mejora del registro de apoyos.

A) La nueva Ley de organización institucional del apoyo.

Efectivamente, el *pack* de reforma de mayo de 2021 comporta también la promulgación de una Ley de organización institucional del apoyo [*Betreuungsorganisationsgesetz* (BtOG, en adelante)], llamada a sustituir a la antigua Ley de autoridades del apoyo (*Betreuungsbehördengesetz*). La nueva norma, con pretensión totalizante, compila y agrupa todas las normas que regulan la posición jurídica de las autoridades administrativas —no las judiciales[71]— en materia de

67 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 270.

68 Más recientemente, *cfr.* sentencia del BGH de 24 de enero de 2018 (XII – ZB 141/17).

69 *Cfr.* BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 272.

70 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 341.

71 Las normas sobre las autoridades judiciales siguen comprendidas, fundamentalmente, en la FamFG.

provisión de apoyos. Incorpora también una serie de disposiciones respecto de las asociaciones privadas, cuyo papel en el ejercicio y desarrollo de los apoyos es ahora mayor.[72] La nueva Ley contiene una serie de previsiones interesantes sobre tratamiento y protección de datos (§ 4 BtOG), así como un amplio catálogo de tareas que corresponden a estas autoridades administrativas. Entre ellas destacan las obligaciones de información y asesoramiento (§ 5 BtOG) y de asistencia a los proveedores de apoyo (§ 6 BtOG). Por otra parte, la Ley otorga relevantes funciones de fe pública a los encargados de estas autoridades (§ 7 BtOG), sin perjuicio de las competencias de los notarios y de otros funcionarios. También prevé la nueva Ley la facultad —y no obligación— de comunicar a los tribunales la existencia de circunstancias que aconsejan la provisión de apoyos o la toma de medidas al respecto (§ 9.I BtOG). Sí están obligadas las autoridades, sin embargo, a poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales la existencia de circunstancias que pueden hacer inidóneo a un proveedor de apoyo para el ejercicio de sus funciones (§ 9.II BtOG en relación con el nuevo § 1816.I BGB). Y, viceversa, la reforma mejora incide también en la necesidad de que las autoridades judiciales comuniquen a las autoridades administrativas que intervienen en la provisión de apoyos aquellas circunstancias que puedan afectar a la idoneidad o fiabilidad del proveedor de apoyos (*cfr.* nuevo § 309a FamFG).

B) Nuevo registro de apoyos.

Por último, la reforma incluye una serie de previsiones (§§ 23 y 24 BtOG) sobre la inscripción en un registro administrativo como proveedor de apoyo profesional. La pretensión fundamental de esta norma es que las personas con discapacidad —y sus allegados— puedan confiar en que la provisión de apoyos se produzca solo por personas preparadas, confiables y provistas de los seguros de responsabilidad civil pertinentes.[73] Así, los presupuestos para la inscripción en el registro como proveedor profesional de apoyos son: 1) la adecuación personal y la fiabilidad del proveedor de apoyos; 2) una cualificación suficiente para el ejercicio del apoyo[74]; y 3) un seguro de responsabilidad civil de como mínimo doscientos cincuenta mil euros, para hacer frente a los daños que pudieran producirse por la actividad. A ello el § 23.II BtOG agrega una enumeración abierta de supuestos en que no concurre esta fiabilidad exigida por la Ley.[75] Se trata, por ejemplo, de aquellos casos en que: 1) el proveedor de apoyos ha sido penalmente inhabilitado para el ejercicio de profesión u oficio; 2) ha sido condenado en sentencia firme

72 Se trata de entidades similares a las que se refiere el art. 56.II, del CC español.

73 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 375.

74 La cualificación personal exige, según el § 23.III BtOG: conocimientos jurídicos (sustantivos y procesales) en el Derecho asistencial y en el Derecho de los internamientos forzosos, así como en el cuidado de las personas y el patrimonio; conocimiento del sistema de seguridad social; y conocimientos sobre comunicación con personas con enfermedades y discapacidades, así como de mecanismos para el apoyo en la toma de decisiones.

75 BT Drucksache 19/24445, 18 de noviembre de 2020, p. 376.

por un delito relevante en relación con la provisión de apoyos, en los tres años anteriores a la solicitud de inscripción; 3) el registro ya haya desestimado una solicitud de inscripción (§ 27 BtOG); o 4) el patrimonio del proveedor de apoyos no esté saneado (por estar inmerso en un procedimiento concursal, por ejemplo).

VII. CONCLUSIONES.

1. El Derecho civil alemán de las personas con discapacidad ha sido ambiciosamente reformado. Se han consolidado claramente los principios de necesidad y subsidiariedad de los apoyos. Igualmente, se han clarificado los derechos, obligaciones y potestades que asisten a los intervinientes en el apoyo (desde la persona con discapacidad y el proveedor de apoyos, hasta las autoridades judiciales y administrativas). La reforma, pues, coloca verdaderamente a la persona con discapacidad en el centro del apoyo, de manera que, ahora más informada y mejor protegida, puede ejercitar su capacidad jurídica en mejores condiciones, cumpliendo las exigencias de la CDPD.

2. Uno de los aspectos más llamativos de la reforma es la introducción de un novedoso derecho de representación conyugal urgente, que ofrece soluciones ágiles —aunque no del todo prolijas— a una cuestión delicada. Su introducción en España podría ser interesante y no parece plantear excesivos problemas respecto de los cónyuges. Sí se antoja más complicada la posible regulación respecto de las parejas de hecho (admitida legalmente en Alemania), pues la jurisprudencia del TC español al respecto [*cfr.* STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2000, 5297)] parecería impedir a las Comunidades Autónomas extender este derecho de representación urgente a las parejas de hecho.[76]

3. La reforma alemana es saludable y, al igual que sucede en España con la Ley 8/2021, sería deseable que no quedara en un simple lavado de cara o cambio de etiquetas, pues el estado de cosas no varía con un mero cambio de nombre —lo que no parece ser el caso, ni de España ni de Alemania.[77] En definitiva, se trata de que el derecho de la provisión de apoyos deje de ser parte de un "Derecho civil especial" (*Sonderzivilrecht*)[78], para consolidarse, simplemente, como una sección más de *lo normal*, igual que lo son las normas de la compraventa o de la hipoteca.

76 Al respecto, *cfr.* Sánchez-Rubio García, A.: "La legislación sobre parejas de hecho tras las sentencias del Tribunal Constitucional 81/2013, de 11 de abril y 93/2013, de 23 de abril", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, Núm. 20, 2014.

77 Damrau, J., y Zimmerman, W.: "§ 1896…", *cit.,* p. 277. Ver también: Schädle, J.: "Das Betreuungsgesetz – Neues Etikett für alte Handlungsweisen oder neues Menschenbild?", en Brill, K.-E. (ed.): "*Zum Wohle der Betreuten" – Beiträge zur Reform des Vormundschafts- und Pflegeschaftsrechts: Betreuungsgesetz*, Vol. 147, Psychiatrie-Verlag, Bonn, 1990, pp. 35 y ss.

78 Kollmer, N.: *Selbstbestimmung…, cit.,* p. 2.

BIBLIOGRAFÍA

Arnau Moya, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33, 2022.

Buchhalter-Montero, B.:"La investigación de oficio en el sistema procesal civil alemán: el caso de la jurisdicción voluntaria", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2020.

Bundesnotarkammer, Stellungnahme zum Referntentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, 2020. Disponible *online* en: https://cutt.ly/NFs9BQY.

Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 39, 2020. Disponible *online* en: https://cutt.ly/0Fs0PPK.

Damrau, J. y Zimmerman, W.: "§ 1904 BGB Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärtzlichen Maßnahmen", en *ibid., Betreuungsrecht – Kommentar zum materiellen und formellen Recht*, 4.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2011.

Diekmann, A.: "Empfiehlt sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegeschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zo ordnen?", *JuristenZeitung*, vol. 43, núm. 17, 1988.

Endemann, F.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. 2, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1908.

Egen, C.: *Das Ende der Entmündigung und Vormundschaft – eine Wohltat für psychisch Kranke*?, Dissertation, Bonn, 1994.

Garcímartín Montero, R.: *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Giers, M.: "§ 278 Anhörung des Betroffenen", en Keidel, T.: *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Kommentar*, 20.ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

Giers, M.: "§ 280 Einholung eines Gutachtens", en Keidel, T.: *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Kommentar*, 20.ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

Giers, M.: "§ 286 Inhalt der Beschlussformel", en Keidel, T.: *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Kommentar*, 20.ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

GÖTZ, I.: "§ 1896 Voraussetzungen", en PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch,* C.H. Beck, München, 2020.

HEITMANN, E. y FÜCHTENKORD, N.: "Vorbemerkungen zu §§ 1896 ff.", en *BGB Familienrecht*, Vol. 4, 4.ª ed., Nomos, Baden Baden, 2021.

JASCHINSKI, J. "§ 1896 Voraussetzungen", en VIEFHUES, W. *et al.* (eds.): *Juris Praxiskommentar BGB*, 2.ª ed., Vol. 4, Juris, Saarbrücken, 2005.

JURGELEIT, A.:"§ 1896 Voraussetzungen", en JURGELEIT, A. (ed.): *Betreuungsrecht*, 4.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018.

JÜRGENS, A.: "Vorbemerkungen §§ 1896–1908i", en JÜRGENS, A. (ed.): *Betreuungsrecht – Kommentar*, 6.ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

KOLLMER, N.: *Selbstbestimmung im Betreuungsrecht*, VVF, München, 1992.

MASUCH, P.: "Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden", en HOHMANN-DENNHARDT, C., MASUCH, P. y VILLIGER, M., (eds.): *Grundrechte und Solidarität – Festschrift für Renate Jaeger*, Engel Verlag, Kehl Am Rhein, 2011.

MATTA, V.: *et. al.*: *Qualität in der rechtlichen Betreuung*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2018.

MEYER, K. E., y SCHEFFLER, G.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs*, 10.ª ed., Vol. IV, Núm. 2, Walter de Gruyter & CO, Berlin, 1964.

MÜLLER, G.: "§ 1896 Voraussetzungen", en BAMBERGER, H. G. y ROTH, H. (eds.): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H Beck, München, 2012.

NOLTING, H.D. *et al.*: *Umsetzung der Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen""*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2018.

PROBST, M.: "Betreuungsrecht in der Krise? – Zur Notwendigkeit eines Wandels vom justizzentrierten zum integrierten Betreuungsrecht", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Núm. 34, Vol. 9, 2001.

SCHÄDLE, J.: "Das Betreuungsgesetz – Neues Etikett für alte Handlungsweisen oder neues Menschenbild?", en Brill, K.-E. (ed.): *"Zum Wohle der Betreuten" – Beiträge zur Reform des Vormundschafts- und Pflegeschaftsrechts: Betreuungsgesetz*, Vol. 147, Psychiatrie-Verlag, Bonn, 1990.

SCHMIDT-RECLA, A.: "§ 1896 Voraussetzungen", en GSELL, B., *et al.* (eds.): *Beck-online.grosskomentar,* C.H.Beck, München, 2022.

SCHMIDT-RECLA, A.: "Einführung in das deutsche Betreuungsrecht" en LINDNER, J. F., y HUBER, F., (eds.), *Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018.

SCHMITT, S.: *Die Herausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland*, LIT, Berlin, 2014.

SCHWAB, D.: "Vorbemerkungen vor §§ 1896 bis 1908i", en REBMANN, K., y SÄCKER, F. J. (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992.

Stellungnamhme Prof. Dr. Werner Bienewald, 29 de junio 2020 (disponible *online* en: https://cutt.ly/HFbP4Yt).

WINDSCHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6.ª ed., vol. 2, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1887.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA ARGENTINA

THE LEGAL PROTECTION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN ARGENTINA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 172-195

Mariel F.
MOLINA DE
JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 3 de abril de 2022

RESUMEN: El presente artículo analiza la protección jurídica de las personas con discapacidad en la Argentina. A partir del principio general de capacidad jurídica y de ejercicio de todas las personas humanas sin discriminación fijada en el Código Civil y Comercial argentino, se estudian las reglas de presunción de capacidad, de gradualidad de las restricciones y del proceso judicial sobre capacidad conforme los estándares del sistema de Derechos humanos. También se informa sobre los apoyos para el ejercicio de los derechos y la especial protección que se asigna al heredero con discapacidad través de la mejora de su porción sucesoria.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; protección; derechos humanos.

ABSTRACT: *This article analyzes the legal protection of people with disabilities in Argentina. Starting from the general principle of legal capacity and capacity to act human without discrimination established in the Argentine Civil and Commercial Code, the rules of presumption of capacity and the gradual restrictions are studied, as well as the judicial process on capacity in accordance with the standards of the Human Rights. It also reports on the support for the exercise of rights and the special protection assigned to the heir with a disability through the improvement of his succession portion.*

KEY WORDS: *People with disabilities; protection; human rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. RÉGIMEN DE CAPACIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO.- 1. El principio es la capacidad.- 2. La capacidad se presume.- 3. Regla de gradualidad.- 4. La situación de las personas menores de edad y la posible restricción de su capacidad.- III. REGLAS PARA LA DETERMINACION DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS HUMANAS.- IV. DE LA REPRESENTACIÓN A LA ASISTENCIA. SISTEMA DE APOYOS.- 1. Antecedentes.- 2. Sistema de apoyos.- 3. Caso excepcional del curador.- V. REVISIÓN DE LA SENTENCIA QUE DECIDE LA CAPACIDAD DE LA PERSONA.- VI. PROTECCIÓN SUCESORIA. LA MEJORA DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD. VII. CONCLUSIONES PROVISORIAS.

I. INTRODUCCIÓN.

En la Argentina, la protección jurídica de las personas con discapacidad tiene rango constitucional reforzada. El artículo 75 inc. 23 de la carta magna reformada en el año 1994, incluyó dentro de las facultades del Poder Legislativo: "Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

El cumplimiento de esta manda reconoce, entre otras fuentes de relevancia en la materia, las dos convenciones específicas orientadas a la protección de las personas con discapacidad. La primera es del orden regional americano y fue firmada en el año 1999; me refiero a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad)[1]. La segunda, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, fue suscripta en Nueva York en el año 2006. Este instrumento cristalizado en el orden de Naciones Unidas resultó del debate y la vigorosa militancia de muchas organizaciones mundiales donde las propias personas con discapacidad fueron sus principales protagonistas. La regla de oro para la protección de sus derechos surge del art. 12 que les asegura:

"Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes

1 **https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html Ley 25.280 Pub. Boletín Oficial 04/08/2000, núm. 29455.**

• Mariel F. Molina de Juan
Abogada, Doctora en Derecho, Profesora titular de Derecho de las Familias UNCUYO, Posgraduada Derecho Constitucional Universidad de Salamanca. Directora de las carreras de Especialización y Maestría en Derecho de las Familias, UNCUYO. Correo electrónico: marielmolina@estudiojuan.com.ar.

adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos (…). 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

Este instrumento significó un importante avance en el reconocimiento de los Derechos Humanos de este colectivo de personas, y un cambio de paradigma en la materia al tomar posición por el modelo social de discapacidad en reemplazo del modelo médico-rehabilitador, poniendo énfasis en la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, la autonomía y el acceso a las oportunidades. Aunque el reconocimiento de la igualdad dignidad de todas las personas aparezca como una exigencia constante de la vida colectiva, sea fundamento último del constitucionalismo[2] y símbolo de la democracia[3], se sabe que su significación y contenido ha variado a lo largo de la historia dependiendo de las más diversas convicciones y sentimientos arraigados en lo profundo de las sociedades[4]. Y que la discriminación por razones de discapacidad fue (y sigue siendo en muchos casos) una seria limitante para el acceso a los derechos.

En apretada síntesis cabe recordar que a lo largo de la historia el posicionamiento iusfilosófico del abordaje de la discapacidad respondió a tres modelos o enfoques bien diferentes: el modelo de prescindencia, el médico rehabilitador y el de construcción social de la discapacidad[5]. El salto cualitativo que representa el tránsito del modelo médico rehabilitador al social es de magnitud, pues presupone que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, científicas, ni biológicas, sino preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden

2 *Cfr.* Alegre, M. y Gargarella, R. (coord.): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 4.

3 Kemelmajer De Carlucci, A.: "El principio de igualdad y el derecho comunitario". Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, p. 28.

4 Pérez Luño, A: "Dimensiones de la igualdad", *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005; p. 16.

5 Para amplia, Palacios, A.: "El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Caja, Madrid, 2008.

aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición diversa[6].

Vista desde este lugar, la discapacidad es entendida como el reflejo de ciertos obstáculos o barreras sociales que no le permiten a la persona ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás.

Se la asume como un fenómeno complejo[7] que, más que atributo de la persona, viene a ser la resultante de un conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Dicho de otro modo, la discapacidad no es estrictamente la limitación, ni la deficiencia, ni la desventaja. Es producto de la interacción de una característica que está en el individuo, y puede ser física, mental, intelectual o sensorial, con las barreras del entorno social[8]. "El modelo social se encuentra, entonces, muy relacionado con la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Se centra en la dignidad intrínseca del ser humano, y de manera accesoria en las características médicas de la persona"[9].

A partir de estas premisas, para asegurar la eficacia de los derechos que le son reconocidos por los instrumentos internacionales de Derechos humanos se requiere la puesta en práctica de todas las modificaciones y adaptaciones que sean útiles y necesarias para lograr su participación plena en las diferentes áreas de la vida en comunidad. Así las cosas, se produce un viraje de la mirada; la obligación se coloca en el entorno (familia, sociedad, escuela, trabajo, etc.), sobre él recae la responsabilidad de hacer los "ajustes razonables" que requiera la persona con discapacidad para gozar de todos los derechos que le son reconocidos y alcanzar una vida plena[10].

La Observación General nro. 1 sobre el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014) explicita que:

"(...) con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al

6 Caleri, M.: "El Código Civil y Comercial en materia de capacidad jurídica: el desafío de reinterpretar sus normas en clave convencional para no restringir la capacidad y resignificar las prácticas y barreras que incapacitan", *RDF* 2016-VI, 07/12/2016, 116, TR LALEY AR/DOC/4913/2016.

7 Palacios, A.: "El modelo social de discapacidad", cit. p. 340

8 Seda, J.: "Derechos sucesorios de las personas con discapacidad", *RCCyC* 2021 (febrero), 15/02/2021, 56 TR LALEY AR/DOC/4051/2020.

9 Palacios, A. y Bariffi, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Grupo Editorial Cinca SA, Madrid, 2007, p. 19.

10 Espósito, C.: "Determinación de la capacidad jurídica. Persona con discapacidad como sujeto de derecho, voluntad, sistema de apoyos para la toma de decisiones" Publicado en: LA LEY 09/09/2021, 09/09/2021, 4 TR LALEY AR/DOC/2573/2021.

reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho. (...) las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad."

Entonces toda persona con discapacidad tiene derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica y a su ejercicio en igualdad de condiciones con las demás. O sea que solo puede limitarse su capacidad en aquellas condiciones en que las demás personas también podrían verla limitada; no exclusivamente por motivo de discapacidad[11].

La Argentina aprobó la Convención de Nueva York en el año 2008[12], y con este compromiso se hizo visible la contradicción entre el derecho interno y el mandato internacional asumido[13]. Fue en este contexto que en el año 2010 se sancionó la Ley 26.657 de Salud Mental que el vino a dar el puntapié formal de la nueva relación entre derechos humanos y discapacidad[14], y a representar un salto cualitativo hacia la adopción del principio de capacidad de las personas[15].

Sin embargo, hubo que esperar todavía un quinquenio para que estos avances se vieran reflejados en el cuerpo normativo estructurante del Derecho privado

11 Compulsar Fernández, S.: "Capacidad jurídica y procesos. O cómo *dar forma* al derecho de las personas con discapacidad", SJA 01/02/2017, 01/02/2017, 95 - AP/DOC/1282/2016.

12 Ley 26.378, BO 06/06/2008.

13 Fue recién en el año 2014 cuando la ley 27.044 le otorgó jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN).

14 El artículo 3° sienta la regla general de capacidad de la persona: "En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización".

15 Ampliar en Espósito, C.: "Determinación de la capacidad jurídica", cit.

argentino. Esto se produjo en el año 2015 cuando entró en vigor el Código Civil y Comercial, que irrumpe como el gran exponente de la constitucionalización del derecho privado dando lugar a un verdadero diálogo ente los derechos reconocidos en los tratados internacionales de Derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN) y la normativa interna[16]. De igual modo que el proceso transitado por otros varios países del mundo occidental, la dignidad de la persona humana y su igualdad pasaron a ser el eje de un ordenamiento jurídico moderno centrado en eliminar los sesgos, limitaciones y restricciones para el ejercicio de los derechos.

El Libro primero del nuevo Código se ocupa expresamente de la situación jurídica de las personas con discapacidad al regular el régimen de capacidad de la persona humana (cap. 2 del tít. I, arts. 31 al 50 del Cód. Civ. y Com.). El artículo 48 contiene una definición de discapacidad y para que no quede ninguna duda la adhesión al modelo social, la reitera luego, en el artículo 2448 Cód. Civ. y Com cuando se ocupa de la mejora de la porción sucesoria del heredero con discapacidad.

Dicen los textos:

"se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral"[17].

II. RÉGIMEN DE CAPACIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO.

El Código Civil y Comercial argentino asume que el régimen de capacidad de las personas es una cuestión que compromete derechos fundamentales, y desde esa posición, entra en la compleja labor de regular su ejercicio para el asegurar los derechos comprometidos. Advertido que la calificación de incapacidad que se atribuía a las personas con discapacidad confrontaba con la Convención, modifica sustancialmente las reglas del sistema.

Para lograr este cometido comienza sustituyendo la anterior denominación de persona "física" por la de persona "humana", con todas las implicancias que la expresión lingüística supone. Esta fórmula, examinada desde la dimensión del Derecho de los Derechos humanos, excede el tradicional encuadre que la

16 Los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentino establecen como fuente de interpretación y aplicación los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, es decir, aquellos que se establecen en la Constitución Nacional en su artículo 22.

17 Critica la incorporación de esta definición al cuerpo normativo Espósito, C.: "Determinación de la capacidad jurídica", cit.

doctrina civilista otorgó a la capacidad jurídica como atributo de la personalidad y se relaciona intrínsecamente con la igualdad como piedra angular y derecho fundamental[18].

1. El principio es la capacidad.

Todas las personas humanas, en tanto destinatarias potenciales de las normas del sistema, tienen aptitud para ser titulares de derechos subjetivos[19] y deberes jurídicos (conf. art. 22 Cód. Civ. y Com.) O sea, el principio general es que no hay personas incapaces de derecho. La estrecha relación entre capacidad, igualdad y dignidad excluye las incapacidades absolutas. Lo contrario significaría negar el concepto de sujeto de derecho, propio de la persona humana. No contradice el principio la existencia de algunas limitaciones que son siempre relativas, establecidas por ley y en protección de ciertos intereses[20].

La capacidad de ejercicio (también llamada de hecho, de goce o de obrar) se encuentra regulada en el art. 23 Cód. Civ. y Com. que indica: "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial". Se refiere a la aptitud de la persona para actuar los derechos que le son reconocidos; esto es, para desenvolver un comportamiento jurídicamente relevante relacionado con la esfera de sus intereses.

De igual manera que para la capacidad de derecho, la regla de la capacidad de ejercicio es la aptitud. Nótese que el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad emplea la fórmula "capacidad jurídica" en sentido amplio, es decir, comprensiva de la facultad para ser titular de derechos, pero, además, de la capacidad de ejercerlos, siendo imposible sustituirla, salvo ante graves casos de anulación total de la voluntad, como un estado de coma[21].

18 *Cfr.* Fernández, S.: "Capacidad jurídica y procesos", cit.

19 Opina Tobías que la incorporación de otros intereses tutelados amplía la dimensión del concepto de capacidad, incluyéndolos además de los derechos subjetivos (Tobías, J.: "Capacidad jurídica y capacidad de obrar", LA LEY 19/04/2007, 19/04/2007, 1 - LA LEY2007-C, 681 - RCyS2017-VI, 199 TR LA LEY AR/DOC/1532/2007).

20 Las restricciones pueden recaer sobre la capacidad para hechos jurídicos (art. 257 Cód. Civ. y Com.), simples actos lícitos (art. 258 Cód. Civ. y Com.), o actos jurídicos determinados (art. 259 Cód. Civ. y Com.). Se fundan en la protección del orden público y, en consecuencia, las incapacidades a que dan lugar no pueden ser suplidas de ninguna manera. Así sucede con las inhabilidades para contratar (art. 1001 y 1002 Cód. Civ. y Com.), los contratos que los progenitores no pueden hacer con sus hijos e hijas en el ámbito de la responsabilidad parental (art. 689 Cód. Civ. y Com.), institución reformulada a la luz de la igualdad de género, los actos prohibidos para el tutor o la tutora, (art. 120 Cód. Civ. y Com), o con las inhabilidades para suceder (art. 2482 Cód. Civ. y Com.).

21 Caleri, M.: "El Código Civil y Comercial en materia de capacidad jurídica, cit.

Las excepciones se encuentran taxativamente enumeradas y dependen de la existencia de determinadas situaciones fácticas, generalmente asociadas con la edad, una enfermedad mental o discapacidad[22].

Este diseño estructural tuvo su correlato necesario en el abandono del clásico binarismo dicotómico que definía a la capacidad de ejercicio en términos de oposición[23]: capaz/incapaz; sano/insano, incapaz absoluto/incapaz relativo; menor impúber/menor adulto.

En su lugar, el Código Civil y Comercial organiza un régimen de capacidad asentado sobre los principios de presunción de capacidad, y gradualidad[24].

2. La capacidad se presume.

Ello quiere decir que se necesita de un proceso judicial en el que se acredite rigurosamente la situación contraria, dentro del cual la evaluación interdisciplinaria juega un rol fundamental. La presunción rige incluso cuando la persona se encuentra internada en un establecimiento asistencial (art. 31 inc. a) Cód. Civ. y Com.).

Como lógica consecuencia de esta presunción, ante la duda, se debe estar en favor de la capacidad. Es que cualquier limitación puede importar una afectación de derechos fundamentales, y por ende precisa administrarse bajo un estricto contralor jurisdiccional, y valorarse con prudencia[25].

En esa línea se lee una sentencia de la Corte Suprema argentina que debió resolver un planteo sobre el ejercicio de los derechos políticos de una persona de 74 años, quién durante el proceso que se llevaba adelante en relación con la determinación de su capacidad, manifestó expresamente su voluntad de votar en las próximas elecciones. Las instancias anteriores habían desoído el pedido realizado en ese sentido por su representante legal. El máximo tribunal federal ordenó dictar un nuevo pronunciamiento debido a que ninguno de los informes obrantes en la causa abordó o aconsejó expresamente la limitación del derecho al sufragio. El argumento central de la decisión se fundó en que la restricción del derecho al voto que prevé el art. 3, inciso a) del Código Electoral Nacional debe aplicarse de acuerdo con los principios y garantías que rigen para las personas con discapacidad e impone una evaluación pormenorizada y específica sobre la capacidad para votar, incluso con la designación de apoyos en el caso de que

22 Tobías, J.: "Capacidad jurídica y capacidad de obrar", cit.

23 *Cfr.* Fernández, S.: "Comentario artículo 24 Cód. Civ. y Com." en Picasso, S., Herrera, M., Caramelo, G. (dir.): *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, 2015, Infojus, CABA, 2015. p. 69.

24 Olmo, J.P.: "Persona humana. Capacidad jurídica", *DFyP* 2016 (abril), 04/04/2016, 171 TR LA LEY AR/DOC/4538/2015.

25 *Cfr.* Kraut, A. y Palacios, A.: Comentario art 31 en Lorenzetti, R. (dir.): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe", 2014, T 1, p. 128.

la persona esté en condiciones de ejercer autónomamente ese derecho pero presente alguna dificultad para poder hacerlo, siempre que se respete su voluntad y preferencias, sin conflicto de intereses ni influencias indebidas (argumento del art. 12, inc. 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)[26].

Desde otro lugar, la dimensión personalísima de ciertos derechos y su ejercicio por la persona con discapacidad ha quedado visibilizada en un caso en que se examinaba la capacidad de ejercicio de una persona alojada en un hogar, para ejercer su derecho a la identidad de género auto percibida y obtener la adecuación registral de su nombre y sexo. Aunque identificada desde el nacimiento como de sexo masculino, había exteriorizado su elección vital de género femenino desde corta edad; se reconocía como mujer y se hacía llamar Ariana o Ariadna. Esta persona padece enfermedad de "Huntington" con pronóstico malo, cuadro de anormalidades de la marcha y de la movilidad, y deterioro generalizado con trastornos sensoriomotores con altísimo nivel de vulnerabilidad. En lo que aquí interesa, luego de indagar si la voluntad de cambio de género surgía de los informes interdisciplinarios, el fallo se introdujo en la noción de capacidad de ejercicio para examinar si, a pesar de lo avanzado de la enfermedad mental, A. podía ejercer por sí su derecho a peticionar ante la Autoridad Administrativa del Registro Nacional de las Personas, que su identidad de género auto percibida le sea reconocida. La respuesta fue positiva en tanto, dijo, se trata de un derecho personalísimo cuyo ejercicio debe ser garantizado sin más. Consecuentemente ordenó al Registro Nacional de las Personas que envíe al Hogar donde A. reside, personal habilitado y con los recursos administrativos necesarios, (valija con material identificatorio) a los fines de formalizar el cambio de nombre y de género[27], tal como lo autoriza la legislación argentina.

3. Regla de gradualidad.

La perspectiva de Derechos humanos conduce a priorizar el ejercicio de los derechos por la misma persona, y para el caso que ello no sea posible, impone que las restricciones se establezcan con base en parámetros elásticos que suponen la evaluación del caso particular, concreto y situado. Y sin lugar a generalizaciones[28]. Es imperativo recordar que el fin último de cualquier restricción a la capacidad es la protección de los derechos y la promoción de la autonomía personal.

26 CSJN 10/07/18 "F., H. O. s/Art. 152 ter Cód. Civ" IJ-DXXXVII-290.

27 Juzgado de Familia Nro. 4 San Martín, Provincia de Buenos Aires, 17/02/2021, "C. H.D S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA" EXPTE. núm.: 72551 EXPTE RGE núm. SM-37981-2019, inédito.

28 Saux, E., "Valías y perfectibilidades del régimen de regulación de la capacidad de ejercicio en el Código Civil y Comercial de la Nación", RC D 421/2015.

Por eso la regla es que la sentencia que declara la capacidad restringida no excluye la condición de capacidad, y las limitaciones lo son solo para los actos y en la extensión determinada en esa resolución; como lógico correlato, debe incluir medidas de apoyo de la persona orientadas a la promoción de la autonomía y la toma de decisiones respetando las preferencias de la persona (art. 43 CCiv. Y Com.; conc.,). O sea, se mantiene la regla de capacidad respecto a todos los actos que no han sido expresamente restringidos (arts. 32, 38 y concs.)

La declaración de incapacidad es excepcional siempre y cuando sea indispensable para la protección de los derechos de una persona que se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad[29]. Juega aquí la doctrina sentada por el TEDH en cuanto a que un trastorno mental, aunque sea grave, no puede ser la única razón para justificar la incapacitación total[30]. Lo que se califica y evalúa es la situación en que se halla la persona, la ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, y la imposibilidad de comunicación con otras personas, son todas razones que conducen presumir que el sistema de apoyos no será suficiente. Solo en estos casos aparece la figura de un curador representante[31], que es quien ejerce los derechos en lugar de la persona con discapacidad (conf. artículos 100 y 101 Cód. Civ. y Com)[32].

4. La situación de las personas menores de edad y la posible restricción de su capacidad.

El régimen de capacidad de las personas menores de edad también tiene cambios significativos. Según la dupla conformada por los artículos 25 y 26 Cód. Civ. y Com. su capacidad de ejercicio se estructura sobre la base de un sistema mixto que conjuga pautas con edades definidas como requisito ineludible para el ejercicio de ciertos derechos, con otras flexibles que imponen a sus intérpretes y aplicadores la valoración en concreto de conceptos jurídicos indeterminados (vgr. madurez suficiente).

La integración de ambas conduce a la formulación de la siguiente regla general: las personas menores de edad que cuentan con "edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico" (art. 26 Cód. Civ. y Com.). Caso contrario actúan a través de sus representantes legales (art. 100 Cód. Civ, y Com.).

29 Este carácter restrictivo ha sido puesto de resalto por la Corte Federal (07/02/2019, "P. A., R. s/ determinación de la capacidad" inédito).

30 TEDH, 04/03/2010, Shtukaturov c. Russia, (N° 44.009/05), http://hudoc.echr.coe.int)

31 Fernández, S.: "Capacidad jurídica y procesos", cit.

32 *Cfr.* Olmo, J. P.: "Persona humana. Capacidad jurídica", cit.

En este nuevo paradigma cobra relevancia el concepto bioético de "competencia" ligado, más que a la edad, a la madurez que le permite entender el significado y las consecuencias de los actos. Lo que depende de las condiciones de su crecimiento, del medio socio económico y cultural en que se desenvuelve y del conflicto específico de que se trate[33].

Durante la menor edad se distinguen dos franjas etarias con incidencia para el ejercicio de los derechos. La línea divisoria entre ambas ha sido trazada de manera objetiva y se encuentra sujeta al criterio rígido de la edad. Desde que una persona nace hasta que cumple los 13 años detenta la condición de niña o niño; a partir de los 13 años es adolescente[34]. Si bien esta voz "adolescente" ya estaba presente en algunas otras normas nacionales[35], y también en varias legislaciones extranjeras[36], desde ahora adquiere una entidad propia y un sentido jurídico profundo para el Derecho argentino. Es que, el nuevo texto legal la utiliza para distinguir la franja de edad en la que acontece una progresiva ampliación de las facultades para el ejercicio de los derechos dentro de la cual, inclusive, operan algunas presunciones de capacidad que, con diferentes matices, se van incorporando a la esfera de actuación de la persona.

Según el artículo 31 Cód. Civ. y Com. solo puede restringirse la capacidad de las personas mayores de trece años lo que responde a la presunción de inexistencia de discernimiento para los actos lícitos por debajo de esa edad (art. 261 Cód. Civ. y Com). Antes de los trece años, aunque el niño tenga una discapacidad no se abre el juego al proceso judicial para evaluarla. Sencillamente opera el sistema de representación legal, y son sus padres (o quienes ejerzan la responsabilidad parental), sus representantes legales.

III. REGLAS PARA LA DETERMINACION DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS HUMANAS.

El art. 31 del Cód. Civ. y Com. enumera las siguientes reglas generales de los procesos en los que se restringe la capacidad: (a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada

33 Mizrahi, M.: "El interés superior del niño y su participación procesal", en Krasnow, A. (dir.): *Tratado de Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, t. I, 2015, p. 403.

34 Para una aproximación al tema, compulsar Highton, E.: "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial", *Diario La Ley* 13/04/2015, 1, La Ley 2015-B, 901.

35 Por ejemplo, la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley 26.529 de Derechos del Paciente (Artículo 2°). También la Ley 26.743 de Identidad de Género (Artículo 5) y la Ley 26.657 Nacional de Salud Mental.

36 Entre otros, Código de Niñez y Adolescencia de Paraguay (ley 1680/2000); Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (ley 7739/1998); Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (ley 100/2003); Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela (2007); Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil (ley 8069, año 1990); Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay (ley 17.823/2004).

en un establecimiento asistencial; (b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; (c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; (d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; (e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; y (f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Para que se disponga la restricción se requiere que la persona padezca "una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes." La decisión compromete la valoración de las circunstancias personales y sociales que dan cuenta de una situación de daño o eventual daño a su persona o a sus bienes como consecuencia de sus actos.

Es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario. La sustitución del modelo médico por el social, conducen a que sea insuficiente la perspectiva médica para determinar la situación de la persona frente al ejercicio de sus derechos. Este abordaje interdisciplinario corresponde a una opción razonada y concreta de un modelo de tratamiento de la cuestión, que analiza el problema como un todo y no una mera sumatoria de partes o factores. Es sabido que una mirada plural e integral siempre es más rica y permite limitar el riego de equivocados reduccionismos[37].

La presunción de capacidad vista en clave de derechos humanos impone la participación de la persona interesada en el proceso judicial que decide sobre ella. Según el 707 del Cód. Civ. y Com, las personas mayores con capacidad restringida tienen derecho a ser oídas en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso. En sintonía con el derecho a participar, esta vez mediante una defensa técnica, el artículo 36 del Cód. Civ. y Com., dice que: "Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio"[38]. Según el caso, el derecho de defensa se ejerce mediante la representación legal o la asistencia de un patrocinante.

37 *Cfr.* Pagano, L.: "El rol de los curadores, los apoyos y otros profesionales de la salud en los procesos de restricción a la capacidad", *RDF* 77, 09/11/2016, 113 Cita Online: AP/DOC/1033/2016.

38 Olmo, J. P.: "La defensa técnica de las personas con padecimientos mentales", cit.

La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: (a) diagnóstico y pronóstico; (b) época en que la situación se manifestó; (c) recursos personales, familiares y sociales existentes; (d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. El juez puede designar el o los apoyos necesarios especificando las funciones con los ajustes razonables y adecuados a las necesidades y circunstancias de la persona (arts. 38, 43, Cód. Civ.y Com.; art. 12 CDPD).

En el nuevo paradigma, la designación ha dejado de ser unipersonal, pudiendo el juez nombrar a más de uno. La solución responde a las diversas realidades familiares y sociales, y permite que las redes que sostienen a la persona con discapacidad puedan compartir y distribuirse responsabilidades y tareas.

IV. DE LA REPRESENTACIÓN A LA ASISTENCIA. SISTEMA DE APOYOS.

1. Antecedentes.

El Código Civil originario habilitaba al juez a declarar dementes quienes que se hallaren en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tuvieran intervalos lúcidos o la manía fuese parcial (art. 141, Cód. Civ.)[39]. La sentencia determinaba la incapacidad absoluta de obrar y eran nulos los actos posteriores realizados por el interdicto. Se designaba un curador quien era el representante legal que suplía la incapacidad.

En el año 1968 se produjo un viraje hacia el criterio biológico jurídico con la ley 17.711[40], que introdujo una reforma muy importante al Código Civil. Desde entonces la sentencia de incapacidad presuponía la existencia de una enfermedad mental que ocasionara falta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Declarada la incapacidad se nombraba un curador que lo representaba en sus asuntos patrimoniales y extrapatrimoniales[41]. Se introdujo como novedad la figura del inhabilitado que necesitaba ineludiblemente la conformidad de su curador para disponer de sus bienes; aunque en lugar de representarlo, éste lo asistía para el acto de que se trate.

La ley 26.657 de Salud Mental (2010) exigió que las declaraciones judiciales de inhabilitación e incapacidad se fundaran en un examen de facultativos conformado

39 Una vez que el sistema judicial establecía la existencia de enfermedad mental, que dicha enfermedad habitual o permanente le impide día gobernar su persona o sus bienes, el individuo con discapacidad mental, física o psicosocial era declarado insano en los términos del art. 141 del Código Civil. (Abundar en Espósito, C.: "Determinación de la capacidad jurídica", cit.).

40 BO. del 26/04/1968.

41 Pagano, L.: "El rol de los curadores, los apoyos y otros profesionales de la salud en los procesos de restricción a la capacidad", *RDF* 77, 09/11/2016, 113 Cita Online: AP/DOC/1033/2016.

por evaluaciones interdisciplinarias y con especificación de las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal fuera la menor posible. Sin embargo, no logró despegarse de la figura del curador y su función primordial de representación.

2. Sistema de apoyos.

A la luz del modelo social de la discapacidad y el reconocimiento de la dignidad y centralidad de la persona humana, el Código Civil y Comercial promueve el ejercicio de los derechos por la propia persona, con los correspondientes apoyos[42], quienes deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Está centrado más en las capacidades que en las limitaciones; aunque no desatiende ni desprotege los casos excepcionales de incapacidad.

La relatora especial de derechos de las personas con discapacidad explica que: "... Apoyo es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar en la sociedad. El apoyo es una práctica, profundamente arraigada en todas las culturas y comunidades, que constituye la base de todas nuestras redes sociales. Todas las personas necesitan apoyo de otras en algún momento, o incluso a lo largo de toda su vida, para participar en la sociedad y vivir con dignidad. Ser receptores de apoyo y prestar apoyo a otras personas son dos funciones que todos compartimos como parte de nuestra experiencia humana, independientemente de la deficiencia, la edad o la condición social..."[43].

Por eso los apoyos son la piedra angular del modelo y consisten en cualquier medida que facilite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general, siendo básicamente su función de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos (art. 43, Cód. Civ. y Com.).

De modo que, luego de determinar la extensión y alcance de la restricción, en la sentencia se indican las funciones y actos para los cuales la persona va a requerir de apoyo, siempre bajo la premisa de intentar acotar, en la menor medida posible, la autonomía personal. Deben establecerse, además, las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a restricción con mención de los intervinientes, la modalidad de su actuación (art. 38, Cód. Civ. y Com.).

42 Uubina, P: "Los sistemas de apoyo como facilitadores del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, *RCCyC* 2018 (julio), 13/07/2018, 44, Online: AR/DOC/1210/2018.

43 Devandas Aguilar, C.: Relatoría especial. Derechos de las Personas con Discapacidad del Consejo de Derechos Humanos, del 24/03/2017, A/HRC/34/58.

Los apoyos pueden ser extrajudiciales o judiciales, dispositivos técnicos, ayudas para la movilidad, todo tipo de dispositivos y herramientas técnicas, la asistencia humana individual o grupal, animal, etc. Pueden incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad (por ejemplo, información en formato accesible). La intensidad con la que se fijen depende de la persona, sus relaciones interpersonales, familiares, sociales, el ámbito cultural de donde proviene, su historicidad, educación, vivienda, barrial, condición socio económica, origen étnico, etc.[44].

En virtud de su protagonismo dentro del proceso que resuelve sobre cuestiones tan relevantes para su vida (art. 707 Cód. Civ. y Com.), es al sujeto protegido a quien corresponde proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten dicho apoyo. Incluso puede oponerse, tanto a su designación como a la persona elegida para tal cometido. La jurisprudencia registra un un caso en el que el causante se opuso a la designación de curador, la Cámara Nacional Civil Sala G dijo que "la persona cuya capacidad está siendo juzgada – quien resulta, indudablemente, protagonista del proceso- debe gozar del derecho a ejercer en él las garantías propias del debido proceso legal: comparecer, acceder a la justicia, proponer defensas y pruebas, participar en verdadero carácter de parte". El fallo revocó la designación efectuada por no advertir necesidad de otro resguardo a la persona o su patrimonio[45].

La regla es que el apoyo no sustituye a la persona, salvo situaciones excepcionales, jurídica y fácticamente justificadas. En estos casos puede cumplir una función dual. Para algunas circunstancias actuar como asistente de las decisiones de la persona, y para otras, como representante (llamado también apoyo intenso). Uno y otro tipo de apoyo (sin y con representación) pueden coexistir; de hecho, es lo que sucede en numerosas sentencias dictadas en procesos de restricción de capacidad[46].

3. Caso excepcional del curador.

Aún dentro del paradigma en el que nos situamos, no es posible desconocer que hay personas con discapacidad mental, intelectual o psicosocial, que no se encuentran en condiciones de decidir sobre prácticamente ninguna de las cuestiones relativas a su vida y sus intereses. Ni siquiera con el auxilio de los apoyos.

44 Espósito, C.: "Determinación de la capacidad jurídica". cit. Ampliar en Pagano, L.: "El rol de los curadores" cit.

45 CNCiv. Sala G, 15/08/19, a"A. M./DETERMINACION DE LA CAPACIDAD" Juzg. n° 77 Sala G Expte. n° 77866/2016/CA5 https://www.cij.gov.ar/sentencias.html (consulta 02/03/2022).

46 Ampliar en Pagano, L.: "El rol de los curadores", cit.

En estos supuestos excepcionales el Código Civil y Comercial autoriza la declaración de incapacidad junto con el consiguiente nombramiento de un curador, pues la protección que requiere la situación concreta resulta más compatible con un sistema de representación que de asistencia.

El o los curadores designados tienen la función principal de cuidar a la persona y sus bienes y tratar que recupere su salud, a cuyo fin se destinan preferentemente las rentas de los bienes de la persona protegida (art. 138). También ejerce la tutela de los hijos menores de la persona declarada incapaz, aunque también el juez puede otorgar la guarda del hijo o hija menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en cuestiones patrimoniales (art. 140, Cód. Civ. y Com.).

V. REVISIÓN DE LA SENTENCIA QUE DECIDE LA CAPACIDAD DE LA PERSONA.

En virtud del principio de capacidad de ejercicio, y del carácter acotado, situado, proporcionado y concreto de las restricciones, la resolución que así las disponga debe someterse a un control periódico a fin de reflejar la realidad actual de la persona humana.

Ello reconoce el carácter dinámico tanto del estado de salud como del contexto social en el que se desenvuelve la persona. Estas variaciones se someten al control del Estado quien tiene la labor de asegurar la revisión periódica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40 Cód. Civ. y Com.[47]. Siempre con miras el interés superior de la persona afectada, que se integra por el respeto de su autonomía progresiva, de su libertad, de su dignidad y de su independencia para la toma de decisiones que atañen a su vida y a sus bienes. En esta línea, a los fines de proteger esos derechos, se generan salvaguardas, entre las que se incluye la revisión y actualización de las resoluciones judiciales.

Esta garantía no es absolutamente nueva en el Código Civil y Comercial. Justo es reconocer que ya se encontraba prevista en la Ley 26.657 (art. 152 ter.) que disponía que la declaración judicial de incapacidad debía fundarse en un examen interdisciplinario, que no podía extenderse por más de tres años y que solo podía afectar la autonomía de la persona en el menor grado posible. Esto implicaba que dentro del período de tres años de declarada la incapacidad por sentencia judicial de una persona, la resolución debía ser revisada.

La nueva norma estipula mayores precisiones:

47 Bergandi, A.: "Revisión de la sentencia judicial que declara la incapacidad o restricción de la capacidad de ejercicio de una persona humana", *RCCyC* 2021 (febrero), 15/02/2021, 5, AR/DOC/4064/2020.

"La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el art. 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que esta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido".

VI. PROTECCIÓN SUCESORIA. LA MEJORA DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD.

Por último, me interesa señalar una de las modificaciones más relevantes del Código Civil y Comercial argentino en materia de derechos sucesorios, orientada específicamente a la protección de las personas con discapacidad. Me refiero a la posible mejora en su porción sucesoria.

La regla es que las personas con discapacidad pueden ser herederas en igualdad de condiciones que el resto. Sin embargo, el art. 2448 del Cód. Civ. y Com conlleva una extensión excepcional del instituto de la mejora en beneficio del heredero o heredera con discapacidad:

"Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

Entonces el descendiente o ascendiente (no así el cónyuge) por la vía del testamento, podrá gozar de una mejora de su porción a expensas de las demás concurrentes al llamamiento. Comprende hasta un tercio de lo que correspondería a los herederos de las demás porciones (además de la porción disponible). Se erige como una especie de medida de redistribución de bienes entre ellos en función de quienes más lo necesitan por causa de su discapacidad[48]. Y comprende la posibilidad de aplicarla a un fideicomiso.

El fideicomiso testamentario se constituye cuando una persona (fiduciante o testador) transmite por testamento la propiedad fiduciaria de toda la herencia,

48 Seda, J.: "Derechos sucesorios de las personas con discapacidad", *RCCyC* 2021 (febrero), 15/02/2021, 56 Cita: TR LALEY AR/DOC/4051/2020.

una parte de ella o de bienes determinados, a otro que se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el testamento, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al destinatario final[49]. Así las cosas, mientras el fideicomiso de fuente contractual tiene por objeto bienes determinados, el testamentario también puede recaer sobre una herencia o parte alícuota de ella.

Son sujetos del fideicomiso testamentario: (a) el fiduciante, quien dispone (a través de un testamento otorgado con las formas previstas por la ley) que determinados bienes, toda la herencia o una parte indivisa de ella sean afectados a un fideicomiso, (b) el fiduciario, aquella persona (humana o jurídica) a quien se le transmiten los bienes con el fin de que los explote cumpliendo con las obligaciones que le impone la ley y las disposiciones del testador, (c) el beneficiario, que percibe los frutos y rentas del fideicomiso, en el caso, el o la heredera con discapacidad, (d) el fideicomisario o destinatario final, que es la persona a quién se transmite la propiedad de los bienes, de la herencia o de una parte de ella al concluir el fideicomiso (art. 1672 CCyC). Para su puesta en funcionamiento debe abrirse la sucesión testamentaria y el juez emplazar al fiduciario a aceptar su designación, tanto si recibe la herencia, parte alícuota como un bien determinado.

La doctrina nacional destaca la utilidad del fideicomiso testamentario como herramienta para la protección del patrimonio familiar y para el sostén de la familia, en especial cuando hay herederos incapaces o con discapacidad[50] a quienes no es suficiente darles la porción mayor que permite el art. 2448, si no se les asegura una gestión eficaz de los activos, o el acceso a ciertas prestaciones concretas (sean habitacionales, alimentarias, cuidados, terapias, etcétera)[51].

VII. CONCLUSIONES PROVISORIAS.

El régimen de protección de las personas con discapacidad vigente en el ordenamiento jurídico argentino resulta acorde con el bloque de constitucionalidad que sostiene todo el sistema de derecho privado, y, en general, superador.

Sin embargo, hay que admitir el acierto de las Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca del año 2015, pues su eficacia requiere todavía de un profundo cambio cultural que incluye no solo la

49 Pérez Lasala, J: *Tratado de Sucesiones. Rubinzal Culzoni*, Buenos Aires, 2014, TII, p. 648.

50 Kiper C. y Kiper D.: "Fideicomiso", en Kiper. C. (dir.): *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la nación*, Rubinzal, Santa Fe, 2015, T II. p. 593.

51 Piccolo, V., "Fideicomiso testamentario", *Revista Académica Discapacidad y Derechos*, núm. 9, junio, 2020, 01-06-2020, IJ-CMXVII-18.

difusión de la legislación, sino muy especialmente la formación y capacitación de efectores jurídicos[52].

Es que la igualdad proclamada en los textos dista todavía mucho de su concreción en la realidad y la dinámica de la vida moderna no siempre ha logrado dar una respuesta satisfactoria a la discriminación y maltrato que padecen muchas personas con discapacidad. De allí el enorme protagonismo de los operadores jurídicos, abogados, abogadas y jueces a quienes, cada vez más, se impone el deber de asegurar la tutela jurídica de estas vulnerabilidades. Más aún cuando son interseccionales, y combinan discapacidad con pobreza, niñez, género, o condición de migrante. Aunque justo es reconocer que, en estos casos difíciles, no todo el peso ha de recaer sobre el sistema judicial. La responsabilidad asumida solo será efectiva cuando las respuestas involucren y comprometan a los integrantes de todos los poderes del Estado argentino.

52 Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pub. SJA 16/12/2015, 16/12/2015, 144, Cita: TR LALEY AR/DOC/5611/2015. Para la obligación de capacitación ver Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (punto 66) (*Cfr.* Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General - Consejo de Derechos Humanos 37 período de sesiones¿26 de febrero a 23 de marzo de 2018 Temas 2 y 3 de la agenda - A/HRC/37/25 - Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.) y la Observación General N 6 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad (Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad y derecho de las personas con discapacidad a acceder a la justicia) punto 55 inc. e) (*Cfr.* Observación General N 6 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad (Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad y derecho de las personas con discapacidad a acceder a la justicia) CRPD/G/GC/6.).

BIBLIOGRÁFÍA

ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

BELLOTI SAN MARTÍN, L.: "Restricciones enérgicas a la capacidad civil: la innovación, *DFyP* 2019 (febrero), 01/02/2019, 235 AR/DOC/2159/2018.

BERGANDI, A.: "Revisión de la sentencia judicial que declara la incapacidad o restricción de la capacidad de ejercicio de una persona humana", *RCCyC* 2021 (febrero), 15/02/2021, 5, AR/DOC/4064/2020.

CALERI, M.: "El Código Civil y Comercial en materia de capacidad jurídica: el desafío de reinterpretar sus normas en clave convencional para no restringir la capacidad y resignificar las prácticas y barreras que incapacitan", *RDF* 2016-VI, 07/12/2016, 116, TR LALEY AR/DOC/4913/2016.

CAMPS, C.: "La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil", *RCCyC* 2016 (marzo), 07/03/2016, 3 - DJ22/06/2016, 1 AR/DOC/535/2016.

DEVANDAS AGUILAR, C.: "Relatoría especial. Derechos de las Personas con Discapacidad del Consejo de Derechos Humanos", del 24/03/2017, A/HRC/34/58.

ESPÓSITO, C.: "Determinación de la capacidad jurídica. Persona con discapacidad como sujeto de derecho, voluntad, sistema de apoyos para la toma de decisiones" Publicado en: LA LEY 09/09/2021, 09/09/2021, 4 TR LALEY AR/DOC/2573/2021.

FERNÁNDEZ, S.: "Capacidad jurídica y procesos. O cómo *dar forma* al derecho de las personas con discapacidad", SJA 01/02/2017, 01/02/2017, 95 - AP/DOC/1282/2016.

FERNÁNDEZ, S.: "Comentario artículo 24 Cód. Civ. y Com." en PICASSO, S., HERRERA, M., CARAMELO, G. (dir.): *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*", Infojus, 2015, Infojus, CABA, 2015, p. 69.

GHERSI, C.: "Sistemática de la capacidad en el Código Civil y Comercial" LA LEY 14/09/2017, 14/09/2017, 1 - LA LEY2017-E, 846 - *DFyP* 2017 (octubre), 17/10/2017, 253 TR LALEY AR/DOC/2442/2017.

HIGHTON, E.: "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial", *Diario La Ley* 13/04/2015, 1, La Ley 2015-B, 901.

Kemelmajer De Carlucci, A.: "El principio de igualdad y el derecho comunitario". Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997

Kiper C. y Kiper D.: "Fideicomiso", en Kiper. C. (dir.): *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la nación*, Rubinzal, Santa Fe, 2015, T II.

Kraut, A. y Palacios, A.: "Comentario art 31", en Lorenzetti, R. (dir.): "*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe", 2014, T 1.

Mizrahi, M.: "El interés superior del niño y su participación procesal", en Krasnow, A. (dir.): *Tratado de Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, t. I, 2015.

Olmo, J.P.: "Persona humana. Capacidad jurídica", *DFyP* 2016 (abril), 04/04/2016, 171 TR LALEY AR/DOC/4538/2015.

Pagano, L.: "El rol de los curadores, los apoyos y otros profesionales de la salud en los procesos de restricción a la capacidad", *RDF* 77, 09/11/2016, 113 Cita Online: AP/DOC/1033/2016.

Palacios, A y Bariffi, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Grupo Editorial Cinca SA, Madrid, 2007.

Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Caja, Madrid, 2008.

Pérez Lasala, J: *Tratado de Sucesiones. Rubinzal Culzoni*, Buenos Aires, 2014, TII p. 648.

Pérez Luño, A: "Dimensiones de la igualdad", *Cuadernos Bartolomé de las Casas* núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005.

Piccolo, V.: "Fideicomiso testamentario", *Revista Académica Discapacidad y Derechos*, núm. 9, Junio, 2020, 01-06-2020, IJ-CMXVII-18.

Quirno, D.: "El proceso de determinación de la capacidad de ejercicio, SJA 26/02/2020, 26/02/2020, 3, Cita Online: AR/DOC/3856/2019.

Saux, E.: "Valías y perfectibilidades del régimen de regulación de la capacidad de ejercicio en el Código Civil y Comercial de la Nación", RC D 421/2015.

SEDA, J.: "Derechos sucesorios de las personas con discapacidad", *RCCyC* 2021 (febrero), 15/02/2021, 56 TR LALEY AR/DOC/4051/2020.

TOBÍAS, J.: "Capacidad jurídica y capacidad de obrar", LA LEY 19/04/2007, 19/04/2007, 1 - LA LEY2007-C, 681 - RCyS2017-VI, 199 TR LALEY AR/DOC/1532/2007.

UBINA, P: "Los sistemas de apoyo como facilitadores del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *RCCyC* 2018 (julio), 13/07/2018, 44, Online: AR/DOC/1210/2018.

THE PROTECTION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN AUSTRIA

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN AUSTRIA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 196-229

Michael
GANNER
and Caroline
VOITHOFER

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: En este documento se presenta una visión general seleccionada de la normativa legal relativa a las personas con discapacidad en Austria. Se hace hincapié en la Ley austriaca de protección de los adultos de 2018 que ha sustituido la anterior normativa sobre la tutela legal. Además, con respecto a la supuesta importancia de la normativa para las personas con discapacidad, destacamos el marco legal de los tratamientos médicos, las privaciones de libertad y los tratamientos médicos forzados, ciertos campos dentro del derecho de familia, el trabajo y el empleo, la educación y, por último, pero no menos importante, el derecho de voto.

PALABRAS CLAVE: CDPD, tutela, curador, protección de adultos, discapacidades, Austria, compensación, empírica, tratamientos médicos, privación de libertad, tratamiento médico forzoso, esterilización, capacidad jurídica, capacidad procesal, matrimonio, adopción, reproducción artificial, trabajo, educación, voto.

ABSTRACT: *Within this paper a selected overview on the legal regulations concerning persons with disabilities in Austria is presented. A focus is put on the Austrian Adult Protection Law 2018 which has replaced the previous regulations on legal guardianship. Furthermore, with respect to the assumed importance of the regulations for persons with disabilities, we highlight the legal framework of medical treatments, the deprivations of liberty and forced medical treatments, certain fields within family law, work and employment, education and last but not least the right to vote.*

KEY WORDS: *CRPD, guardianship, guardian, adult protection, disabilities, Austria, clearing, empirical, medical treatments, deprivation of liberty, forced medical treatment, sterilisation, legal capacity, procedural capacity, marriage, adoption, artificial reproduction, work, education, voting.*

SUMARIO.- I. GENERAL INTRODUCTION.- II. THE AUSTRIAN ADULT PROTECTION LAW 2018.- 1. Introduction.- 2. The significance of the CRPD for the reform.- 3. Legal Capacity and Procedural Capacity.- 4. The Reform Process itself.- 5. Pillars of representation.- A) General aspects.- B) Enduring Power of Attorney (Vorsorgevollmacht).- C) Elective Representation (Gewählte Erwachsenenvertretung).- D) Statutory Representation (Gesetzliche Erwachsenenvertretung).- E) Court-appointed Representation (Gerichtliche Erwachsenenvertretung).- 6. Clearing.- 7. Adult Protection Associations.- 8. Empirical experience with the Adult Protection Law since 2018.- III. SPOTLIGHTS ON FURTHER IMPORTANT FIELDS.- 1. Medical treatments.- 2. Deprivation of Liberty and forced medical treatment.- 3. Marriage, Adoption, Artificial Reproduction, PGD.- 4. Work and Employment.- 5. Education.- 6. Right to vote.- IV. OUTLOOK.

I. GENERAL INTRODUCTION.

The protection of people with mental disabilities[1] who are not able to take care of their own matters without a high risk of exploitation has been an important principle of the Austrian legal system for a long time.[2] Their protection traditionally weighs heavier than the interests of others, e.g. other contracting parties. If someone contracts (e.g. by ordering a product online) although he or she lacks decision-making capacity, he or she is not bound by the contract. The contacting partner may demand the return of the exchanged transfers but he/she is bearing the risk of a reduction of worth or even the complete loss of the transfer. Hence, the decision-making capacity draws the line between the accepted and protected individual autonomy and the granted protection of persons considered vulnerable.

The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities dated 13/12/2006 (CRPD) and the associated Optional Protocol were both ratified by Austria in 2008 without any reservations or interpretative declarations[3], but under the condition of transforming the rights of the Convention into national Austrian law for becoming applicable (Erfüllungsvorbehalt).[4] Hence, without this

1 People with physical disabilities are not subject to guardianship, but they can choose an attorney to substitute their decisions like everyone else.

2 The central norm is § 21 ABGB (General Austrian Civil Code; *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) which already determined the protection of minors and mentally disabled people in this way in 1812, when the ABGB came into effect; see Ganner, M.: *Selbstbestimmung im Alter*, Springer Verlag, Vienna, 2005, pp. 80 ff.

3 Other countries like France, Norway, Australia and Canada declared explicitly that they will not abstain from substituted decision making instruments; https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en (11.12.2014).

4 See Ganner, M., Barth, P.: "Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht", *BtPrax,* 2010, No. 5, pp. 204 f.

• Michael Ganner
Prof. of Civil Law and Fundaments of Law, Department of Civil Law, University of Innsbruck/Austria, michael.ganner@uibk.ac.at.

• Caroline Voithofer
Post-Doc at Michael Ganners Chair, Department of Civil Law, University of Innsbruck/Austria, caroline.voithofer@uibk.ac.at.

transformation there is no direct application of the CRPD within Austria and individuals may not directly ground their claims on the CRPD. Nevertheless, the CRPD is of impact on the national legal system as national norms should be interpreted in coherence with international law.[5] Furthermore, the Austrian governments were keen to implement the obligations under die CRPD within the last years. E.g. the creation of national monitoring mechanisms was triggered by the CRPD: The Federal Ministry of Labour, Social Affairs and Consumer Protection (BMASK, Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz) has been and still is the driving force in the area of disability politics in Austria. Shortly after Austria became a member state of the CRPD, the BMASK was designated to serve as the coordination mechanism and the focal point within the government under Art 33 (1) CRPD. The Federal Disability Advisory Board set up a nation-wide Monitoring Committee with the task of monitoring the implementation of the convention on the national level (Art 33 (1) CRPD). And as Austria is composed of nine federal states (Länder), which have their own executive and legislative bodies as well as their own administrations, the monitoring of nation-wide measures would leave big gaps in the monitoring of the CRPD. Hence, by early 2015 all federal states established own monitoring mechanisms for matters within the federal states' competencies as required by Art 33 (2) CRPD.[6]

One of the most important reforms within the Austrian Civil law that was triggered by the CPRD was the reforming process of the Austrian guardianship law. As Article 12 CRPD requires primarily supported decision-making instruments instead of substitute decision making, the Austrian regulations were profoundly re-evaluated, reformed and renamed into "Adult Protection Law". As these regulations are of immense importance within the Austrian Civil Law, we will focus on them within this paper. With regard to practical relevance, we will also address the legal framework for medical treatments (III.1.), the deprivation of liberty and forced treatments (III.2.), certain aspects of family law (marriage, adoption, artificial reproduction and PGD; III.3.); work and employment (III.4.); education (III.5.) and the right to vote (III.6.).

II. THE AUSTRIAN ADULT PROTECTION LAW 2018.

1. Introduction.

The Austrian adult protection law has long sought to strike a balance between preserving the autonomy of the persons concerned and the protection from legal

5 Voithofer, C.: "Privatrechtsangleichung durch internationale Menschenrechtsübereinkommen", in AA.VV.: *Europäische und internationale Dimensionen des Privatrechts. Festschrift für Andreas Schwartze* (coord. by S. Laimer, C. Kronthaler, B.A. Koch), Jan Sramek Verlag, Wien, 2021, p. 86.

6 Lamplmayr, A., Nachtschatt E.: *Observing Legislative Processes: Implementation of the CRPD*, innsbruck university press, Innsbruck, 2016, p.53.

exploitation and abuse. But it has repeatedly failed to do so in the details because it involves sensitive individual decisions and a systematic approach cannot do full justice to this. The Austrian Civil Code (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB) of 1811 placed "incapacitated" persons on an equal footing with minor children.[7] This was not changed by the incapacitation order of 1916, even though a social change in the conception and perception of the human took place with the declaration of human rights by the United Nations and the subsequent development of an individual awareness of fundamental rights as well as the pan-European psychiatric reforms in the 1970s. It was not until the guardianship law of 1984 that a more flexible system of care and protection was created that was tailored to the individual needs of affected persons. This human rights-based model, oriented to the affected person and his or her needs, was quite unique in international comparison and in this respect also served as a model for the German guardianship law which was introduced in 1992.

However, the Austrian guardianship law of 1984 largely maintained the childlike position of adult persons with a guardian. An almost complete separation of the law of parent and child from the law of guardianship was only achieved in 2006. The asset management is still governed by almost the same legal provisions for children and adults with a guardian (§§ 215 cont. ABGB).

The guardianship law of 1984 was revised at the beginning of the 2000s and underwent a far-reaching reform and expansion with the 2006 Amendment Act (Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006[8]) which in many respects anticipated the requirements of the CRPD. The CRPD was signed at about the same time but not ratified until later (2008) and was thus included in the expert discussion much later. In 2006, for example, provisions on health care proxies and representation by family members were included in the law for the first time, and the autonomy of persons concerned was strengthened by a comprehensive duty on the part of the guardian to determine their wishes.[9]

However, full compliance with the requirements of the CRPD was still not achieved, so that the creation of a new adult protection law was both necessary and reasonable. In particular, the automatic restriction of "capacity to act" (Handlungsfähigkeit) for people with a guardian, the required consent of the guardian in the case of marriage and the lack of instruments to protect against

7 Persons were declared "delusional and stupid"; see Ganner, M.: "Entwicklung und Status quo des Sachwalterrechts und seiner Alternativen in Österreich", in AA.VV.: *Festschrift 200 Jahre ABGB* (coord. by C. Fischer-Czermak, G. Hopf, G. Kathrein, M. Schauer), Manz Verlag, Vienna, 2011, p. 359.

8 BGBl. I Nr. 92/2006.

9 Ganner, M.: "Europäische Entwicklungen im Erwachsenenschutz", in AA.VV.: *Sozialwissenschaftliche Aufklärung der Rechtspolitik und –praxis als Berufung. Festschrift für Arno Pilgram zum 75. Geburtstag* (coord. by V. Hofinger, H. Mayrhofer, C. Pelikan, W. Fuchs, W. Hammerschick, R. Walter), LIT Verlag, Wien, 2021, p. 211.

abuse, as well as the only rudimentary supported decision-making rooted in the law, required a new reform, which was completed with the entry into force of the 2nd Adult Protection Act (2. Erwachsenenschutzgesetz[10]) on July 1, 2018.

2. The significance of the CRPD for the reform.

The reform of the Austrian guardianship law by the 2nd Adult Protection Act was preceded by the fundamental criticism by the UN Committee according to Art 34 CRPD in its Concluding Observations of 30.9.2013 in the context of the first state report procedure of Austria according to Art 35 f CRPD.[11] The Committee doubted that the Austrian legal situation was compatible with Article 12 CRPD and criticized that in 2012, 55.000 people in Austria were under guardianship and half of the guardians were entrusted with the competence for all matters.[12] E.g. Article 12 (5) CRPD states: "Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property."

The Committee recommended Austria to replace representative decisions with supported decision-making mechanisms[13] that are accessible to the persons concerned, so that the autonomy of the person concerned is taken into account in all areas of law.[14]

Although the Committee's recommendations are not binding as soft law under international law, they cannot be completely ignored by the contracting states,

10 BGBl. I Nr. 59/2017.

11 CRPD/C/AUT/CO/1.

12 CRPD/C/AUT/CO/1 n. 27.

13 See Buchner, *T.*: "Das soziale Modell von Behinderung. *Supported Decision-Making* und Sachwalterschaft: ein Spannungsfeld?", *iFamZ*, 2011, No. 5, pp. 266-268; Mayrhofer, *H.*: "Modelle unterstützter Entscheidungsfindung. Beispiele guter Praxis aus Kanada und Schweden", IRKS Working Paper No. 16, IRKS, Vienna, 2013; Ganner, *M.*: "Modelle unterstützter Entscheidungsfindung. Vom Verhaltenskodex bis zu zum Representation Agreement", *iFamZ*, 2014, No. 2, pp. 67-71; Mayrhofer, *H.*: "Begriffsbestimmungen und entscheidende Fragen an eine gute Praxis unterstützter Entscheidungsfindung. Anregungen für die Implementierung dieses Unterstützungsmodells", *iFamZ*, 2014, No. 2, pp. 64-67; Barth, P., Ganner, *M.*: „I. Allgemeiner Teil", in AA.VV.: *Handbuch des Erwachsenenschutzrechts*[3] (coord. by. P. Barth, M. Ganner), Linde Verlag, Vienna, 2018, pp. 11-215 (19 f); Ganner, *M.*: *Grundzüge des Alten- und Behindertenrechts*[3], Jan Sramek Verlag, Vienna, 2020, pp. 118 ff.

14 "The Committee recommends that supported decision-making structures respect the person's autonomy, will and preferences, and be in full conformity with article 12 of the Convention, including with respect to the individual's right, in his or her own capacity, to give and withdraw informed consent for medical treatment, to access justice, to vote, to marry, to work and to choose his or her place of residence. […]." CRPD/C/AUT/CO/1 n. 28.

since they have a "duty to take account of or deal with them" under international law.[15]

Already during Austria's ongoing first State Report procedure, the Ministry of Social Affairs commissioned an expert report "on Austria's obligations arising from the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", which was completed in February 2014 – i.e. after the Committee had issued its Concluding Observations.

However, the specific need for adaptation of Austrian guardianship law in order to achieve conformity with the provisions of the CRPD has already been discussed in the literature. Barth/Ganner,[16] Buchner,[17] Ganner,[18] R. Müller[19] and Schauer,[20] for example, pointed out the need for reform of Austrian guardianship law. Buchner, for example, identified the need for a change from the "model of legal representation [... to the] model of legal support" already in 2009.[21]

At the core of the criticism were restrictions on the exercise of self-determination by persons with cognitive impairments, even though the reform of 2006 already aimed to increase the autonomy of persons with impaired decision-making abilities.[22] In the search for causes, the criticism was and is usually accompanied by the indication that it is not so much the legal norms themselves, but rather the lived practice that hinders the realisation of all human right for persons with disabilities.[23] On the level of the CRPD, Article 8 deserves

15 Faculty of Law of the University of Innsbruck, expert opinion n. 55 (2014); https://broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=278.

16 Cf. Ganner, M., Barth, P.: "Die Auswirkungen", cit., pp. 204-208.

17 Buchner, *T.*: "*Meine Wünsche sollen ernst genommen werden!* Sachwalterschaft und Selbstbestimmung im Spiegel der Wahrnehmung von Klientinnen mit intellektueller Behinderung", *iFamZ*, 2009, No. 2, pp. 120-123 (122 f).

18 Cf. Ganner M.: "Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht – Teil 1", *BtPrax*, 2013, No. 5, pp. 171 ff.

19 Müller, *R.*: "Entwicklungsbedarf des Sachwalterrechts aufgrund der UN Behindertenrechtskonvention. Gesetzeskonforme Ausgestaltung der Sachwalterschaftspraxis als größte Herausforderung", *iFamZ*, 2013, No. 5, pp. 241-245.

20 Cf. Schauer, *M.*: "Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht. Auswirkungen und punktueller Anpassungsbedarf", *iFamZ,* 2011, No. 5, pp. 258-266 (259 ff).

21 Buchner, *M.*: "*Meine Wünsche*", cit., p. 122.

22 RV 1461 BlgNR 25. GP 1, 5. See also, for example, on the goal of increasing the autonomy of persons affected since the introduction of the law on guardianship Buchner, T.: "*Meine Wünsche*", cit., pp. 120 f; Ganner, *M.*: "Der Einfluss der Behindertenrechtskonvention unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung von Menschen mit Behinderung am Reformprozess", in AA.VV.: *Erwachsenenschutz statt Sachwalterschaft. Schritte zum selbstbestimmten Leben* (coord. by G. Brinek), Edition Ausblick, Vienna, 2017, pp. 119-130 (120 f); Müller, *R.*: "Unterstützung statt Stellvertretung: Was sichert wirklich Selbstbestimmung?", in AA.VV.: *Erwachsenenschutz statt Sachwalterschaft. Schritte zum selbstbestimmten Leben* (coord. by G. Brinek), Edition Ausblick, Vienna, 2017, pp. 25-43 (26-28). In accordance with the goal of autonomy, the Austrian reform in 2006 anchored the obligation to determine wishes and the obligation to provide information in Section 281 (2) of the General Civil Code (§ 281 Abs 2 ABGB).

23 Buchner T.: "*Meine Wünsche*", cit., pp. 121 ff; Ganner, M.: "Stand und Perspektiven", cit., p. 171; Müller, *R.*: "Entwicklungsbedarf des Sachwalterrechts", cit., pp. 241 ff; Parapatits, F.: "*Das Konsenspapier Bankgeschäfte*

special mentioning. Article 8 CRPD demands States Parties to take immediate, effective and appropriate awareness-raising measures. The reference in the Concluding Observations of the Committee, according to which Austria was also recommended to carry out trainings with all relevant actors in practice, so that the contents of Article 12 of the CRPD actually arrive in practice, is to be understood in this direction.[24]

The criticism of the Committee in the context of the first State Report as well as the result of the expert opinion could therefore not come as a complete surprise to Austria, although at the time of ratification Austria obviously assumed that ratification of the CRPD would not require any major legal changes.[25]

3. Legal Capacity and Procedural Capacity.

The recommendations of the UN-Committee on the revisions of the legal capacity were taken seriously by the Austrian government.[26] Now every person, irrespective of his/her individual capabilities, under special circumstances even the not yet born Nasciturus, has legal capacity ("Rechtsfähigkeit"). If legal capacity does not only include rights, but also duties, its extent is limited by law. That is the case with the contracting capacity ("Geschäftsfähigkeit") or the capacity to decide in general ("Entscheidungsfähigkeit") and specifically on marriage ("Ehefähigkeit") or to set up the last will ("Testierfähigkeit") etc. As far as children are concerned, legal presumptions determine the limitation of their capacity. For adults (at least 18 years of age) all these capacities are presumed,[27] some already before 18.[28] In general the current mental capacity determines the special decision-making abilities. Hence there is a difference between legal and mental capacity.

Legal capacity with the meaning of the power provided by the law to decide on legal acts ("Handlungsfähigkeit") requires, depending on the legal act, a certain mental capacity of the individual. Mental capacity in this context is understood as the degree of understanding and memory the law requires to uphold the validity of or to hold someone responsible for a particular act or transaction.

und Erwachsenenschutz. Ein Handlungsleitfaden zur Reform", *iFamZ*, 2018, No. 2, pp. 81-90 (81); Ganner, M.: Grundzüge des Alten- und Behindertenrechts, edition Jan Sramek, Wien, 2020, pp. 17, 118 f, 160; Ganner, M.: "Erfahrungen zum österreichischen Erwachsenenschutzrecht 2018", *RP Reha*, 2021, No. 2, p. 61.

24 CRPD/C/AUT/CO/1 n. 28.

25 See Ganner, M.: "Stand und Perspektiven", cit., pp. 171-175 (171).

26 Ganner, M., Dabove, I.: "Developments in Austrian and Argentine Guardianship Law", in *Liber Amicorum Makoto Arai* (coord. by D. Coester-Waltjen, V. Lipp, D.W.M. Waters), edition Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 318-341. Ganner, M.: "The new Austrian Adult Protection Law of 2018", *Julgar*, 2020, No. 41, pp. 178 f.

27 The burden of proof lies with the party who denies the specific capacity (§ 17 AGCC).

28 From the age of 14 people can decide about medical treatments, but need the consent of a parent, if the treatment may have severe consequences (for more than 24 days; § 173 ABGB). Also children under 14 may have the cognitive abilities, which are required for the decision about medical treatment. All these people, hence also children, who have "*Einsichts- und Urteilsfähigkeit*" can successfully veto any medical treatment.

The criteria of the so called "Entscheidungsfähigkeit" (decision-making-capacity/capacity of discernment) are defined by § 24 (2) ABGB: "A person is capable of making decisions if he/she understands the meaning and consequences of his/her actions in the respective context, can determine his/her will in accordance to this realization and can act accordingly. In case of doubt, this is presumed for adults". The requirements for the decision-making-capacity are therefore: (1) Ability to understand the reason and meaning of the planned legal act (capacity to perceive); (2) Ability to determine the will according to this understanding (capacity to form the will); (3) Ability to behave accordingly (capacity to control behaviour).[29]

If a person lacks this mental capability, he or she is not bound to the decision. In these cases, the reason for the limitation/restriction of the decision-making ability is to protect those people from obligations, which they potentially cannot fulfil, endanger their lifestyle (e.g. property) or are not in their best interest, and secure reasonable legal relations.

Nonetheless, persons of full age do not require any kind of cognitive ability to conclude legal transactions of everyday life if these do not exceed their living conditions (§ 242 (2) ABGB) when they fulfil their contractual obligations, e.g. by paying the purchase price.

In any case, the "contractual capacity" of the cognitive impaired person is limited by the fact that the transaction may not exceed his/her living conditions. It therefore depends on the person's individual income and wealth whether a transaction is legally binding or not. In order to protect the person concerned, the representative may also restrict the assets at free disposal of the represented person.[30]

A major exception of the new concept of legal agency, according to which there should be no automatic restriction of the contracting capacity by the mere fact of the existence of a legal representative, is the entitlement to take legal actions. According to § 1 (2) Austrian Civil Procedure Code (ZPO), a person is not capable to be a party in those proceedings that fall within the sphere of competency of an adult representative or of a person authorised by an Enduring Power of Attorney (see below II.5.B)).[31] This provision contradicts the core principles of the legal guardianship reform as well as the provisions of Article 12 CRPD.[32] A justification

29 Cf. legislative materials: ErlRV 1461 BlgNR 25. GP. p. 9 (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01461/fname_608002.pdf accessed on 04/02/2020)

30 Ganner, M.: "The new Austrian Adult Protection Law of 2018", *Julgar*, 2020, No. 41, pp. 179 f.

31 In the adult protection procedure, however, the persons concerned have special procedural rights. In particular, they may carry out procedural acts irrespective of their procedural capacity; cf. § 116a AußStrG.

32 Different opinion: legislative materials ErlRV 1461 BlgNR 25. GP. 79 (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01461/fname_608002.pdf accessed on 04/02/2020).

does not exist. Why should a limitation of the legal agency be more necessary in procedural law than the limitation of contractual capacities?

In the administrative procedure law, however, there is no comparable restriction of the procedural capacity. Rather, persons with a representative remain procedurally capable in administrative law (e.g. § 24 and § 242 (1) ABGB in conjunction with § 9 General Administrative Law Act = AVG).[33]

4. The Reform Process itself.

With a delay of several years the process of the implementation of the CRPD into national law, particularly concerning legal guardianship, started in 2013. The Ministry of Justice organized regular meetings of all representatives of possible interest groups with a strong emphasis on the involvement of people with disabilities. This also served to fulfill the obligation of Art. 4 (3) of the CRPD: "In the development and implementation of legislation and policies to implement the present Convention, and in other decision-making processes concerning issues relating to persons with disabilities, States Parties shall closely consult with and actively involve persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations."

But Art. 4 (3) CRPD remains under the condition of legal implementation (Erfüllungsvorbehalt; constitutional reservation). There are no other comprehensive and legally binding guidelines on the involvement of persons (with disabilities) in legislative processes. The "Standards of Public Participation" (Standards der Öffentlichkeitsbeteiligung)[34] which were adopted by the Austrian federal government in 2008 are not obligatory and it is only recommended to be applied. The intensive involvement of affected persons in legislative processes is not usual in Austria. The reform of the guardianship law is in that respect exceptional.

"The process of amending the Austrian guardianship system conducted by the Ministry of Justice serves as an example for best-practice in terms of participatory approaches. An interdisciplinary working group including persons with disabilities and DPOs [Disabled People's Organisations] was set up in order to enable participation throughout the whole process. Both participants from civil society and Ministry officials were satisfied with their progress and viewed it as a joint effort to create amendments for the existing regulations."[35]

33 Cf. Parapatits, F., Perner, S.: "Die Neuregelung der Geschäftsfähigkeit im 2. Erwachsenenschutzgesetz", *iFamZ*, 2017, No. 3, p. 165.

34 https://www.oeffentlicherdienst.gv.at/verwaltungsinnovation/oeffentlichkeitsbeteiligung/Standards_der_Oeffentlichkeitsbeteiligung_2008.pdf?8bg93v (15.3.2022).

35 Lamplmayr, A., Nachtschatt, E.: *Observing Legislative,* cit., p.53.

5. Pillars of representation.

A) General aspects.

The Austrian guardianship-system provides four types of "legal" representation:

(1) Enduring Power of Attorney

(2) Elective Representation

(3) Statutory Representation

(4) Court-appointed Representation

Enduring Powers of Attorney, Elective and Statutory representatives can be established with public notaries, lawyers or Adult Protection Associations. Court-appointed Representations are established by the family court.

All forms of adult representation (including the Enduring Power of Attorney) must be registered with the ÖZVV (Central Austrian Representation Register). In the case of registration of an Elective or Statutory Representation, a medical certificate is required, which certifies the loss of the decision-making capacity of the person to be represented.[36] The same applies if, in the case of a preventive Enduring Power of Attorney, the occurrence of the preventive case, therefore the coming into effect of the power of attorney due to the loss of decision-making ability of the person giving the power of attorney is to be registered.

Certain persons are not allowed to act as representatives authorised by an Enduring Power of Attorney or as adult representatives. § 243 ABGB provides three reasons for the exclusion in this regard: (1) if the person him-/herself is in need of protection, that is a person who does not have full decision-making capacity; (2) if a beneficial exercise of representation to the welfare of the adult person is not to be expected, e.g. due to a criminal conviction; (3) if the potential person authorised by an Enduring Power of Attorney or the person's representative is in a dependent relationship or in a comparably close relationship with an institution in which the adult person is staying or is being cared for. This applies in particular to employees of nursing homes, but not to relatives.

Adult representations and Enduring Powers of Attorney are largely exercised by private individuals (relatives or volunteers). They may not take over more than 15 Enduring Powers of Attorney and adult representations (§ 243 (2) ABGB). Only

36 Legislative materials ErlRV 1461 BlgNR 25. GP. p. 95 (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01461/fname_608002.pdf accessed on 04/02/2020).

if such are not available or if special legal matters need to be dealt with, professional representatives (lawyers, public notaries or Adult Protection Associations) are required by law.

For the revocation of an Enduring Power of Attorney, an Elective Representation or for the objection against a Statutory Representation neither the decision-making capacity nor any special form is required. The ability to express oneself on the basis of a "natural" formation of will is sufficient. This also applies to living wills.[37]

B) Enduring Power of Attorney (Vorsorgevollmacht).

Enduring Powers of Attorney must be issued in writing by a public notary, lawyer or an adult protection association. The principal must have full contractual capacity. If the public notary, the lawyer or an employee of the Adult Protection Association has reasonable doubts about the decision-making ability of the principal at the time of the establishment of the Enduring Power of Attorney, she/he must demand the submission of a medical certificate on this subject.[38] The power of representation only comes into force upon registration of the loss of the decision-making capacity of the principal in the Central Austrian Representation Register. The loss of the principal's decision-making capacity must be certified by a medical attest. In two cases the representative needs a court authorisation with an Enduring Power of Attorney. That's the fact for decisions on the permanent transfer of residence abroad and on medical treatments, if they are to be taken against the wishes of the person without decision-making capacity (§§ 258 (4) and 254 (1) ABGB). There is no regular judicial control over the attorney, as it is the case with other forms of adult representation. However, the person granting the Enduring Power of Attorney may revoke it at any time, as may the court.

C) Elective Representation (Gewählte Erwachsenenvertretung).

The Elective Representation was created as a completely new instrument within the Austrian adult protection law 2018. It is essentially an "Enduring Power of Attorney light". In contrast to the Enduring Power of Attorney, which requires full decision-making and contractual capacity for its establishment, a reduced decision-making capacity is sufficient for the Elective Representation. The represented person only needs to be "able to understand the meaning and consequences of a power of attorney in broad terms and to act accordingly".[39]

37 Ganner, M.: "The new Austrian adult protection law of 2018", *Julgar*, 2020, No. 41, p. 175.

38 Cf. Legislative materials ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 40 (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01461/fname_608002.pdf accessed on 11/02/2022).

39 Cf. Supreme Court ruling: OGH 21/05/2015, 1 Ob 91/15m.

The reason for the creation of this instrument is that many people postpone their plans to establish an Enduring Power of Attorney until their decision-making capacity is no longer sufficient. The Elective Representation creates the possibility of choosing a representative even when reduced decision-making capacity is already at place.

The Elective Representation is subject to a higher level of judicial control than the Enduring Power of Attorney, due to the reduced decision-making capacity of the represented person, his or her ability to control the Elected Representative is reduced in comparison to the person authorised by an Enduring Power of Attorney. In contrast to the Enduring Power of Attorney, where full private autonomy prevails, the Elected Representative must be a "close" person. Thus, a personal close relationship is assumed, but not a specific family status.

The Elective Representation can be limited to "co-decisions" in two ways (§ 265 (2) ABGB). Firstly, in such a way that the adult representative can only carry out legally effective representative acts with the consent of the person represented. Moreover, vice versa, in such a way that the person represented can only conduct legally binding decisions with the consent of the representative (§ 265 (2) ABGB).

In practice, a relative, who is also willing to exercise the Elective Representation, accompanies the person concerned to the adult protection association, public notary or lawyer. There, after appropriate consultation, an agreement on the Elective Representation is concluded between the person to be represented and the relative and it is registered in the Central Austrian Representation Register.

D) Statutory Representation (Gesetzliche Erwachsenenvertretung).

The Statutory Representation of adults (§§ 268 to 270 ABGB) is the legal representation by family members.[40] Hence it might be similar to the "guarda de hecho" in Spain. It is based on the legal presumption that, if persons are no longer able to manage their own affairs, they wish to be represented by their closest relatives. However, this presumption of law can be rebutted, in particular by drafting an objection in advance or afterwards against representation by certain close relatives. The Statutory Representative's power of representation can cover all necessary property and health matters. Before the 2018 reform, the scope of the power of representation was limited to minor property matters and simple medical treatments as a risk of abuse was feared.

The group of "next of kin" who may act as Statutory Representatives is the following: parents and grandparents, children and grandchildren of full age, siblings,

40 The power of representation no longer comes into effect ex-lege, i.e. automatically with the loss of decision-making capacity by the person to be represented, but only upon registration in the ÖZVV.

nieces and nephews, spouses or registered partners and a cohabitant, if the latter has lived in the joint household for at least three years, as well as any person designated by the person to be represented in a Representation Directive (§ 268 (2) ABGB).

The Statutory Representation of adults is, like the Court-appointed Representation, limited to three years and ends automatically if it is not renewed before (§ 246 (1) 5 ABGB).

E) Court-appointed Representation (Gerichtliche Erwachsenenvertretung).

Court-appointed Representation of adults (§§ 271 to 276 ABGB) is the ultima ratio and therefore, in terms of subsidiarity, subordinate to all other forms of adult protection (Enduring Power of Attorney, elected and Statutory Representation of adults).[41] The court appoints a person as Court-appointed Representative after the conclusion of a judicial procedure in which the conditions for the appointment of a representative are examined. The powers of the Court-appointed Representative are limited to specific acts of representation. It is not possible to entrust the representative with "all matters" on a blanket basis.[42] The Court-appointed Representation of adults ends automatically after three years, as does the Statutory Representation.

As Court-appointed Representatives professional representatives, i.e. Adult Protection Associations, as well as lawyers and notaries public (including the respective professional candidates) are preferably appointed. For the other forms of representation, relatives and acquaintances are acting on a voluntary basis. Lawyers and notaries (including the respective future professionals) are legally obliged to take over up to five Court-appointed Representations (§ 275 ABGB).

6. Clearing.

"Clearing" refers to the out-of-court clarification of whether the appointment of a Court-appointed Representative is absolutely necessary (ultima-ratio principle) and what alternatives may exist.[43] The primary task is to determine in which matters the person concerned needs support or, if necessary, representation and whether people in the personal environment are available for this purpose.

41 Legislative materials ErlRV 1461 BlgNR 25. GP. p. 43 f (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01461/fname_608002.pdf, accessed on 04/02/2020); of course, this was already the case before the 2nd ErwSchG.

42 The guardianship for "all matters" was by far the most common form (more than 50%), even if the law intended otherwise; legislative materials ErlRV 1461 BlgNR 25. GP. p. 2 (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01461/fname_608002.pdf accessed on 04/02/2020).

43 Detailed Ganner, M.: "Selbstbestimmung 2.0 – Österreichische Revision des Erwachsenenschutzes und Clearing Plus", in AA.VV.: *Selbstbestimmung 2.0 (coord. by D.* Rosch, *L.* Maranta*)*, h.e.p., Bern, 2017, p. 57.

In the clearing procedure (done by social workers), the main focus of assessment is on the psychosocial needs of persons concerned, while in the judicial appointment procedures, the medical criteria (expert opinions) are regularly in the foreground. All relevant circumstances, including those in the social environment of the person concerned, should be ascertained.

The aim of the clearing is to strengthen the autonomy of affected persons and "supported decision-making" in the sense of the CRPD, as well as to reduce the number of Court-appointed Representations. Trials, which have been ongoing since 2006, have shown that alternatives to adult representation can be found in four out of ten cases.[44]

Clearing is now mandatory in all procedures for the appointment and renewal of a Court-appointed Representation. The court must commission the respective adult protection association to do so and must carry out easily accessible surveys (such as land register excerpts, company register queries, pending court proceedings, social security information).[45] In addition, a clearing procedure is also obligatory in the case of a permanent change of residence if the represented person has indicated in the course of the hearing by the court – the permanent change of residence requires prior court approval[46] – that he or she rejects the change of residence.[47]

For the procedure, internal guidelines of the association have to be observed, which require the approval of the supervising Ministry of Justice. Accordingly, the person concerned must be informed from the outset and a consensus with him or her must be sought.

7. Adult Protection Associations.

The Adult Protection Associations are organised as associations under private law, but are mainly financed by the Ministry of Justice. They are not a public authority. There are currently, regionally distributed, four Adult Protection Associations in Austria.[48] Their suitability is determined by decree of the Ministry

44 Fuchs, W., Hammerschick, W.: "Sachwalterschaft und Clearing – Ergebnisse einer empirischen Studie", *iFamZ,* 2014, No. 2, pp. 71 ff; Hammerschick, W., Mayrhofer, H.: "Clearing und Clearing Plus: wirksame Schritte zur Vermeidung von Sachwalterschaft", *iFamZ, 2016, No.2*, p. 96.

45 Legislative materials ErlRV 1461 BlgNR 25. GP. p. 66 (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01461/fname_608002.pdf accessed on 04/02/2020).

46 In the case of an Enduring Power of Attorney, this is only the case if a permanent transfer of residence abroad is planned.

47 See § 257 (3) ABGB in conjunction with § 131 (2) AußStrG und § 4b ErwSchVG.

48 (1) VertretungsNetz - Sachwalterschaft, patient advocacy, residents' representation; (2) Niederösterreichischer Landesverein für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung; (3) Institut für Sozialdienste: ifs Sachwalterschaft; (4) Salzburger Hilfswerk, association for guardianship.

of Justice.[49] Only one association can be responsible for a specific field of activity in a given area.

The 2018 amendment considerably extended the tasks of Adult Protection Associations. They are now supposed to be the 2central hub of legal care, support and representation" for persons of full age (Adult Protection Association Act – ErwSchVG). The former tasks consisted of taking over the role of guardians (Court-appointed Representation), conduct training and advanced training of voluntary adult representatives and, in general, to counsel and represent in the event of restrictions of freedom in psychiatry and in inpatient nursing institutions and institutions for people with disabilities (see III.2.).

The following new tasks were added in 2018:

- the Clearing, i.e. the out-of-court clarification in advance of a possible appointment of a Court-appointed Representative; see below;

- comprehensive free advice in the field of adult protection, in particular advice on the Enduring Power of Attorney, other forms of adult representation and alternatives thereto, as well as advice during an upright representation;

- the establishment of an Enduring Power of Attorney or an agreement on elected representation;[50]

- the registration of Enduring Powers of Attorney, Elected and Statutory Representatives, anticipated Representation Directives, their coming into effect and termination as well as the revocation of an Enduring Power of Attorney or elected representation and an objection against a Statutory Representation in the Central Austrian Representation Register (§ 140 NO = Public Notary Act).

In order to promote autonomous precaution, low cost contributions for the respective measures of the Adult Protection Associations have been set by law.[51]

49 Federal Act on Adult Protection Associations (Erwachsenenschutzvereinsgesetz – ESchuVG); so far "Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz", Austrian Federal Law Gazette: BGBl. Nr. 156/1990 in the version BGBl. I Nr. 92/2006 (cf. https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002937 accessed on 04/02/2020).

50 The obligation to set up an Enduring Power of Attorney, an adult Representation Directive or an Elective Representation exists only in accordance with the possibilities – especially in terms of personnel. Enduring Powers of Attorney may only be issued by employees who are legally qualified; cf. legislative materials ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP. p. 87 (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01461/fname_608002.pdf accessed on 04/02/2020).

51 75 € for the establishment of an Enduring Power of Attorney, 50 € for an adult Representation Directive, 50 € for the registration of a Statutory Representation, 25 € for a home visit in this context; § 4e Erwachsenenschutzvereinsgesetz (ErwSchVG).

8. Empirical experience with the Adult Protection Law since 2018.

In a survey with over 200 questionnaires, initial experiences with the new adult protection law were collected in 2019.[52]

In particular, the new role of adult protection associations as a central point of contact for advice, clearing, setting up and registering powers of attorney and elected and statutory adult representation is welcomed by all. Admittedly, there are still deficits in this area in 2022 (especially long waiting times), which are mainly due to low staff resources. The (cost-effective) establishment of health care proxies and living wills – this possibility was created by the amendment to the Patient Decree Act 2019 – is therefore still only possible in exceptional cases at the adult protection associations.

However, mandatory clearing has undoubtedly been crowned with success. Many Court-appointed adult representatives can now be avoided and referred to alternatives.

People who have a Statutory or Court-appointed Adult Representative consider the time limit of three years to be very positive.

Some changes in the judicial process are also seen as particularly positive. In addition to mandatory clearing, these include the abolition of mandatory oral hearings and the compulsory presentation of affected persons, the abolition of expert opinions in certain cases, and the greater involvement of relatives.

The obligatory annual life situation report to the court, the reduction of the obligation for lawyers and judges to take over the case, and the comprehensive registration of all forms of representation in the Austrian Central Register of Representation (ÖZVV) are also often seen as an improvement over the previous legal situation.

However, the practice of adult protection law is also – not entirely surprisingly – characterised by pronounced persistence. The reform has been well received in many areas and also by the public. Nevertheless, banks and authorities, for example, often still behave as if nothing had changed as a result of the new adult protection law. In fact, an adult representation or health care proxy no longer implies any restriction of decision-making capacity, so that the persons concerned can regularly act for themselves and are entitled to determine their own affairs without having to obtain the consent of the adult representative. Banks reduce

52 See https://www.uibk.ac.at/rtf/.

their risk by de facto only making payments to the adult representative if the amount involved goes beyond "everyday business".

A major practical problem is the federal states, which are increasingly trying to withdraw from social assistance by awarding it only upon application rather than ex officio. The applications are often complex and cannot be handled by the persons concerned without assistance. In many cases, merely formal adjustments have been made by replacing the term "guardianship" with "adult representative" without any actual adaptation of the guidelines to the new adult protection law.

However, the same problems exist with the federal authorities. An easier application process through the use of easy language as well as more support would be necessary.

The hope that many people would register on the "list of attorneys and notaries particularly qualified to take over powers of attorney for health care and judicial adult representation" and thus that there would always be enough potential judicial adult representatives has also not been fulfilled. Rather, the number of interested parties seems to be decreasing, which could also be related to the fact that in individual cases lawyers and notaries become victims of the system when they are entrusted with judicial adult representation for persons with whom more than 80 court proceedings are pending, without being able to refuse this and without being paid for it. The idea underlying the guardianship law of 1984 that in the medium term adult representation should be taken over exclusively by professional employees of the associations, is no longer realistic. The use of lawyers and notaries outside of representation measures, for which legal expertise is required, seems anachronistic and is less suited to the needs of the persons concerned today than ever before.

The staff of Adult Protection Associations, judges and patient representatives in particular are largely positive about the new Adult Protection Law, while lawyers and public notaries are also sceptical. Statutory Representation is – not entirely surprisingly – the big hit, but is also seen as problematic by Adult Protection Associations and the judiciary, because it can easily circumvent the autonomy and supported decision-making process and, in particular, limiting the scope of action to absolutely necessary matters may not be sufficiently implemented in practice.

Abuse has been identified in this regard in connection with Covid-19. A mother of an adult with disabilities had herself registered by a lawyer as Statutory Representative to prevent the vaccination of the son, who, however, wanted the vaccination so that he could go to restaurants. The Supreme Court seized by the institution in which the son lives decided that the son is capable of making his

own decisions.[53] So the lawyer who registered the mother and the doctor who confirmed the inability to make decisions did wrong.

"Supported decision making" has so far been used only slightly more frequently than before the reform. This then mostly concerns health matters, whereby the new regulations on medical treatment (see III.1.) are often not known to physicians and are therefore not applied at all.

A very central improvement is the extended scope of duties of the Adult Protection Associations. The obligatory clearing before appointing a Court-appointed Representative, the low-threshold access to counselling as well as the establishment and registration of Elective and Statutory Representations are particularly positively evaluated.

The same applies to the judicial procedure for the appointment of a Court-appointed Representative (a) for the abolition of the compulsory presentation at court of persons concerned, (b) for the abolition of the compulsory expert opinion (medical examination) and (c) for the abolition of the compulsory oral hearing.

All in all, the 2nd Adult Protection Law is assessed positively, even if its full potential has not yet been exhausted.[54]

III. SPOTLIGHTS ON FURTHER IMPORTANT FIELDS.

1. Medical treatments[55].

The 2nd Adult Protection Act also meant a revision of the civil law regulations (§§ 252 to 254 ABGB) on medical treatments of persons with mental disabilities in order to ensure compliance with the provisions of the CRPD.[56]

The new statues clarified that persons of full age, who are capable of making decisions, must always consent to medical treatments by themselves, irrespective

53 OGH 2.12.2021, 3 Ob 206/21x, ÖZPR 2022, p, 25 (Ganner).

54 The results of the survey are published here: *University of Innsbruck*, https://www.uibk.ac.at/rtf/.

55 Parts of this chapter are modified version of Ganner, M.: "The new Austrian Adult Protection Law of 2018", *Julgar*, 2020, No. 41, pp. 191 f.

56 See also the consensus paper of the health care professions, which contains guidelines for the new legal situation as well as practice-oriented recommendations for specific cases; https://www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/erwachsenenschutz/konsenspapiere-mit-institutionen~43.de.html accessed on 22/01/2020); cf. also Koza, I.: "Einwilligung in die medizinische Behandlung nach dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz", *iFamZ, 2017 No. 3*, p. 169; Klein, S. J., Voithofer, C., Ganner, M., Pixner, T.; Valentin, A.; Joannidis, M.: "Nicht einwilligungsfähige Patienten in der Intensiv- und Notfallmedizin. Vorgehen nach dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz in Österreich", *Wiener klinisches Magazin,* 2020, https://doi.org/10.1007/s00740-020-00374-w.

of the kind of medical treatment e.g. a vaccination against COVID[57] or the removal of a birthmark, a reproductive medicine treatment or a regular check-up at the dentists'. The decisive legal aspect hence is the decision-making capacity. A person who understands the meaning and consequences of treatment or non-treatment, determines his/her will in accordance to this understanding and directs his/her behaviour accordingly. Only in situations of emergency the consent is not required before starting the treatment (§ 252 (4) ABGB). In case of doubts about the decision-making capacity the physician must initiate a process of supported decision-making, aiming to ensure or establish the patient's decision-making capacity in as many cases as possible by using adequate forms of support. According to § 252 (2) ABGB the physician "[…] must verifiably seek the assistance of relatives, other close persons, persons of trust and experts who are particularly experienced in dealing with people in such difficult life situations and who can support the person of full age in regaining his/her decision-making capacity. However, if the person indicates that he or she does not consent to the intended involvement of others and the disclosure of medical information, the doctor must refrain from doing so."

In the case of a lack of decision-making capacity, which can also not be achieved through means of supported decision-making, a substituted decision is required (§ 253 (1) ABGB). The substituted decision must be based on the (presumed) will of the patient.[58] If the physician and the representative (person authorised by an Enduring Power of Attorney or Adult Representative) agree and the patient does not object to the treatment (general consensus), the treatment can be carried out. Anyways, the patient must be informed about the medical treatment and asked for his/her opinion.

If the patient explicitly or implicitly rejects the treatment, the representative's decision must be approved by the court (§ 254 ABGB) in order to guarantee the patient's fundamental rights.[59] "In case of doubt, it must be assumed that the represented person wishes to receive medically indicated treatment." (§ 254 (2) ABGB). The courts approval is not required "[…] if the delay associated with such court proceedings would involve a risk to life, a risk of serious damage to health or severe pain. If the medical treatment is likely to continue even after these moments of danger have been averted, it shall be commenced and the court shall be seized without delay." (§ 254 (3) ABGB).

Any treatment against the patient's active physical resistance is prohibited irrespective of a court's approval. Only in psychiatric institutions treatments

57 E.g. OGH 2.12.2021, 3 Ob 206/21x iFamZ 2022, 25 (Ganner).

58 An advance health care directive must be observed in this respect; § 253 (4) ABGB.

59 The judicial procedure shall be initiated at the request of the concerned person and his Statutory Representative or at the suggestion of the person treating him (see § 131 (4) AußStrG).

against the patient's physical resistance is possible within the strict boundaries of the Hospitalisation Act (Unterbringungsgesetz; see below III.2.).

During the Nazi-regime, persons with disabilities were very often sterilised without consent or even without being informed of the measure. Hence, this is a very sensible matter within the Austrian jurisdiction. Irrespective of the historical burden we have to bear, each sterilisation without consent of the person affected means of course in legal terms an interference in the private and family life, including reproductive rights, as protected under Article 8 EHRC as well in the physical integrity. In accordance with the provisions of Article 8 EHRC Article 23 (1) lit b CRPD states: "The rights of persons with disabilities to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to age-appropriate information, reproductive and family planning education are recognized, and the means necessary to enable them to exercise these rights are provided […]." Nonetheless, § 255 ABGB allows a sterilisation of a person with lacking decision-making capacity against his/her will in case of "[…] a threat to life or a risk of serious damage to health or severe pain due to permanent physical suffering." The consent of the representative needs the courts approval; furthermore, a separate representative from an Adult Protection Association represents the person with disabilities in that trial in order to secure his/her rights (§ 131 (3) AußStrG).[60] Also, this treatment may not be performed against the physical resistance of the disabled person. The requirements for admissibility stated in § 255 ABGB must be interpreted very narrowly so as not to violate Article 23 CRPD and Article 8 EHRC. It needs to be noted, that the prescription of contraceptives also is a medical treatment and is within the scope of the requirements of §§ 252-254 ABGB. A potential interfere with the rights guaranteed under Article 23 CPRD and Article 8 EHRC must be kept in mind.

2. Deprivation of Liberty and forced medical treatment[61].

In Austria, deprivations of liberty to avoid serious and substantial endangers of life or health are regulated exclusively under public law for the psychiatric sector in the Hospitalisation Act (Unterbringungsgesetz, UbG) and for other inpatient facilities (nursing homes, facilities for people with disabilities and hospitals) in the Nursing Home Residence Act (Heimaufenthaltsgesetz, HeimAufG). Compulsory detention with the consent of the representative (e.g. guardian of a person authorised by an Enduring Power of Attorney) is not permitted. The order for the coercive measure is issued by the head of the psychiatric department (Hospitalisation Act) or by a physician or by personnel commissioned by the institution (Nursing

60 E.g. Parapatits, F.: "§ 255 ABGB. Sterilisation", in AA. VV.: *ABGB-ON*[1.03] (coord. by A. Klete□ka, M. Schauer), Manz Verlag, Vienna, 2019, n. 5.

61 This chapter is a slightly modified version of Ganner, M.: "The new Austrian Adult Protection Law of 2018", *Julgar*, 2020, No. 41, pp. 193 f.

Home Residence Act), who act in this capacity as federal (state) organs. Forced detention under the Hospitalisation Act is subject to mandatory review by a court commission (judge, expert, patients' advocate), and forced detention under the Nursing Home Residence Act is optional, i.e. upon request, also reviewed by a court commission (judge, expert, residents' representative) if the restrictions have not been lifted within four days (Hospitalisation Act) or seven days (Nursing Home Residence Act). However, a subsequent review on application is possible in any case.[62]

With the new Adult Protection Law 2018, the scope of application of the Nursing Home Residence Act has been extended to children and youth facilities. This means that all public and private child and youth welfare institutions fall within the scope of application of the Nursing Home Residence Act. The lack of review of restrictions on freedom in child and youth welfare institutions has been criticised in many cases, in particular by the Ombudsman's Office and its Human Rights Advisory Board, because it was abstruse that institutions for minors were not subject to comparable controls as those for adults.[63] In the case of minors, however, it is necessary to distinguish between "age-typical measures of education and care" – these are not subject to state control due to the family autonomy guaranteed by Article 8 ECHR – and those which go beyond this due to illness and therefore have to be treated according to the procedure of the Nursing Home Residence Act.

The six OPCAT commissions[64] within Austria, which carry out unannounced inspections of all institutions where restrictions on freedom are imposed, are an additional supervisory body for restrictions of freedom in institutions. However, the staffing of these commissions cannot guarantee close monitoring of all institutions. Rather, the OPCAT commissions serve as a parallel control system, also in the other institutions under the Nursing Home Residence Act and the Hospitalisation Act.

Forced medical treatment is only permitted in accordance with the Hospitalisation Act and criminal law. According to §§ 35 f. UbG, coercive treatment may not be carried out against the will of a patient who has decision-making

62 The interests of those affected are protected in particular by existing representations for these areas: the patient advocacy in the Hospitalisation Act and the residents' representation in the Nursing Home Residence; in detail Kopetzki, C.: *Grundriss des Unterbringungsrechts*[3], Springer Verlag, Vienna, 2012; Strickmann, G.: *Heimaufenthaltsrecht*[2], Linde Verlag, Vienna, 2012; Ganner, M.: "Unterbringungsgesetz" and Hollwerth, J.: "Heimaufenthaltsgesetz" in AA.VV.: *AußStrG II* (coord by E. Gitschthaler, J. Höllwerth), *Manz Verlag,* Vienna, 2017.

63 This might be a violation of the principle of equal treatment and thus a violation of the Austrian constitution.

64 Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; this is a resolution of the United Nations General Assembly extending the 1984 Convention against Torture to include an international system of inspection of places of forced detention. In Austria, these commissions are located at the Ombudsman's Office.

capacity. If a patient has a legal representative (adult representative, representative authorised by an Enduring Power of Attorney, parents in the case of minors), his or her consent is required. Serious medical treatments additionally need the courts approval in advance. Of course, this does not apply in case of imminent danger. In criminal law (§ 69 of the Austrian Penal Procedure Code), compulsory medical treatment is permissible if "a prisoner, despite having been instructed to do so, refuses to cooperate in a medical examination or treatment that is absolutely necessary under the circumstances of the case". The forced treatment must be approved by the Ministry of Justice in advance; this again does not apply in cases of imminent danger. The same applies to the forced feeding of prisoners.

3. Marriage, Adoption, Artificial Reproduction, PGD.

Before the 2nd Adult Protection Act entered into force, persons under legal guardianship needed the approval of their guardian or the court in order to enter into marriage (§ 3 Austrian Marriage Act, EheG) or to enter into a registered partnership (§ 4 Austrian Registered Partnership Act, EPG). This was considered a violation of the provisions of the CPRD (especially Art. 12 (5), Art. 23 (1) lit b) as well as of constitutional requirements.[65] Hence, the 2nd Adult Protection Act revised the relevant statues. Now the necessary decision-making capacity for entering into marriage/registered partnership at the moment of entering is required in general, irrespective of the existence of a guardianship. This means, one must be able to understand what a marriage is and what it means to enter into it and to be able to act according to this understanding.[66] Decision-making capacity is also required for adopting a child (§ 191 ABGB) or for using reproductive medicine (§ 8 Reproductive Medicine Act, FMedG). Nonetheless reports indicate that persons with disabilities face several burdens adopting a child.[67] Hence, the CPRD-Committee recommended Austria to enhance measures to fight stereotypes according to which people with disabilities are bad parents and to enhance support measures for parents with disabilities.[68]

For persons who carry a genetic inherited disease, preimplantation genetic diagnosis (PGD) via reproductive medicine is available if, due to the genetic disposition, there is a serious risk of miscarriage or stillbirth or of a hereditary disease in the child (§ 2a (1) FMedG). The hereditary disease is further explicated in § 2a (2) FMedG as follows: "A hereditary disease within the meaning of para. 1 subpara. 3 exists if the child becomes ill during pregnancy or after birth in such

65 E.g. Faculty of Law of the University of Innsbruck, expert opinion n. 420 ff. (2014); https://broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=278; ErlRV 1461 der Beilagen XXV. GP p. 60.

66 See ErlRV 1461 der Beilagen XXV. GP p. 60.

67 E.g. Wurzinger, C.: "Frauen und Mädchen mit Behinderungen. Ein Streifzug durch UNCPRD, CEDAW und Lebenswirklichkeiten in Österreich", *juridikum,* 2015, No. 1, pp. 104 f.

68 See CRPD/C/AUT/CO/1 n. 22.

a way that it 1. can only be kept alive by the constant use of modern medical technology or the constant use of other medical or nursing aids that severely impair his or her lifestyle, or 2. has severe brain damage or 3. will suffer permanently from severe pain that cannot be effectively treated and, in addition, the cause of this illness cannot be treated." The PGD as genetic analysis needs the written consent of the persons the genetic material is derived from.[69] Hence, a PGD without the intended parents' knowledge and without their consent is prohibited.

4. Work and Employment.

In the general civil law there are no specific rules for persons with disabilities for entering into an employment contract. Hence, the contract either requires the necessary decision-making capacity (§ 865 (1) ABGB) or, in case of a lack of decision-making capacity, the consent of the representative (§ 865 (3) ABGB). Of high importance, irrespective of the kind of disability, are the special provisions at federal level, which want to enhance the employment rate of persons with disabilities and protect those already employed. The Disabled Persons Recruitment Act (Behinderteneinstellungsgesetz, BEinstG)[70] is based on a three pillar system: 1. an obligation to employ a certain quota of persons with disabilities; 2. a system of subsidies if more than "the quota" is employed; 3. protective provisions for the employed. According to § 1 BEinstG, "all employers who employ 25 or more employees in the federal territory are be obliged to employ at least one disabled person for every 25 employees." Only persons with a disability degree of 50 and more percent fall under the quote and the scope of protection of the BEinstG (§ 2 BEinstG) and are called "beneficiary disabled persons" (Begünstigte Behinderte). Irrespective of the disability degree or status as "beneficiary", the BEinstG provides special anti-discrimination provisions with respect to employment (§§ 7a-7s BEinstG) which supplement the provisions in the federal Disability Equality Act (Behindertengleichstellungsgesetz).

For becoming a "beneficiary disabled" in legal terms, an individual application of the person with disabilities is necessary. Hence, no one becomes part of this legal category without his/her consent. The criteria resulting in the categorisation are based on a medical-model of disabilities. According to the "Assessment Regulation" (Einschätzungsverordnung), the health damages of a person are evaluated. On this basis it is estimated how those disabilities influence the (in)capacity to work in the open and general work market. Hence, the disability degree does not consider special working conditions (e.g. within IT or construction branch).[71] Beneficiary

69 See Voithofer C., Böttcher, B.: "§ 2a FMedG. Präimplantationsdiagnostik", in AA.VV.: *FMedG und IVF-Fonds-Gesetz* (coord. By Flatscher-Thöni/Voithofer), Verlag Österreich, Vienna, 2019, n. 78 ff.

70 See Wirnsberger, W.: "IV Arbeit", in AA.VV.: *Alltag mit Behinderung Ausgabe 2021/22* (coord. by H. Hofer), nwv Verlag, Vienna, 2021, pp. 121-138.

71 See Wirnsberger, W.: "IV Arbeit", cit., p. 123.

disabled persons are those who fall under the quota of § 2 BEinstG; furthermore, they enjoy increased protection against dismissal (§ 8 BEinstG). In case a company does not fulfil its quota, it has to pay a fine (§ 9 BEinstG). The CPRD-Committee was concerned about this fact, as "[…] reports that the majority of employers prefer to pay a fine rather than comply with the quota requirement. It notes that only 22 per cent of employers actually fulfil their obligations under the Disability Employment Act which governs this quota system."[72] This fact still was under critique in 2020.[73] Therefore, it seems that nothing has changed since the concluding observations of the CPRD-Committee were published in 2013.

Another aspect that needs highlighting is the divided labour market. The competencies for policies on the labour market and on labour law are divided in Austria among the federal authority and the nine federal states. A very high percentage of persons with disabilities works in segregated "sheltered" workplaces or "workshops", where they gain "pocket money" instead of a salary and have no adequate social insurance.[74.]

Against this background, the disability ombudsmen suggested:

- "Revision of the criteria for determining incapacity to work with the introduction of a sufficiently long trial period under realistic working conditions and taking into account existing support structures of a technical and personnel nature.

- Full insurance in the statutory social insurance system for persons with disabilities in day structure facilities; only through independent health and pension insurance is a self-determined and non-discriminatory lifestyle of persons with disabilities made possible.

- Development of an adequate model for payment of remuneration to the employed persons with disabilities."[75]

72 CRPD/C/AUT/CO/1 n. 45.

73 Rubisch, M.: "The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Austria: From the state review 2013 to the second and third State Report 2019", in AA.VV.: *The implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Austria and Germany* (coord. by M. Ganner, E. Rieder, C. Voithofer, F. Welti), Innsbruck university press, Innsbruck, 2021, p. 86.

74 See Hofer, H.: "Working group 3: Implementation of Art 27 UN CRPD in Austria", in AA.VV.: *The implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Austria and Germany* (coord. by M. Ganner, E. Rieder, C. Voithofer, F. Welti), Innsbruck university press, Innsbruck, 2021, p. 190.

75 See Hofer, M.: "Working group", cit., p. 190.

5. Education[76].

Education plays a fundamental role in increasing equal opportunities in society. Hence, exclusions from access to education are particularly critical. The UNESCO World Education Report, according to which millions of children with disabilities have no chance of school education, makes very clear that exclusions due to disability/disabilities still exist.[77] Those considered particularly at risk of not being able to make use of the right to education are: "persons with intellectual disabilities or multiple disabilities, persons who are deafblind, persons with autism, or persons with disabilities in humanitarian emergencies."[78]

Article 24 (1) CRPD enshrines the equal human right to education of persons with disabilities. According to this provision, the entire training and education system must be designed as an inclusive one[79], irrespective whether the provider is a public or private one[80] or of the level (primary, secondary or tertiary) of education. Also all other fields of education and training fall under the scope of Article 24 CPRD. Inclusive education is incompatible with institutionalisation in the long run. That is why the states parties need to initiate a deinstitutionalisation process.[81]

In order to realise the rights under Article 24 CRPD and Article 23 (3) of the UN Convention on the Rights of the Child, children with disabilities must be provided with adequate assistance and support. Support and promotion measures should take effect as early as possible. According to the latest shadow report of the Austrian Federal Monitoring Committee, segregated schools have not only continued to receive financial support, but new facilities have even been created. In addition, the financial resources for school and care assistance is still considered lacking.[82]

Looking at the Austrian legal framework, the division of competencies among the state and the nine federal states seems to be a crucial burden in order to achieve a full inclusive educational system. The nation-wide provisions set the

76 Parts of this chapter are a modified version of Voithofer, C.: "Working group 2: Right to education (Art 24 UN CRPD)", in AA.VV.: *The implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Austria and Germany* (coord. by M. Ganner, E. Rieder, C. Voithofer, F. Welti), Innsbruck university press, Innsbruck, 2021, pp. 135-146.

77 UNECSO: *Inclusion and Education. All means all* (2020), https://en.unesco.org/gem-report/report/2020/inclusion (15/03/2022).

78 CRPD/C/GC/4 n. 6.

79 CRPD/C/GC/4 n. 8; Krajewski, M., Bernhard, T.: Art 24 UN-BRK n. 2, 3 in AA.VV.: *UN-Behindertenrechtskonvention* (coord. by A. Welke), Dt. Verein für Öffentliche und Private Fürsorge, Berlin, 2012.

80 Krajewski/Bernhard, cit., n. 2.

81 CRPD/C/GC/4 n. 66.

82 Austrian Federal Monitoring Committee, *Monitoring Report to the UN Expert Committee for the Rights of People with Disabilities on the Occasion of the Second Constructive Dialogue with Austria*, p. 23 f.

general framework; but each federal state has its own provisions for schools. Furthermore, the levels of education are regulated separately and universities enjoy as well certain regulating competencies. Therefore, we can only highlight the most central regulations in this article. Starting with the compulsory education everyone has to obtain and everyone has a right to experience.

The federal Compulsory School Act (Schulpflichtgesetz) demands all children from the age of 6 and living in Austria to attend school (§§ 1, 2 Compulsory School Act). The compulsory education period lasts at minimum nine school years (§ 3 Compulsory School Act) and in general a maximum 10 school years (§ 32 School Education Act = Schulunterrichtsgesetz). Students with "special educational needs" may under certain conditions attend school up to a maximum of 12 school years (§ 32 School Education Act).

§§ 8, 8a, 8b Compulsory School Act include special provisions for students with "special educational needs" (sonderpädagogischer Förderbedarf). The "Directorate of Education" (Bildungsdirektion) upon request or on its own initiative determines the special educational needs of a student in form of an official decree. Special educational needs means that "as a result of a disability, the child is not able to follow the lessons in the primary school, secondary school or polytechnic school without special educational support." (§ 8 (1) Compulsory School Act). These provisions sound quite supporting and in accordance with the CPRD. Reading § 8 (1) Compulsory School Act further one might become doubtful: "In the course of the determination of special educational needs, it shall be stated which special school is to be considered for attendance by the child or, if the parents or other guardians so request, which general school is to be considered. Taking this determination into account, the Directorate of Education shall determine whether and to what extent the student is to be educated according to the curriculum of the special school or another type of school. In making this determination, the aim shall be to ensure that the student receives the best possible support." This provision can be understood as being in support of a non-inclusive educational system. The parents or another representative of the child has to explicitly request that the child can attend the general school. Hence, the special school is the role model for students with special educational needs. Furthermore, it is among the scrutiny of the Directorate of Education to determine the curriculum according to which the student will be taught. A more flexible solution would be preferable. Otherwise, there is a risk of going the easy way, which means using the special school curriculum instead of supporting the student in such a way that he/she can achieve the intended learning outcomes of the regular curriculum. Of course, this is a matter of sufficient resources: teachers and schools have to be provided with enough resources to teach and support their students in achieving the educational goals.

In accordance with this critique, the CPRD-Committee already recommended in 2013 "[…] greater efforts [have to] be made to support students with disabilities in all areas of inclusive education from kindergarten to secondary school. It particularly recommends that the State party ensure[s] that persons with disabilities, including children with disabilities and their representative organizations, are involved in the day-to-day implementation of the inclusive education models introduced in various Länder. The Committee further recommends that greater efforts be made to enable persons with disabilities to study at universities and other tertiary institutions. The Committee also recommends that the State party step up its efforts to provide quality teacher training to teachers with disabilities and teachers with sign language skills, so as to enhance the education of deaf and hearing-impaired girls and boys, in accordance with the formal recognition of Austrian sign language in the Constitution of Austria."[83]

Students who are not able to fulfil certain tasks due to a physical impairment have a right to be graded differently or not to be graded in this field (§ 18 (6) School Education Act; § 2 (4) Performance Assessment Ordinance = Leistungsbeurteilungsverordnung). According to some examination regulations at secondary educational level, precautions in the organisational procedure and in the conduct of the examination have to be taken to enable the examination candidate to take the examination (e.g. § 3 (4) Examination Regulation AHS = Prüfungsordnung AHS). At tertiary educational level alternative examination methods and settings are provided (e.g. § 59 (1) No 12 University Act = Universitätsgesetz) in case students with disabilities request those.

For achieving a high level of education the competencies of teachers and teachers to be in inclusive education are crucial. Those are considered crucial as well for shifting from a separated school model to an inclusive one.[84] Hence, this should be a compulsory content in all educational studies and teaching curricula. In fact, inclusive teaching is only an optional part of the curricula (§ 38 (2) and (2a) of the Higher Education Act = Hochschulgesetz) among others.

6. Right to vote.

The right to vote and be voted has to be guaranteed for all adults irrespective of their mental capacities (Article 29 CRPD). In Austria all restrictions of that right due to the mental status were eliminated by the Constitutional Court in 1987.[85] Hence, the appointment of a legal guardian has no consequences on the personal right to vote of the represented person; a fact that was pleased by the

83 CRPD/C/AUT/CO/1 n. 43.

84 Also see Corazza, R., Levc, B., Mahn H., Prammer, W.: "III Bildung" in AA.VV.: *Alltag mit Behinderung Ausgabe 2021/22* (coord. by H. Hofer), nwv Verlag, Vienna, 2021, p. 64.

85 VfGH, 7.10.1987, G 109/87, ÖJZ VfGH 1988/14, 315 = ZfVB 1988/1210/1245/1335.

CPRD-Committee within its concluding observations on the initial state report of Austria.[86] One might conclude that unpleasant election results are in any case not due to the fact that persons under guardianship are not excluded from voting.[87]

IV. OUTLOOK.

Legislation in the field of disability is multifaceted and affects all areas of life (work, housing, care and nursing, social security etc.). A strong focus on prohibitions of discrimination, accessibility and support measures is very common within the disability rights discourse. The EU is primarily responsible for disability policy and labour legislation. The member states implement directives and regulate the details in other areas of life (especially housing and social services).

The Austrian disability concept, which has already been adopted at the federal level in 1992, is based on the principle of mainstreaming. Accordingly, disability policy is seen as a task for the whole society and is relevant in all (social) areas. In 2005, as part of a new Disability Equality System, laws especially dealing with disability rights were amended and created:

The federal Disability Equality Act (Behindertengleichstellungsgesetz) creates a statutory ban on discrimination for persons with disabilities in nearly all areas of everyday life. The prohibition of discrimination applies to the public sector as well as private services; it standardises the prohibition of discrimination against persons with disabilities in matters of federal administration, as well as in access to and provision of public goods and services (e.g. transportation, shopping, stores, hospitals and doctors' offices, events, and recreational activities). In case of discrimination due to disability, people are entitled to compensation and the ordinary court procedure is preceded by an arbitration procedure.

The Federal Disability Act (Bundesbehindertengesetz) established the Federal Disability Advisory Board (Bundesbehindertenbeirat) the Disability Advocate ("Anwalt für Gleichbehandlungsfragen für Menschen mit Behinderungen").

The Disabled Persons Recruitment Act (Behinderteneinstellungsgesetz) regulates the obligation for companies to employ persons with disabilities and protective measures for them in the labour market.

86 CRPD/C/AUT/CO/1 n. 5.

87 Ganner, M.: "Herausforderungen und Reform des Erwachsenenschutzes im internationalen Vergleich", *BtPrax*, 2016, No. 6, p. 211.

At the level of the federal provinces, aspects of disability law are mainly regulated in Equal Opportunities Acts or Participation Acts (Chancengleichheitsgesetze und Teilhabegesetze).[88]

The CRPD as an overarching legal basis, has a major influence on all developments concerning disability policies since 2008. The main result of the implementation of the CRPD into Austrian law is till now the creation of the Adult Protection Law 2018. But there is still much to be done in other areas of life and law. We are already eagerly awaiting the Concluding Observations of the CRPD-Committee of the 2nd and 3rd Austrian state reporting procedures, which is pending due to COVID since 2020.

88 Ganner, *M.: Grundzüge des Alten- und Behindertenrechts*[3], Jan Sramek Verlag, Vienna, 2020, p. 96.

BIBLIOGRAPHY.

Austrian Federal Monitoring Committee, *Monitoring Report to the UN Expert Committee for the Rights of People with Disabilities on the Occasion of the Second Constructive Dialogue with Austria*, p. 23 f.

Barth, P., Ganner, M.: "I. Allgemeiner Teil", in AA.VV.: *Handbuch des Erwachsenenschutzrechts*[3] (coord. by. P. Barth, M. Ganner), Linde Verlag, Vienna, 2018, pp. 11-215.

Buchner, T.: ""Das soziale Modell von Behinderung. *Supported Decision-Making* und Sachwalterschaft: ein Spannungsfeld?", *iFamZ,* 2011, No. 5, pp. 266-268.

Buchner, T.: "*Meine Wünsche sollen ernst genommen werden!* Sachwalterschaft und Selbstbestimmung im Spiegel der Wahrnehmung von Klientinnen mit intellektueller Behinderung", *iFamZ*, 2009, No. 2, pp. 120-123.

Corazza, R., Levc, B., Mahn H., Prammer, W.: "III Bildung" in AA.VV.: *Alltag mit Behinderung Ausgabe 2021/22* (coord. by H. Hofer), nwv Verlag, Vienna, 2021, p. 64.

Faculty of Law of the University of Innsbruck, expert opinion n. 55 (2014); https://broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=278.

Fuchs, W., Hammerschick, W.: "Sachwalterschaft und Clearing – Ergebnisse einer empirischen Studie", *iFamZ,* 2014, No. 2, pp. 71 ff.

Ganner M.: "Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht – Teil 1", *BtPrax*, 2013, No. 5, pp. 171 ff.

Ganner, M., Barth, P.: "Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht", *BtPrax,* 2010, No. 5, pp. 204 f.

Ganner, M.: "Der Einfluss der Behindertenrechtskonvention unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung von Menschen mit Behinderung am Reformprozess", in AA.VV.: *Erwachsenenschutz statt Sachwalterschaft. Schritte zum selbstbestimmten Leben* (coord. by G. Brinek), Edition Ausblick, Vienna, 2017, pp. 119-130.

Ganner, M.: "Entwicklung und Status quo des Sachwalterrechts und seiner Alternativen in Österreich", in AA.VV.: *Festschrift 200 Jahre ABGB* (coord. by C. Fischer-Czermak, G. Hopf, G. Kathrein, M. Schauer), Manz Verlag, Vienna, 2011, p. 359.

Ganner, M.: "Erfahrungen zum österreichischen Erwachsenenschutzrecht 2018", *RP Reha*, 2021, No. 2, p. 61.

Ganner, M.: "Europäische Entwicklungen im Erwachsenenschutz", in AA.VV.: *Sozialwissenschaftliche Aufklärung der Rechtspolitik und –praxis als Berufung. Festschrift für Arno Pilgram zum 75. Geburtstag* (coord. by V. Hofinger, H. Mayrhofer, C. Pelikan, W. Fuchs, W. Hammerschick, R. Walter), LIT Verlag, Wien, 2021, p. 211.

Ganner, M.: "Modelle unterstützter Entscheidungsfindung. Vom Verhaltenskodex bis zu zum Representation Agreement", *iFamZ,* 2014, No. 2, pp. 67-71.

Ganner, M.: "Selbstbestimmung 2.0 – Österreichische Revision des Erwachsenenschutzes und Clearing Plus", in AA.VV.: *Selbstbestimmung 2.0* (coord. by D. Rosch, L. Maranta), h.e.p., Bern, 2017, p. 57.

Ganner, M.: "The new Austrian Adult Protection Law of 2018", *Julgar*, 2020, No. 41, pp. 175 ff.

Ganner, M.: "Unterbringungsgesetz", in AA.VV.: *AußStrG II* (coord by E. Gitschthaler, J. Höllwerth), *Manz Verlag,* Vienna, 2017.

Ganner, M.: "Herausforderungen und Reform des Erwachsenenschutzes im internationalen Vergleich", *BtPrax,* 2016, No. 6, p. 211.

Ganner, M.: *Grundzüge des Alten- und Behindertenrechts*[3], Jan Sramek Verlag, Vienna, 2020, pp. 118 ff.

Ganner, M.: *Selbstbestimmung im Alter*, Springer Verlag, Vienna, 2005, pp. 80 ff.

Ganner, M., Dabove, I.: "Developments in Austrian and Argentine Guardianship Law", in *Liber Amicorum Makoto Arai* (coord. by D. Coester-Waltjen, V. Lipp, D.W.M. Waters), edition Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 318-341.

Hammerschick, W., Mayrhofer, H.: "Clearing und Clearing Plus: wirksame Schritte zur Vermeidung von Sachwalterschaft", *iFamZ, 2016, No.2*, p. 96.

Hofer, H.: "Working group 3: Implementation of Art 27 UN CRPD in Austria", in AA.VV.: *The implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Austria and Germany* (coord. by M. Ganner, E. Rieder, C. Voithofer, F. Welti), Innsbruck university press, Innsbruck, 2021, p. 190.

Hollwerth, J.: "Heimaufenthaltsgesetz", in AA.VV.: *AußStrG II* (coord by E. Gitschthaler, J. Höllwerth), *Manz Verlag,* Vienna, 2017.

KLEIN, S. J., VOITHOFER, C., GANNER, M., PIXNER, T.; VALENTIN, A.; JOANNIDIS, M.: "Nicht einwilligungsfähige Patienten in der Intensiv- und Notfallmedizin. Vorgehen nach dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz in Österreich", *Wiener klinisches Magazin,* 2020, https://doi.org/10.1007/s00740-020-00374-w.

KOPETZKI, C.: *Grundriss des Unterbringungsrechts*[3], Springer Verlag, Vienna, 2012.

KOZA, I.: "Einwilligung in die medizinische Behandlung nach dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz", *iFamZ, 2017 No. 3*, p. 169.

KRAJEWSKI, M., BERNHARD, T.: Art 24 UN-BRK n. 2, 3, in AA.VV.: *UN-Behindertenrechtskonvention* (coord. by A. WELKE), Dt. Verein für Öffentliche und Private Fürsorge, Berlin, 2012.

LAMPLMAYR, A., NACHTSCHATT, E.: *Observing Legislative Processes: Implementation of the CRPD*, innsbruck university press, Innsbruck, 2016, p.53.

MAYRHOFER, H.: "Begriffsbestimmungen und entscheidende Fragen an eine gute Praxis unterstützter Entscheidungsfindung. Anregungen für die Implementierung dieses Unterstützungsmodells", *iFamZ,* 2014, No. 2, pp. 64-67.

MAYRHOFER, H.: "Modelle unterstützter Entscheidungsfindung. Beispiele guter Praxis aus Kanada und Schweden", IRKS Working Paper No. 16, IRKS, Vienna, 2013.

MÜLLER, R.: "Entwicklungsbedarf des Sachwalterrechts aufgrund der UN Behindertenrechtskonvention. Gesetzeskonforme Ausgestaltung der Sachwalterschaftspraxis als größte Herausforderung", *iFamZ*, 2013, No. 5, pp. 241-245.

MÜLLER, R.: "Unterstützung statt Stellvertretung: Was sichert wirklich Selbstbestimmung?", in AA.VV.: *Erwachsenenschutz statt Sachwalterschaft. Schritte zum selbstbestimmten Leben* (coord. by G. BRINEK), Edition Ausblick, Vienna, 2017, pp. 25-43.

PARAPATITS, F., PERNER, S.: "Die Neuregelung der Geschäftsfähigkeit im 2. Erwachsenenschutzgesetz", *iFamZ,* 2017, No. 3, p. 165.

PARAPATITS, F.: ""Das Konsenspapier „Bankgeschäfte und Erwachsenenschutz" ". Ein Handlungsleitfaden zur Reform", *iFamZ*, 2018, No. 2, pp. 81-90.

PARAPATITS, F.: "§ 255 ABGB. Sterilisation" in AA. VV.: *ABGB-ON*[1.03] (coord. by A. KLETEČKA, M. SCHAUER), Manz Verlag, Vienna, 2019, n. 5.

Rubisch, M.: "The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Austria: From the state review 2013 to the second and third State Report 2019", in AA.VV.: *The implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Austria and Germany* (coord. by M. Ganner, E. Rieder, C. Voithofer, F. Welti), Innsbruck university press, Innsbruck, 2021, p. 86.

Schauer, M.: "Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht. Auswirkungen und punktueller Anpassungsbedarf", *iFamZ,* 2011, No. 5, pp. 258-266.

Strickmann, G.: *Heimaufenthaltsrecht*[2], Linde Verlag, Vienna, 2012.

Voithofer, C.: "Privatrechtsangleichung durch internationale Menschenrechtsübereinkommen", in AA.VV.: *Europäische und internationale Dimensionen des Privatrechts. Festschrift für Andreas Schwartze* (coord. by S. Laimer, C. Kronthaler, B.A. Koch), Jan Sramek Verlag, Wien, 2021, p. 86.

Voithofer, C.: "Working group 2: Right to education (Art 24 UN CRPD)", in AA.VV.: *The implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Austria and Germany* (coord. by M. Ganner, E. Rieder, C. Voithofer, F. Welti), Innsbruck university press, Innsbruck, 2021, pp. 135-146.

Voithofer C., Böttcher, B.: "§ 2a FMedG. Präimplantationsdiagnostik", in AA.VV.: *FMedG und IVF-Fonds-Gesetz* (coord. By Flatscher-Thöni/Voithofer), Verlag Österreich, Vienna, 2019, n. 78 ff.

Wirnsberger, W.: "IV Arbeit", in AA.VV.: *Alltag mit Behinderung Ausgabe 2021/22* (coord. by H. Hofer), nwv Verlag, Vienna, 2021, pp. 121-138.

Wurzinger, C.: "Frauen und Mädchen mit Behinderungen. Ein Streifzug durch UNCPRD, CEDAW und Lebenswirklichkeiten in Österreich", *juridikum,* 2015, No. 1, pp. 104 f.

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO CHILENO

THE PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN CHILEAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 230-259

Fabiola
LATHROP
GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: El trabajo ofrece una panorámica general de la protección de los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento chileno, así como de las reformas legales y jurisprudencia recientes encaminadas a cumplir con los estándares internacionales en la materia.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; capacidad jurídica; inclusión.

ABSTRACT: *The paper presents a general overview of the protection of the rights of persons with disabilities in the Chilean legal system, as well as recent legal reforms and jurisprudence aimed at complying with international standards in this area.*

KEY WORDS: *Disability; legal capacity; inclusion.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN; II. REGULACIÓN CIVIL DE LA DISCAPACIDAD.- 1. El "sordo o sordomudo que no pueden darse a entender claramente".- 2. El "demente".- 3. La persona ciega.- 4. Las curadurías.- A) Curaduría del "sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente".- B) Curaduría del "demente".- III. BARRERAS LEGALES PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PcD.- 1. Derechos políticos y acceso a ciertos cargos.- 2. Derecho a la vida familiar.- 3. Medidas de seguridad en materia penal.- 4. Educación.- 5. Salud.- A) Nuevas reglas y principios.- B) Reformas a la Ley de Derechos y Deberes del Paciente.- 6. Trabajo y seguridad social.- IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL FRENTE A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES.- 1. Necesidad de adecuación de la legislación chilena.- 2. Avances legislativos, constitucionales y jurisprudenciales.- A) Nuevas leyes y proceso constituyente.- B) Jurisprudencia relevante.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El ordenamiento chileno se refiere a la discapacidad en numerosos textos; desde luego, en la propia Constitución del año 1980,[1] así como en al menos seis Códigos de la República, en casi una veintena de leyes y decretos leyes que datan del año 1968 en adelante, y en una quincena de reglamentos.[2]

El art. 5° de la Ley nº 20.422 sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, de 2010 -en adelante, Ley de Inclusión-, define la persona con discapacidad -en adelante, PcD- como "aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás."

Como en la mayoría de las legislaciones civiles del siglo XIX, en materia de capacidad jurídica nuestro sistema es de "atribución por estatus"; es decir, presupone que una persona debe ser capaz de comprender la naturaleza y consecuencias de todas las opciones posibles en cualquiera situación o decisión particular, así como de efectuar y comunicar voluntariamente una clara elección.

La ley chilena distingue directamente entre capacidad de goce y de ejercicio; no define ni regula la capacidad en general. La primera es la aptitud de una persona

1 Se ha señalado que no hay normas explícitas sobre la discapacidad en la Constitución (Agüero San Juan, C. y otros: *Las personas con discapacidad en el razonamiento judicial*, Santiago de Chile, Academia Judicial de Chile, 2020, p.129), aunque su art. 16 nº 1 establece que el derecho de sufragio se suspende por interdicción en caso de demencia.

2 Se afirma que esta legislación es sectorial y fragmentada; se observan normas sobre deporte, construcción, transporte, educación, etcétera, lo que genera que las relaciones entre ellas sean potencialmente conflictivas. *Cfr.* Agüero San Juan, C. y otros: *Las personas*, cit., p.130.

• Fabiola Lathrop Gómez
Profesora Titular de la carrera ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Directora de su Departamento de Derecho Privado. Correo electrónico: e-mail: flathrop@derecho.uchile.cl.

para ser titular y sujeto de derechos, y se confunde con la personalidad por ser un atributo de ésta. La segunda -conocida también como capacidad legal, de obrar o negocial- es, según el art. 1445 del Código Civil -en adelante, CC-, la aptitud legal que tiene una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones por sí sola sin la autorización o ministerio de otra persona.

En relación a la capacidad de ejercicio, nuestra ley señala que "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces" (art. 1446 CC), distinguiendo entre los absoluta y los relativamente incapaces: "Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente" (art. 1447 inciso 1° CC).

En suma, si bien en la legislación especial existen normas posteriores a las del CC que intentan recoger el modelo social que inspira a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -en adelante, CDPCD-,[3] como sucede parcialmente con la Ley de Inclusión-,[4] son muchas las leyes referidas a las PcD que conviven con otras de mayor anclaje jurídico, contenidas, como vimos, en el CC, las que descansan en un paradigma del siglo XIX que niega verdadera autonomía a las PcD.

Como analizaré en este trabajo, el desafío que Chile enfrenta es la implementación de un marco normativo que promueva la vida independiente en comunidad de las PcD, en el contexto de un Estado democrático de Derecho, mediante la construcción de sistemas de apoyo y salvaguardas al ejercicio de su capacidad jurídica respetuosos de su voluntad, deseos y preferencias.

Las últimas leyes dictadas y jurisprudencia reciente -que más adelante comento- evidencian una positiva pero aún tímida evolución en la recepción del modelo de la CDPCD; es de esperar que el proceso constituyente que el país está desarrollando contribuya decididamente al desarrollo social y jurídico de tal estándar.

En efecto, hacia el final de este trabajo describiré algunos de los elementos relacionados con la protección de las PcD que están presentes en el trabajo de la Convención Constitucional instalada el año 2021 en el país. Antes, revisaré la regulación civil de la discapacidad (II); las barreras legales para el ejercicio de la capacidad jurídica de las PcD (III); la evolución legislativa y jurisprudencial frente a los estándares internacionales (IV); para finalizar con algunas conclusiones (V).

3 Ratificada por Chile el año 2008. Decreto n° 201, publicado en el Diario Oficial el 17 de septiembre de 2008.

4 Así, el art..3 de integra al ordenamiento jurídico nacional el principio de vida independiente, entendiéndolo como el estado que permite a una persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma y participar activamente en la comunidad, en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

II. REGULACIÓN CIVIL DE LA DISCAPACIDAD.

Como indiqué anteriormente, no existe en Chile una regulación legal específica sobre la capacidad jurídica de las PcD. Más bien, el CC -en especial sus arts. 1445, 1446, 1447 y 456-, ha servido de sustento para la construcción de un modelo de atribución directa de incapacidad y de sustitución de la voluntad de las PcD.

El incapaz absoluto -demente, impúber, y sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente- carece de voluntad o no puede expresarla (art. 1447 inciso 1° CC). La sanción a sus actuaciones es la nulidad absoluta (art. 1682 inciso 2° CC). La incapacidad relativa, en cambio, la padecen ciertas personas a las que la ley presta especial protección, impidiéndoles actuar sin el ministerio o autorización de otras; son el menor adulto y el pródigo interdicto (art. 1447 inciso 2°).

De entre estas personas consideradas incapaces jurídicamente, interesa, a efectos de este trabajo, mencionar al "sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente" y a los "dementes". Adicionalmente, las personas ciegas presentan algunas incapacidades particulares en la ley civil, que analizaré brevemente.

1. El "sordo o sordomudo que no pueden darse a entender claramente".

Hasta el año 2003, el art. 1447 inciso 1° CC se refería a los sordomudos que no pudieran darse a entender por escrito. La Ley nº 19.904, del año 2003,[5] distinguió sordos de sordomudos, incluyendo a ambos dentro de la incapacidad absoluta, aunque eliminando la exigencia de darse a entender por escrito.

Con ello, se reconoció plena capacidad jurídica a las personas sordas o sordomudas que utilizan, entre otros mecanismos para darse a entender claramente, la lengua de señas. No obstante, subsisten algunas incapacidades especiales que afectan a personas sordas o mudas. Ambas son incapaces de ser testigos de un testamento solemne otorgado en Chile (art. 1012 inciso 1° nºs 6 y 7 CC) y de testar en Chile mediante testamento cerrado (art. 1024 CC).

Por su parte, el art. 1005 inciso 1° nº 5 CC establece que no son hábiles para testar los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad claramente. A este respecto, se ha señalado que ello no implica revivir la incapacidad del sordomudo que no puede darse a entender por escrito, aunque sí

5 Modifica los arts. 1447 del Código Civil y 4° de la Ley de Matrimonio Civil, Respecto de las Causales de Incapacidad que Afectan a los Sordomudos que No Pueden Darse a Entender por Escrito y a Aquellos Que de Palabra o Por Escrito No Pudieren Expresar Su Voluntad Claramente.

alcanza a toda persona analfabeta.[6] Además, las personas mudas son incapaces de ejercer tutela o curaduría (art. 497 inciso 1° n°2 CC).

Finalmente, las personas sordas o sordomudas pueden, como desarrollaré mas adelante, quedar sujetas a una curaduría general.

2. El "demente".

La noción de "demencia" no es unívoca; presenta distintas acepciones conforme a la disciplina que la utilice. Así, el Plan Nacional de Demencia de 2017[7] chileno señala que es una condición adquirida y crónica, caracterizada por un deterioro de diversas funciones cerebrales, sin distinción de sexo, que se acompaña de síntomas cognitivos, psicológicos y cambios conductuales.

En el ámbito jurídico, los conceptos de "demente" y de "demencia" son ambiguos. Claro Solar[8] señalaba que la ley designa con la palabra "dementes" a "toda persona que por el trastorno de sus facultades mentales o la privación constante o momentánea de su razón se halla impedida de tener la libre voluntad de obligarse, no discierne, ni puede asumir la responsabilidad de sus actos".

Corral Talciani,[9] más recientemente, ubica a la "demencia" en dos contextos distintos: "la expresión 'demencia' en el contexto de las normas relativas a la interdicción se debe entender en el sentido abierto, no técnico y amplio propiciado desde antiguo por la doctrina, y hoy configurado dentro del concepto genérico de la discapacidad mental". En cambio, en otros contextos distintos de la interdicción, la demencia "debe ser entendida en el concepto más preciso de privación actual de la razón. Por ello, en estos casos, no se considerará demente al discapacitado mental sino únicamente a aquel que en el momento de realizar la conducta descrita por la ley estaba privado de razón o del entendimiento necesario para determinar sus actos".

Es de señalar que existen en Chile leyes que contemplan denominaciones y tratamientos discriminatorios y estigmatizadores respecto de un especial grupo de PcD.[10] Se trata de personas con ciertas condiciones psíquicas y/o intelectuales

6 *Cfr.* Barcia Lehmann, R.: *Lecciones de Derecho Civil chileno*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2007, p.76.

7 Ministerio de Salud: *Plan Nacional de Demencia*, p.11. Disponible en http://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/11/PLAN-DE-DEMENCIA.pdf2017 [fecha consulta: 28.12.2021].

8 Claro Solar, L.: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo XI, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1979, p. 27.

9 Corral Talciani, H.: "Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína", *Revista de Derecho*, vol. XXIV, núm. 2, 2011, p. 49.

10 Para un análisis crítico en la materia, ver Silva Barroilhet, P.: *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017.

de largo plazo que, al interactuar con su entorno, y producto de las barreras existentes, se encuentran en situación de discapacidad.

En efecto, la PcD intelectual, cognitiva y/o psicosocial[11] se encuentra en una situación doblemente especial. Su discapacidad puede ser inaparente (a diferencia de alguna discapacidad física), lo que impide brindar el apoyo pertinente con facilidad. En segundo lugar, deben luchar por derribar distintas barreras en el ejercicio de su capacidad jurídica, partiendo por el hecho de que, bajo la legislación civil, se les pueda considerar como incapaces absolutos si se entendiera que son "dementes" y, así, eventualmente, declarárseles en interdicción por demencia.

Las prácticas judiciales como forenses dan cuenta de una equiparación entre discapacidad intelectual con la "demencia". En otras palabras, se consideraría a las PcD intelectual como "dementes" o "locas" en términos jurídicos, con la consecuente calificación de incapacidad jurídica absoluta; y de dicha calificación se seguiría su falta de responsabilidad penal[12] y civil.[13]

Una práctica notarial frecuente ha sido denunciada en los últimos años; se trata de la exigencia del llamado "certificados de lucidez". Y, particularmente repudiada, cuando a inicios del año 2021, una mujer de 76 años, que aseguraba estar en pleno uso de sus facultades mentales, concurrió junto a su marido, de 81 años, también en pleno uso de sus facultades mentales, a una notaría de la ciudad de Santiago, para firmar una escritura de compraventa de un inmueble; al retirarse, una funcionaria comunicó a la pareja que debían acompañar tal certificado, exigido para mayores de 75 años, a objeto de que la firma tuviera validez.[14]

Esta exigencia se realiza por muchas notarías respecto de actos o contratos de naturaleza patrimonial importante -que involucren el otorgamiento de mandatos, pagarés o letras de cambio, por ejemplo- mientras no se les exhiba un certificado otorgado por un psiquiatra, neurólogo o geriatra que acredite que la persona otorgante está en pleno uso de sus facultades mentales.

11 En adelante, al referir a las PcD intelectual se entienden comprendidas las PcD cognitiva y/o psicosocial.

12 Art. 10 nº1 del Código Penal: "Están exentos de responsabilidad criminal: 1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón." Conforme al art. 459 del Código Procesal Penal, el sujeto inimputable por enajenación mental deberá ejercer sus derechos mediante un curador ad litem designado al efecto.

13 Art. 2319 inciso 1° CC: "No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia."

14 *Cfr.* https://www.ciperchile.cl/2021/03/10/peticion-de-certificado-de-lucidez-una-agresion-a-la-dignidad-de-las-personas-mayores/[fecha consulta: 28.12.2021]. Tras denunciarse esta situación, el Ministro de Justicia solicitó a la Corte Suprema que imparta instrucciones generales acerca de la procedencia, condiciones o improcedencia de estos certificados médicos.

En efecto, en opinión de Corral,[15] si bien los notarios señalan que están protegiendo a las personas adultas mayores para evitar que sean víctimas de actos de despojo de su patrimonio por parte de parientes o extraños que los presionan e inducen a celebrar compraventas, sociedades u otros negocios jurídicos, sin estar conscientes del perjuicio que experimentan, lo cierto es que con esta práctica los notarios se protegen a sí mismos por las posibles demandas de responsabilidad civil que interpongan otros parientes que hayan sido víctimas de estos actos perjudiciales o de los mismos representantes legales de estos adultos mayores.

Finalmente, como desarrollaré más adelante, la persona considerada "demente" puede quedar sujeta a una curaduría general.

3. La persona ciega.

La persona ciega es incapaz de testar de forma cerrada (art. 1019 CC); no puede ser testigo de un testamento solemne otorgado en Chile (art. 1012 inciso 1° n° 5 CC); y no puede ejercer tutela o curaduría (art. 497 inciso 1° n° 1 CC). A diferencia de las personas sordas o sordomudas o las personas consideradas "dementes", no queda sujeta a curaduría por encontrarse en esa situación de discapacidad.

4. Las curadurías.

Las normas generales respecto a la capacidad jurídica descritas al inicio de este trabajo se encuentran complementadas por un sistema de declaración de interdicción y regulación de las curadurías contenido en los Títulos XXV y XXVI del Libro I del CC. Se trata de las "Reglas especiales relativas a la curaduría del demente" y las "Reglas especiales relativas a la curaduría del sordo o sordomudo", respectivamente.

La Corte de Apelaciones de Santiago, el 5 de noviembre de 2015,[16] señaló que las curatelas son "cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, de lo cual se sigue que la intención del legislador fue proteger a tales personas de los peligros a que se hallan expuestos en razón de su condición, particularmente en lo que concierne a su manejo personal y a la administración de sus bienes."

Conforme al art. 13 de la Ley de Inclusión, la discapacidad se califica y certifica por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez. La calificación y la certificación de la discapacidad son actos administrativos que permiten la inscripción en el

15 *Cfr.* Corral Talciani, H.: "Certificados de lucidez: ¿protección o discriminación?", *El Mercurio Legal*, 16 de noviembre de 2021.

16 Sentencia rol n° 9316-15, considerando 2.

Registro Nacional de la Discapacidad, facilitando el acceso a las políticas públicas. En todo caso, la PcD se encuentra en situación de discapacidad aunque no cuente con esta calificación y certificación ni esté inscrita en tal Registro.[17]

A) Curaduría del "sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente".

La declaración de esta curaduría inhabilita al "sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente" para administrar sus bienes. El art. 469 CC, modificado por la citada Ley nº 19.904, del año 2003, establece que la curaduría del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente y ha llegado a la pubertad puede ser testamentaria, legítima o dativa.

Conforme a los arts. 470 y 457 del CC, el padre o madre que ejerce la patria potestad puede seguir cuidando la persona del hijo sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente; pero una vez que éste alcanza la mayoría de edad debe solicitarse su interdicción.

De acuerdo a los arts. 470 y 462 del CC, esta curaduría (denominada "legítima") se deferirá: 1º Al cónyuge no separado judicialmente del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente; 2º A sus descendientes; 3º A sus ascendientes; 4º A sus hermanos; y 5º A otros colaterales hasta en el cuarto grado. El juez elegirá en cada clase de las designadas en los números 2º, 3º, 4º y 5º, la persona o personas que más idóneas le parecieren y, a falta de todas las personas antedichas, tendrá lugar la curaduría dativa.

Ahora bien, la protección que el CC otorga a esta persona una vez que es declarada interdicta es, como se verá a continuación, de carácter patrimonial y personal.

Primero, los frutos de los bienes del sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente y, en caso necesario y con autorización judicial, los capitales, se emplearán especialmente en aliviar su condición y en procurarle la educación conveniente (art. 471 CC).

Luego, la falta de socorro al sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente, que por parte de un ascendiente o descendiente que, siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrara un tutor o curador, y permaneció en esta omisión un año entero, constituye una indignidad para suceder (art. 970 inciso 7º CC).

17 *Cfr.* Agüero San Juan, C. y otros: *Las personas*, cit., pp.131 y 132.

En tercer lugar, a favor del sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente opera la suspensión de la prescripción adquisitiva ordinaria (art. 2509 inciso 2° nº 1 CC).

Finalmente, la persona sorda o sordomuda que no pueda darse a entender claramente que ha sido declarada interdicta, puede ser rehabilitada, siempre que: 1° Se haya hecho capaz de darse a entender claramente; 2° Haya solicitado por sí la rehabilitación; 3° Tuviere la suficiente inteligencia para la administración de sus bienes, sobre los cuales tomará el juez los informes pertinentes (art. 472 CC).

B) Curaduría del "demente".

Esta curaduría permite la sustitución total de la voluntad de la PcD intelectual por parte de su curador, quien la representará en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y que puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones (art. 390 CC). La PcD intelectual considerada "demente" podrá entonces ser privada de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos (art. 456 CC), recayendo la administración en un curador general (art. 340 del CC) que es designado conforme a la prelación contenida en el citado art. 462 CC (curaduría legítima).

Tres son los requisitos para declarar la interdicción por demencia:[18] que el sujeto sea demente; que sea adulto o menor adulto; y que la demencia exista en un estado de habitualidad, aun cuando se observen intervalos de lucidez.[19]

En cuanto a la protección que el CC otorga al "demente", se encuentra el no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o cause peligro o notable incomodidad a otros (art. 466 CC).[20] Los frutos de sus bienes, y en caso necesario, y con autorización judicial, los capitales, se emplearán principalmente en aliviar su condición y en procurar su restablecimiento (art. 467 inciso 1° CC). Y goza también de la protección antes referida de los arts. 970 inciso 7° y 2509 inciso 2° nº 1 CC.

En términos procesales, los Juzgados Civiles conocen de la interdicción por demencia mediante un procedimiento de carácter contencioso que se sustancia conforme al juicio ordinario del Libro II del Código de Procedimiento Civil; pero

18 *Cfr.* Barcia Lehmann, R.: *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago de Chile, Thomson Reuters Puntolex, 2011, p. 546.

19 Se afirma que a la época de la dictación del Código no existían conocimientos científicos suficientes como para verificar la existencia de los intervalos lúcidos "que hoy la ciencia moderna considera inexistentes". López Díaz, C.: *Tratado de Derecho de Familia,* Santiago de Chile, Digesto, 2016, pp. 663-664.

20 Utilizando términos especialmente degradantes, esta norma agrega que "ni podrá ser trasladado a una casa de locos, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador, o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas."

existe, además, un procedimiento voluntario para la designación de este curador, del que también conocen los Juzgados Civiles, consagrado en el art. 4 de la Ley nº 18.600, del año 1987, que Establece Normas Sobre Deficientes Mentales.

Estos procedimientos no establecen mecanismos adecuados de defensa y representación de la PcD intelectual, pudiendo imponerse, sin garantías sustanciales, la designación de este representante.[21] Y, a mayor abundamiento, el art. 18 bis de la mencionada Ley nº 18.600 contempla un procedimiento administrativo que permite obtener de pleno Derecho la curaduría provisoria de los bienes de una PcD, sin previa declaración de interdicción, es decir, sin intervención judicial.

Finalmente, el "demente" podrá ser rehabilitado para la administración de sus bienes si apareciere que ha recobrado permanentemente la razón; y podrá también ser inhabilitado de nuevo con justa causa (art. 468 CC).

III. BARRERAS LEGALES PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PCD.

El Servicio Nacional de la Discapacidad -en adelante, SENADIS- ha informado que las consultas ciudadanas más recurrentes ingresadas a su Departamento de Defensoría de la Inclusión se relacionan con la discriminación en razón de la discapacidad y con la accesibilidad como una medida de acción positiva para garantizar la igualdad de oportunidades de las PcD; enfatizando que el reconocimiento de su capacidad jurídica se erige como piedra angular para garantizar no sólo la titularidad de derechos, sino también su efectivo ejercicio.[22] Así, como se verá, las barreras jurídicas que las PcD deben sortear en el desarrollo de sus vidas se presentan en distintos ámbitos.

1. Derechos políticos y acceso a ciertos cargos.

En primer lugar, la propia Constitución contiene una seria limitación del derecho a sufragio de ciertas PcD: establece que se suspende tal derecho por interdicción en caso de demencia, cuestión que es fuertemente criticada en doctrina.[23]

21 El siguiente trabajo contiene un análisis crítico de estos procedimientos: Lathrop Gómez, F.: "Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile", *Revista de Derecho*, vol. 22, núm. 1, junio 2019, pp. 117-137.

22 *Cfr.* Departamento de Defensoría de la Inclusión: *Guía de Orientaciones Normativas sobre los Derechos Específicos de las Personas con Discapacidad*, octubre del año 2021, pp.116 y 117. Disponible en https://www.senadis.gob.cl/areas/derecho/documentos [fecha consulta: 28.12.2021].

23 Se trata del art. 16 nº 1. *Vid.* Marshall Barberán, P. y Abollado Vivanco, P.: "El sufragio de las personas con discapacidad intelectual en Chile: análisis crítico", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores): *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp.77-100.

Además, las PcD en general pueden verse impedidas de votar, pues, en caso de duda respecto de la naturaleza de la discapacidad del sufragante, el presidente de la mesa de votación debe consultar a los vocales para adoptar su decisión final.[24]

Por otro lado, existen inhabilidades para ser testigos y peritos que afectan a personas declaradas interdictas por demencia y a personas sordas o sordomudas que no pueden darse a entender claramente.[25]

Finalmente, existe una inhabilidad para ser jueces y notarios que afecta a las personas que se hallaren en interdicción por causa de demencia o prodigalidad.[26] La Ley núm. 20.957, del año 2016,[27] excluyó de esta inhabilidad a personas ciegas, sordas o mudas; no obstante, la ley impediría que una PcD intelectual, eventualmente considerada "demente" y declarada interdicta, ejerza estos cargos.

2. Derecho a la vida familiar.

En primer lugar, la Ley nº 19.947, de 2004, que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, ordena que no podrán contraer matrimonio los que se hallaren privados del uso de razón y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; así como los que carecen de suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio (art. 5º nºs 4 y nº 5); ello permitiría que el Oficial del Registro Civil se niegue a celebrar el matrimonio de una pareja en que uno o ambos contrayentes sean PcD intelectual.[28]

Asimismo, las PcD intelectual, en la medida que sean consideradas "dementes", no podrían otorgar el asenso matrimonial, es decir, el permiso para que un descendiente suyo contraiga tal vínculo (art. 109 inciso 1º CC).

En materia de adopción, la Ley nº 19.620, de 1999, que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, al referirse a las causales de susceptibilidad de adopción y a quiénes pueden adoptar, aluden a la inhabilidad física o moral de ciertas personas para ejercer el cuidado personal del menor de edad; esto daría lugar a discrecionalidades judiciales al momento de determinar tales inhabilidades, pues

24 Art. 67 inciso 3º de la Ley Orgánica Constitucional nº 18.700, de 1988, sobre Votaciones Populares y Escrutinios.

25 Arts. 357 y 413 del Código de Procedimiento Civil, del año 1902.

26 Arts 256 nº 1 y 465 nº 1 del Código Orgánico de Tribunales, del año 1943.

27 Permite que Personas en Situación de Discapacidad Puedan Ser Nombradas en Cargos de Juez o Notario.

28 El art. 29 del Decreto nº 673, de 2004, que Aprueba Normas Reglamentarias Sobre Matrimonio Civil y Registro de Mediadores establece que: "Si resulta evidente que el matrimonio no cumple con alguno de los requisitos exigidos por la ley, el Oficial Civil denegará la inscripción. De la negativa, se podrá reclamar ante la respectiva Corte de Apelaciones."

las personas a adoptar deben ser evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos (arts. 12 inciso 11 nº1 y 20 inciso 1º);

Finalmente, en materias de filiación, la persona interdicta por demencia o sordomudez no puede repudiar el reconocimiento que se haya hecho de ella como hijo sino solo mediante curador con autorización judicial (art. 191 inciso 2º CC).[29]

3. Medidas de seguridad en materia penal.

En materia penal existe un procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad respecto del "enajenado mental que hubiere cometido un hecho típico y antijurídico", que será procedente cuando exista riesgo para sí o para terceros (art. 455 del Código Procesal Penal -en adelante, CPP). Las medidas contempladas son la internación en un establecimiento psiquiátrico y la custodia y tratamiento de la persona en cuestión; y sólo podrán durar mientras subsistan las condiciones que las hubieren hecho necesarias (arts. 457 y 481 del CPP).

Distintas situaciones pueden afectar a una persona en conflicto con la justicia penal y que tiene una condición, eventualmente de discapacidad, que puede derivar en su declaración de inimputabilidad. Puede ser que esta condición sea previa o coexistente con la ocurrencia de los hechos, en cuyo caso el Ministerio Público podrá desde un principio considerar la necesidad de evaluación psiquiátrica del imputado para tomar las decisiones del caso. A su vez, es posible que de la investigación misma surjan antecedentes que conduzcan a una eventual situación de inimputabilidad de la persona respecto de la cual se lleva adelante la investigación. Finalmente, puede que durante etapas posteriores (preparación del juicio oral, juicio oral mismo o con posterioridad) el encausado manifieste un estado que exige tal evaluación, lo cual requerirá tanto al Ministerio Público como al tribunal acceder a la evaluación de rigor para determinar la situación procesal; y en el caso del hallarse una sentencia condenatoria dictada y ya en cumplimiento, el juez de garantía deberá favorecer el examen del condenado para resolver que sea sustraído del régimen penitenciario ordinario y se determine a su respecto la internación en un recinto psiquiátrico.[30]

29 *Vid.* Acuña San Martín, M.: "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en sus relaciones de familia", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores): *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp. 295-319.

30 *Cfr.* Abbott Matus, F.: "Personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial y privación o restricción de libertad", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores): *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, p.409.

4. Educación.

Uno de los objetivos de la Política Nacional para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad es el acceso a una educación inclusiva y en igualdad de oportunidades, desde la educación parvularia a la educación superior.[31]

Ello se debe a que las PcD se enfrentan a un sistema educativo que presenta una serie de dificultades. A nivel escolar, existen prácticas de discriminación y selección no superadas por las reformas legales implementadas;[32] incentivos perversos de derivados del mecanismo de subvención diferenciada; instrumentos insuficientes de medición de calidad de la educación; y falta de formación de profesores de educación preferencial, entre otras. A su vez, en la educación superior existen requisitos socio-económicos de acceso a becas que no toman en cuenta los niveles de gastos de las familias con una PcD; mecanismos de admisión y pruebas asociados a carreras que no son pertinentes para las PcD; y no existen apoyos y ajustes razonables suficientes.[33]

Cabe señalar que, a nivel estructural, Chile cuenta con un sistema educativo segmentado para las PcD, en el cual coexisten, por un lado, las escuelas especiales y, por otro, un Programa de Integración Escolar (PIE).[34] Este sistema ha sido considerado como de transición normativa,[35] y se presenta como una alternativa para aquellos estudiantes con necesidades escolares especiales transitorias y permanentes, a fin de que se incorporen a la comunidad escolar regular. [36] Si

31 *Cfr.* Servicio Nacional de la Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social: *Política Nacional Para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad 2013-2020*", 2013, p.17. Disponible en https://www.senadis.gob.cl/descarga/i/1238 [fecha consulta: 28.12.2021]. A fin de materializar dichos objetivos, el SENADIS ha implementado programas focalizados en la inclusión en la educación parvularia, financia proyectos para la inclusión de estudiantes de todos los niveles y modalidades, y provee directamente recursos a las PcD que se encuentran en la educación superior; sin embargo, todos ellos con una acotada efectividad.

32 La Ley nº 20.845, de 2015, De Inclusión Escolar que Regula la Admisión de los y las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartido y Prohíbe el Lucro en Establecimientos Educacionales que Reciben Aportes del Estado, establece un nuevo sistema de admisión eliminando el lucro, la selección y financiamiento compartido. Sin embargo, en su art. 7º septies señala que dicho proceso "no será aplicable a los establecimientos de educación especial diferencial ni a los establecimientos educacionales regulares con proyectos de integración escolar, respecto a sus cupos para niños integrados."

33 *Cfr.* Mesa Técnica de Educación Especial: *Propuestas para avanzar hacia un sistema educativo inclusivo en Chile: Un aporte desde la educación especial*, 2015, p.12. Disponible en https://bibliotecadigital.mineduc.cl/handle/20.500.12365/16993 [fecha consulta: 28.12.2021].

34 *Vid.* Aravena Quiroz, P.: "Apoyos emancipadores y participativos: ruta para lograr la inclusión (educativa) de la infancia con discapacidad intelectual", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores): *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp.321-341.

35 *Cfr.* Mesa Técnica de Educación Especial: *Propuestas*, cit., p.18.

36 La Ley nº 20.370, del año 2009, que establece la Ley General de Educación, señala que constituyen modalidades educativas la educación especial o diferencial. Los estudiantes con "deficiencia mental" cuentan con sus propios planes y programas de educación reglamentados en un Decreto que considera que la atención proporcionada a estos escolares se debe desarrollar en forma individualizada, alejándose de los mecanismos de inclusión transversal. *Cfr.* Decreto Exento nº 87, del año 1990, de Educación, que Aprueba Planes y Programas de Estudio para Personas con Deficiencia Mental.

bien las limitaciones observadas en las escuelas especiales resultan importantes,[37] especialmente cuando se les compara con el modelo propuesto por el PIE, éste último parece estar proveyendo de mejores resultados en el ámbito de la "integración" y no en el de la "inclusión".[38]

5. Salud.

La Ley nº 20.584, del año 2012, que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con las Acciones Vinculadas a su Atención de Salud -en adelante, Ley de Derechos y Deberes del Paciente- establece que la atención que se proporcione a las PcD física o mental deberá regirse por las normas que dicte el Ministerio de Salud, para asegurar que aquella sea oportuna y de igual calidad (art. 2º inciso 2º). A su vez, ordena a los prestadores de salud cuidar que las personas que "adolezcan de alguna discapacidad" puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida (letra a) del art. 5º).[39]

Esta Ley ha sido modificada en los últimos años para cumplir con los estándares internacionales de protección de los derechos de las PcD; no obstante, como comentaré más adelante, subsisten críticas a su respecto.[40]

Así, la Ley de Ley nº 21.168, del año 2019,[41] incorporó al mencionado texto un art. 5º bis, estableciendo que las personas mayores de 60 años y las PcD, así como los cuidadores o cuidadoras, tendrán derecho a ser atendidos preferente y oportunamente por cualquier prestador de acciones de salud, con el fin de facilitar su acceso a dichas acciones (inciso 1º). E incorporó también un Párrafo 9º a la Ley de Derechos y Deberes del Paciente, denominado "De los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual", sobre el cual volveré más adelante.

37 *Cfr.* Ramos Abadie, L. y Muñoz Hardoy, M.: "El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile", *Informe Anual sobre derechos humanos en Chile,* Universidad Diego Portales, 2014, p.466.

38 *Cfr.* Centro de Innovación en Educación de la Fundación Chile: *Análisis de la Implementación de los Programas de Integración Escolar en Establecimientos que han incorporado Estudiantes con Necesidades Educativas Especiales Transitorias*, 2013, pp.27-30. Disponible en https://especial.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/31/2016/08/Resumen_Estudio_ImplementacionPIE_2013.pdf [fecha consulta: 28.12.2021].

39 Más adelante, el art. 29 se refiere específicamente a las personas con discapacidad psíquica o intelectual, radicando en la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales y en las Comisiones Regionales de Protección, la función principal de velar por la protección y defensoría de sus derechos en la atención de salud.

40 Críticas que se extienden también al ámbito de los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos, pues existe una considerable brecha entre la legislación y la CDPCD; si bien se notan ciertos avances en la esterilización quirúrgica forzada de las PcD, por ejemplo, no se superan las categorías y prácticas opresivas para las PcD en el ámbito del ejercicio de tales derechos. *Cfr.* Marshall Barberán, P. y Iuspa Santelices, C.: "Los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad en Chile", en Bezerra de Menezes, J. y otros (coordenadores): *A convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência em aplicação na america latina e seus impactos no direito civil*, Sao Paulo, Editorial Foco, 2021, pp.249-271.

41 Que Modifica la Ley nº 20.584, a Fin de Crear el Derecho a la Atención Preferente.

A su vez, la Ley nº 21.331, del año 2021, del Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Personas en la Atención de Salud Mental -en adelante, Ley de Salud Mental- introdujo nuevas reglas y principios al ordenamiento, así como importantes reformas a la Ley de Derechos y Deberes del Paciente

A) Nuevas reglas y principios.

El art. 3 de la Ley de Salud Mental contempla nueve principios que orientan su aplicación, entre los que destacan: la promoción de la salud mental, con énfasis en los factores determinantes del entorno y los estilos de vida de la población; el respeto al desarrollo de las facultades de niños, niñas y adolescentes, y su derecho a la autonomía progresiva y a preservar y desarrollar su identidad; el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, a la protección de la integridad personal, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a gozar del más alto nivel posible de salud.

Por otro lado, se establece que las personas tienen derecho a ejercer el consentimiento libre e informado respecto a tratamientos o alternativas terapéuticas que les sean propuestos; que se articularán apoyos para la toma de decisiones con el objetivo de resguardar su voluntad y preferencias; y que, complementariamente, podrá designarse a uno o más acompañantes para la toma de decisiones, quienes asistirán a las personas, cuando sea necesario, en la ponderación de las alternativas terapéuticas disponibles para la recuperación de su salud mental (art. 4º).

Cabe destacar que se reconocen, por primera vez en Chile, "derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual y de las personas usuarias de los servicios de salud mental", tales como: el derecho "a participar activamente en su plan de tratamiento, habiendo expresado su consentimiento libre e informado"; el derecho "a recibir tratamiento con la alternativa terapéutica más efectiva y segura y que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria"; el derecho "a que su condición de salud mental no sea considerada inmodificable"; y el derecho "a recibir educación a nivel individual y familiar sobre su condición de salud y sobre las formas de autocuidado, y a ser acompañada durante el proceso de recuperación por sus familiares o por quien la persona libremente designe." (art. 9º).

Finalmente, y respondiendo a la motivación del proyecto de ley original, se establece que el proceso de atención en salud mental debe realizarse preferentemente de forma ambulatoria o con atención domiciliaria. La hospitalización psiquiátrica se entiende como un recurso excepcional y esencialmente transitorio

(art. 5º);[42] y solo se justifica si garantiza un mayor aporte y beneficios terapéuticos en comparación con el resto de las intervenciones posibles, dentro del entorno familiar, comunitario o social de la persona (art. 11).

No obstante lo anterior, lamentablemente, esta Ley de 2021 es criticable en cuanto considera la discapacidad intelectual como una patología, junto a la enfermedad mental, confundiéndola con la discapacidad psíquica; en circunstancias que la discapacidad intelectual no es, bajo ninguna circunstancia y bajo ningún criterio técnico, homologable a esto y a aquello.

En este sentido, la Ley de Salud Mental debió referirse a los derechos de todas las personas bajo tratamientos de salud mental, mencionando a las PcD intelectual como beneficiarias cuando presentan situaciones relacionadas a la salud mental, en igualdad de condiciones que las demás y con apoyos a la toma de decisiones; además, los sistemas de apoyo deben ser analizados y planeados de manera individual y no en forma genérica, como lo hace la mencionada Ley.

Finalmente, no obstante las mejoras introducidas, en algunas de sus normas sigue primando un abordaje médico o terapéutico, y las intervenciones mencionadas ponen el foco en la recuperación, aunque deberían considerar también la prevención.[43]

B) Reformas a la Ley de Derechos y Deberes del Paciente.

En primer lugar, antes la modificación del año 2021, se permitía que las PcD y, particularmente con discapacidades psicosociales, recibieran tratamientos en contra de su voluntad, previo cumplimiento de algunos requisitos; esta norma fue derogada.[44]

En segundo lugar, la normativa modificada resultaba bastante permisiva en lo que respecta a la participación de las PcD en investigaciones científicas. El nuevo texto del art. 28 ha restringido notablemente estas hipótesis; la disposición establece que no se podrá desarrollar investigación biomédica en adultos que no son capaces física o mentalmente de expresar su consentimiento o de los que no es posible conocer su preferencia, a menos que la condición física o mental que impide otorgar el consentimiento informado o expresar su preferencia sea una característica necesaria del grupo investigado; añadiendo que en estos casos no se podrá involucrar en investigación sin consentimiento a una persona cuya condición

42 El art. 26 prohíbe la creación de nuevos establecimientos psiquiátricos asilares o de atención segregada en salud mental.

43 A modo ejemplar, el nuevo inciso 5° del art. 14 de la Ley de Derechos y Deberes del paciente establece: "(…) todo niño, niña y adolescente tiene derecho a recibir información sobre su enfermedad y la forma en que se realizará su tratamiento (...)".

44 Art. 27, derogado.

de salud sea tratable de modo que pueda recobrar su capacidad de consentir (inciso 1º).

No obstante estos avances -y otros que no se mencionan por razones de espacio-, siguen existiendo en la Ley de Derechos y Deberes del Paciente algunas disposiciones criticables. Estas normas, leídas a la luz de los principios que esta Ley establece, son contrarias a su espíritu; pero, considerando que su texto reza de la misma forma, pueden ser interpretadas en sentido contrario.

Es el caso de la norma sobre tratamientos invasivos e irreversibles, como la esterilización o la psicocirugía. La ley contempla que "si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad", el profesional tratante debe contar con el informe favorable del Comité de Ética del establecimiento,[45] sin exigir otro requisito, con lo cual se podría prescindir del consentimiento de la PcD o de su representante. Asimismo, el derecho de las PcD a leer la información de su ficha clínica puede ser negado a criterio del médico tratante conforme al texto vigente.[46]

6. Trabajo y seguridad social.

En esta materia, si bien han existido avances en los últimos años, la inclusión laboral sostenida y sostenible de las PcD constituye un desafío pendiente en el país.[47]

La Ley nº 21.015, del año 2017, que Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral -en adelante, Ley de Inclusión Laboral- estableció un sistema de cuotas reservadas para PcD, obligando a todos los órganos del sector público y a las empresas privadas con 200 o más trabajadores, que reserven un cupo equivalente al 1% del total de sus trabajadores a tales personas.

45 Art. 24.

46 "La reserva de la información que el profesional tratante debe mantener frente al paciente o la restricción al acceso por parte del titular a los contenidos de su ficha clínica, en razón de los efectos negativos que esa información pudiera tener en su estado mental, obliga al profesional a informar al representante legal del paciente o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre, las razones médicas que justifican tal reserva o restricción."

47 "Si bien es cierto que muchas personas con discapacidad han pasado a formar parte del flujo económico como empleados productivos, empresarios de éxito y clientes satisfechos, una parte importante continúa al margen de procesos inclusivos a causa de diversas barreras y prejuicios, entre las que destacan la ignorancia, las actitudes negativas, los entornos inaccesibles y las leyes y políticas insuficientes o mal diseñadas. El trabajo decente para todas las personas es el objetivo principal de la OIT, incluidas aquellas con discapacidad. Trabajo decente significa trabajo productivo, en condiciones de libertad, equidad, dignidad y seguridad humana". Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA) y Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Estudio: factores para la inclusión laboral de las personas con discapacidad*, 2013, p.5. Disponible en https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/06_EstudioFactores.pdf [fecha consulta: 28.12.2021]. *Vid.* Martínez Ulloa, M.: "Vida independiente y derecho al trabajo de las personas con discapacidad intelectual", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores): *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp.351-370.

Además, esta Ley fijó en 26 años la edad límite para celebrar un contrato de aprendizaje con una PcD, asimilándolo al término de la educación especial; y reconoció una acción especial de denuncia de discriminación por causa de discapacidad ante los Juzgados de Policía Local.[48]

Por su parte, si bien el Código del Trabajo, del año 2003, no establece normas expresas para la protección de los trabajadores con discapacidad, la Corte Suprema ha estimado que el procedimiento de tutela laboral permite al trabajador reclamar ante el Juzgado del Trabajo competente si es víctima de cualquier discriminación motivada por razones distintas de la sola "capacidad o idoneidad laboral".[49]

En materia de seguridad social, la Ley nº 20.255, del año 2008, que Establece Reforma Previsional, contempla la pensión básica solidaria de invalidez para las PcD mayores de edad.[50] Asimismo, contempla un subsidio para las "personas con discapacidad mental" menores de 18 años.[51]

No obstante, como señalé, distintas barreras conspiran contra el objetivo de la plena inclusión laboral: la falta de aseguramiento de la calidad en el proceso de aprendizaje, calificación, egreso y pertinencia de programas que garanticen inserción laboral y no solo capacitación laboral; bajos incentivos y ausencia de regulaciones que faciliten y promuevan la contratación, así como de espacios de articulación público-privada sólidas que promuevan la colocación laboral; barreras en los procesos de selección de personal (evaluaciones); remuneraciones inferiores (especialmente a mujeres con discapacidad); y baja cobertura de apoyos económicos y técnicos al trabajo independiente de PcD, entre otras.[52] A su vez, la capacidad para celebrar contratos de trabajo y recibir la remuneración que de él se deriva por sí mismas, depende de si la PcD ha sido declarada o no en interdicción, conforme a la legislación civil comentada más arriba.

48 Art. 57. Además, derogó la norma contenida en el art. 16 de la Ley nº 18.600, del año 1987, que establece Normas sobre Deficientes Mentales, que permitía que la remuneración que la PcD recibía fuera libremente convenida entre las partes, pudiendo ser incluso inferior al ingreso mínimo mensual.

49 Sentencia rol nº 23.808-2014, de 15 de agosto de 2015, considerando 8º.

50 Arts. 16 y siguientes. La declaración de invalidez se efectuará conforme a lo establecido en el art. 4 inciso 1º del Decreto Ley nº 3.500, del año 1980, que Establece Nuevo Sistema de Pensiones, que señala: "Tendrán derecho a pensión de invalidez los afiliados no pensionados por esta ley que, sin cumplir los requisitos de edad para obtener pensión de vejez, y a consecuencia de enfermedad o debilitamiento de sus fuerzas físicas o intelectuales, sufran un menoscabo permanente de su capacidad de trabajo, de acuerdo a lo siguiente: a) Pensión de invalidez total, para afiliados con una pérdida de su capacidad de trabajo, de al menos, dos tercios, y b) Pensión de invalidez parcial, para afiliados con una pérdida de su capacidad de trabajo igual o superior a cincuenta por ciento e inferior a dos tercios (…)".

51 Art. 35.

52 *Cfr.* Comisión Asesora Presidencial: *Propuesta Plan Nacional sobre Inclusión Social de las Personas en Situación de Discapacidad*, abril del año 2016, pp.95-105. Disponible en http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/index.php/informe-propuesta-de-plan-nacional-sobre-inclusion-social-de-personas-en-situacion-de-discapacidad [fecha consulta: 28.12.2021]; Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: *Informe Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: diagnóstico de la situación en Chile*, 2014, p.60. Disponible en https://www.senadis.gob.cl/descarga/i/1675 [fecha consulta: 28.12.2021]; y Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA) y Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Estudio...*, cit., pp.14-15.

IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL FRENTE A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES.

1. Necesidad de adecuación de la legislación chilena.

A diferencia de algunos países de la región -como Argentina, Colombia y Perú-, Chile no ha dado pasos firmes para adecuar su legislación al paradigma de la CDPCD.[53] Así, como he descrito anteriormente, las PcD se ven enfrentadas a barreras legales y a prácticas discriminatorias que atentan contra su dignidad en ámbitos de sus derechos políticos, acceso a ciertos cargos, relaciones familiares, educación, salud y trabajo, entre otros.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recomendó al Estado de Chile adoptar un plan para armonizar plenamente toda su legislación y políticas, incluyendo la Constitución y el CC, para hacerlas compatibles con la CDPCD; promover el modelo de derechos humanos de la discapacidad; derogar toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las PcD adultas; y adoptar medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las PcD. [54]

En este sentido, Marshall[55] plantea la necesidad de actualizar la legislación doméstica con un modelo que solucione adecuadamente la demanda de la CDPCD por igual capacidad jurídica; modelo que debe incluir no solo el goce sino también el ejercicio de derechos; proveer los apoyos necesarios para ello; y considerar las necesidades de cuidado que las PcD experimentan, en la medida que son más susceptibles a abusos, maltratos o discriminación, que el resto de la población.

2. Avances legislativos, constitucionales y jurisprudenciales.

A) Nuevas leyes y proceso constituyente.

Como ha podido apreciarse, en los últimos años se han dictado normas importantes en materia de discapacidad. Así, solo en el año 2021 se publicaron

53 En especial, a los párrafos 1 y 2 de su art. 12. La ratificación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (aprobada por Decreto Supremo nº 162, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 7 de octubre de 2017) agrava la deuda del Estado chileno a tal respecto En particular, lo que establece en cuanto al derecho a la no discriminación por edad (art. 5), al derecho a la independencia y a la autonomía (art. 7) y al derecho a la propiedad que incluye la libre disposición de sus bienes (art. 23).

54 Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Chile, de 18 de abril del año 2016, párrafos 6 y 24.

55 *Cfr.* Marshall Berberán, P.: "El ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile. Derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, nº 247, año LXXXVIII, 2020, p.48.

tres leyes en áreas de salud, trabajo e inclusión social.[56] Por su parte, han existido proyectos de ley encaminados al reconocimiento pleno del ejercicio de la capacidad jurídica de las PcD,[57] pero ellos han quedado en el camino; entre otras razones, porque existe un sector político y jurídico reticente a reemplazar el sistema de incapacidades y curadurías existente en el CC de Bello de 1855, y porque, probablemente, la única forma de satisfacer adecuadamente la demanda por ese mayor reconocimiento de derechos es construir mecanismos legales acordes a la CDPC, con apoyos, salvaguardas y ajustes razonables suficientes, cuestión que se impone como una tarea difícil de abordar a corto plazo sin el respaldo político y social suficiente.

Como se ha indicado,[58] un cambio legal acelerado corre el riesgo de fracasar. En una primera hipótesis, por no ser capaz de convencer de la necesidad de un cambio social al respecto a quienes toman decisiones colectivas, y en ese sentido existen personas que creen de buena fe que la única manera de proteger a las PcD mental, por ejemplo, es a través de la práctica de la incapacitación. En una segunda hipótesis, por correr el riesgo de ser un cambio legal cosmético sin potencial de transformación social.

En mi opinión, el proceso constituyente[59] obligará al legislador a profundizar este proceso de reformas. Así, el 22 de diciembre de 2021 ha sido presentada una Iniciativa Constitucional Constituyente[60] que incluye, entre otros elementos, un mandato al legislador en orden a arbitrar los medios necesarios para identificar y remover las barreras físicas, sociales, culturales, actitudinales, de comunicación y de otra índole que dificulten a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de sus

56 Ley nº 21.303, del año 2021, Modifica la Ley núm. 20.422, que Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, para Promover el Uso de la Lengua de Señas; Ley nº 21.331, del año 2021, del Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Personas en la Atención de Salud Mental; Ley núm. 21.391, de 2021, que Establece Modalidad de Trabajo a Distancia o Teletrabajo para el Cuidado de Niños o Niñas y Personas con Discapacidad, en los Casos que Indica. Poco antes se dictó también la Ley nº 21.168, del año 2019, que Modifica la Ley nº 20.584, a Fin de Crear el Derecho a la Atención Preferente.

57 Los proyectos de ley que han avanzado en el Parlamento son: el que "Elimina la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, consagrando el derecho a su autonomía" (Boletín nº 12441-17) y el "Que restringe gradualmente la capacidad de ejercicio de los adultos mayores con deterioro cognitivo" (Boletín nº 12612-07), ambos presentados el año 2019. Y el 4 de enero del año 2022 fue ingresado el proyecto de ley "que crea un Estatuto de Facilitadores y Asistentes, establece un nuevo procedimiento de interdicción de las personas dementes, y modifica el Código Civil y otros cuerpos legales que indica (Boletín nº 14.783-079).

58 *Cfr.* Marshall Berberán, P.: "El ejercicio", cit., p.47.

59 En octubre del año 2019 se produjo en Chile el estallido social más importante desde la llegada de la democracia en los noventa. Una serie de masivas manifestaciones y graves disturbios originados en la capital, que más tarde se propagarían a lo largo del país, fueron aplacados con brutal represión policial. Este estallido desencadenó el proceso constituyente iniciado el 25 de octubre del año 2020, tras haberse celebrado el plebiscito conforme al cual se ha aprobado -por el 78.27%- redactar una nueva Constitución; labor que realiza hoy la Convención Constitucional, instalada en virtud de Ley nº 21.200, de 24 de diciembre del año 2019, que Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política dela República, incluyendo, por primera vez, paridad entre hombres y mujeres y escaños reservados para los pueblos originarios.

60 Nº 27-4: "Establece derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad". Estas Iniciativas son presentadas por los propios miembros de la Convención Constituyente (155 en total).

derechos; agregando que dicha regulación dispondrá las medidas de accesibilidad, provisión de ajustes razonables, ayudas técnicas y apoyos que serán puestas a disposición de las PcD.

Además, esta propuesta ordena la creación, conforme a la ley, de un sistema nacional a través del cual se elaborarán, coordinarán y ejecutarán las políticas y programas destinadas a atender las necesidades de trabajo, educación, vivienda, salud y cuidado de las PcD; estableciendo que la ley garantizará que la elaboración, ejecución y supervisión de dichos planes y programas cuente con la participación activa y vinculante de las PcD y de las organizaciones que las representan.

B) Jurisprudencia relevante.

A continuación comentaré algunos fallos de tribunales superiores referidos a personas con distintas discapacidades, que han causado revuelo social y jurídico en el país en los últimos años.

Primeramente, el 15 de noviembre del año 2018, la Corte de Apelaciones de Valparaíso[61] rechazó el recurso de apelación contra un auto de prueba dictado por el 5º Juzgado Civil de Valparaíso. La demandante era una persona con *discapacidad visual,* empleada como operadora telefónica del Senado de Chile, a quien sus jefaturas administrativas le sugirieron que trabajara a distancia desde su casa, recomendación que se produjo en un contexto en donde existía mal ambiente de trabajo entre las funcionarias de la central telefónica. En este fallo puede leerse:

"Tamaña medida, que no se determinó respecto de sus colegas de trabajo, implica una diferencia de trato unilateral y desprovista de fundamento objetivo (…)"[62]; y que "(…) Aun si el Senado de la República, corporación llamada en primerísimo lugar a honrar las disposiciones de la Ley 20.422, se hubiera limitado simplemente a recomendar el trabajo a distancia a un funcionario minusválido, igualmente estaría incurso en una práctica discriminatoria, lesiva de su derecho subjetivo a ser incluido socialmente, a que la minusvalía no sea un impedimento para mantener una vida de relación semejante a las personas que disfrutan del pleno goce de sus sentidos, lo que incluye la pretensión de desempeñarse en el lugar oficial de trabajo y no tener que resignarse a una labor en régimen de ostracismo social".[63]

Es importante mencionar que este fallo aplicó la normativa especial referida a la no discriminación. Se trata de la Ley nº 20.609, del año 2012, que Establece Medidas contra la Discriminación, que contempla una acción en favor de las

61 **Rol nº 1578-2018.**

62 **Considerando 7º.**

63 **Considerando 8º.**

personas víctimas de discriminación arbitraria o de una distinción, exclusión o restricción efectuada por agentes del Estado o particulares, fundada, entre otros motivos, en la discapacidad.[64] Esta acción de no discriminación se deduce ante el Juez de Letras competente y su objetivo es dejar sin efecto el acto discriminatorio o la realización del acto omitido, además de la aplicación de una multa de 5 a 50 Unidades Tributarias Mensuales[65] a las personas directamente responsables. Desde julio del año 2012 hasta junio del año 2016, el mayor porcentaje de ingresos en virtud de la mencionada Ley corresponde a demandas fundadas en hechos que consisten una discriminación por enfermedad o discapacidad. [66]

Por otro lado, el 9 de julio de 2021,[67] la Corte de Apelaciones de Talca acogió el recurso de protección interpuesto en contra de un Notario Público de esa ciudad, bajo cuya responsabilidad obró una Notario Suplente, ordenándole pedir disculpas públicas por discriminar al recurrente en razón de su *discapacidad auditiva.* El guardia del recinto le había impedido el ingreso especial para personas con discapacidad; en segundo lugar, una funcionaria le había negado realizar el trámite solicitado debido a su condición; y finalmente, la Notario Suplente le había señalado que no podía comprar un automóvil porque, al no poder comunicarse, calificaba como incapaz absoluto de acuerdo al art. 1447 CC.

La Corte de Apelaciones de Talca señaló "Que, de las normas internacionales y domésticas relacionadas en este fallo, no cabe sino concluir, que la señora Notario Suplente (…) no observó -debiendo hacerlo- las normas referidas, verificándose una discriminación ilegal y arbitraria el día de los hechos, en razón de la discapacidad que padece el recurrente, privándolo de celebrar un contrato de compraventa de un vehículo motorizado, en circunstancias que no consultándose a su respecto, incapacidad legal alguna que se lo impidiera; razón por la cual la acción constitucional en estudio debe ser, necesariamente, acogida (…)".[68]

En tercer lugar, la Corte Suprema, en sentencia de 10 de octubre de 2019,[69] resolvió una acción de no discriminación interpuesta por una persona con *discapacidad física* derivada de una parálisis cerebral motora. El año 2015, el

64 Como señalé, la Ley de Inclusión establece también una acción a favor de toda persona que por causa de una acción u omisión arbitraria o ilegal sufra amenaza, perturbación o privación en el ejercicio de los derechos que consagra; pudiendo concurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, ante el Juez de Policía Local competente de su domicilio para que adopte las providencias necesarias para asegurar y restablecer el derecho afectado. El que fuere sancionado como autor de un acto u omisión arbitrario o ilegal pagará una multa de 10 a 120 unidades tributarias mensuales (600 a 7.200 dólares americanos).

65 Equivalente a una multa de 300 a 3000 dólares americanos.

66 *Cfr.* Dirección de Estudios de la Corte Suprema: *Análisis Estadístico de la Ley 20.609: Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia*, 2017, p.29. Disponible en decs.pjud.cl/documentos/descargas/Articulo_An__lisis_Estad__stico_de_la_Ley_20_609.pdf. [fecha consulta: 28.12.2021].

67 Rol nº 254-2021/Protección.

68 Considerando 9°.

69 Rol nº 8034-18.

demandante se había matriculado en una academia de actuación, informándosele luego que se había rechazado su incorporación debido a su discapacidad. El demandante interpuso una primera acción de no discriminación, la que fue acogida; sin embargo, al año siguiente se le comunicó nuevamente la imposibilidad de proseguir sus estudios por haber reprobado un curso, ante lo cual interpuso una segunda acción, la que también fue acogida por el 17° Juzgado Civil de Santiago. Sin embargo, resolviéndose la apelación interpuesta por la academia, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó lo resuelto, desestimando la demanda.

Así, al conocer de la casación interpuesta por el demandante contra la sentencia de apelación, y aplicando la CDPCD, la Corte Suprema resolvió acogiendo la acción: "en el caso de autos la acción discriminatoria dice relación con la negativa de la Academia a ajustar sus métodos de evaluación a las personas con discapacidad que cursen sus talleres, es claro que si el actor fue admitido sabiendo su discapacidad para cursar el taller inicial debió su evaluación ser ajustada a sus reales capacidades para poder aprobar ese módulo del taller y en consecuencia ser admitido al taller siguiente, dichos ajustes no serían en este caso una carga desproporcionada para la demandada."[70]

Finalmente, en materia de *discapacidad intelectual,* la Corte Suprema, en sentencia de 12 de junio de 2020,[71] acogió un recurso de apelación interpuesto contra un fallo que, a su vez, había rechazado un recurso de protección, estableciendo que el actuar discriminatorio e infundado de la parte recurrida afectó las garantías de igualdad ante la ley y derecho de propiedad del recurrente.

El padre de un hijo con síndrome de Down, diagnosticado el año 2015, había solicitado a una compañía de seguros de salud la incorporación de tal hijo al contrato respectivo, consignando en la declaración de salud que el mismo tenía asma alérgica e hipotiroidismo. La compañía aceptó tal solicitud, excluyendo de la cobertura las enfermedades informadas; sin embargo, al solicitarse el reembolso de gastos por 8 sesiones de masoterapia, 4 de reeducación motriz, 4 de técnicas de facilitación y/o inhibición y 4 de rehabilitación del habla, la aseguradora señaló que no se cubrirían pues las "malformaciones y/o patologías congénitas diagnosticadas (…) antes de la contratación de la póliza" no tenían cobertura.

En una decisión histórica, la Corte Suprema señaló que "(…) un individuo con síndrome de Down no puede ser calificado como enfermo, toda vez que su condición es una diferenciación en su conformación genética que da lugar a una variante más dentro de la diversidad natural y propia de la naturaleza humana, pero que en caso alguno lo puede situar en la categoría de lo patológico ni menos

70 Considerando 11°.

71 Rol n° 38.834-2019.

aún en una posición de menoscabo de su dignidad (…)," ordenando efectuar los reembolsos respectivos.[72]

V. CONCLUSIONES.

En este trabajo referí distintas leyes recientes, así como jurisprudencia destacada de nuestros tribunales superiores, que tienden a proteger y promover el respeto de los derechos de las PcD. Ambos elementos dan cuenta de una progresiva toma de conciencia social y política de las barreras legales, culturales, actitudinales y de toda índole que lesionan gravemente la dignidad de las PcD. Como señalé, el estallido social vivido en octubre del año 2019, que desencadenó el proceso constituyente que el país está desarrollando, ha puesto de relieve la necesidad de protección jurídica y social de las personas más vulnerables, como son las PcD.

Como se ha puesto de manifiesto, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las PcD, en igualdad de condiciones que las demás personas, se erige como piedra angular para la consecución de estos objetivos. Así, el Estado chileno debe reemplazar el actual modelo de sustitución de voluntad por uno que respete la dignidad de las PcD; en este sentido, el desafío para el Derecho Civil radica en recepcionar la CDPCD, redefiniendo las reglas sobre capacidad en varios sentidos.

En primer lugar, reconociendo que las personas son todas capaces pero que más bien pueden no tener la misma competencia que otras para realizar determinados actos.[73]

En segundo lugar, reformulando las reglas sobre capacidad absoluta y relativa en el sentido de que la declaración de incapacidad jurídica sea flexible tanto en cuanto al tipo de acto que se quiera prevenir como en cuanto al tiempo que tal restricción de la capacidad abarque.

Ambas tareas implican la creación e implementación de un sistema de apoyos tanto formales (jurídicos) como informales para la toma de decisiones. Este sistema debe contar con salvaguardas que permitan proteger a las PcD frente a posibles abusos en el ejercicio de sus derechos e intereses y respecto a su persona y sus bienes.

72 Considerando 7°.

73 Considerando que la capacidad jurídica es el derecho a celebrar actos jurídicos y a que estos produzcan efectos conforme a las decisiones y motivaciones personales del sujeto. *Cfr.* Bach, M.: *The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities: key concepts and directions from law reform*, Toronto, Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009, pp.2-3.

Finalmente, la existencia de este sistema de apoyos requerirá el reconocimiento y regulación de los cuidados que estas personas pueden necesitar, así como de los sujetos -familiares o terceros- que los desempeñen.

BIBLIOGRAFÍA

Abbott Matus, F.: "Personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial y privación o restricción de libertad", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores), *Discapacidad Intelectual y Derecho,* Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp.399-417.

Acuña San Martín, M.: "Los derechos de las personas con discapacidad intelectual en sus relaciones de familia", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores), *Discapacidad Intelectual y Derecho,* Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp.295-319.

Agüero San Juan, C. y otros: *Las personas con discapacidad en el razonamiento judicial,* Santiago de Chile, Academia Judicial de Chile, 2020.

Aravena Quiroz, P.: "Apoyos emancipadores y participativos: ruta para lograr la inclusión (educativa) de la infancia con discapacidad intelectual", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores)*, Discapacidad Intelectual y Derecho,* Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp.321-341.

Bach, M.: *The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities: key concepts and directions from law reform,* Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), Toronto, 2009.

Barcia Lehmann, R.: *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago de Chile, Thomson Reuters Puntolex, 2011.

Barcia Lehmann, R.: *Lecciones de Derecho Civil chileno,* Tomo I**,** Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2007.

Centro de Innovación en Educación de la Fundación Chile: *Análisis de la Implementación de los Programas de Integración Escolar en Establecimientos que han incorporado Estudiantes con Necesidades Educativas Especiales Transitorias,* 2013. Disponible en https://especial.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/31/2016/08/Resumen_Estudio_ImplementacionPIE_2013.pdf [fecha consulta: 28.12.2021].

Claro Solar, L.: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado,* Tomo XI, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1979.

Comisión Asesora Presidencial: *Propuesta Plan Nacional sobre Inclusión Social de las Personas en Situación de Discapacidad,* abril del año 2016. Disponible en: http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/index.php/informe-propuesta-de-plan-nacional-sobre-inclusion-social-de-personas-en-situacion-de-discapacidad [fecha consulta: 28.12.2021].

Corral Talciani, H.: "Certificados de lucidez: ¿protección o discriminación?", *El Mercurio Legal,* 16 de noviembre de 2021.

Corral Talciani, H.: "Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína", *Revista de Derecho,* vol. XXIV, núm. 2, 2011, pp.31-64.

Departamento de Defensoría de la Inclusión: *Guía de Orientaciones Normativas sobre los Derechos Específicos de las Personas con Discapacidad,* octubre del año 2021. Disponible en https://www.senadis.gob.cl/areas/derecho/documentos [fecha consulta: 28.12.2021].

Dirección de Estudios de la Corte Suprema: *Análisis Estadístico de la Ley 20.609: Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia,* 2017. Disponible en decs.pjud.cl/documentos/descargas/Articulo_An__lisis_Estad__stico_de_la_Ley_20_609.pdf. [fecha consulta: 28.12.2021].

Lathrop Gómez, F.: "Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile", *Revista de Derecho,* vol. 22, núm. 1, junio 2019, pp. 117-137.

López Díaz, C.: *Tratado de Derecho de Familia,* Santiago de Chile, Digesto, 2016.

Marshall Berberán, P. y Abollado Vivanco, P.: "El sufragio de las personas con discapacidad intelectual en Chile: análisis crítico", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores), *Discapacidad Intelectual y Derecho,* Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp.77-100.

Marshall Berberán, P. y Iuspa Santelices, C.: "Los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad en Chile", en Bezerra de Menezes, J. y otros (coordenadores), *A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em Aplicação na America Latina e seus Impactos no Direito Civil,* Sao Paulo, Editorial Foco, 2021, pp.249-271.

Marshall Berberán, P.: "El ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile. Derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción,* nº 247, año LXXXVIII, 2020, pp. 45-81.

Martínez Ulloa, M.: "Vida independiente y derecho al trabajo de las personas con discapacidad intelectual", en Espejo Yaksic, N. y Lathrop Gómez, F. (coordinadores), *Discapacidad Intelectual y Derecho,* Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp.351-370.

Mesa Técnica de Educación Especial: *Propuestas para avanzar hacia un sistema educativo inclusivo en Chile: Un aporte desde la educación especial,* 2015. Disponible

en https://bibliotecadigital.mineduc.cl/handle/20.500.12365/16993 [fecha consulta: 28.12.2021].

Ministerio de Salud: *Plan Nacional de Demencia,* 2017. Disponible en http://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/11/PLAN-DE-DEMENCIA.pdf2017 [fecha consulta: 28.12.2021].

Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental*: Informe Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: diagnóstico de la situación en Chile,* 2014. Disponible en https://www.senadis.gob.cl/descarga/i/1675 [fecha consulta: 28.12.2021].

Ramos Abadie, L. y Muñoz Hardoy, M.: "El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile", *Informe Anual sobre derechos humanos en Chile,* Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2014, pp.449-475.

Servicio Nacional de la Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social: *Política Nacional Para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad 2013-2020,* 2013. Disponible en https://www.senadis.gob.cl/descarga/i/1238 [fecha consulta: 28.12.2021].

Silva Barroilhet, P.: *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual,* Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017.

Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA) y Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Estudio: factores para la inclusión laboral de las personas con discapacidad,* 2013. Disponible en https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/06_EstudioFactores.pdf [fecha consulta: 28.12.2021].

LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES EN DROIT FRANÇAIS

THE PROTECTION OF VULNERABLE PERSONS IN FRENCH LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 260-301

Eric FONGARO

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: En droit français, de nombreuses branches du droit s'intéressent à la vulnérabilité. Lorsqu'une personne apparaît comme étant vulnérable, ou bien lorsqu'une situation permet de caractériser une vulnérabilité, le droit tend à assurer la protection de la personne. Le droit des personnes illustre le mieux la façon dont le droit traite de la vulnérabilité. Celui-ci attache une importance toute particulière aux mineurs et aux majeurs dont les facultés personnelles se trouvent altérées. Le droit français, à l'égard du mineur, a institué des organes de protection chargés de veiller à la sauvegarde, tant physique que matérielle de l'enfant. C'est ainsi que les parents se trouvent investis de l'autorité parentale et de l'administration légale. Certains enfants peuvent aussi être protégés au moyen d'une mesure de tutelle. En ce qui concerne la condition juridique des majeurs protégés, le droit positif français est le fruit d'une longue évolution. La dernière réforme importante a été la loi núm 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Même si la loi du 5 mars 2007 a pour objet la protection des majeurs, le texte constitue une réforme d'ensemble, produisant également des incidences sur la protection des mineurs.

PALABRAS CLAVE: Mineurs; majeurs protégés; vulnérabilité; protection.

ABSTRACT: *n French law, many branches of law are concerned with vulnerability. When a person appears to be vulnerable, or when a situation makes it possible to characterise vulnerability, the law tends to ensure the protection of the person. The law of persons best illustrates how the law deals with vulnerability. It attaches particular importance to minors and adults whose personal faculties are impaired. French law has set up protective bodies to ensure that minors are protected, both physically and materially. This is how parents are vested with parental authority and legal administration. Some children may also be protected by means of a guardianship measure. As regards the legal status of protected adults, French positive law is the result of a long evolution. The last major reform was Law No. 2007-308 of 5 March 2007 reforming the legal protection of adults. Although the purpose of the Act of 5 March 2007 is the protection of adults, the text constitutes a comprehensive reform, also having an impact on the protection of minors.*

KEY WORDS: *Minors; protected adults; vulnerability; protection.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN; II. LA PROTECTION DES MINEURS.- 1. L'administration légale.- 2. La tutelle.- III. LA PROTECTION DES MAJEURS.- 1. Le mandat de protection future.- 2. L'habilitation familiale.- 3. Les mesures de protection judiciaires.

I. INTRODUCTION.

Aujourd'hui, de nombreuses branches du droit, au sein du système juridique français, consacrent des dispositions à la vulnérabilité. Celles-ci portent non seulement sur les personnes, mais également sur les choses.

En ce qui concerne les choses, à titre d'exemple, le Code de l'environnement appréhende les " zones vulnérables " (art. R. 211-77). Celles-ci constituent des lieux exposés à certains types de pollution. Autre exemple, le Code de la défense se préoccupe " des systèmes d'informations vulnérables " (art. L. 2321-3).

Cependant, se sont surtout les personnes que le droit français tend à protéger au travers de la notion de vulnérabilité. La notion se retrouve dans différents codes français. Les articles R. 213-4 et R. 412-6 du Code de la route évoquent la situation des " usagers vulnérables ". Sans employer le terme même de vulnérabilité, le chapitre IV du titre II du livre V du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile traite des personnes bénéficiaires d'une " protection " internationale. Plus avant, même si certaines branches du droit ne visent pas expressément les personnes vulnérables, la vulnérabilité se trouve au cœur des préoccupations du législateur dans des situations faisant apparaître une forme d'asymétrie entre les personnes concernées. Tel est le cas en droit du travail, en droit de la consommation, en droit bancaire, en droit des assurances, ou encore en droit pénal…

En toute hypothèse, lorsqu'une personne apparaît comme étant vulnérable, ou bien lorsqu'une situation permet de caractériser une vulnérabilité, le droit tend à assurer la protection de la personne. A cet égard, c'est bien évidemment le droit des personnes qui illustre le mieux la façon dont le droit traite de la vulnérabilité. Celui-ci attache une importance toute particulière aux mineurs et aux majeurs dont les facultés personnelles se trouvent altérées.

Pour les mineurs, en droit français, avant l'âge de 18 ans, la personne est considérée comme frappée d'une incapacité générale d'exercice. L'enfant ne peut gérer ni sa personne ni ses biens, ce qui justifie que jusqu'à sa majorité celui-ci soit

• Eric Fongaro
Professeur des universités, Université de Bordeaux, Directeur-adjoint de l'Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine. Co-directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine. Responsable du parcours Droit privé comparé. Responsable pédagogique de l'Executive Master Droit et Gestion Internationale du Patrimoine (Dauphine PSL – JurisCampus). E-mail : eric.fongaro@u-bordaux.fr.

soumis à un régime particulier. Ce n'est qu'en cas d'émancipation, par mariage ou par décision judiciaire, que la période d'incapacité du mineur peut être raccourcie[1].

La protection de l'enfance est assurée par divers traités internationaux. La France a ainsi signé et ratifié la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Dans l'ordre interne, le droit français, à l'égard du mineur, a institué des organes de protection chargés de veiller à la sauvegarde, tant physique que matérielle de l'enfant. C'est ainsi que les parents se trouvent investis de l'autorité parentale et de l'administration légale. Certains enfants peuvent aussi être protégés au moyen d'une mesure de tutelle.

En ce qui concerne la condition juridique des majeurs protégés, le droit positif français est le fruit d'une longue évolution.

De 1804 jusqu'à la loi du 3 janvier 1968 rédigée par le Doyen Carbonnier, le droit des incapacités n'a fait l'objet d'aucune transformation. Tenant compte de l'allongement de la durée de vie et des évolutions de la médecine psychiatrique, la loi de 1968 a permis au droit français de s'adapter aux transformations de la famille. Le texte instituait une flexibilité des régimes de protection. Cependant, il est à la longue apparu nécessaire de réformer le régime existant, ce qui fut réalisé à la faveur de la loi núm 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs[2]. Si globalement les régimes de protection sont demeurés les mêmes, l'esprit même de la protection se trouve profondément modifié par l'effet de la loi de 2007. Cette évolution se traduit par le vocabulaire employé par le législateur. Les termes d'" incapable " et d'" incapacité " n'apparaissent plus dans la loi nouvelle laquelle traite des majeurs (ou personnes) protégé(e)s et des mesures et régimes de protection. Plus techniquement, la loi de 2007 marque l'avènement en droit français du mandat de protection future, reposant sur le pouvoir de la volonté. Par ailleurs, avec ce texte, les principes de subsidiarité et de nécessité constituent les fondements même du nouveau système de protection. Plus avant, la loi distingue la protection juridique proprement dite du majeur de sa protection sociale.

1 Sur la question, V. Vauville, F.: "La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale", *D.* 1990, chron. 283.

2 Sur le sujet, V. Leroyer, A.: "Majeurs. Protection juridique. Loi núm 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs", *RTD* civ. 2007, 394 ; Malaurie, P.: "La réforme de la protection juridique des majeurs (A propos de la loi núm 2007-308 du 5 mars 2007)", *Les Petites Affiches*, 2007, núm 63, 55 ; Fossier, T.: "La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007", *JCP*, éd. G, 2007, I, 118; Fulchiron, H.: "La protection des majeurs: entre deux droits", *Droit et patrimoine*, 2008, 110; Potentier, P.: "La loi du 5 mars 2007: une loi d'actualité nécessaire et libérale", *Droit et patrimoine,* 2007, núm 160, 34.

Même si la loi du 5 mars 2007 a pour objet la protection des majeurs, le texte constitue une réforme d'ensemble, produisant également des incidences sur la protection des mineurs. Les deux catégories de personnes doivent cependant, afin d'appréhender leurs protections respectives de la façon la plus claire, être distinguées. Telle est la raison pour laquelle sera présentée, dans un premier temps, la protection des mineurs (I), puis, dans un second temps, la protection des majeurs (II).

II. LA PROTECTION DES MINEURS[3]

Avant l'âge de 18 ans, la personne physique est considérée comme mineure et, étant juridiquement incapable, doit d'être protégée. Telle est la situation du mineur non émancipé. L'enfant est frappé d'une incapacité générale d'exercice. En droit commun, la protection de l'enfant est assurée par le jeu de l'autorité parentale, laquelle porte sur la personne du mineur, et par l'administration légale, qui porte sur le patrimoine du mineur.

Depuis une loi du 4 juin 1970, l'autorité parentale est venue remplacer la puissance paternelle. Elle recouvre l'ensemble des droits et obligations conférés par la loi aux père et mère de l'enfant pour pourvoir à son éducation. Elle contribue à assurer la protection de la sécurité, de la moralité, ou encore de la santé de l'enfant, et ne peut être limitée que par une mesure d'assistance éducative, une délégation voire un retrait, total ou partiel, de l'autorité parentale. Procèdent également de la protection de l'enfant les règles relatives à l'obligation parentale d'entretien et d'éducation ainsi que celles gouvernant le droit de jouissance légale.

Sur le plan patrimonial, dans une première vue, il convient d'observer qu'en vertu des règles protectrices du mineur, les actes qui seraient passés par celui-ci, alors qu'ils auraient dû être accomplis par son représentant, le cas échéant spécialement habilité à cette fin, encourent la nullité. Cette nullité est une nullité relative, dont l'action ne peut être exercée que par l'enfant ou son représentant, qui se prescrit par l'écoulement d'un délai de cinq ans à compter du jour de la majorité ou de l'émancipation de l'enfant. En revanche, les actes accomplis par le mineur seul, alors qu'ils auraient pu être effectués par son représentant, sans habilitation, encourent seulement la rescision pour lésion. Sont notamment concernés par cette hypothèse les " actes courants " accomplis par le mineur.

3 V. par exemple sur le sujet Gouttenoire, A.: "La capacité usuelle du mineur", *Mélanges J. Hauser*, 2012, p. 163.

Par ailleurs, il importe de souligner que de nombreux textes prévoient le droit de l'enfant d'être entendu en cas de contentieux le concernant[4]. Plus généralement, la volonté de l'enfant peut être prise en considération sur de nombreuses questions : santé, avortement, filiation, mariage, adoption, assistance éducative. La volonté de l'enfant peut également développer ses effets en ce qui concerne le patrimoine du mineur. En application de l'article 388-1-2 du Code civil, " Un mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé, par son ou ses administrateurs légaux, à accomplir seul les actes d›administration nécessaires à la création et à la gestion d›une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d›une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par son ou ses administrateurs légaux". Un mineur peut aussi recevoir des biens à titre gratuit. De façon générale, le mineur peut être autorisé par la loi ou par l'usage à agir seul[5].

Ceci étant observé, par principe, le mineur non émancipé se trouve assujetti à un régime de représentation. En fonction du degré de protection nécessaire pour le mineur, celui-ci sera placé sous le régime de l'administration légale (1), ou sous le régime de la tutelle (2).

1. L'administration légale[6].

A titre liminaire, il importe de rappeler que l'administration légale va permettre d'assurer la protection du mineur non émancipé quant à son patrimoine.

Jusqu'à l'ordonnance núm 2015-1288 du 15 octobre 2015, le droit français distinguait deux administrations légales : l'administration légale pure et simple et l'administration légale sous contrôle judiciaire. L'ordonnance précitée a mis fin à l'administration légale sous contrôle judiciaire.

A) L'attribution de l'administration légale.

L'administration légale est par principe attribuée aux parents du mineur, et à eux seuls, à la condition qu'ils soient investis de l'autorité parentale.

4 V. par exemple, Bruggeman, M.: "L'audition de l'enfant en justice", *AJ famille*, 2014, 12; Massip, J.: "Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice", *Droit de la famille*, 2010, études, 22.

5 V. sur sujet, Teyssie, B.: *Droit des personnes*, LexisNexis, 23e éd., p. 494, núm 821.

6 Sur le sujet, V. Batteur, A. - Douville, T.: "Présentation critique de la réforme de l'administration légale", 2015, 2330; Bruggeman, D.: "Retour sur l'administration légale", *Mélanges C. Neirinck*, 2015, p. 689 ; du même auteur, "De quelques difficultés de lecture de la réforme de l'administration légale", *Gaz. Pal.*, 2016, 3610; Peterka, N.: "Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs", *JCP* 2015, éd. G, 1160; Maria, I. - Raoul-Cormeil, G.: "La nouvelle administration légale, 1+1=1 ?", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 4.

Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale[7].

Lorsque les intérêts de l'administrateur légal unique ou, selon le cas, des deux administrateurs légaux, sont en opposition avec ceux du mineur, ces derniers demandent la nomination d'un administrateur ad hoc par le juge des tutelles[8]. A défaut de diligence des administrateurs légaux, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office.

Lorsque les intérêts d'un des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, le juge des tutelles peut autoriser l'autre administrateur légal à représenter l'enfant pour un ou plusieurs actes déterminés.

La désignation d'un administrateur ad hoc constitue un dispositif d'exception. Elle doit donc être limitée aux seules situations dans lesquelles une véritable opposition d'intérêts se trouve caractérisée entre les intérêts de l'enfant et ceux de ses parents ou de celui qui est attributaire de l'administration légale. Tel peut être le cas, à titre d'exemple, lors de la liquidation d'une succession[9], ou lors de la vente d'un immeuble indivis lorsque l'enfant est en indivision avec son père et sa mère[10]. Par préférence, l'administrateur ad hoc doit être choisi au sein de la famille ou parmi les proches du mineur. Néanmoins, s'il en va de l'intérêt du mineur, le choix de l'administrateur ad hoc devra être réalisé à partir d'une liste établie par la cour d'appel[11].

Par ailleurs, ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers. Dans cette situation le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal.

Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations excluant que lui soit confiée une charge tutélaire, en application des articles 395 et 396 du Code civil, le juge des tutelles désigne un administrateur ad hoc pour le remplacer.

7 C. civ., art. 382.

8 Dekeuwer-Defossez, F.: "La protection et la défense de l'intérêt supérieur de l'enfant par l'administrateur ad hoc", *Droit de la famille*, 2018, Etudes 16.

9 Cass. 1re civ., 20 mars 2019, *Droit de la famille*, 2019, 158, note I. Maria; Cass. 1re civ., 16 décembre 2020, *Personnes et famille*, 2021, núm 2, p. 47, note I. Corpart; *Droit de la famille*, 2021, 22, obs. I. Maria.

10 TI Rouen, 23 décembre 1965, *JCP* 1966, éd. G, II, 14530, note J. A.

11 Teyssie, B.: *Droit des personnes,* cit., p. 504, núm 839.

B) L'exercice de l'administration légale.

Les pouvoirs de l'administrateur légal sont particulièrement étendus en matière patrimoniale[12].

Selon l'article 388-1-1 du Code civil, l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. Ceci étant observé, les pouvoirs des parents, en tant qu'administrateurs légaux, varient en fonction de la gravité des actes qu'ils accomplissent au nom et pour le compte de leur enfant mineur. Certains actes ne sont subordonnés à aucune autorisation du juge des tutelles. D'autres nécessitent, pour être valides, une telle autorisation.

En principe, tant les actes d'administration que les actes de disposition peuvent être accomplis sans autorisation du juge des tutelles. En réalité, si aucune difficulté ne se pose pour les actes d'administration, la situation est plus complexe pour les actes de disposition.

Pour les actes d'administration, en application de l'article 382-1 du Code civil, lorsque l'administration légale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'eux est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes portant sur les biens du mineur. Le texte pose une véritable présomption irréfragable. Dans la mesure où le texte vise les actes d'administration, celui-ci s'applique également, a fortiori, aux actes de conservation. Plus avant, le texte invite à identifier les actes d'administration. Ceux-ci font l'objet d'une liste dressée par le décret núm 2008-1484 du 22 décembre 2008.

Si en application de l'article 382-1 chaque parent est réputé avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul des actes d'administration portant sur les biens du mineur, le texte est muet quant aux actes de disposition. Pour ces derniers, l'accord des deux parents est nécessaire dès lors qu'ils sont tous deux investis de l'autorité parentale. En cas de désaccord entre les parents, la saisine du juge des tutelles s'impose pour pouvoir passer l'acte.

Par ailleurs, par l'effet de la loi, certains actes sont subordonnés à l'autorisation du juge des tutelles. Ainsi, selon l'article 387-1 du Code civil, " L›administrateur légal ne peut, sans l›autorisation préalable du juge des tutelles:

1° Vendre de gré à gré un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur;

12 V. par exemple, Azincourt, J.D.: "Conditions de validité et d'efficacité des donations", *AJ Famille*, 2014, 593; Julienne, F.: "Le mineur associé", *RTD* com. 2015, 199; Rieubernet, C.: Protection des mineurs et capacité associative depuis la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté", *Droit de la famille*, 2017, Etudes, 22.

2° Apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur;

3° Contracter un emprunt au nom du mineur;

4° Renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom;

5° Accepter purement et simplement une succession revenant au mineur;

6° Acheter les biens du mineur, les prendre à bail ; pour la conclusion de l'acte, l'administrateur légal est réputé être en opposition d'intérêts avec le mineur;

7° Constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers;

8° Procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur".

Au regard de ce qui précède, l'autorisation délivrée par le juge des tutelles doit préciser les conditions de l'acte et, s'il y a lieu, le prix ou la mise à prix pour lequel l'acte est passé.

On assiste aujourd'hui à une multiplication des actes subordonnés à l'autorisation du juge des tutelles, sur décision même dudit juge, soit de sa propre initiative, soit à la suite d'une demande dont il est saisi. Ainsi, à l'occasion du contrôle des actes mentionnés à l'article 387-1, le juge peut, s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale, décider qu'un acte ou une série d'actes de disposition seront soumis à son autorisation préalable. Le juge peut en outre être saisi aux mêmes fins par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci.

Enfin, on observera que même avec l'autorisation du juge des tutelles, certains actes sont interdits aux administrateurs légaux. En application de l'article 387-2 du Code civil, l'administrateur légal ne peut, même avec une autorisation :

1° Aliéner gratuitement les biens ou les droits du mineur;

2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance contre le mineur;

3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur;

4° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou les droits du mineur.

Au-delà du contenu des pouvoirs des administrateurs légaux, la question se pose des sanctions encourues par lesdits administrateurs en cas de faute dans leur gestion. Les parents, dans l'exercice de l'administration légale, sont tenus d'apporter tous les soins nécessaires à la gestion du patrimoine de leur enfant, dans l'intérêt de celui-ci. En cas de faute de leur part, la responsabilité civile des administrateurs légaux est encourue. Ceux-ci sont à cet égard tenus solidairement des conséquences de leurs fautes causant un préjudice pour l'enfant. Si une faute est commise, si un préjudice est caractérisé, les parents seront tenus de verser des dommages-intérêts à leur enfant, lequel dispose d'un délai de cinq ans à compter de sa majorité pour agir en responsabilité, quand bien même la gestion des parents aurait continué au-delà de la majorité[13]. Cependant, le délai de prescription de l'action en responsabilité de l'enfant contre ses parents peut être reporté au jour où l'enfant a eu connaissance de leur comportement frauduleux sur le fondement de l'article 2224 du Code civil, qui dispose que " Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d›un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l›exercer ".

Par ailleurs, en cas de cause grave, le juge des tutelles peut, à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, mettre fin à l'administration légale et décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire aucun acte de disposition à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif sauf en cas d'urgence. Si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de famille, qui peut soit nommer comme tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur. La cause grave pourrait être caractérisée par une négligence constante ou par la volonté délibérée de nuire à l'enfant.

En marge de cette hypothèse de clôture de l'administration légale pour comportement des parents, celle-ci va s'éteindre, de manière normale, lorsque l'enfant est émancipé ou atteint la majorité, ou bien, de manière plus exceptionnelle, en raison du décès de l'enfant ou par l'effet de la disparition de l'une des conditions requises pour sa mise en œuvre : décès des parents, retrait de l'autorité parentale,….[14]

13 C. civ., art. 387-5, al. 7.

14 Teyssie, B.: *Droit des personnes*, cit., núm 871.

2. La tutelle[15].

La tutelle est une mesure de protection de l'enfant qui, en raison de sa situation familiale, ne peut pas bénéficier de l'administration légale. A cet égard, deux types de tutelles sont envisageable : la tutelle administrative, et la tutelle familiale. La tutelle administrative va être mise en place lorsque la tutelle est dite vacante. Tel sera le cas s'il est impossible de mettre en place une tutelle avec un conseil de famille ou d'admettre l'enfant à la qualité de pupille de l'Etat. Dans ce cas, le juge des tutelles la défère à la collectivité publique compétente en matière d'aide sociale à l'enfance. La tutelle ne comporte alors ni conseil de famille ni subrogé tuteur[16]. La tutelle administrative est également organisée au profit des pupilles de l'Etat. Il s'agit d'enfants dont la filiation est inconnue ou non établie, d'enfants dont la filiation est établie mais qui ont été remis à l'aide sociale à l'enfance, d'enfants orphelins qui ne bénéficient pas d'une tutelle familiale et qui ont été confiés au service de l'aide sociale à l'enfance, d'enfants dont les parents ont été privés de l'autorité parentale, d'enfants délaissés et confiés au même service. Plus fréquente que la tutelle administrative est la tutelle familiale. Celle-ci est ouverte lorsqu'une défaillance de la protection de l'enfant par ses parents se trouve caractérisée. Tel sera le cas, notamment, lorsque les parents sont décédés, ou sont privés de l'exercice de l'autorité parentale. Si l'autorité parentale ne porte que sur la personne du mineur et l'administration légale sur le patrimoine du mineur, les règles sur la tutelle embrassent à la fois la personne et le patrimoine du mineur.

A) L'attribution de la tutelle.

En principe, la tutelle est attribuée à une seule personne, mais il est possible au conseil de famille de désigner plusieurs tuteurs. En pratique, il peut advenir que soit désigné un tuteur à la personne du mineur et un tuteur aux biens. Dans cette hypothèse, les tuteurs sont indépendants l'un envers l'autre. Si le tuteur constitue le personnage central dans l'organisation de la tutelle, d'autres organes peuvent intervenir à ses côtés.

a) Le tuteur.

Par principe, toute personne peut exercer les charges tutélaires. Le Code civil prévoit cependant des hypothèses d'interdiction desdites charges. Ainsi, ne peuvent exercer les différentes charges de la tutelle:

15 Sur le sujet, V. Corpart, I.: "Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe", *AJ famille*, 2010, 414; Fossier, T.: "La responsabilité du tuteur et du juge des tutelles selon les décisions des trois ordres de juridictions", *RDSS*, 2001, 364.

16 C. civ., art. 411.

1° Les mineurs non émancipés, sauf s'ils sont le père ou la mère du mineur en tutelle;

2° Les majeurs qui bénéficient d'une mesure de protection juridique prévue par le présent code;

3° Les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée;

4° Les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit en application de l'article 131-26 du code pénal.

Par ailleurs, toute charge tutélaire peut être retirée en raison de l'inaptitude, de la négligence, de l'inconduite ou de la fraude de celui à qui elle a été confiée. Il en est de même lorsqu'un litige ou une contradiction d'intérêts empêche le titulaire de la charge de l'exercer dans l'intérêt du mineur.

En outre, il peut être procédé au remplacement de toute personne à qui une charge tutélaire a été confiée en cas de changement important dans sa situation.

Parfois, le tuteur sera désigné par les parents du mineur, mais le plus souvent, il le sera par le conseil de famille.

En application de l'article 403 du Code civil, le droit individuel de choisir un tuteur, qu'il soit ou non parent du mineur, n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale. Cette désignation ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire. Elle s'impose au conseil de famille à moins que l'intérêt du mineur commande de l'écarter. Le tuteur désigné par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle.

Lorsque le tuteur est désigné par le conseil de famille, on parle de tutelle dative. Selon l'article 404 du Code civil, s'il n'y a pas de tuteur testamentaire ou si celui qui a été désigné en cette qualité vient à cesser ses fonctions, le conseil de famille désigne un tuteur au mineur. Concrètement, le conseil de famille est convoqué par le juge des tutelles. Il nomme la personne qui lui paraît la plus apte à remplir les fonctions de tuteur[17]. A cet égard, le conseil de famille peut décider que l'exercice de la tutelle sera divisé entre un tuteur chargé de la personne du mineur et un tuteur chargé de la gestion de ses biens ou que la gestion de certains biens particuliers sera confiée à un tuteur adjoint.

La tutelle, protection due à l'enfant, est une charge publique. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique. Par ailleurs, les fonctions de tuteur

17 Teyssie, B.: *Droit des personnes,* cit., núm 890.

ont vocation à être gratuites[18]. Cependant, le conseil de famille peut allouer des indemnités au tuteur. Enfin, la tutelle est une charge personnelle, ni cessible ni transmissible. Elle ne se transmet pas aux héritiers du tuteur.

b) Les organes de contrôle.

Le tuteur n'exerce pas les charges tutélaires sans contrôle. Le conseil de famille, le subrogé tuteur et le juge des tutelles veillent à ce que l'intérêt de l'enfant soit toujours pris en considération.

La présence d'un subrogé tuteur est obligatoire. Celui-ci est nommé, parmi ses membres, par le conseil de famille. Si le tuteur est parent ou allié du mineur dans une branche, le subrogé tuteur est choisi, dans la mesure du possible, dans l'autre branche. La charge du subrogé tuteur cesse à la même date que celle du tuteur. Le subrogé tuteur surveille l'exercice de la mission tutélaire et représente le mineur lorsque les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur. Le subrogé tuteur est informé et consulté avant tout acte important accompli par le tuteur. A peine d'engager sa responsabilité à l'égard du mineur, il surveille les actes passés par le tuteur en cette qualité et informe sans délai le juge des tutelles s'il constate des fautes dans l'exercice de la mission tutélaire. Il ne remplace pas de plein droit le tuteur en cas de cessation des fonctions de celui-ci ; mais il est tenu, sous la même responsabilité, de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

Le conseil de famille est un organe collégial dont les membres sont choisis par le juge des tutelles. En application de l'article 399 du Code civil, le conseil de famille est composé d'au moins quatre membres, y compris le tuteur et le subrogé tuteur, mais non le juge. Peuvent être membres du conseil de famille les parents et alliés des père et mère du mineur ainsi que toute personne, résidant en France ou à l'étranger, qui manifeste un intérêt pour lui. Les membres du conseil de famille sont choisis en considération de l'intérêt du mineur et en fonction de leur aptitude, des relations habituelles qu'ils entretenaient avec le père ou la mère de celui-ci, des liens affectifs qu'ils ont avec lui ainsi que de la disponibilité qu'ils présentent. Le juge doit éviter, dans la mesure du possible, de laisser l'une des deux branches, paternelle ou maternelle, sans représentation.

Le conseil de famille est présidé par le juge des tutelles. Ses délibérations sont adoptées par vote de ses membres. Toutefois, le tuteur ou le subrogé tuteur, dans le cas où il remplace le tuteur, ne vote pas. En cas de partage des voix, celle du juge est prépondérante. En application de l'article 401 du Code civil, le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur en ayant égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer. Il apprécie les

18 Cass. 2e civ., 9 décembre 2010, *Droit de la famille*, 2011, 43, note I. Maria; *RTD* civ. 2011, 322, obs. J. Hauser.

indemnités qui peuvent être allouées au tuteur. Il prend les décisions et donne au tuteur les autorisations nécessaires pour la gestion des biens du mineur. Le conseil de famille autorise le mineur âgé de seize ans révolus à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Cette autorisation revêt la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié et comporte la liste des actes d'administration pouvant être accomplis par le mineur.

S'agissant enfin du juge des tutelles, celui-ci exerce une surveillance générale des tutelles de son ressort. Le juge des tutelles est un magistrat du tribunal judiciaire dans le ressort duquel est située la résidence habituelle du mineur ou le domicile du tuteur.

Le juge des tutelles convoque le tuteur et les autres organes tutélaires, qui sont tenus de lui communiquer toutes les informations qu'il requiert. Le juge peut prononcer contre eux des injonctions et condamner à l'amende civile prévue par le code de procédure civile ceux qui n'y ont pas déféré.

B) Les pouvoirs du tuteur.

Les pouvoirs du tuteur s'exerce tant sur la personne (a) que sur les biens (b) du mineur.

a) Les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur.

En application de l'article 408 du Code civil, le tuteur prend soin de la personne de l'enfant. Dans cette perspective, le tuteur a le droit de garde. Ainsi le tuteur organise et contrôle de manière permanente le mode de vie et l'activité du mineur[19]. Il assure l'éducation de l'enfant. Par ailleurs, si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête du tuteur.

Cependant, en ce qui concerne la personne de l'enfant, le tuteur doit respecter les intentions qui auront pu être manifestées par les père et mère.

Plus avant, le tuteur ne peut pas autoriser le mariage du mineur en l'absence d'ascendant. Si le mineur n'a pas ses père et mère, le tuteur ne peut pas demander son émancipation, ni consentir à son adoption. Dans ces hypothèses, c'est le conseil de famille qui doit prendre les décisions.

19 Cass. crim., 28 mars 2000, *D.* 2000, IR 171; *RTD* civ. 2000, 545, obs. J. Hauser.

Enfin, toute charge tutélaire peut être retirée en raison de l'inaptitude, de la négligence, de l'inconduite ou de la fraude du tuteur. Il en est de même lorsqu'un litige ou une contradiction d'intérêts empêche le tuteur de l'exercer dans l'intérêt du mineur.

b) Les pouvoirs du tuteur sur les biens du mineur.

Le tuteur est chargé de représenter l'enfant dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine. Il est tenu d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée. Dans cette perspective, certains actes peuvent être accomplis par le tuteur seul, sans autorisation. D'autres actes nécessitent une autorisation.

De façon générale, le tuteur peut accomplir seul les actes conservatoires et les actes d'administration. Pour ces derniers, toute la difficulté consiste à bien délimiter la frontière entre les actes d'administration et les actes de disposition. Le décret núm 2008-1484 du 22 décembre 2008 précise que les actes d'administration sont " les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal ". En revanche, les actes de disposition engagent le patrimoine de l'enfant " de manière durable et substantielle ", " pour le présent ou l'avenir ", et emportent soit une " modification importante " du contenu du patrimoine du mineur, soit une " dépréciation significative de sa valeur en capital ", soit une " altération durable des prérogatives de son titulaire ".

Si les actes d'administration peuvent être passés par le tuteur sans autorisation, une telle autorisation est nécessaire pour accomplir des actes de disposition. En principe, cette autorisation est donnée par le conseil de famille. Toutefois, le législateur permet que l'autorisation du conseil de famille soit remplacée par celle du juge des tutelles sous réserve que les actes envisagés portent sur des biens dont la valeur en capital n'excède pas un montant de 50 000 euros. Par exemple, la vente d'un immeuble, ou l'apport d'un immeuble à une société constitue un acte de disposition.

Enfin, certaines opérations sont interdites au tuteur, même avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles. Il en va ainsi, notamment, des actes de disposition à titre gratuit des biens du mineur.

Normalement, la tutelle prend fin lors de l'émancipation du mineur ou lorsque celui-ci accède à la majorité[20].

20 Sur le sujet, V. Sagaut, J.F.: "Tutelle des mineurs, reddition des comptes", *AJ famille*, 2010, 424.

III. LA PROTECTION DES MAJEURS.

Le droit français reconnaît un certain nombre de principes fondamentaux aux majeurs.

Le majeur a le droit de choisir sa résidence[21].

Le majeur entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Il a le droit d'être visité et, le cas échéant, hébergé par ceux-ci.

Le majeur peut se marier à condition de donner son consentement dans un intervalle lucide, étant toutefois précisé que la personne chargée de la mesure de protection est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente.

De même, le majeur peut conclure un pacte civil de solidarité.

Le majeur, même placé sous tutelle, conserve l'exercice du droit de vote.

Plus généralement, la loi du 5 mars 2007 a entendu assurer le respect des libertés individuelles et la dignité de la personne. Selon l'article 415 du Code civil, " la protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.

Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci ".

La protection des majeurs repose sur un certain nombre de principes directeurs. Certains sont communs à toutes les mesures juridiques, d'autres sont propres aux mesures judiciaires.

Les principes directeurs communs à toutes les mesures juridiques se trouvent énoncés à l'article 415 du Code civil. Le texte dispose que " Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre.

Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.

Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci.

21 C. civ., art. 459-2.

Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique ".

Les principes directeurs propres aux mesures judiciaires se trouvent énoncés à l'article 428 du Code civil qui, en substance, pose trois principes. Il s'agit des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité[22].

En vertu du principe de nécessité, il n'y aucune automaticité, en droit français, entre l'existence d'un handicap et la mise en place d'une mesure de protection. La mesure de protection ne doit être ouverte que lorsqu'elle est nécessaire.

En ce qui concerne le principe de subsidiarité, il ressort de ce principe qu'un régime de protection judiciaire ne peut être ordonné lorsqu'il peut être pourvu aux intérêts de l'intéressé par l'une des voies indiquées par la loi : règles de représentation, ou des régimes matrimoniaux, ou par une autre mesure de protection moins contraignante ou par un mandat de protection future[23].

Enfin, en vertu du principe de proportionnalité, non seulement les mesures doivent être adaptées à chaque cas, de sorte que le majeur qui n'a besoin que d'assistance ne soit pas placé en tutelle, mais, en outre, les mesures de protection juridique doivent être révisées régulièrement afin que le juge puisse s'assurer qu'elles sont bien encore adaptées et ne privent pas inutilement les personnes concernées de leur liberté d'agir.

Plus avant, la protection des majeurs connaît différents degrés. Lorsque l'altération des facultés mentales n'est que passagère, la protection du majeur ne va être qu'intermittente[24]. Si le majeur ne peut pas se gouverner seul, des mesures d'accompagnement peuvent être mises en place : mesure d'accompagnement social personnalisé[25], mesure d'accompagnement judiciaire[26]. Existent également des mesures d'accompagnement à dominante médicale consistant en des soins psychiatriques[27].

22 Sur la question, V. par ex. Batteur, A.: *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, 4e éd., L.G.D.J., p. 469 et s.

23 Peterka, N.: "Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée", *AJ famille*, 2012, 253.

24 Teyssie, B.: *Droit des personnes,* cit., p. 563, núm 1010.

25 C. act. soc. et fam., art. L. 271-1 et s. V. sur le sujet, Mikalef-Toudic, V.: "Les mesures d'accompagnement social personnalisé, une mission nouvelle pour les conseils généraux", *RDSS* 2008, 813.

26 C. civ., art. 495 – V. sur le sujet, Batteur, A.: "Perspectives d'évolution de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs", *Droit de la famille*, 2012, Etudes, 17 – Favier, Y.: "Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, une nouvelle profession sociale", *RDSS*, 2008, 826.

27 V. par exemple, Fossier, T.: "Démocratie sanitaire et personnes vulnérables", *JCP*, éd. G, 2003, I, 135; Lamarche, M.: «Hospitalisation psychiatrique et liberté sexuelle", *Droit de la famille,* 2013, Alertes, 5 –Theron, S.: "De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale, l'instauration de soins ambulatoires sans consentement", *RDS,* 2010, 1088 ; du même auteur, "La loi du 27 septembre 2013, une révision partielle du régime des soins psychiatriques", *RDSS*, 2014, 133.

Lorsque ces mesures d'accompagnement ne sont pas suffisantes, des mesures d'encadrement doivent être mises en place[28]. Celles-ci vont s'adresser à des personnes qui sont dans l'impossibilité de pourvoir seules à leurs intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de leurs facultés mentales, soit de leurs facultés corporelles, de nature à empêcher l'expression de leur volonté[29]. Ces personnes vont alors pouvoir bénéficier de mesures de protection juridiques. Celles-ci peuvent être de nature contractuelle (1), de nature familiale (2) ou de nature judiciaire (3).

1. Le mandat de protection future[30].

La protection contractuelle pourra être assurée au moyen d'un mandat de protection future, mandat qui constitue l'une des principales innovations de la loi du 5 mars 2007 et qui se trouve régi par les articles 477 et suivants du Code civil.

A) Les conditions du mandat de protection future.

Pour être valide, le mandat de protection future doit satisfaire à des conditions de fond et à des conditions de forme.

Sur le fond, le mandat de protection future peut être établi pour soi-même ou pour autrui.

Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou

28 Sur le sujet, V. par exemple, Batteur, A.: "Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil, un défi à relever en faveur des personnes vulnérables, *Droit de la famille*, 2011, Etudes, 5 ; Catala, P.: "Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil", *JCP* 2008, éd. N, 1267 ; Cermolacce, A.: «Présentation générale des mesures de protection des majeurs, entre rupture et continuité", *JCP* 2008, éd. N, 1268 –Favier, Y.: "Vulnérabilité et fragilité, réflexions autour du consentement des personnes âgées", *RDS*, 2015, 702; Fossier, T.: "La réforme de la protection des majeurs, guide de lecture de la loi du 5 mars 2007", *JCP* 2007, éd. G, I, 178; du même auteur, "Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux", *JCP* 2008, éd. N, 1277; Hauser, J.: "Le majeur protégé, acteur familial", *Droit de la famille*, 2011, Etudes, 6 – Maria, I.: «Protection juridique des majeurs, une nouvelle réforme dans l'attente d'une autre?", *Droit de la famille*, 2019, Dossier, 15 Massip, J.: "De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs", *JCP* 2011, éd. N, 1244; Mauger-Velpeau, L.: "Les destinataires de la loi núm 2007-308 du 5 mars 2007, une loi d'action sociale?", *RDSS*, 2008, 809 – Moisdon-Chataigner, S.: "Une mesure de protection juridique adaptée aux spécificités de la maladie d'Alzheimer", *Droit de la famille*, 2017, Etudes, 6; du même auteur, "Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables? Analyse de l'ordonnance núm 2020-232 du 11 mars 2020", *Personnes et famille*, 2020, núm 5, p. 11; Peterka, N.: "La gestion des biens de la personne protégée", *Aj famille*, 2016, 186; du même auteur, "Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées", *Aj famille*, 2016, 533; Plazy, J.M.: "Incapacités et preuves" , *Aj famille*, 2007, 468 – Raoul-Cormeil, G.: "Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés", *JCP*, 2019, éd. G, 121; Vasseur-Lambry, F.: "Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme", *Droit de la famille*, 2011, Etudes, 3.

29 C. civ., art. 425, alinéa 1er.

30 Batteur, A.: "Contrat et mesures de protection", *JCP*, 2008, éd. N, 1275 ; Casey, J.: "Quel avenir pour le mandat de protection future?", *Gaz. Pal.* 2011, 2091; Delfosse, A. - Baillon-Wirtz, N.: "Le mandat de protection future, *JCP* 2007, éd. G, I, 147; Klein, J.: "Le mandat de protection future enfin opérationnel", *Aj famille*, 2009, 556; Massip, J.: "Le mandat de protection future", *Gaz. Pal.* 2008, 1513 et 1527; Noguero, D.: "Interrogations au sujet du mandat de protection future", *D.* 2006, chron. 1133.

plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

Le majeur en curatelle peut conclure un mandat de protection future pour lui-même, avec l'assistance de son curateur.

Par ailleurs, les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle ou d'une habilitation familiale, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles.

Le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires.

Le mandat de protection future doit nécessairement être donné par écrit. Il est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat de protection future pour autrui ne peut être conclu que par acte notarié.

Le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial.

B) Les effets du mandat de protection future.

Le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté.

A cette fin, le mandataire produit au greffe du tribunal judiciaire le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste établie par le procureur de la République. Le greffier vise le mandat et date sa prise d'effet, puis le restitue au mandataire.

Le mandataire exécute personnellement le mandat. Toutefois, il peut se substituer un tiers pour les actes de gestion du patrimoine mais seulement à titre spécial.

Sauf stipulations contraires, le mandataire intervient à titre gratuit.

Le mandataire de protection future engage sa responsabilité pour l'exercice de son mandat dans les conditions prévues pour le mandat de droit commun.

Le mandat de protection future peut n'intéresser que la gestion du patrimoine de son bénéficiaire ou être étendu à la protection de sa personne.

Le mandataire chargé de l'administration des biens de la personne protégée fait procéder à leur inventaire lors de l'ouverture de la mesure. Il assure son actualisation au cours du mandat afin de maintenir à jour l'état du patrimoine.

Il établit annuellement le compte de sa gestion qui est vérifié selon les modalités définies par le mandat et que le juge peut en tout état de cause faire vérifier.

Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1 du Code civil. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.

L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint au bout d'un délai de cinq ans.

Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont les mêmes que ceux qui gouvernent la situation du curateur et du tuteur. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance.

Le mandat fixe les modalités de contrôle de son exécution.

Lorsque la mise en oeuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser

ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat.

Le mandataire de protection future et les personnes désignées par le juge sont indépendants et ne sont pas responsables l'un envers l'autre ; ils s'informent toutefois des décisions qu'ils prennent.

Lorsque le mandat est établi par acte authentique, tant qu'il n'a pas pris effet, le mandant peut le modifier dans les mêmes formes ou le révoquer en notifiant sa révocation au mandataire et au notaire et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant et au notaire.

Le mandat établi sous seing privé est daté et signé de la main du mandant ; tant qu'il n'a pas reçu exécution, le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant.

Pendant l'exécution, le mandataire peut être déchargé de ses fonctions avec l'autorisation du juge des tutelles.

Tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en oeuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution.

Le mandat mis à exécution prend fin dans différentes situations. Ainsi, il s'éteint automatiquement en cas de rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandant ou du mandataire, ou encore en cas de décès de la personne protégée ou de son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure.

Le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection ou sa déconfiture entraîne extinction automatique du mandat de protection future.

Le mandat prend également fin par sa révocation prononcée par le juge des tutelles à la demande de tout intéressé, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 ne sont pas réunies, ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant.

Le juge peut également suspendre les effets du mandat pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice.

2. L'habilitation familiale.

L'habilitation familiale a été instaurée par l'ordonnance núm 2015-1288 du 15 octobre 2015[31]. Seront successivement envisagés les conditions (A) et les effets (B) de l'habilitation familiale.

A) Les conditions de l'habilitation familiale.

Lorsqu'une personne est dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, le juge des tutelles peut habiliter une ou plusieurs personnes choisies parmi ses ascendants ou descendants, frères et sœurs ou, à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux, le conjoint, le partenaire auquel elle est liée par un pacte civil de solidarité ou le concubin à la représenter, à l'assister ou à passer un ou des actes en son nom, afin d'assurer la sauvegarde de ses intérêts.

La personne habilitée doit remplir les conditions pour exercer les charges tutélaires. Elle exerce sa mission à titre gratuit.

L'habilitation familiale ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, ou par les stipulations du mandat de protection future conclu par l'intéressé.

La désignation d'une personne habilitée est possible à l'issue de l'instruction d'une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire ou lorsque le juge des tutelles substitue une habilitation familiale à une mesure de curatelle ou de tutelle[32].

De façon générale, la demande aux fins de désignation d'une personne habilitée peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger, par l'une des

31 Sur le sujet, V. Batteur, A.: "Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 45; Combret, J. - Baillon-Wirtz, N.: "L'habilitation familiale, une innovation à parfaire", *JCP* 2015, éd. N, 1248 ; Hauser, J.: "L'habilitation familiale, examen critique d'une nouvelle mesure de protection juridique", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 48; Maria, I.: «L'habilitation familiale, une nouvelle mesure de protection qui doit faire ses preuves", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 5; du même auteur, "La ratification de l'ordonnance núm 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille", *Droit de la famille,* 2017, Dossier, 8 ; Peterka, N.: "Déjudiciarisation", cit., 1160 ; du même auteur, "La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs", *JCP* 2012, éd. G, 33 ; Raoul-Cormeil, G.: "L'habilitation familiale, une tutelle adoucie, en la forme et au fond", *D*. 2015, 2335.

32 Mauger-Velpeau, L.: "L'habilitation familiale, la saisine du juge des tutelles", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 41.

personnes mentionnées à l'article 494-1 du Code civil ou par le procureur de la République à la demande de l'une d'elles.

L'article 494-1 vise les ascendants ou descendants, frères et sœurs ou, à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux, le conjoint, le partenaire auquel la personne est liée par un pacte civil de solidarité ou le concubin.

A peine d'irrecevabilité, la demande doit être accompagnée d'un certificat médical rédigé par un médecin agréé, qui peut, avant d'établir le certificat, demander son avis au médecin traitant de la personne visée.

La personne à l'égard de qui l'habilitation est demandée est entendue ou appelée. Toutefois, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis du médecin, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à son audition si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou si la personne est hors d'état de s'exprimer.

Le juge s'assure de l'adhésion ou, à défaut, de l'absence d'opposition légitime à la mesure d'habilitation et au choix de la personne habilitée des proches mentionnés à l'article 494-1 qui entretiennent des liens étroits et stables avec la personne ou qui manifestent de l'intérêt à son égard et dont il connaît l'existence au moment où il statue.

Le juge statue sur le choix de la personne habilitée et l'étendue de l'habilitation en s'assurant que le dispositif projeté est conforme aux intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, personnels de l'intéressé.

Si l'habilitation familiale sollicitée ne permet pas d'assurer une protection suffisante, le juge peut ordonner une mesure de protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle.

Les jugements accordant, modifiant ou renouvelant une habilitation générale font l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de la personne intéressée. Il en est de même lorsqu'il y est mis fin. Cette publicité ne s'applique pas aux habilitations spéciales, accordées uniquement pour l'accomplissement d'un ou plusieurs actes déterminés.

La personne habilitée exerce ses fonctions à titre gratuit[33].

Pour autant que le juge des tutelles doive s'assurer que le dispositif projeté est conforme aux intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, personnels de l'intéressé, le juge dispose d'une large marge de manœuvre. L'habilitation peut porter sur un ou plusieurs des actes que le tuteur a le pouvoir d'accomplir, seul ou avec une

33 Peterka, N.: "Le statut de la personne habilitée", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 44.

autorisation, sur les biens de l'intéressé, ou bien sur un ou plusieurs actes relatifs à la personne à protéger. Si l'intérêt de la personne à protéger l'implique, le juge peut délivrer une habilitation générale.

B) Les effets de l'habilitation familiale.

Le principe est que l'habilitation familiale ne vaut que pour les actes ou catégories d'actes visés par le juge des tutelles[34]. Les autres actes continuent de relever de la seule décision de la personne placée sous le régime de protection.

Parmi les actes visés dans le périmètre de l'habilitation, certains peuvent être accomplis par la personne habilitée sans autorisation judiciaire. Pour d'autres, il faut l'accord du juge des tutelles.

En application de l'article 494-1 du Code civil, " lorsqu›une personne est dans l›impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d›une altération, médicalement constatée soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l›expression de sa volonté, le juge des tutelles peut habiliter une ou plusieurs personnes choisies parmi ses ascendants ou descendants, frères et sœurs ou, à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux, le conjoint, le partenaire auquel elle est liée par un pacte civil de solidarité ou le concubin à la représenter, à l›assister dans les conditions prévues à l›article 467 ou à passer un ou des actes en son nom dans les conditions et selon les modalités prévues à la présente section et à celles du titre XIII du livre III qui ne lui sont pas contraires, afin d'assurer la sauvegarde de ses intérêts ". Le titre XIII du livre III du Code civil est relatif au mandat. " Le croisement de ce corps de règles et des dispositions spécifiques à l'habilitation familiale contribue à déterminer le corpus normatif applicable à cette mesure "[35].

Selon l'article 494-7 du Code civil, la personne habilitée à représenter la personne protégée peut, sauf décision contraire du juge, procéder sans autorisation aux actes mentionnés au premier alinéa de l'article 427. Concrètement, on retiendra que la personne habilitée à représenter la personne protégée peut, sans autorisation, modifier des comptes ou des livrets ouverts au nom de la personne protégée, ou ouvrir un autre compte ou un livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public.

S'agissant des actes nécessitant un accord du juge des tutelles, la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation générale ne peut accomplir un acte pour lequel elle serait en opposition d'intérêts avec la personne protégée. Toutefois, à

34 Noguero, D.: "Le périmètre des pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 43.

35 Teyssie, B.: *Droit des personnes*, cit., p. 625, núm 1158.

titre exceptionnel et lorsque l'intérêt de celle-ci l'impose, le juge peut autoriser la personne habilitée à accomplir cet acte.

Par ailleurs, la personne habilitée ne peut accomplir en représentation un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

S'agissant des actes exclus du périmètre de l'habilitation, la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée conserve l'exercice de ses droits.

Si la personne habilitée accomplit seule, en cette qualité, un acte n'entrant pas dans le champ de l'habilitation qui lui a été délivrée ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

Si la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée passe seule un acte dont l'accomplissement a été confié à la personne habilitée, celui-ci est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

Si elle accomplit seule un acte dont l'accomplissement nécessitait une assistance de la personne habilitée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice.

Dans tous les cas, l'action en nullité ou en réduction est exercée dans le délai de cinq ans.

Pendant ce délai et tant que la mesure d'habilitation est en cours, l'acte contesté peut être confirmé avec l'autorisation du juge des tutelles.

En application de l'article 494-11 du Code civil, " outre le décès de la personne à l›égard de qui l›habilitation familiale a été délivrée, celle-ci prend fin:

1° Par le placement de l'intéressé sous sauvegarde de justice, sous curatelle ou sous tutelle;

2° En cas de jugement de mainlevée passé en force de chose jugée prononcé par le juge à la demande de la personne protégée, de l'une des personnes mentionnées à l'article 494-1 ou du procureur de la République, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues à cet article ne sont plus réunies ou lorsque l'exécution de l'habilitation familiale est de nature à porter atteinte aux intérêts de la personne protégée;

3° De plein droit en l'absence de renouvellement à l'expiration du délai fixé;

4° Après l'accomplissement des actes pour lesquels l'habilitation avait été délivrée"[36].

3. Les mesures de protection judiciaires[37].

Le législateur a organisé trois mesures de protection : la sauvegarde de justice(1), la curatelle (3) et la tutelle (4). Ces deux dernières mesures sont soumises à des règles qui leur sont propres, mais font aussi l'objet de règles communes (2). Il conviendra en outre d'évoquer la question de la gestion du patrimoine des majeurs protégés (5).

A) La sauvegarde de justice[38].

La sauvegarde de justice ne constitue pas une mesure d'incapacité. La personne protégée peut continuer à gérer son patrimoine. Elle est cependant protégée si les contrats qu'elle conclut sont défavorables. La sauvegarde de justice n'emporte pas en principe protection de la personne.

a) Les conditions de la sauvegarde de justice.

Selon l'article 433 du Code civil, le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés.

Ce régime s'adresse en pratique aux personnes atteintes d'une altération temporaire de leurs facultés mentales ou aux personnes âgées. Souvent, ce régime est mis en place dans l'attente d'un placement sous curatelle ou sous tutelle.

Le placement sous sauvegarde de justice intervient soit à la suite d'une déclaration médicale enregistrée au Parquet, soit par décision du juge des tutelles.

b) Les effets de la sauvegarde de justice.

36 Sur la durée des effets de l'habilitation familiale, V. Moisdon-Chataigner, S.: "L'extinction et le renouvellement de l'habilitation familiale", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 47.

37 Sur le sujet Egea, V.: "L'apport de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice au droit des personnes, une protection juridique des majeurs à la croisée des chemins", *Procédure*s, 2019, Etudes, 15; Fossier, T.: "La législation des pauvres en esprit", *Mélanges J. Hauser*, 2012, 95; Fulchiron, H.: "Peut-on protéger une personne contre elle-même?", *JCP* 2012, éd. N, 1196; Hauser, J.: "La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes", *RDSS*, 1992, 467; Maria, I.: "La gestion de l'incapacité en droit international privé", *Droit de la famille*, 2018, núm 1, Dossier, ; Noguero, D.: "Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés", *JCP* 2018, éd. G, 698; Raoul-Cormeil, G.: "Vulnérabilité et protection juridique des majeurs", *Droit de la famille*, 2020, Dossier, 11, Raoul-Cormeil, G. - Rebourg, M. - Maria, I.: *Majeurs protégés, bilan et perspectives*, LexisNexis, 2020.

38 Sur le sujet, Massip, J.: "La sauvegarde de justice, le mandataire spécial et la garantie des droits de la personne protégées", *JCP* 2011, éd. G, 1183.

Selon l'article 435 du Code civil, " La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l›exercice de ses droits ". Cependant, les actes conclus sont susceptibles d'annulation pour insanité d'esprit au moment de l'acte.

Surtout, les actes passés par la personne protégée et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1 du Code civil. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.

L'action en nullité, en rescision ou en réduction n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans.

De manière générale, la personne placée sous sauvegarde de justice peut gérer son patrimoine. Mais, vu l'état de la personne, un minimum d'organisation doit être prévu.

Ainsi, le mandat par lequel la personne protégée a chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue à produire ses effets pendant la sauvegarde de justice à moins qu'il ne soit révoqué ou suspendu par le juge des tutelles, le mandataire étant entendu ou appelé.

En l'absence de mandat, les règles de la gestion d'affaires sont applicables.

Par ailleurs, le juge peut désigner un mandataire spécial à l'effet d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée.

En principe, la sauvegarde de justice ne peut excéder un an, renouvelable une fois.

Lorsque la sauvegarde de justice a été prononcée par décision du juge des tutelles, le juge peut, à tout moment, en ordonner la mainlevée si le besoin de protection temporaire cesse.

Lorsque la sauvegarde de justice a été ouverte par déclaration médicale enregistrée au Parquet, elle peut prendre fin par déclaration faite au procureur de la République si le besoin de protection temporaire cesse ou par radiation de la déclaration médicale sur décision du procureur de la République.

Dans tous les cas, à défaut de mainlevée, de déclaration de cessation ou de radiation de la déclaration médicale, la sauvegarde de justice prend fin à l'expiration

du délai ou après l'accomplissement des actes pour lesquels elle a été ordonnée. Elle prend également fin par l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle à partir du jour où la nouvelle mesure de protection juridique prend effet.

B) Les règles communes à la curatelle et à la tutelle[39]*.*

La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante.

La personne qui doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle.

La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante.

La tutelle est ouverte par un jugement du juge des tutelles.

Les jugements portant ouverture, modification ou mainlevée de la curatelle ou de la tutelle ne sont opposables aux tiers que deux mois après que la mention en a été portée en marge de l'acte de naissance de la personne protégée selon les modalités prévues par le code de procédure civile.

Toutefois, même en l'absence de cette mention, ils sont opposables aux tiers qui en ont personnellement connaissance.

Le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder cinq ans.

Le juge qui prononce une mesure de tutelle peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme d'un médecin constatant que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, fixer une durée plus longue, n'excédant pas dix ans.

Le juge peut renouveler la mesure pour une même durée.

Toutefois, lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis

39 Raoul-Cormeil, G.: "Assistance et représentation dans la protection juridique des majeurs", *Droit de la famille*, 2021, Dossier, 17.

conforme d'un médecin, renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine, n'excédant pas vingt ans.

Le juge peut, à tout moment, mettre fin à la mesure, la modifier ou lui substituer une autre mesure, après avoir recueilli l'avis de la personne chargée de la mesure de protection.

La mesure prend fin, en l'absence de renouvellement, à l'expiration du délai fixé, en cas de jugement de mainlevée passé en force de chose jugée ou en cas de décès de l'intéressé.

Quant aux organes de protection, il n'y en a en principe qu'un seul : le curateur dans la curatelle ou le tuteur dans la tutelle.

Le curateur ou le tuteur est désigné par le juge[40].

Celui-ci peut, en considération de la situation de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs curateurs ou plusieurs tuteurs pour exercer en commun la mesure de protection. Chaque curateur ou tuteur est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation.

Le juge peut diviser la mesure de protection entre un curateur ou un tuteur chargé de la protection de la personne et un curateur ou un tuteur chargé de la gestion patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un curateur ou à un tuteur adjoint.

A moins que le juge en ait décidé autrement, les personnes désignées sont indépendantes et ne sont pas responsables l'une envers l'autre. Elles s'informent toutefois des décisions qu'elles prennent.

La désignation par une personne d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle s'impose au juge, sauf si la personne désignée refuse la mission ou est dans l'impossibilité de l'exercer ou si l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter. En cas de difficulté, le juge statue.

Il en est de même lorsque les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur désignent une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les

40 Massip, J.: "Le choix du tuteur ou d'un curateur d'un majeur protégé", *Gaz. Pal.* 2009, 2495.

fonctions de curateur ou de tuteur à compter du jour où eux-mêmes décéderont ou ne pourront plus continuer à prendre soin de l'intéressé.

A défaut de désignation volontaire du curateur ou du tuteur, le juge nomme, comme curateur ou tuteur, le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure.

A défaut, le juge désigne un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables.

Le juge prend en considération les sentiments exprimés par celui-ci, ses relations habituelles, l'intérêt porté à son égard et les recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage.

Lorsqu'aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle, le juge désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Ce mandataire ne peut refuser d'accomplir les actes urgents que commande l'intérêt de la personne protégée, notamment les actes conservatoires indispensables à la préservation de son patrimoine.

Le juge peut, s'il l'estime nécessaire et sous réserve des pouvoirs du conseil de famille s'il a été constitué, désigner un subrogé curateur ou un subrogé tuteur.

Le subrogé curateur ou le subrogé tuteur assiste ou représente, selon le cas, la personne protégée lorsque les intérêts de celle-ci sont en opposition avec ceux du curateur ou du tuteur ou lorsque l'un ou l'autre ne peut lui apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission.

Il est informé et consulté par le curateur ou le tuteur avant tout acte grave accompli par celui-ci.

La charge du subrogé curateur ou du subrogé tuteur cesse en même temps que celle du curateur ou du tuteur. Le subrogé curateur ou le subrogé tuteur est toutefois tenu de provoquer le remplacement du curateur ou du tuteur en cas de cessation des fonctions de celui-ci sous peine d'engager sa responsabilité à l'égard de la personne protégée.

Le juge peut organiser la tutelle avec un conseil de famille si les nécessités de la protection de la personne ou la consistance de son patrimoine le justifient et si la composition de sa famille et de son entourage le permet.

Le juge désigne les membres du conseil de famille en considération des sentiments exprimés par la personne protégée, de ses relations habituelles, de l'intérêt porté à son égard et des recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage.

Le conseil de famille désigne le tuteur, le subrogé tuteur et, le cas échéant, le tuteur ad hoc.

Le conseil de famille autorise les actes les plus graves, le juge des tutelles n'intervient alors qu'à titre exceptionnel.

Quant aux actes accomplis pendant le régime de protection, l'article 465 du Code civil distingue différentes situations.

Si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste sujet aux actions en rescision ou en réduction comme s'il avait été accompli par une personne placée sous sauvegarde de justice, à moins qu'il ait été expressément autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué.

Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice.

Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

Si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

Lorsqu'un acte a été accompli par la personne protégée seule, le curateur ou le tuteur peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, engager seul l'action en nullité, en rescision ou en réduction des actes.

Dans tous les cas, l'action s'éteint par le délai de cinq ans.

Pendant ce délai et tant que la mesure de protection est ouverte, l'acte qui aurait été accompli par le tuteur ou le curateur seul peut être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué.

C) Les règles spécifiques à la curatelle.

La curatelle est un régime d'assistance. Elle s'adresse au majeur qui, sans être hors d'état d'agir par lui-même, a besoin d'être assisté ou contrôlé d'une manière continue dans la vie civile. Elle ne peut être prononcée que si la personne souffre d'une altération grave de ses facultés mentales.

Etant un régime d'assistance, le curateur ne fait pas les actes pour mais avec la personne protégée. Le curateur n'administre pas le patrimoine de la personne protégée. Il se contente de conseiller et d'assister le majeur pour les actes les plus graves.

Le curateur ne peut se substituer à la personne en curatelle et agir en son nom. L'initiative des actes appartient au majeur protégé.

La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille.

Lors de la conclusion d'un acte écrit, l'assistance du curateur se manifeste par l'apposition de sa signature à côté de celle de la personne protégée.

Les capitaux revenant à la personne en curatelle sont versés directement sur un compte ouvert à son seul nom et mentionnant son régime de protection, auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public.

La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur conclure un contrat de fiducie ni faire emploi de ses capitaux.

Cette assistance est également requise pour introduire une action en justice ou y défendre.

Toutefois, le curateur peut, s'il constate que la personne en curatelle compromet gravement ses intérêts, saisir le juge pour être autorisé à accomplir seul un acte déterminé ou provoquer l'ouverture de la tutelle.

Si le curateur refuse son assistance à un acte pour lequel son concours est requis, la personne en curatelle peut demander au juge l'autorisation de l'accomplir seule.

La personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901 du Code civil.

Elle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance du curateur.

Le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est bénéficiaire de la donation.

A tout moment, le juge peut, par dérogation à l'article 467, énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée.

Le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains.

Par ailleurs, le juge peut autoriser le curateur à conclure seul un bail d'habitation ou une convention d'hébergement assurant le logement de la personne protégée.

D) Les règles spécifiques à la tutelle.

La tutelle est un régime très protecteur qui prive le majeur de l'exercice de ses droits. Il doit être représenté par un tuteur. Le majeur en tutelle est frappé d'une incapacité continue et générale. Il ne peut pas conclure de contrats.

Sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile.

Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur.

Plus précisément, c'est le tuteur qui décide des actes les plus graves, sauf pour ceux qui nécessitent l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il en a été constitué un. Le tuteur gère le patrimoine du majeur. Il le représente en justice.

L'incapacité qui frappe le majeur porte également sur les actes à caractère personnel. Cependant, dans ces hypothèses, le principe est celui de l'assistance, et plus celui de la représentation. Le tuteur ne peut agir, en demande ou en défense, pour faire valoir les droits extra-patrimoniaux de la personne protégée qu'après autorisation ou sur injonction du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Le juge ou le conseil de famille peut enjoindre également au tuteur de se désister de l'instance ou de l'action ou de transiger.

Plus avant, l'incapacité se trouve tempérée pour le mariage. A condition d'avoir obtenu l'autorisation du juge des tutelles, le majeur protégé peut se marier.

La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, être assistée ou au besoin représentée par le tuteur pour faire des donations.

Elle ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la tutelle qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, à peine de nullité de l'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion.

Toutefois, elle peut seule révoquer le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle.

Le testament fait antérieurement à l'ouverture de la tutelle reste valable à moins qu'il ne soit établi que, depuis cette ouverture, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu.

E) La gestion du patrimoine des majeurs protégés[41].

Les textes adoptés en cas de tutelle pour la gestion du patrimoine de la personne protégée s'appliquent aussi, en partie, à la personne placée sous curatelle.

Pour les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine, le tuteur représente la personne protégée. A cet égard, une distinction doit être opérée entre les actes d'administration et les actes de disposition. A partir de là, il apparaît que certains actes sont interdits au tuteur, que d'autres peuvent valablement être passés sans autorisation, et que d'autres encore sont soumis à autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles.

En application de l'article 509 du Code civil, "Le tuteur ne peut, même avec une autorisation:

1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers;

41 V. sur le sujet, Azincourt, J.D.: "Conditions", cit, 593; Couzigou-Suhas, N.: "Le majeur vulnérable et la transmission du patrimoine", *Droit de la famille*, 2014, Etudes, 25; Fossier, T.: "Patrimoine et intérêts juridiques, tradition et nouveauté", *AJ famille*, 2009, 52; Lasserre Capdeville, J.: "Banque et majeurs protégés", *Droit de la famille*, 2021, Dossier, 19; Malecki, C.: "Pour une protection rapprochée de l'incapable majeur en droit des sociétés", *Mélanges B. Bouloc,* 2006, 695; Maria, I.: "La situation des majeurs protégés en matière d'assurance-emprunteur", *Gaz. Pal.* 2011, 3201; Peterka, N.: "La gestion du patrimoine de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence", *Gaz. Pal.* 2010, 604; Plazy, J.M.: "Les actes juridiques des majeurs protégés", *Mélanges J. Hauser,* 2012, 549; Raoul-Cormeil, G.: «Les libéralités consenties à une personne vulnérable ou par elle", *JCP* 2008, éd. N, 1272 ; du même auteur (dir.) *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis 2015.

2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée;

3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée;

4° Acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme, sous réserve des dispositions de l'article 508;

5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé".

Quant aux actes que le tuteur peut passer valablement sans autorisation, il s'agit, pour l'essentiel, des actes conservatoires et d'administration. Ce sont des actes qui n'altèrent pas définitivement et de manière importante la valeur du patrimoine. Dans cette perspective, il ressort de l'article 504 du Code civil que le tuteur agit seul en justice pour faire valoir les droits patrimoniaux de la personne protégée.

Par ailleurs, le même article, dans son alinéa 3, dispose que les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre de la personne protégée devenue capable, aucun droit de renouvellement et aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, quand bien même il existerait des dispositions légales contraires. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux baux consentis avant l'ouverture de la tutelle et renouvelés par le tuteur. Il ressort en substance de ce texte que le tuteur peut, sans autorisation, louer un bien de la personne protégée.

Quant aux actes soumis à autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles, il résulte de l'article 502 du Code civil que le conseil de famille ou, à défaut, le juge, statue sur les autorisations que le tuteur sollicite pour les actes qu'il ne peut accomplir seul.

Toutefois, les autorisations du conseil de famille peuvent être suppléées par celles du juge si les actes portent sur des biens dont la valeur en capital n'excède pas une somme fixée par décret.

Plus avant, selon l'article 505 du Code civil, le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée.

L'autorisation détermine les stipulations et, le cas échéant, le prix ou la mise à prix pour lequel l'acte est passé. L'autorisation n'est pas exigée en cas de vente forcée sur décision judiciaire ou en cas de vente amiable sur autorisation du juge.

Si l'autorisation prévoit une vente aux enchères publiques du ou des biens mis à disposition, celle-ci peut être organisée et réalisée par une personne habilitée à réaliser des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques en application de l'article L. 321-4 du code de commerce.

L'autorisation de vendre ou d'apporter en société un immeuble, un fonds de commerce ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé ne peut être donnée qu'après la réalisation d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien ou le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés.

En cas d'urgence, le juge peut, par décision spécialement motivée prise à la requête du tuteur, autoriser, en lieu et place du conseil de famille, la vente d'instruments financiers à charge qu'il en soit rendu compte sans délai au conseil qui décide du remploi.

BIBLIOGRAPHIE

AZINCOURT, J. D.: "Conditions de validité et d'efficacité des donations", *AJ Famille*, 2014, 593.

BATTEUR, A.: *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, 4e éd., L.G.D.J.

BATTEUR, A.: "Perspectives d'évolution de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs", *Droit de la famille*, 2012, Etudes, 17.

BATTEUR, A.: "Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil, un défi à relever en faveur des personnes vulnérables", *Droit de la famille*, 2011, Etudes, 5.

BATTEUR, A.: "Contrat et mesures de protection", *JCP*, 2008, éd. N, 1275.

BATTEUR, A.: "Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 45.

BATTEUR, A. -DOUVILLE, Th.: "Présentation critique de la réforme de l'administration légale", D. 2015, 2330.

BRUGGEMAN, M.: "L'audition de l'enfant en justice", *AJ famille*, 2014, 12.

BRUGGEMAN, M.: "Retour sur l'administration légale", *Mélanges C. Neirinck*, 2015, p. 689.

BRUGGEMAN, M.: "De quelques difficultés de lecture de la réforme de l'administration légale", *Gaz. Pal.*, 2016, 3610.

CASEY, J.: "Quel avenir pour le mandat de protection future?", *Gaz. Pal.* 2011, 2091.

CATALA, P.: "Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil" , *JCP* 2008, éd. N, 1267.

COMBRET, J. - BAILLON-WIRTZ, N.: "L'habilitation familiale, une innovation à parfaire", *JCP* 2015, éd. N, 1248.

CORPART, I.: "Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe", *AJ famille*, 2010, 414.

Couzigou-Suhas, N.: "Le majeur vulnérable et la transmission du patrimoine", *Droit de la famill*e, 2014, Etudes, 25.

Delfosse, A. - Baillon-Wirtz, N.: "Le mandat de protection future", *JCP* 2007, éd. G, I, 147.

Dekeuwer-Defossez, F.: "La protection et la défense de l'intérêt supérieur de l'enfant par l'administrateur ad hoc", *Droit de la famill*e, 2018, Etudes 16.

Egea, V.: "L'apport de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice au droit des personnes, une protection juridique des majeurs à la croisée des chemins", *Procédur*es, 2019, Etudes, 15.

Favier, Y.: "Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, une nouvelle profession sociale", *RDSS*, 2008, 826.

Favier, Y.: "Vulnérabilité et fragilité, réflexions autour du consentement des personnes âgées", *RDSS*, 2015, 702.

Fossier, T.: "La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007", *JCP*, éd. G, 2007, I, 118.

Fossier, T.: "Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux", *JCP* 2008, éd. N, 1277.

Fossier, T.: "La responsabilité du tuteur et du juge des tutelles selon les décisions des trois ordres de juridictions", *RDSS*, 2001, 364.

Fossier, T.: "Démocratie sanitaire et personnes vulnérables", *JCP*, éd. G, 2003, I, 135.

Fossier, T.: "La législation des pauvres en esprit", *Mélanges J. Hauser*, 2012, 95.

Fossier, T.: "Patrimoine et intérêts juridiques, tradition et nouveauté", *AJ famill*e, 2009, 52.

Fulchiron, H.: "La protection des majeurs : entre deux droits", *Droit et patrimoine*, 2008, 110.

Fulchiron, H.: "Peut-on protéger une personne contre elle-même?", *JCP* 2012, éd. N, 1196.

Gouttenoire, A.: "La capacité usuelle du mineur", *Mélanges J. Hauser,* 2012, p. 163.

HAUSER, J.: "Le majeur protégé, acteur familial", *Droit de la famille*, 2011, Etudes, 6.

HAUSER, J.: "L'habilitation familiale, examen critique d'une nouvelle mesure de protection juridique", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 48.

HAUSER, J.: "La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes", *RDSS*, 1992, 467.

JULIENNE, F.: "Le mineur associé", *RTD* com. 2015, 199.

KLEIN, J.: "Le mandat de protection future enfin opérationnel", *AJ famille*, 2009, 556.

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: "Banque et majeurs protégés", *Droit de la famille*, 2021, Dossier, 19.

LEROYER, A. M.: "Majeurs. Protection juridique. Loi núm 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs", *RTD* civ. 2007, 394.

MALAURIE, P.: "La réforme de la protection juridique des majeurs (A propos de la loi núm 2007-308 du 5 mars 2007)", *Les Petites Affiches*, 2007, núm 63, 5.

MALECKI, C.: "Pour une protection rapprochée de l'incapable majeur en droit des sociétés", *Mélanges B. Bouloc*, 2006, 695.

MARIA, I.: "Protection juridique des majeurs, une nouvelle réforme dans l'attente d'une autre?": *Droit de la famille*, 2019, Dossier, 15.

MARIA, I.: "L'habilitation familiale, une nouvelle mesure de protection qui doit faire ses preuves", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 5.

MARIA, I.: "La ratification de l'ordonnance núm 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille", *Droit de la famille*, 2017, Dossier, 8.

MARIA, I.: "La gestion de l'incapacité en droit international privé", *Droit de la famille*, 2018, núm 1, Dossier, 9.

MARIA, I.: "La situation des majeurs protégés en matière d'assurance-emprunteur", *Gaz. Pal.* 2011, 3201.

MARIA, I. - RAOUL-CORMEIL, G.: "La nouvelle administration légale, 1+1=1 ?", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 4.

Massip, J.: "Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice", *Droit de la famille*, 2010, études, 22.

Massip, J.: "De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs", *JCP*, 2011, éd. N, 1244.

Massip, J.: "Le mandat de protection future", *Gaz. Pal.* 2008, 1513 et 1527.

Massip, J.: "La sauvegarde de justice, le mandataire spécial et la garantie des droits de la personne protégées", *JCP*, 2011, éd. G, 1183.

Massip, J.: "Le choix du tuteur ou d'un curateur d'un majeur protégé", *Gaz. Pal.* 2009, 2495.

Mauger-Velpeau, L.: "Les destinataires de la loi núm 2007-308 du 5 mars 2007, une loi d'action sociale?", *RDSS*, 2008, 809.

Mauger-Velpeau, L.: "L'habilitation familiale, la saisine du juge des tutelles", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 41.

Mikaleff-Toudic, V.: "Les mesures d'accompagnement social personnalisé, une mission nouvelle pour les conseils généraux", *RDSS*, 2008, 813.

Moisdon-Chataigner, S.: "Une mesure de protection juridique adaptée aux spécificités de la maladie d'Alzheimer", *Droit de la famille*, 2017, Etudes, 6.

Moisdon-Chataigner, S.: "Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables? Analyse de l'ordonnance núm 2020-232 du 11 mars 2020", *Personnes et famille*, 2020, núm 5, p. 11.

Moisdon-Chataigner, S.: "L'extinction et le renouvellement de l'habilitation familiale", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 47.

Noguero, D.: "Interrogations au sujet du mandat de protection future", *D.* 2006, chron. 1133.

Noguero, D.: "Le périmètre des pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 43.

Noguero, D.: "Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés", *JCP* 2018, éd. G, 698.

Peterka, N.: "Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs", *JCP* 2015, éd. G, 1160.

Peterka, N.: "Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée", *AJ famille*, 2012, 253.

Peterka, N.: "La gestion des biens de la personne protégée", *AJ famille*, 2016, 186.

Peterka, N.: "Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées", *AJ famille*, 2016, 533.

Peterka, N.: "La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs", *JCP* 2012, éd. G, 33.

Peterka, N.: "Le statut de la personne habilitée", *Droit de la famille*, 2016, Dossier, 44.

Peterka, N.: "La gestion du patrimoine de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence" , *Gaz. Pal.* 2010, 604.

Plazy, J. M.: "Incapacités et preuves", *AJ famille*, 2007, 468.

Plazy, J. M.: "Les actes juridiques des majeurs protégés", *Mélange*s J. *Hauser*, 2012, 549.

Potentier, Ph.: "La loi du 5 mars 2007: une loi d'actualité nécessaire et libérale", *Droit et patrimoine*, 2007, núm 160, 34.

Raoul-Cormeil, G.: "Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés", *JCP* 2019, éd. G, 121.

Raoul-Cormeil, G.: "L'habilitation familiale, une tutelle adoucie, en la forme et au fond", *D*. 2015, 2335.

Raoul-Cormeil, G.: "Vulnérabilité et protection juridique des majeurs", *Droit de la famille* 2020, Dossier, 11.

Raoul-Cormeil, G.: "Assistance et représentation dans la protection juridique des majeurs", Droit de la famille 2021, Dossier, 17.

Raoul-Cormeil, G.: "Les libéralités consenties à une personne vulnérable ou par elle : JCP 2008, éd. N, 1272.

Raoul-Cormeil, G.: (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis 2015.

Raoul-Cormeil, G. - Rebourg, M. - Maria, I.: *Majeurs protégés, bilan et perspectives*, LexisNexis, 2020.

Rieubernet. Ch.: "Protection des mineurs et capacité associative depuis la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté", *Droit de la famille*, 2017, Etudes, 22.

Sagaut. J. Fr.: "Tutelle des mineurs, reddition des comptes", *AJ famille*, 2010, 424.

Theron, S.: "De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale, l'instauration de soins ambulatoires sans consentement", *RDSS*, 2010, 1088.

Theron, S.: "La loi du 27 septembre 2013, une révision partielle du régime des soins psychiatriques", *RDSS*, 2014, 133

Vauville, F.: "La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale", *D.* 1990, chron. 283.

Teyssie, B.: *Droit des personnes*, LexisNexis, 23e éd., p. 494, núm 821.

Vasseur-Lambry, F.: "Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme", *Droit de la famille*, 2011, Etudes, 3.

LA "AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO" ITALIANA COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

THE ITALIAN "AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO" AS A PROTECTION MEASURE FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 302-309

Gabriele
CARAPEZZA
FIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: El ensayo analiza las características esenciales de la "amministrazione di sostegno" italiana al lado de los regímenes tradicionales de la tutela y de la curatela.

PALABRAS CLAVE: Protección¸vulnerabilidad¸autonomía.

ABSTRACT: *The essay analyzes the essential characteristics of the italian "amministrazione di sostegno" alongside the traditional regimes of guardianship and curatorship.*

KEY WORDS: *Protection; vulnerability; autonomy.*

SUMARIO.- I. INADECUACIÓN DE LA DISCIPLINA TRADICIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES.- II. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA "AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO".- III. CONCLUSIÓN.

I. INADECUACIÓN DE LA DISCIPLINA TRADICIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES.

La *amministrazione di sostegno* fue introducida en el código civil italiano por la l. 9 de enero de 2004, n. 6, al lado de los regímenes tradicionales de la tutela y de la curatela, para proteger a las personas mayores que, debido a enfermedades físicas o mentales, les resulta imposible, incluso parcial o temporalmente, satisfacer sus propios intereses, tanto de naturaleza patrimonial como personal[1].

La introducción del nuevo instituto fue precedida por un largo debate crítico contra la disciplina de la protección de los incapaces incluida en el código de 1942[2], considerada inadecuada, al menos, desde cuatro puntos de vista:

a) la rigidez de los supuestos subjetivos, identificados con una enfermedad mental – más grave en caso de tutela, menos grave en caso de curatela – lo que impedía la protección de las personas que, aunque no padecían ninguna enfermedad mental, necesitaban ayuda para cuidar sus propios intereses, por ejemplo, a causa del debilitamiento resultante de la edad avanzada;

b) la naturaleza altamente estandarizada de los regímenes de protección, que no permitía adaptar el contenido de las medidas judiciales a las características específicas de los casos individuales;

c) la supresión total de la capacidad residual de autodeterminación del beneficiario, que era completamente privado de la capacidad de obrar, a excepción de los actos autorizados por el juez, también con referencia a los intereses de naturaleza existencial, como demuestra la imposibilidad de casarse y de reconocer al hijo natural;

1 Para el análisis de la medida en su conjunto, se reportan Patti, S.: "L'amministrazione di sostegno", *Quaderni Familia*, Milano, 2005; Piccinni, M. A.: "Gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia", en Mazzoni, C. M.-Piccinni, M. A.: *La persona fisica*, *Tratt. Iudica- Zatti*, Milán, 2016, p. 471 ss.; Bonilini, G.-Tommaseo, F.: "Dell'amministrazione di sostegno, artt. 404-413", en *Comm. Schlesinger-Busnelli*, 2ª ed., Milán, 2018, *passim*; Dogliotti, M.: "Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione", en *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milán, 2019, p. 649 ss.

2 Véanse, en la doctrina italiana, Cian, G.: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", *Riv. dir. civ.*, p. 481 s.; Delle Monache, S.: "Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 29 ss.; Dogliotti, M.: "Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione", cit., p. 737.

• Gabriele Carapezza Figlia
Full Professor of Civil Law, Head of the Department of Law, Lumsa Palermo. E-mail: g.carapezzafiglia@lumsa.it.

d) la falta de mecanismos de consulta del incapaz, adecuados para permitir un ejercicio de la protección funcional encaminada a realizar sus deseos y aspiraciones.

El análisis de las características esenciales de la *amministrazione di sostegno*, en la interpretación ofrecida por la doctrina y la jurisprudencia, muestra que es capaz de superar los principales puntos críticos de los regímenes de protección tradicionales y configurarse como un instrumento que responde plenamente a los valores constitucionales de promoción de la persona y sus derechos fundamentales.

II. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO.

El supuesto para aplicar la *amministrazione di sostegno* se identifica, según la jurisprudencia, por la presencia de dos requisitos diferentes: uno subjetivo, que es «la subsistencia de una enfermedad o un impedimento físico o mental» y uno objetivo, que es «la incidencia de estas condiciones sobre la capacidad del sujeto para satisfacer sus propios intereses»[3]. En otras palabras, debe ser una incapacidad que pueda derivar, no solo de condiciones patológicas, sino de cualquier causa de naturaleza física, mental, relacional, personal o cultural que prive a la persona de autonomía en el cuidado de intereses existenciales o patrimoniales propios[4].

De ahí la respuesta a uno de los problemas interpretativos más delicados que la l. n. 6 de 2004 despertó, es decir, la identificación de los criterios de demarcación entre los diversos regímenes de protección presentes en el sistema legal italiano. En particular, según lo declarado por el Tribunal Supremo, el alcance de la aplicación de la *amministrazione di sostegno* debe determinarse no con respecto al grado de enfermedad, diferente y menos intenso, sino con respecto «a la mayor idoneidad de este instrumento para adaptarse a las necesidades del sujeto, en relación con su flexibilidad y la mayor agilidad del procedimiento»[5]. Por lo tanto, según el Tribunal Constitucional, corresponde al juez tutelar, debido a las peculiaridades del caso específico, elegir entre las posibles opciones en un sistema donde la tutela y la curatela asumen las connotaciones de *extrema ratio*: «solo si el juez no considera la *amministrazione di sostegno* adecuada para garantizar la protección del incapaz, puede recurrir a las medidas más invasivas, de la tutela y la curatela»[6].

3 Cass., 4 febrero 2014, n. 2364.

4 La vulnerabilidad es un concepto muy evocado en la literatura jurídica, pero aún carece de una definición legal precisa. En este sentido, la reciente monografía de Fusaro, Ar.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Nápoles, 2019, pp. 7 y ss.

5 Tribunal de Casación, 12 junio 2006, núm. 13584, donde se afirma también que el criterio de elección entre las diversas medidas que se pueden activar no puede ser únicamente el nivel cuantitativo de incapacidad. En la doctrina, véanse Sesta, M.: "Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?", *Fam. dir.*, 2007, 36.

6 Tribunal Constitucional, 9 diciembre 2005, núm. 440. Véanse, en particular, el comentario de Venchiarutti, A.: "Il *discrimen* tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte

Pero, ¿cuáles son las hipótesis residuales en las cuales aplicar la tutela y la curatela? Parte de la jurisprudencia las identifica en aquellas situaciones de dificultad para administrar un patrimonio particularmente grande o en el peligro de que la persona enferma realice actos perjudiciales para sí misma o en la existencia de fuertes conflictos familiares. Otra parte de la jurisprudencia considera, en cambio, que la *amministrazione di sostegno* es siempre adecuada para la mejor protección de la persona, dejando sin aplicación de facto la tutela y la curatela con la transformación *ex officio* de los recursos en procedimientos para designar un *amministratore di sostegno*.

La *amministrazione di sostegno* garantiza, en todos sus aspectos, la centralidad de la persona con discapacidad. En primer lugar, ella también está legitimada para pedir al juez el nombramiento de un administrador y, en cualquier caso, debe ser escuchada personalmente en el procedimiento. Además, la parte interesada también puede designar al administrador «en previsión de cualquier incapacidad futura, mediante escritura pública o documento notarial». «En ausencia, o en presencia de motivos graves, el juez tutelar puede designar a un *amministratore di sostegno* diferente con auto motivado», pero su elección debe tener en cuenta en cualquier caso del «sólo cuidado y de los intereses de la persona beneficiaria».

El auto judicial de nombramiento indica el objeto del cargo, los actos que el administrador tiene el poder de realizar en nombre y por cuenta del beneficiario, aquellos que el beneficiario solo puede realizar con la asistencia del administrador, la duración del cargo, que también puede ser por un período indefinido. En última instancia, es la resolución judicial la que describe el *an* y el *quomodo* de la medida de protección, que se ha definido como un "traje a medida", que responde por grados a las necesidades siempre cambiantes de la concreta persona con discapacidad.

El juez tutelar no debe, por lo tanto, quitarle al beneficiario más capacidad de la que sea necesaria para proteger sus intereses existenciales y patrimoniales, a través de una intervención proporcional[7], que debe tener en cuenta, en primer lugar, la voluntad del sujeto débil.

El beneficiario conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieren la representación exclusiva o la asistencia necesaria del *amministratore di sostegno* y puede, en cualquier caso, llevar a cabo los actos necesarios para satisfacer las necesidades de la vida diaria. En el desempeño de sus funciones, el

costituzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 1101.

7 En este sentido, el texto del art. 409 del Código Civil italiano. Sobre los delicados problemas de interpretación que la ley establece, ver la posición de Patti, S.: "Amministrazione di sostegno: la capacità (residua) del beneficiario (parere *pro veritate*)", *Familia*, 2020, p. 657 ss., que si expresa en el sentido de que «el beneficiario conserva en abstracto la capacidad para todos los no actos señalados en el decreto, siempre que no presenten características tales como para requerir, como dice la ley, "la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador apoyo"».

administrador debe tener en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario, quien, si es capaz de comprender y de querer, debe ser informado por aquel sobre los actos a realizar y, en caso de desacuerdo, él puede solicitar al juez competente que tome las medidas apropiadas.

Son anulables los actos realizados por el administrador en violación de la ley o excediéndose exceso del objeto del cargo o de los poderes conferidos por el juez, así como los actos realizados personalmente por el beneficiario, también en violación de la ley o de la medida judicial.

Como declaró la Corte Suprema, la finalidad de la *amministrazione di sostegno* es proteger a las personas frágiles, es decir, a aquellas que no pueden o tienen dificultades para administrar las actividades de la vida diaria y sus propios intereses, sacrificando la capacidad de obrar en la menor medida posible. Por lo tanto, la medida de protección no está dirigida únicamente a la protección de los intereses patrimoniales, sino también a los no patrimoniales y, en general, al cuidado de la persona incapacitada.

III. CONCLUSIÓN.

En conclusión, la introducción en el derecho italiano de la *amministrazione di sostegno* muestra que, incluso en el derecho de las personas, la progresiva incidencia de los derechos fundamentales sobre las relaciones de derecho civil y su "despatrimonialización"[8] han reducido en gran medida las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos europeos. Así se transforma profundamente la tarea del jurista, cada vez más llamado a usar la comparación legal como una herramienta de investigación para buscar soluciones interpretativas más avanzadas en la protección de los derechos fundamentales de la persona.

8 Para un análisis completo sobre este punto ver Perlingieri, P.: "Depatrimonializzazione" e diritto civile, *Riv. dir. civ.*, 1983, 1 ss., ahora en Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 175 ss.; Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 11 ss.

BIBLIOGRAFÍA

Bonilini, G.-Tommaseo, F.: "Dell'amministrazione di sostegno, artt. 404-413", en *Comm. Schlesinger-Busnelli*, 2ª ed., Milán, 2018;

Cian, G.: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", *Riv. dir. civ.*, p. 481 s.

Delle Monache, S.: "Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 29 ss.

Dogliotti, M.: "Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione", en *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milán, 2019, p. 649 ss.

Fusaro, Ar.: *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Nápoles, 2019, p. 7 ss.

Patti, S.: "Amministrazione di sostegno: la capacità (residua) del beneficiario (parere *pro veritate*)", *Familia*, 2020, p. 657 ss.

Patti, S.: "L'amministrazione di sostegno", *Quaderni Familia*, Milano, 2005.

Perlingieri, P.: "Depatrimonializzazione" e diritto civile, *Riv. dir. civ.*, 1983, 1 ss., ahora en Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 175 ss.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 11 ss.

Piccinni, M. A.: "Gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia", en Mazzoni, C. M.-Piccinni, M. A.: *La persona fisica*, *Tratt. Iudica- Zatti*, Milán, 2016, p. 471 ss.

Sesta, M.: "Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?", *Fam. dir.*, 2007, 36.

Venchiarutti, A.: "Il *discrimen* tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte costituzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 1101.

ESTADO DE INTERDICCIÓN FRENTE A LA DISCAPACIDAD SOCIAL. UN RETO LEGISLATIVO EN MÉXICO

STATE OF INTERDICTION AGAINST SOCIAL DISABILITY. A LEGISLATIVE CHALLENGE IN MEXICO

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 310-343

Gisela María
PÉREZ
FUENTES

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: Los Códigos Civiles de México asumen aun el sistema sustitutivo de la capacidad a pesar de haber firmado la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, por otra parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, protege a las personas con discapacidad considerando una discriminación cualquier limitación en sus derechos y ejercicios de la capacidad jurídica, existen leyes de carácter administrativo que reconocen los derechos humanos de las personas con discapacidad, así como los conceptos fundamentales de la Convención internacional firmada por México, sin embargo, la Ley General y su reglamento, determina un camino de carácter administrativo para garantizar los derechos humanos de las personas con discapacidad, así ha correspondido resolver a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La actividad del Poder Judicial de la Federación ha permitido cuestionar algunos artículos de los Códigos Civiles de los 32 Estados que integran la República Mexicana, que violan el reconocimiento de la personalidad, capacidad jurídica y dignidad del art. 1° de la Constitución Federal, así como el art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, sin embargo, en la mayoría de estos códigos civiles, el estado de interdicción continúa vigente según se demuestra con el estudio de casos que se ha realizado para esta investigación.

PALABRAS CLAVE: Estado de incapacidad; discapacidad; modelo social; persona con discapacidad.

ABSTRACT: *The Civil Codes of Mexico still assume the substitute system of capacity despite having signed the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, on the other hand, the Political Constitution of the United Mexican States, protects persons with disabilities considering discrimination any limitation on their rights and exercises of legal capacity, there are administrative laws that recognize the human rights of people with disabilities, as well as the fundamental concepts of the international Convention signed by Mexico, however, the General Law and its regulation, determines an administrative path to guarantee the human rights of people with disabilities, so it has been up to the Supreme Court of Justice of the Nation to decide. The activity of the Judicial Power of the Federation has allowed questioning some articles of the Civil Codes of the 32 States that make up the Mexican Republic, which violate the recognition of personality, legal capacity and dignity of article 1 of the Federal Constitution, as well as the Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, however, in most of these civil codes, the state of interdiction continues in force as demonstrated by the case study that has been carried out for this investigation.*

KEY WORDS: *State of incapacity; disability; social model; person with a disability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO JURÍDICO DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN MÉXICO.- 1. Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.- 2. Reglamento de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.- III. LA DISCAPACIDAD SOCIAL EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.- 1. Caso Ximenes Lopes Vs Brasil.- IV. LOS PRECEDENTES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN MÉXICO A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Amparo en revisión 159/2013.- V. EL PARADIGMA DE LA DISCAPACIDAD SOCIAL EN MÉXICO: ESTUDIO DE CASOS.- 1. Amparo en revisión 1368/2015.- 2. Amparo directo 182/2018.- 3. Amparo Directo 47/2020.- 4. Amparo Directo 2/2021.- 5. Amparo Directo en Revisión 8314/2019. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La discapacidad es un concepto que ha evolucionado en función de la dignidad de la persona en la era de los derechos humanos, para proteger a las personas con ciertas características diferentes al ser humano común, y que durante siglos han sido separadas por una parte de la sociedad; es por ello que, el derecho debe intervenir para derribar las barreras que evitan la participación plena de dichas personas en igualdad de condiciones que las demás. La reflexión anterior está parafraseada de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (CDPD). Los países que han suscrito la Convención han adoptado medidas legislativas para superar esta realidad de violación de derechos humanos, sin embargo, no todos han avanzado en la misma dinámica jurídica. En este artículo se explica el caso de México y cómo a pesar de que existen normativas de carácter federal y estatal sobre el tema, perduran una serie de preguntas que trataremos de responder en este trabajo como problemática de investigación.

En el año 2018 se realizó una Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica (ENADID), posterior a la de 2014, a la fecha señalada, existían en México 7 millones 877,805 personas con discapacidad, en la encuesta se definió a una persona con discapacidad como aquella que declaró tener mucha dificultad o no poder realizar alguna de las siguientes actividades consideradas como básicas: caminar, subir o bajar usando sus piernas, ver (aunque use lentes) mover o usar brazos o manos, aprender, recordar o concentrarse, escuchar- aunque sea con aparato auditivo- bañarse, vestirse o comer, hablar o comunicarse y, realizar actividades diarias por problemas emocionales o mentales[1]. La cifra alcanza una cantidad de personas

1 INEGI: Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica (ENADID), 2018, Base de datos: SNIEG, disponible en: https://www.inegi.org.mx/programas/enadid/2018/

• Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com.

considerables de la cual, según la propia encuesta la mitad de la población con discapacidad son personas adultas mayores de 60 años. ¿Cómo tratar a estas personas? ¿Se sigue restringiendo total o parcialmente su capacidad de ejercicio? ¿Se consideran semi-personas porque no tienen autonomía total? ¿Ha resuelto el derecho mexicano esta herencia romana francesa o respeta de forma total la Convención de 2006 sobre los Derechos de las Personas con discapacidad o continúa con el procedimiento judicial en el cual los médicos actúan como testigos definitorios? Esta es la problemática que se aborda en el trabajo, adelantando como hipótesis que sólo a través de la jurisprudencia mexicana se han resuelto algunos de los temas expuestos, pero no existe una posición legal que presente una solución capaz de guiar el camino, siendo aún los códigos civiles decimonónicos, incapaces de seguir la protección de los derechos humanos de estas personas.

II. MARCO JURÍDICO DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN MÉXICO.

En México antes de la reforma al art. 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de diciembre de 2006, se preveía en el párrafo 3° el concepto de capacidades diferentes, de la manera siguiente: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, …o cualquier otra que atente contra la dignidad humana". Pero en virtud de la reforma del 2006, la redacción del párrafo 3° se sanciona de la forma siguiente: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas"[2].

La reforma tuvo por objeto sustituir el término capacidades diferentes por el de discapacidad para homologar los conceptos constitucionales con los de los instrumentos internacionales y nacionales que rigen la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

A partir de la reforma de 10 de junio de 2011, también empezó a aplicarse con carácter de principio fundamental la convencionalidad, y por tanto la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, documento que se había aprobado en el Senado mexicano el 27 de septiembre de 2007, por tanto, el Decreto de Aprobación de la Convención se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de octubre del mismo año, con lo que se pudo ratificar por México hasta el 17 de enero de 2008, convirtiéndose en parte de los Estados comprometidos a

2 Reforma al art. 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2006.

proteger la dignidad de las personas con discapacidad, en el camino a una sociedad internacional inclusiva.

Por otra parte, la reforma constitucional al art. 4º en mayo de 2020, incorporó un párrafo en donde se reconoce que el Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley, en donde además se establece en orden de prioridad a menores de 18 años, indígenas y afromexicanos hasta la edad de 64 años y personas que se encuentren en condición de pobreza[3].

Los Códigos Civiles de México asumen aún la postura del sistema sustitutivo de la capacidad de ejercicio, ello a pesar que México suscribió la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[4].

En el Código Civil de la Ciudad de México por ejemplo, se mantiene el art. 450, sancionado en parte por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como inconstitucional, y al respecto se señala:

"Art. 450. Tienen incapacidad natural y legal; I Los menores de edad; II; Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla"[5].

Algunos doctrinos ya consideran la discapacidad conforme a los principios que contienen los tratados internacionales[6].

La Ley civil mantiene en el art. 375, que actos personalísimos como es el reconocimiento de un hijo, en estado de interdicción, no puede ser reconocido sin el consentimiento de su tutor, si lo tiene o del tutor que el Juez de lo Familiar le nombrará especialmente para el caso.

El Código Civil de la Ciudad de México mantiene en el art. 635, el estado de interdicción declarando nulos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados sin la autorización del tutor.

3 Reforma al art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de mayo de 2020.

4 El convenio internacional ha sido incorporado en algunos principios a la normativa mexicana siendo la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad y su reglamento, los documentos normativos que amparan con más rigor a las personas con discapacidad.

5 Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto, todos de 1928. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 4 de agosto de 2021.

6 Domínguez Martínez, J. A.: *Derecho Civil. Parte General, Personas, Bienes, Negocio Jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 15ª ed., 2019, pp. 229-240.

El art. 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala que la declaración de incapacidad a la que se refiere el art. 450 II – antes descrito se acreditará en Juicio Ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino, o sea sin participación del discapacitado[7].

El apartado I del propio art. 904 dispone: "1. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquel de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas"[8].

En el país existen no obstante leyes federales y estatales que han suplido de cierta forma la contradicción legislativa que existe en los Códigos Civiles con relación a la protección de los derechos humanos, al continuar la prevalencia médica[9]. En pleno acuerdo con la doctrina más especializada es difícil continuar la distinción tradicional en el cambio de paradigma de la discapacidad, entre capacidad de ejercicio o de obrar y capacidad jurídica[10].

1. Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad[11].

La norma en cuestión se basa precisamente en el art. 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo como fin las condiciones que el Estado deberá promover, proteger y asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad a través de la accesibilidad como el conjunto de medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, transporte, información y comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público.

La Ley General de carácter federal, ha definido la discapacidad como la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su

7 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, actual Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 1al 21 de septiembre de 1932, última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 18 de julio de 2018.

8 *Cfr.* Art. 904 fracción I del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

9 Pérez Fuentes, G. M.: "El nuevo paradigma de la discapacidad civil en México", *Revista Opinio Iuris,* UNAM, México, Enero-Junio 2021, pp 42-65.

10 De Verda y Beamonte, J. R.: "¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?" en *Tribuna*, Julio-septiembre 2021, IDIBE, https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/.

11 Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011, última reforma publicada el 12 de julio de 2018.

inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. En strictu sensu el art. 2º, fracción XXVII, para los efectos de la Ley se entenderá por:

"XXVII. Persona con Discapacidad. Toda persona que por razón congénita o adquirida presenta una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás."

Estas situaciones se protegen en relación al acuerdo firmado por México con los denominados ajustes razonables y asistencia social[12], así como ayudas técnicas entendiendo por tal todos los dispositivos tenológicos y materiales que permiten habilitar, rehabilitar o compensar una o más limitaciones funcionales, motrices, sensoriales o intelectuales de las personas con discapacidad, la cual coincide con la definición que aparece en la Convención.

Los tipos de discapacidad según la Ley General pueden ser físicas tratándose de secuelas o malformación que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico que provocan alteraciones en el control motriz y que al interactuar con las barreras impuestas por el entorno social, se impide la inclusión plena y efectiva en la sociedad. Las deficiencias también pueden ser intelectuales, con las limitaciones en la estructura del pensamiento razonado como en la conducta adaptativa de la persona que le dificulta la inclusión. Se diferencia de la discapacidad mental en cuanto esta implica la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona a los que se suman hechos que escapan de su autocontrol y provocan cambios en su comportamiento en la convivencia social[13].

La Ley General como la Convención, reconoce y garantiza los derechos humanos de estas personas, en este sentido, la Secretaria de Salud es la responsable de la política pública que permita un programa de orientación y prevención para estas personas, así como crear un centro para que estas personas puedan encontrar lo necesario de acuerdo a su discapacidad.

Se garantiza también el derecho al trabajo y empleo en igualdad de oportunidades a través de la Secretaría del Trabajo. En el mismo sentido el derecho a la educación pública, con la incorporación de un programa para la educación

12 Ajustes Razonables: Se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce y ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. *Cfr.* art. 2, fracción II de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

13 *Cfr.* Art. 2 fracciones X y XI de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

especial e inclusiva. De igual forma se incorporará en el Sistema Nacional de Bibliotecas, el Sistema de Escritura Braille.

La Ley General prevé el derecho de accesibilidad universal a la vivienda, señalando a las entidades competentes de la Administración Pública Federal, Estatal y municipal como responsables de garantizar este derecho. En igual sentido el transporte público y las comunicaciones, deben ser garantizadas por la Secretaría de Comunicaciones, el deporte también debe estar garantizado de acuerdo a las condiciones de estas personas y por supuesto el acceso a la justicia y libertad de expresión, a través de unos Lineamientos del Programa Nacional para el desarrollo y la inclusión de las personas con discapacidad[14].

2. Reglamento de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad[15].

La normativa especial en cuestión tenía por objeto reglamentar en el ámbito de la Administración Pública Federal, la Ley General para la Inclusión de las personas con discapacidad y definir las políticas públicas y programas de la Administración Federal que garantizarán este proceso. Para ello fijó en el art. 8 de dicho Reglamento al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia como el competente para la formación y capacitación de personal especializado para atender este tipo de casos.

De igual forma en el art. 12, se compromete a la Secretaría de Salud a definir los costos de los insumos y el procedimiento para adquirirlo conforme a:

a) El tipo de discapacidad con que vive la persona.

b) La situación económica de la o el solicitante, priorizando a las personas de bajos recursos.

c) El plazo de entrega de las medicinas, prótesis y ayudas técnicas.

En el Reglamento se establece que se considerará una conducta discriminatoria la negativa de otorgar un seguro de salud o vida fundada en la única razón de que una persona tenga una discapacidad[16].

Acorde al art. 14 del Reglamento mencionado, la investigación en salud en materia de discapacidad deberá contribuir a fortalecer: Los procesos de atención

14 *Cfr.* Arts. 7, 11, 12, 13, 16, 19, 21 y 24 de la Ley General para la Inclusión de las personas con Discapacidad.

15 Reglamento de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012.

16 *Cfr.* Art. 16 del Reglamento de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

psicológica y la vinculación que existe entre las causas que generan las diferentes discapacidades, la práctica médica y la forma en que el entorno físico y social influye en la prevalencia de las deficiencias o limitaciones en las personas.

Se establece una clasificación nacional de Discapacidades emitida por la Secretaría de Salud, donde se emitirá un certificado de reconocimiento y calificación de discapacidad con validez nacional emitido por las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud. En el art. 19 del Reglamento, se establece que el certificado de reconocimiento y calificación de discapacidad con validez nacional contendrá los elementos siguientes:

A) Nombre, domicilio, edad y sexo de la persona con discapacidad.

B) Tipo de condición de discapacidad detectada: física, sensorial, intelectual o mental.

C) Valoración del porcentaje de la discapacidad.

D) Órtesis, prótesis o ayudas técnicas necesarias para el pleno desarrollo de la persona con discapacidad.

E) Nombre y firma del médico e institución pública responsable de la emisión del certificado,

F) Vigencia del certificado.

La discapacidad es un problema de salud, social y jurídico en el país, de manera indiscutible, por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus Juzgados Colegiados se pronuncian continuamente sobre casos de suma sensibilidad, toda vez que el sistema de los Códigos Civiles continúa sin asumir la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. Estas normativas anteriormente explicadas resuelven situaciones de discapacidad desde una perspectiva administrativa y social, defendiendo los derechos humanos, pero ¿qué ocurre cuando se presentan situaciones propias de la vida personal y patrimonial de las personas con discapacidad?

El modelo social de la discapacidad normativizado internacionalmente a partir de la Convención considera que son las barreras sociales las que establecen estos límites rompiendo en definitiva con el paradigma representado por el modelo médico. El modelo social de discapacidad reafirma el derecho de las personas con discapacidad a ser sujetos titulares de derecho a partir de la protección de los derechos humanos.

Los Códigos Civiles no han dado el paso para este modelo consecuente con la protección de los derechos humanos, sin embargo, en el ámbito constitucional, en la Ciudad de México, el art. 11 dedicado a ciudad incluyente reconoce la protección de los derechos de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, señalando al respecto:

"Art. 11: Ciudad Incluyente.

A. Grupo de atención prioritaria.

La Ciudad de México garantizará la atención prioritaria para el pleno ejercicio de los derechos de las personas que debido a la desigualdad estructural enfrentan discriminación, exclusión, maltrato, abuso, violencia y mayores obstáculos para el pleno ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales

B. Disposiciones comunes….

G. Derechos de personas con discapacidad.

1. Esta Constitución reconoce los derechos de las personas con discapacidad.

Se promoverá la asistencia personal, humana o animal, para su desarrollo en comunidad. Las autoridades adoptarán las medidas necesarias para salvaguardar integralmente el ejercicio de sus derechos y respetar su voluntad, garantizando en todo momento los principios de inclusión y accesibilidad, considerando el diseño universal y los ajustes razonables.

2. Las autoridades deben implementar un sistema de salvaguardias y apoyos en la toma de decisiones que respete su voluntad y capacidad jurídica.

3. Las familias que tengan un integrante con discapacidad y sobre todo las que tengan una condición de gran dependencia o discapacidad múltiple, recibirán formación, capacitación y asesoría de parte de las autoridades de la Ciudad de México.

4. Las personas con discapacidad tendrán derecho a recibir un apoyo no contributivo hasta el máximo de los recursos disponibles"[17].

Ha sido el Poder Judicial de la Federación el que realmente traza en México una serie de soluciones a través de precedentes judiciales que han ido evolucionando

17 Constitución Política de la Ciudad de México publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 5 de febrero de 2017, última reforma publicada el 2 de septiembre de 2021.

favorablemente para reconocer los derechos de las personas con discapacidad en el modelo social.

III. LA DISCAPACIDAD SOCIAL EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

1. Caso Ximenes Lopes Vs Brasil.

A) Hechos.

El señor Ximenes Lopes, durante su juventud desarrolló una discapacidad mental. El 1 de octubre de 1999 sufrió una crisis nerviosa, teniendo que ser hospitalizado en una Casa de reposo, parte del Sistema Único de Salud brasileño. En el momento de su ingreso al hospital, sus condiciones psíquicas se encontraban en perfecto estado físico. Su madre lo visitó tres días después de la hospitalización y lo encontró en malas condiciones de salud que lo llevaron a su fallecimiento. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda contra el Estado de Brasil para reclamar la responsabilidad por la muerte de Ximenes.

B) Precedente jurídico.

Este caso es relevante porque la sentencia de la Corte Interamericana aporta las especiales obligaciones que le corresponden al Estado en el esquema de la prestación sanitaria a personas con discapacidad mental. Por tal razón la CIDH analizó el contexto de violencia en contra de las personas internadas y se pronuncia por el derecho a la vida y dignidad humana. En los razonamientos de la resolución en el caso Ximenes Lopes, la Corte afirma que el derecho al respeto a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad mental y una atención médica eficaz implica el deber correlativo del Estado de la prestación de atención médica eficiente a las personas con discapacidad mental[18].

A propósito del Caso Ximenes Lopes VS Brasil, la Convención destacó que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para proporcionar la plena integración de esas personas en la sociedad[19].

18 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, No. 149.

19 Pérez Fuentes, G. M.: *La protección de la salud a la niñez*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020, pp. 132-135.

IV. LOS PRECEDENTES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN MÉXICO A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México es el principal actor de transformación jurídica en cuanto a la protección de las personas con discapacidad. En la autoría de este trabajo considero que el Poder Judicial de la Federación ha ido transitando por el modelo médico con ciertas facultades para la persona discapacitada donde se reconoció el estado de interdicción hasta el verdadero reconocimiento al modelo social de la discapacidad, explico a través de los siguientes ejemplos:

1. Amparo en revisión 159/2013.

En esta sentencia se señala aún que el juez determinará la extensión y límites de la tutela, estableciendo qué actos personalísimos puede realizar por sí sola la persona con discapacidad en el juicio de estado de interdicción. En esta sentencia, no obstante, se admite que las personas con discapacidad deben tener guías en sus tomas de decisiones, en esta resolución se confunde aún el modelo médico con el modelo social.

En dicha sentencia se lee: A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las instituciones mediante las cuales se regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad- tales como el estado de interdicción- se han clasificado de forma histórica en dos modelos – posición en la que no coincido- modelo de sustitución en la toma de decisiones, -que es el modelo predominante en los Códigos Civiles de México - y el modelo de asistencia en la toma de decisiones.

En este punto me encuentro en pleno desacuerdo con ese pronunciamiento de la sentencia, toda vez que los artículos que regulan el estado de interdicción sólo admiten la presencia del tutor y el juez.

En la sentencia se explica como el modelo de sustitución en la toma de decisiones, una vez que el juzgador ha constatado la existencia de la diversidad funcional del individuo respecto del cual versa el asunto, se decreta que la voluntad de éste sea sustituida por la de alguien más, cuya labor consistirá en tomar las decisiones que representen el mejor interés de la persona cuya protección se le ha encomendado y que ha sido identificado de forma tradicional con la institución jurídica del tutor, mismo que se encuentra encargado de adoptar decisiones en torno a la esfera personal y patrimonial de su pupilo – en esta posición de la sentencia parece que ambos modelos pueden subsistir. Se hace referencia también al modelo de asistencia en la toma de decisiones que implica un cambio de paradigma en la forma en que los Estados suelen regular la capacidad jurídica de las personas con

discapacidad, haciendo alusión al modelo asistencial del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[20].

V. EL PARADIGMA DE LA DISCAPACIDAD SOCIAL EN MÉXICO: ESTUDIO DE CASOS.

La discapacidad en México, como he señalado con anterioridad ha tenido una evolución de los criterios del Poder Judicial de la Federación, pero no toda discapacidad afecta con la misma intensidad a la persona que tiene esa condición, que repercute de manera distinta en su capacidad de actuar en sus actividades laborales u ordinarias.

1. Amparo en Revisión 1368/2015.

A) Hechos[21].

- L promovió declaratoria de interdicción de sus hijos E y S, y solicitó que se decrete tutela legítima a su favor.

- Una vez hechos los reconocimientos médicos y seguidos los trámites de ley, el juez declaró en estado de interdicción a los dos hijos mediante sentencia. Designó como tutriz definitiva a su madre y como curadores mancomunados a sus hermanos R y H.

- En 2008 fallece la madre y tutora y E vive (no con los curadores) si no con una media hermana, quien posteriormente también fallece, por lo que E queda al cuidado de la hija de su medio hermana F, es decir, sobrina del declarado incapaz.

- Uno de los curadores, H, solicitó que se designara como tutora a otra sobrina de E con la que no había convivido.

- En 2012 el incapacitado contrajo matrimonio con M quien promovió incidente de remoción y designación de tutora a su favor, en el que solicitó la separación de la sobrina del cargo de tutora, en 2016 se declaró la nulidad del matrimonio de E y M, cuando desde 2013 el juez mediante sentencia había nombrado como tutora a M (la esposa que ya no es).

B) Problemática.

El problema jurídico planteado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consistió en analizar la constitucionalidad de la figura del

20 Tesis: 1a. CCCXLI/2013, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* libro 1, diciembre de 2013, tomo I, p. 531.

21 *Vid.* Amparo en Revisión 1368/2015, de 13 de marzo de 2019.

estado de interdicción en relación con el derecho a vivir de forma independiente y a la igualdad, así como la obligación de establecer salvaguardias adecuadas y efectivas por parte de las autoridades.

El declarado interdicto presentó por su propio derecho, un escrito ante el juez de lo familiar en el cual solicitó:

- El reconocimiento judicial de su lugar de residencia, así como de su derecho a vivir en ese lugar de manera independiente, así como a elegir a las personas con las que desea vivir, acorde a lo que prevé el art. 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- El reconocimiento de su derecho a disponer de sus ingresos económicos y a administrar los gastos de su vida independiente, conforme al art. 12 de la Convención.

- La disposición por parte del Juez de los ajustes razonables y el soporte necesario, en la toma de decisiones con el fin de poder vivir de manera independiente, acorde a lo tutelado por los arts. 2 y 19 de la Convención

- Que el juez se abstuviera de ordenar o sujetarlo a vivir en domicilio alguno y con persona alguna.

El Juez emitió una resolución en la que determinó no acordar lo solicitado por E (incapacitado o interdicto) hasta que fuera interpuesta la promoción por su representante legal y en contra de esta resolución E interpuso juicio de amparo indirecto.

En la demanda de amparo el declarado interdicto, narra los antecedentes del asunto, la materia de la controversia que es la interdicción y su capacidad intelectual; solicitando que se admita a trámite la demanda sin la intervención de un representante ya que, pese a no gozar de capacidad de ejercicio en términos del art. 450 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, no debe desestimarse su pretensión porque el fondo del asunto versa en torno a si es constitucional o no que se limite su capacidad de ejercer sus derechos de manera directa, sin intervención de tercero como es el tutor.

En este sentido E alega que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su art. 13, que los Estados deben respetar el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, por lo que si no se le permitiera acceder al juicio de amparo sin un representante no estaría en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos.

En atención al art. 8 de la Ley de Amparo, en el que establece que cuando el menor hubiere cumplido 14 años podrá hacer la designación de representante, por lo que E designa a F. En su demanda de amparo el quejoso esgrimió entre sus conceptos de violación, los siguientes:

a) Violación al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, capacidad jurídica y dignidad humana.

El sistema jurídico mexicano distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio, pero se debe discernir qué debe entenderse por capacidad conforme a la concepción plasmada en el art. 12 de la CDPD y el 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) para determinar si la figura de interdicción prevista en el régimen mexicano vulnera o no un derecho tutelado por los referidos tratados internacionales, a la luz de los arts. 3, 14[22], 17[23] y 19 de la CDPD, congruentes con el respeto a la integridad física y mental, el derecho a vivir en comunidad y a elegir libremente el lugar de residencia.

El derecho a la personalidad jurídica tutelado por la CADH implica tanto el ser titular de derechos[24] como el derecho a ejercer los mismos y hace énfasis en la importancia de proteger estos derechos respecto de personas en situación de vulnerabilidad.

La concepción de capacidad jurídica que tutela la CDPD debe ser consecuente con la libertad de tomar las propias decisiones (art. 3); acorde con el ejercicio de la libertad en igualdad de condiciones y seguridad de la persona.

b) Vulneración al derecho a una vida independiente.

Son inconstitucionales los arts. 23, 450 fracción II y 537 del código civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México[25], pues restringen su derecho a elegir un lugar de residencia y a decidir, de manera independiente.

22 Art. 14. Libertad y seguridad de la persona 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

23 Art. 17. Protección de la integridad personal. Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

24 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de junio de 2006. Serie C No. 146.

25 *Cfr.* Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México:
Art. 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la

Las personas con discapacidad tienen derecho a elegir, en igualdad de condiciones que las demás, su lugar de residencia y dónde y con quién desean vivir, sin que sea vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, tal como lo prescribe el art. 19 de la CDPD.

Dicho precepto establece dos derechos: derecho a elegir dónde se quiere tener el lugar de residencia y derecho a elegir con quién se quiere vivir en el lugar en donde se haya decidido. Además, el precepto añade una condicionante: que la elección del lugar y de con quién se desea vivir se realice en igualdad de condiciones que las demás personas de la comunidad, esto es, que no exista un trato diferenciado hacia las personas con discapacidad por su condición.

Estos artículos del Código Civil están en contradicción con los principios rectores de la Convención[26] en cuanto a: la autonomía individual, la independencia y la posibilidad de tomar las propias decisiones.

c) Violación al principio de igualdad porque el estado de interdicción estereotipa y estigmatiza.

La figura del estado de interdicción suprime el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidos en la comunidad, pues supone que no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que las supla.

El estado de interdicción se basa en un estereotipo, pues parte de una concepción falsa de las personas con discapacidad: trata a todas como si fueran

integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.
Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:
I.- Los menores de edad;
II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.
Art. 537.- El tutor está obligado:
I.- A alimentar y educar al incapacitado;
II.- A destinar, de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación derivadas de éstas o del consumo no terapéutico de substancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos;
III.- A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad;
El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;
IV.- A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años;
La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;
V.- A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales;
VI.- A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.

26 *Vid.* Art. 3 de la CDPD, en donde se establecen los principios generales tales como el respeto de la dignidad, la autonomía individual, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, entre otros.

iguales y como si tuvieran las mismas capacidades fácticas, además de suponer que no cuentan con la capacidad fáctica de tomar ningún tipo de decisión y de llevar a cabo actos por sí mismos, esto es, que no se pueden gobernar. Genera la percepción en la sociedad de que las personas con discapacidad no son capaces y ha contribuido a crear falsas concepciones en la sociedad vulnerándose el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que plasma y reproduce estereotipos que incentivan prácticas discriminatorias, vulnerándose lo dispuesto por el art. 8 de la CDPD.

La controversia versa exactamente sobre los arts. 23 y 450 fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, que disponen el estado de interdicción.

De acuerdo a lo anteriormente prescrito, se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

- No se podría aceptar una interpretación que suponga afirmar que se puede suprimir el derecho a ejercitar los derechos por uno mismo y simultáneamente que éste tenga libertad de tomar sus decisiones propias.

- No es sostenible alegar que un individuo simultáneamente pueda, por un lado, estar desprovisto del derecho a hacer valer por sí mismo sus derechos a la libertad y seguridad y que, por otro lado, disfrute la libertad y seguridad en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad.

- No puede alegarse que una persona desprovista de la capacidad para hacer valer por sí misma sus derechos sea tratada con respeto e integridad, pues el individuo está sujeto a la voluntad y buena fe de un tercero que toma todas las decisiones importantes en su vida por la persona en estado de interdicción, pues la figura de la interdicción asume un modelo de sustitución en la toma de decisiones.

- La falta de capacidad de ejercicio no es conciliable con la idea de que el sujeto pueda vivir integrado a la sociedad y que pueda elegir dónde residir. La persona en estado de interdicción está sujeta a la voluntad de su tutor. Sea el tutor bien intencionado o no, es éste quien decide dónde vive la persona con discapacidad intelectual y con arreglo a qué sistema de vida.

- La figura del estado de interdicción implica que no tienen capacidad jurídica las personas que no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismas o por algún medio que la supla, por lo que restringe de manera directa y manifiesta el derecho al reconocimiento de la capacidad de ejercicio.

- El estado de interdicción viola su dignidad humana: al ser despojado de su capacidad de ejercicio ha sufrido un daño en el derecho a que su personalidad sea reconocida y en su dignidad, por lo que se violan los fines para los cuales fue suscrita la CDPD, como lo son la protección y el reconocimiento de la dignidad humana de las personas con discapacidad. En conclusión, resulta inconstitucional el estado de interdicción.

2. Amparo Directo 182/2018.

A) Hechos[27].

Este caso se refiere a la guarda y custodia de una menor con discapacidad con padres discapaces. Se suscita un conflicto de orden familiar en el que se reclama la guarda y custodia de una menor con discapacidad; teniendo como eje central que sus padres también cuentan con una discapacidad, por tanto, las personas que solicitan la controversia son su abuela materna y paterna; en consecuencia, opera la suplencia de la queja porque se encuentran en necesaria situación de protección los derechos de personas con discapacidad.

B) Problemática.

¿Tienen derecho los padres incapacitados a la guarda y custodia de una menor de edad con discapacidad? Para el estudio del caso se desarrollan los siguientes conceptos.

a) Discapacidad.

Para la Organización Mundial de la Salud, la discapacidad significa un término general que abarca las deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones de la participación. Se entiende que las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. La discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y de la sociedad en que vive.

La Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, firmada por el Estado Mexicano en 1999 y ratificada en el 2001, dispone que la discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

27 *Vid*. Amparo Directo 182/2018, de 13 de marzo de 2019.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido un Protocolo de actuación que aún cuando no tiene el carácter de obligatorio ni vinculatorio, se emplea como una herramienta de apoyo para expresar que los elementos que conforman la discapacidad son tres: una diversidad funcional; el entorno o contexto que rodea a la persona con diversidad funcional y la interacción de ambos elementos que trae como resultado que la persona con discapacidad participe plenamente en la sociedad[28].

Para entender la definición a partir de los elementos se ejemplifica a continuación: una incapacidad para caminar es una deficiencia -diversidad funcional- mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones -entorno- es una discapacidad.

De igual forma una incapacidad de hablar es una deficiencia -diversidad funcional- pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no están disponibles -entorno- es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia – diversidad funcional- pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada -entorno- es una discapacidad. Sin embargo, en otras situaciones puede existir una diversidad funcional pero no se llega a una discapacidad, por ejemplo, una persona con miopía cubre las barreras del entorno con el uso de lentes, y ello no limita su participación en la sociedad.

En apreciación a lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación razona que no toda discapacidad afecta por igual a la persona que tiene la misma, aplicando la teoría de Robert Alexy, puede existir idoneidad en cuanto al tipo de incapacidad, pero el principio de necesidad no prospera porque existe una medida alternativa que permite no tipificar la discapacidad del sujeto[29].

b) Personalidad y capacidad jurídica.

El art. 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ampara a todas las personas en cuanto a que gozarán de los derechos humanos, tanto por la máxima norma como por los tratados internacionales y prohíbe toda discriminación motivada por cualquier tipo de discapacidad. La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad normativiza y desarrolla el principio en los arts. 5, fracciones V y VI, así como del 28 al 31, en cuanto el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.

28 *Vid.* Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Derechos de Personas con Discapacidad,* México, 2014, p. 22.

29 *Cfr.* Alexy, R.: *Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2012, pp. 213 - 226.

En el ámbito del principio de aplicación de la Convencionalidad, es decir, asumir en el sistema jurídico mexicano los tratados internacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 1, dispone la necesidad de obligación de respetar los derechos en los siguientes términos: "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, por motivos de raza, sexo…o de cualquier otra índole, origen nacional o social…

Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano."

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte se ha pronunciado en cuanto que la cláusula de no discriminación prevista en el art. 1.1 debe coordinarse con las diversas contenidas en el precepto 24 que dispone la igualdad ante la Ley sin discriminación[30]. La Corte IDH se ha pronunciado por una obligación de los Estados partes, de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas.

El art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, que es el derecho al reconocimiento de la personalidad en cuanto a la facultad de ejercer y gozar sus derechos, la capacidad de asumir obligaciones y la capacidad de actuar. En este contexto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos -derecho de goce y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes.

El Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – ratificado por el Estado Mexicano- prevé además en su art. 18 la protección de los minusválidos en los siguientes términos: "Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para este propósito…".

c) Representación de las personas con discapacidad en la legislación de la Ciudad de México.

30 *Vid.* Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* de diecisiete de septiembre de dos mil tres, así como *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* de 4 de julio de 2006.

La sentencia cuestiona el art. 23 del Código civil de la Ciudad de México, pues dicho precepto señala entre otros casos que el estado de interdicción como caso de incapacidad no significa menoscabo a la dignidad de la persona, ni a la integridad de la familia, y los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

La sentencia reconoce que el término incapaces, constituye un error en la denominación correcta a la que pretendió referirse el legislador y que "ha sido enderezado con el paso de los años dentro de los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido parte para evidenciar que el concepto de persona incapaz no es el mismo que el de persona con discapacidad, a la que realmente trató de dirigirse y, que no puede pasarse por alto era utilizado indistintamente de manera equivocada pues el resultado será una incompatibilidad con los derechos de igualdad, de no discriminación y reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica de ese grupo de personas, incluso en menoscabo de su autonomía y a la libertad de ejercer su propia voluntad en la toma de decisiones.

Sin embargo, la sentencia se vuelve a perder como el caso anterior cuando señala: el término incapaz, aunque técnicamente no resulte en identidad con el de discapacidad, como se señaló, válidamente puede ser entendido de forma extensiva pues de inicio no resulta del todo clara la acepción en los términos que está redactada íntegramente la disposición en tanto pudiera entenderse que se refiere a todas las personas con discapacidad o sólo para aquellas que necesiten de una representación y por otra parte, es válido armonizarla con las otras disposiciones relativas al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión eficaz dentro de la sociedad.

d) Patria potestad, guarda y custodia en personas con discapacidad.

La patria potestad es un derecho fundamental que encuentra sustento en el art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dispone en su párrafo noveno: "…En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral…" En atención a este precepto la patria potestad implica una correlación de derechos y deberes generada por la relación afectiva existente entre padres e hijos, que se enfocan a la salvaguarda de las necesidades del niño, para su formación y desarrollo integral.

Si el interés superior de la niñez o el desarrollo integral del infante se ven afectados por la conducta de los padres, existe la posibilidad de que se decrete la pérdida de la patria potestad o su suspensión. En este sentido los arts. 444 y 447 del

Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, establecen diversos supuestos para la pérdida o suspensión de la patria potestad. Así la patria potestad se pierde por el progenitor cuando: 1) se condene expresamente la pérdida de ese derecho, 2) caso de divorcio, 3) violencia familiar en contra del menor, 4) incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, 5) abandono de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada, 6) cuando se hubiere cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, 7) incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales, o 8) cuando se sustraiga al menor ilícitamente.

Por lo anterior, la pérdida de la patria potestad constituye una medida excepcional, a través de la cual se pretenden defender los intereses del menor cuando se actualice algún incumplimiento grave de los deberes inherentes al cuidado de los hijos.

El art. 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a excepción de cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria para el interés superior del infante. Por lo anterior se entiende que el derecho de los padres biológicos a estar con sus hijos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene el carácter de derecho o interés preponderante.

El otro supuesto posible es el de suspensión por pérdida declarada judicialmente, en la sentencia se alega que aún cuando una persona es declarada en estado de interdicción no pierde su derecho a manifestar su voluntad a través del modelo de asistencia en la toma de decisiones, algo realmente contradictorio pero expuesto como firme en la resolución judicial de amparo directo en cuestión. Se sostiene lo anterior porque se alega que no se derivan del incumplimiento grave de los deberes del progenitor.

El Tribunal en cuestión no declara inconstitucional el art. 23 del Código Civil para el Distrito Federal, actual Ciudad de México, se pronuncia por no aplicarlo en un sentido literal en cuanto a la interdicción civil, pues según el criterio judicial es que no toda discapacidad genera per se una limitación para aquella persona que tenga alguna y pretenda ejercer una demanda ante un órgano jurisdiccional, expresando que no deben existir restricciones a la expresión y comprensión de lo que establece el art. 12.2 de la CDPD. Sorprende la forma de ajustar un zapato de Cenicienta a alguno de los pies de sus hermanas en las sentencias anteriores a este amparo, pues estos modelos son opuestos a los analizados por toda la doctrina y la propia Convención.

Por otra parte, se considera la guarda y custodia como uno de los atributos de la patria potestad; es la acción de los padres de velar por sus menores hijos y tenerlos en su compañía, en sus funciones personales y patrimoniales. Existe así una situación de convivencia entre el menor y sus progenitores que incluye la educación, salud y cuidado en general.

Es por ello por lo que la sentencia señala que los órganos jurisdiccionales al tramitar un juicio deberán adoptar un Modelo Social de Derechos Humanos de apoyo para la adopción de decisiones, para lo cual, deberá regirse bajo los estándares de:

- Disposición: El grado de apoyo que necesite una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones.

- Respeto a la voluntad y preferencias: Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.

- Garantizar el entendimiento: El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o comprendidas por muy pocas personas.

- Impedir limitar otros derechos humanos. El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos de las personas con discapacidad.

- Derecho a oponerse: La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y finalizar la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento; y

- Protecciones: Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica a efecto de garantizar que se respeten su voluntad y preferencias.

Derivado de esta interpretación, señala la sentencia que cuando una persona con discapacidad promueva un juicio el órgano jurisdiccional, en principio debe respetar su voluntad, sin necesidad de que acuda a través de un representante.

e) Justificación a la resolución judicial.

El Tribunal Colegiado de Circuito consideró que el Tribunal inferior dictó una sentencia incompatible con el modelo social de derechos humanos de las personas con discapacidad, pues se tramitaron la Declaración del Estado de Interdicción y Nombramiento del Tutor, así se incumple con el nuevo modelo social de derechos

humanos, pues no se estableció cuáles serían los actos jurídicos de carácter personalísimo que pudieran realizar tanto el papá como la mamá declarados en interdicción.

La discapacidad que presentan los progenitores se desprende de los dictámenes psiquiátricos y psicológicos realizados, la mamá de la menor presenta un déficit intelectual denominado retraso moderado a grave, lo que provocó que solo aprendiera a leer y a escribir y para sobrevivir requiere de supervisión por los familiares. Pero el perito en cuestión determinó que la madre es capaz de crear un lazo afectivo con su menor hija, considerando que nunca se han separado.

En cuanto al papá de la menor, conforme a los resultados de las pruebas psicológicas realizadas según las pruebas realizadas presenta un nivel intelectual muy bajo de acuerdo con su edad y a su hermano lo ve como una figura de apoyo cuando tiene problemas.

En cuanto a la niña, de tres años, cuenta con un retraso psicomotor de tipo estático desde el nacimiento, es decir, no tiene por qué empeorar sin llegar a un desarrollo normal. La causa del daño cerebral es congénita y está en relación con la patología neurológica de ambos padres.

Desde el punto de vista emocional, lo ideal es estar en una familia integrada con pocos cambios o cambios lentamente, el no estar en estas condiciones puede impactar negativamente en su estado emocional, sin embargo, es conveniente una valoración por psicología especializada. Por lo anterior la decisión de los progenitores de vivir en pareja y estar al pendiente de su hija, se suma al interés superior de la niña, pues la influencia familiar y la vinculación afectiva que la hija obtiene de cada uno de sus progenitores con el transcurso del tiempo constituye un elemento esencial para el adecuado desarrollo de su personalidad[31].

Por tal motivo si ambos padres viven con su hija en la misma casa ejerciéndose por ambos la patria potestad – tal como lo manifestaron expresamente en la comparecencia – deviene indiscutible que a tales progenitores corresponde de modo mancomún la guarda y custodia de su hija porque jurídica y objetivamente deriva ello de esa cohabitación. De esta forma los padres tienen la oportunidad concomitante de proporcionarle cuidados, educación, atenciones y vigilancia para procurar el sano desarrollo de dicha menor.

En la sentencia de amparo se esgrime en el resolutivo el art. 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuanto al respeto del hogar y de la familia, considerando que:

31 *Vid*. Amparo Directo 182/2018, de 13 de marzo de 2019, p. 84.

"1. los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales y lograr que las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.(…)

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos."

Conforme al artículo antes transcrito, se expresa que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

Por todo lo expuesto en el caso en cuestión, no se advirtieron elementos de prueba suficientes para ordenarse la separación de la menor del núcleo paterno. Esto significa que los padres le profesan afecto a su hija y pueden sostener relaciones íntimas y personales con ella, sin embargo, esta situación es insuficiente para determinar si dichos padres están en la aptitud suficiente de procurar la satisfacción del resto de las necesidades básicas de la menor como: salud, atención, educación, crianza, por lo que serán los abuelos maternos y paternos, así como los hermanos y hermanas los que deben dar una asistencia, sin que la misma se traduzca en sustitución en adopción de decisiones.

En la resolución se concedió el amparo a la mamá de la menor y se ordenó dictar una nueva resolución, en la que a partir del material probatorio se establezca el nivel de discapacidad intelectual de ambos progenitores, con especial interés en determinar si tanto la madre como el padre son suficientemente aptos para proveer los cuidados necesarios a su menor hija con discapacidad.

3. Amparo Directo 47/2020.

A) Hechos[32].

En un juicio ordinario mercantil el actor ejerció la acción de cumplimiento de un contrato de seguro con cobertura por responsabilidad civil, derivado de las lesiones sufridas al electrocutarse con cables conductores de energía eléctrica

32 *Vid.* Amparo Directo 47/2020, de 9 de septiembre de 2020.

cuya propiedad se atribuye a la Comisión Federal de Electricidad por pago de indemnización por daños y perjuicios de orden patrimonial; en las dos instancias procesales previas a este juicio de amparo se señaló que en virtud del principio de estricto derecho que rige la materia mercantil no opera la suplencia. En este caso, no fue considerada la condición de discapacidad del promovente, ni la minoría de edad de sus hijos, sin atender la condición de vulnerabilidad.

B) Problemática.

¿Puede una persona con discapacidad promover juicio por su propio derecho y en nombre de sus hijos menores en la acción de incumplimiento de un contrato para reclamar responsabilidad civil considerando los principios de justa indemnización e indemnización integral? Si se le niega tal posibilidad ¿Se afecta su condición de vulnerabilidad debido a su discapacidad?

C) Consideraciones jurídicas en el Amparo.

Para la resolución de este caso, se analizaron los siguientes conceptos: principio de igualdad y no discriminación; derecho de acceso a la justicia; ajustes razonables; suplencia de la deficiencia de la queja en asuntos en los que se encuentran derechos de personas con discapacidad, así como el interés superior de la niñez, veamos:

a) Principio de igualdad y no discriminación.

Se argumenta a partir del art. 1° Constitucional que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El art. 1° constitucional prohíbe la discriminación en las categorías sospechosas derivadas entre otras de las discapacidades, además que la discriminación tiene como nota característica, que el trato diferente afecta el ejercicio de un derecho humano. En el Amparo 1043/2015[33] se estableció con anterioridad que el principio de igualdad y no discriminación debe perseguir el objetivo de "…que las personas con discapacidad puedan tener iguales oportunidades que el resto de las personas en el diseño y desarrollo de sus propios planes de vida…".

b) Derecho de acceso a la justicia.

El principio reconocido del Derecho de acceso a la justicia de toda persona se encuentra reconocido en el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, en cuanto se establece: "Toda persona tiene derecho a que

33 *Vid.* **Amparo en Revisión 1043/2015, de 29 de marzo de 2017.**

se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial".

De igual forma de acuerdo con el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 14 sanciona que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.

c) Ajustes razonables.

El Tribunal Colegiado de Circuito determina que la amplitud de la suplencia de la queja opera siempre en la esfera jurídica de una persona con alguna condición de discapacidad, a través de la implementación de ajustes razonables que proporcionen al juzgador. El fundamento jurídico de esta posición judicial es conforme con el párrafo cuarto del art. 2 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, por "ajustes razonables" se entienden las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida en un caso particular para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás de todos los derechos humanos.

De acuerdo al art. 13 de la CDPD, existe la obligación para las autoridades judiciales de asegurar un acceso a la justicia, lo que implica ejercer ese derecho en igualdad de condiciones que el resto de la población, a través de los ajustes al procedimiento que se requieran para romper todas las barreras que propician una desigualdad de las personas con discapacidad en el derecho de acceso a la justicia para estar en posibilidad de implementar ajustes que efectivamente, en la práctica, eliminen esas situaciones de desigualdad y discriminación, los jueces tienen la obligación de instrumentarlos al caso en concreto.

d) Suplencia de la deficiencia de la queja en asuntos en los que se encuentran derechos de personas con discapacidad.

La suplencia de la queja es una figura jurídica útil para dar cumplimiento a la normativa expuesta, al permitir el equilibrio procesal, lo cual asegura un acceso a la justicia y el debido proceso a las personas vulnerables, como es el caso de las personas con discapacidad, aún cuando actúen por conducto de representante legal o tutor. Ello permite que los juzgadores tengan argumentos no propuestos por las partes para subsanar irregularidades de sus planteamientos jurisdiccionales.

e) Interés superior de la niñez.

Los arts. 1° y 4° de la Constitución protegen el interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. México suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991[34]. En el preámbulo de la Convención se establecen principios tales como: la igualdad de derechos para todos los miembros de la familia humana, la dignidad y el valor de la persona humana, y en especial referencia el derecho de la infancia a tener cuidados y asistencia especiales por su falta de madurez tanto física como mental, así como la protección de la familia como grupo en el cual la niñez crece y se desarrolla, y el reconocimiento de la persona humana en su niñez, su necesidad de crecer en un ambiente familiar de felicidad, amor y comprensión para lograr un desarrollo pleno.

Por lo anterior toda contienda judicial en que se vean involucrados derechos inherentes a los menores se debe resolver en atención al principio básico del interés superior de la niñez y la sentencia del tribunal inferior por la cual se constituye el acto reclamado, se advierte que es contraria a los arts. 4° y 17 de la Constitución Federal, así como al art. 13 de la CDPD y los art.s 3 párrafo primero, 5, 12 inciso 2 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

D) Justificación de la Resolución Judicial.

El Tribunal Colegiado advierte una violación manifiesta de la ley, que dejó sin defensa a la parte quejosa, porque la condición de discapacidad del padre así como la minoría de edad de sus hijos, no fue considerada en ninguna de las dos instancias procesales, sin valorar que en toda contienda judicial, en que se vean involucrados derechos inherentes a los menores, se debe resolver en atención al principio básico del interés superior de la niñez, por lo que no se atendió la condición vulnerable del padre y sus hijos, en razón de la discapacidad que tiene y que aludió le ha privado de autonomía y de la posibilidad de desempeñarse en su oficio de pintor, actividad de la cual se sostenía económicamente y proveía de sustento a sus menores hijos y coactores, razón por la que se obligaba a realizar los ajustes razonables al procedimiento, por tales motivos se le concede el amparo por su propio derecho y en representación de sus menores hijos.

Se concluyó que cuando en un procedimiento no se considera la condición de discapacidad de una de las partes, opera en su favor la suplencia de la queja en toda su amplitud, lo que incluye la admisión y desahogo de pruebas con la implementación de ajustes razonables que proporcionen al juez elementos para comprender esa condición.

34 La Convención firmada por México, fue adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, en 1989, vigente desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 21 de septiembre de ese mismo año.

4. Amparo Directo 2/2021.

A) Hechos[35].

En cuidado al interés superior del menor, el Tribunal detectó que se encuentra involucrado un menor de edad, sin importar la calidad que el mismo ostente en el juicio.

B) Consideración jurídica.

En estos casos debe elaborarse una sentencia complementaria en formato de lectura fácil, considerando las circunstancias del menor en cuanto a: edad, instrucción escolar, contexto del asunto, acceso real y expedito a la justicia. Ello se basa en las Normas de Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, para lo cual los Estados tienen la obligación de hacer accesible la información y documentación para las personas con discapacidad y para lo que ha surgido el denominado formato de lectura fácil, el cual se encuentra mayormente dirigido a personas con discapacidades para leer o comprender un texto, es por ello que dicho formato se realiza bajo un lenguaje simple y directo con una tipografía clara, con un tamaño accesible y párrafos cortos sin necesidad de justificar. Los formatos de lectura fácil dependerán de la discapacidad concreta que no sustituye sin embargo la estructura tradicional de las sentencias, pues se trata de un complemento de esta, en correspondencia con el modelo social contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Tanto el art. 4º constitucional como el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevén el derecho fundamental de participación de los menores en los procedimientos que puedan afectar a sus intereses, sin necesidad de recurrir a tecnicismos ni conceptos abstractos.

5. Amparo Directo en Revisión 8314/2019.

A) Hechos[36].

JEGG demandó la nulidad de un oficio de 22 de Julio de 2016 porque a pesar de ser discapacitado no fue considerado en un Programa Social de Desarrollo Humano Oportunidades y de Apoyo Alimentario, después de varios juicios fallidos para el perjudicado por su propio derecho, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal por considerar violados en su perjuicio los arts. 1, 14, y 16 constitucionales.

35 *Vid.* Amparo Directo 02/2021, de 6 de mayo de 2021.

36 *Vid.* Amparo Directo en Revisión 8314/2019, de 23 de septiembre de 2020.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró inconstitucional las Reglas de Operación de los Programas de Desarrollo Humano Oportunidades y de Apoyo Alimentario, vigentes en 2014, pues en el mismo se elige que el ingreso mensual por persona sea menor a la Línea de Bienestar Mínimo, menor a $1,245.12 pesos.

B) Consideraciones socio - jurídicas.

Los ingresos no son un indicador "real" del nivel de vida en los hogares conformados por al menos una persona con discapacidad, pues estas familias gastan más en alimentos, vivienda y cuidados de la salud que el resto de las familias. Ese gasto adicional puede ser hasta tres veces más alto que en hogares sin personas con discapacidad. Así que los costos adicionales que genera la discapacidad provocan que el mismo nivel de ingresos represente diferentes niveles de vida para los hogares y es que las personas con discapacidad pueden experimentar un nivel de vida más bajo que las personas sin discapacidad que tengan el mismo nivel de ingresos al tener que destinar parte de sus ingresos para adquirir bienes o servicios que necesitan debido a su discapacidad.

En la sentencia se estima que por considerar el ingreso como el único requisito para ingresar a los mencionados programas sociales, sin la posibilidad siquiera de comparar dicho ingreso con los gastos adicionales en que tienen que realizar las personas con discapacidad para poder lograr un "nivel de vida" equivalente a las personas sin discapacidad, se concluye que los Programas de Desarrollo Humano Oportunidades y de Apoyo Alimentario, generan un trato desigual para las personas y hogares que tienen que afrontar los costos de la discapacidad, lo cual viola el derecho humano a la igualdad.

El legislador debió de tomar en cuenta las condiciones da cada una de las personas «y variar el monto de la línea de bienestar, toda vez que mientras una persona sana, en un estado de pobreza extrema, no requerirá gastar en medicamentos ni en tratamientos médicos, en caso de una persona con discapacidad [...] requerirá de un monto mayor para hacer frente a sus necesidades médicas», por ello, no se puede hacer un trato igual al quejoso, toda vez que al hacerlo, implica una violación al principio de igualdad.

C) Justificación de la Resolución.

La Segunda Sala concede el amparo a una persona con discapacidad mental, para que la autoridad le otorgue una suma de dinero equivalente a la que le hubiese correspondido en el año 2014, de haber sido incorporado en tales programas de desarrollo social.

A continuación, se reproduce como ejemplo la Sentencia en versión de lectura accesible y sencilla que es la siguiente:

"Al estudiar tu caso, J., la Corte decidió que estuvo mal que se te haya negado el acceso a los Programas de Desarrollo Humano Oportunidades y de Apoyo Alimentario, en 2014.

Pero como tú lo dijiste en tu demanda, la autoridad no tomó en cuenta que una persona con discapacidad requiere hacer más gastos que las demás personas que no tienen discapacidad, como lo es gastar en medicinas, aparatos de apoyo y hospitales.

Entonces, es injusto que únicamente se hayan fijado en tus ingresos Javier, y no en los gastos que tienes que hacer por tu discapacidad, pues para saber si necesitas o no el apoyo alimentario que esos programas dan, debían tomar en cuenta ambas cosas, tanto el dinero que recibes, como el dinero que gastas por tu discapacidad.

Al darte la razón a ti, J., la Corte resolvió que la autoridad debe pagarte el dinero que debía darte como apoyo para la alimentación, que establecían los Programas de Desarrollo Humano Oportunidades y de Apoyo Alimentario.

Estuvimos a favor de esta decisión quienes integramos la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministros A. Pérez Dayán, L. M. Aguilar Morales, J. F. F. González Salas, Y. Esquivel Mossa y Presidente J. Laynez Potisek. Los Ministros J. F. F. González Salas, Y. Esquivel Mossa y J. Laynez Potisek, no estuvieron de acuerdo con una parte de la sentencia, pero eso no afecta la decisión que tomamos de protegerte.

Como este documento también es una sentencia, lo firman el Ministro Presidente de la Segunda Sala y Ponente, junto con la Secretaria de Acuerdos, quien la autoriza y da fe.

Presidente de la Segunda Sala
Ministro …
Ponente…
Ministro …
Secretaría de Acuerdos."

VI. CONCLUSIONES.

El Poder Judicial de la Federación en México camina jurídicamente en la aplicación de la Convención de los Derechos las Personas con Discapacidad, sin

embargo, no hay una posición definitiva de asumir el modelo social, imbricando en las sentencias en la mayoría de estas aún, el estado de interdicción civil.

En realidad, se está tratando de forzar la unión de los dos sistemas totalmente contrapuestos, mediante distintas opciones de interpretación, en algunos casos se alega, por ejemplo, la interpretación conforme a partir de los tratados internacionales que protegen los derechos humanos y que se oponen a lo que establecen los actuales Códigos Civiles. Es cierto que se niega la interpretación literal de la interdicción, pero no la sustitución de la capacidad de ejercicio de la persona, pues no pueden coexistir el modelo social propio de la Convención con el modelo de sustitución presente en los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles en las entidades que conforman la República Mexicana.

Lo anterior es así, porque precisamente el art. 12 de la Convención sostiene que los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, mientras que la institución de la interdicción parte del fundamento inverso en cuanto a la restricción de la capacidad de obrar y su sustitución por la de sus representantes. Este modelo del estado de interdicción civil significa que los mayores de edad no podrían gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos, por lo que no se puede convertir en un modelo graduado de asistencia ya que limita la capacidad de ejercicio.

Es importante destacar que la propia Convención establece que todos los Estados Partes se comprometen a tomar medidas legislativas pertinentes para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

La Ley y Reglamento para la inclusión de las personas con discapacidad establecen un principio de respeto a los derechos humanos y un actuar de ámbito administrativo pero los temas que proceden del ámbito civil deben estar resueltos en sus legislaciones y no tratar de forzar en las resoluciones situaciones absurdas como las que se han destacado en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2012.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad juídica y capacidad de obrar?" en *Tribuna*, Julio-septiembre 2021, IDIBE, https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *Derecho Civil. Parte General, Personas, Bienes, Negocio Jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 15ª ed., 2019.

GÓMEZ JARA, M.: *La incapacitación legal y los documentos provisorios de una posible incapacidad*, Editorial Atelier, España, 2018.

PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, H.: "Análisis crítico y constructivo de la declaración del estado de interdicción" en AA.VV.: en *Homenaje al Maestro J. BARROSO FIGUEROA por el Colegio de Profesores de Derecho Civil* (coord. J.A. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ y J.A. SÁNCHEZ BARROSO), México, UNAM – Porrúa, 2014.

PÉREZ FUENTES, G. M.: "El nuevo paradigma de la discapacidad civil en México", *Revista Opinio Iuris,* UNAM, México, Enero-Junio 2021.

PÉREZ FUENTES, G. M.: *La protección de la salud a la niñez*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020.

Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Derechos de Personas con Discapacidad,* México, 2014.

PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN TURKISH LAW

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN TURCA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 344-369

Ceyda SÜRAL
and Ekin
ÖMEROGLU

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: Los derechos de las personas discapacitadas desde la perspectiva del derecho privado; si pueden hacer valer y disfrutar de algún derecho o trato especial en el marco del derecho civil y ante los tribunales civiles nunca se han evaluado en la doctrina turca. En este estudio, hemos intentado tomar como punto central la práctica de los tribunales civiles y nos hemos centrado en la legislación de derecho privado que suele ser objeto de jurisprudencia. En consecuencia, hemos abordado ciertos derechos de las personas con discapacidad previstos en la CDPD, es decir, la igualdad de reconocimiento ante la ley, el acceso a la justicia, el respeto al hogar y a la familia, el trabajo y el empleo, que pueden tener aspectos de derecho privado, y hemos investigado si la ley y su práctica están en consonancia con la CDPD. Además, la igualdad y la no discriminación han sido objeto de varias decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en las que los demandantes son ciudadanos turcos con discapacidades. Por lo tanto, hemos dedicado una sección de este estudio a estas decisiones y a su impacto en las recientes decisiones del Tribunal Constitucional turco dictadas en relación con solicitantes en circunstancias similares.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; igualdad de reconocimiento ante la ley; acceso a la justicia; respeto al hogar y a la familia; igualdad y no discriminación.

ABSTRACT: *IThe rights of disabled persons from a perspective of private law; whether they can assert and enjoy any rights or special treatment under the civil law and before the civil courts have never been evaluated in the Turkish doctrine. In this study, we tried to take civil court practice as our center point and focused on private law legislation which frequently constitute subject of case-law. Consequently, we have dealt with certain rights of the disabled people provided in the CRPD; i.e., equal recognition before the law; access to justice; respect for home and the family; work and employment, which may have private law aspects and inquired whether the law and its practice is in concord with the CRPD. Additionally, equality and non-discrimination have been subject to a number of European Court of Human Rights (ECtHR) decisions where the applicants are Turkish citizens with disabilites. We have, therefore, devoted a section in this study, to these decisions and their impact on the recent Turkish Constitutional Court decisions rendered concerning applicants in similar circumstances.*

KEY WORDS: *Persons with disabilities; equal recognition before the law; access to justice; respect for home and the family; equality and non-discrimination.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- II. EQUAL RECOGNITION BEFORE THE LAW.- 1. Legal Capacity.- 2. Binding Effect of the Signatures of Disabled Persons.- 3. Legal Transactions before Notaries.- III. ACCESS TO JUSTICE.- IV. RESPECT FOR HOME AND THE FAMILY.- 1. Marriage.- 2. Custody of Children.- 3. Adoption.- V. WORK AND EMPLOYMENT.- VI. EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION.- 1. Decisions of the European Court of Human Rights.- A) Çam v. Turkey.- B) Enver Şahin v. Turkey.- C) Ozan Barış Sanlısoy v. Turkey.- 2. Decisions of the Turkish Constitutional Court.- A) U.D.K. and Others.- B) Cevat Sargın and Others.- VII. CONCLUSION.

I. INTRODUCTION.

United Nations (UN) Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) became binding for the Republic of Turkey on 28 September 2009. This is followed by the ratification of the Optional Protocol of the CRPD on 2015[1].

According to Art. 90 of the Turkish Constitution[2], CRPD and the Optional Protocol have the same force with the Constitution as they both concern human rights. Therefore, the CRPD not only forms a basis for all legal and administrative arrangements, but also constitutes a principle of law to which independent Turkish courts can directly refer[3].

There are a significant volume of legislation concerning persons with disabilities in Turkish law. The Act on Disabled People[4] forms the basic legislation on the protection of persons with disabilities; however, this is not the only piece of legislation relevant with persons with disabilities. It is not possible to list and explain in detail all relevant legislation as the rights and protection of persons with disabilities take place in different pieces of Turkish legislation in varying forms and

1 Initial Report submitted by Turkey on the CRPD. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=TUR&Lang=EN

2 OG. 09.11.1982/17863 (Duplicate).

3 Initial Report submitted by Turkey on the CRPD. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=TUR&Lang=EN

4 OG. 07.07.2005/25868. This Act, which was first adopted in 2005, provides advanced and comprehensive protection to people with disabilities especially after its reform made in 2014. Karan, U.: *Right to Education - National Report Turkey*, ETHOS consortium, 2019, p. 16, https://www.ethos-europe.eu/sites/default/files/tu_right_to_education.pdf (24.02.2022).

• Ceyda Süral Efeçınar
Prof. Dr. İ stanbul Okan University Law School, Department of Private International Law, Istanbul, Turkey. E-mail: ceyda.sural@okan.edu.tr.

• Ekin Ömeroğlu
Kadir Has University Law School, Department of Private International Law, Istanbul, Turkey. E-mail: ekin.hacibekiroglu@khas.edu.tr.

extension. Social Services Act[5], Social Security and General Health Insurance Act[6], Labor Law[7], Turkish Civil Code[8], Municipality Act[9] can be listed as examples to pieces of Turkish legislation which include special provisions for disabled people in order to protect them and ensure that they enjoy their rights provided by the international law and the CRPD[10].

The rights of disabled persons from a historical point of view[11]; from a constitutional law perspective[12]; within the context of prohibition of discrimination[13] and the concept of reasonable accommodation[14]; the CRPD[15] and its effects on the rights of disabled persons in Turkish law[16] have been dealt with in the Turkish doctrine.

However, the rights of disabled persons from a perspective of private law; whether they can assert and enjoy any rights or special treatment under the civil law and before the civil courts have never been evaluated. In this study, we tried to take civil court practice as our center point and focused on private law legislation which frequently constitute subject of case-law[17]. Consequently, we have dealt with

5 OG. 27.05.1983/18059. The purpose of this Act is relevant with the social services provided to the families, children, disabled or elder persons who need protection, care or assistance (Art. 1).

6 OG. 16.06.2006/26200. This Act is relevant with the social security rights of the disabled persons providing them with a disability insurance.

7 OG. 10.06.2003/25134. Relevant provisions of this Law will be explained in detail below.

8 OG. 08.12.2001/24607. Relevant provisions of this Code will be explained in detail below.

9 OG. 13.07.2005/25874. According to this Act, providing services special for disabled persons, establishing a center for disabled persons, organizing social services and aids to the those who are poor or in need of assistance, cooperating with associations or foundations of disabled people to develop mutual organizations are among the duties of municipalities (Articles. 14/5, 38/n, 60/i).

10 For more information on international and Turkish law on the rights of disabled people, see, Gökçek Karaca, N: "Uluslararası İlke ve Standartlar Bağlamında Engelli Hakları", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, V. 5, No. 1, pp. 1-34.

11 Çıtıl, M, Üçüncü, MK: "Türkiye'de Engelli Hakları ve Engelliler Hukukunun Durumu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, V. 9, No. 35, pp. 233-278.

12 İsbir, EG, Çubuk, H: "Engellilerin Anayasal Haklarını Kullanmalarını Zorlaştıran Sebepler," *Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, V. 4, No. 1, pp. 1-30.

13 Deniz, B.: *Engelli Hakları ve Ayrımcılık Yasağı*, Seçkin 2020.

14 Ersöz, E: "Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, V. 3, No. 2, pp. 149-163.

15 Çelik, E: "Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, V. 7, No. 1, pp. 219-246.

16 Azarkan, E, Benzer, E: "Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme ve Türkiye'de Engelli Hakları", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, V. 23, No. 38, pp. 3-29.

17 It must be noted that the CRPD is very seldom mentioned by the civil courts. One situation is where the Ankara Family Court and the Court of Cassation discussed the compliance of the prohibition of marriage for mentally ill or defective persons with the relevant provisions of the CRPD. This caselaw is explained in detail below. Another decision belongs to 12th Civil Chamber of the Court of Cassation where the court reviewed whether a motor car specially designed for a disabled person shall be exempt from attachment within the meaning of Art. 82/2 of the Execution and Bankruptcy Law. Before its amendment in 02.07.2012, belongings of a person which is necessary for his/her personal or professional use were exempt from attachment according to Art. 82/2. The decision of the Court of Cassation is dated 25.04.2011. Even in this decision, at the time when Art. 82/2 referred to personal belongings, the Court rejected the argument that a motor car specially designed for a disabled person shall be exempt from attachment as there is no express prohibition in the CRPD or the national law; a motor car is not strictly necessary for a disabled person to

not all but only certain rights of the disabled people provided in the CRPD which may have private law aspects and be exercised not only by the state authority but also individuals.

On the other hand, equality and non-discrimination have been subject to a number of European Court of Human Rights (ECtHR) decisions where the applicants are Turkish citizens with disabilites. We have, therefore, devoted a section in this study, to these decisions and their impact on the recent Turkish Constitutional Court decisions rendered concerning applicants in similar circumstances.

II. EQUAL RECOGNITION BEFORE THE LAW.

1. Legal Capacity.

According to the Turkish Constitution Article 10/I, everyone is equal before the law without distinction as to his/her language, race, color, gender, political opinion, philosophical belief, religion, sect or any similar grounds. Article 10/III is added to this provision in 2010, providing that measures to be taken for children, elder or disabled people, widows and orphans of martyrs and veterans shall not be considered as violation of the principle of equality.

According to the Turkish Civil Code, legal capacity includes capacity to hold rights (*hak ehliyeti*) and capacity to act (*fıil ehliyeti*). All persons possess the capacity to hold rights and they are equal before the law in using rights and fulfilling obligations (Art. 8). Therefore, the principles of generality and equality are accepted in the Civil Code[18]. This provision ensures that "persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law" and they enjoy "equal right … to own or inherit property" as provided in Article 12/1 and 12/5 of the CRPD.

The capacity to act includes possession of rights and undertaking obligations by one's own will and actions (Art. 9). Any mature person[19] who has distinguishing power[20] and is not restricted possesses full capacity to act (Art. 10). Persons who are mentally defective or suffering from mental illness are deemed not to have

move as is a wheel chair; and a motor car's economic value is such that it shall be deemed as a luxurious belonging. Court of Cassation, 12th Civil Chamber, 25.04.2011, E.2011/7964,K.2011/7497. Lexpera Caselaw Database. As of 25.04.2012, this provision of Art. 82/2 is amended so that the personal belongings of any type or value are not within the exemption; but only professional belongings of those whose economic activity mainly rely on their physical activities are considered within the exemption from attachment.

18 Ağca Demiray, L.: *Engellilerin Yasa Önünde Eşit Tanınma Hakkı Çerçevesinde Vesayet Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, p. 15. YÖK Dissertation Database. https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp

19 Maturity is reached by fulfilling the age of 18 (Article 11 of the Turkish Civil Code).

20 For further information on distinguishing power and its effects on one's capacity to act, see, Erkan, VU, Yücer, İ: "Ayırt Etme Gücü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, V. 60, No. 3, pp. 485-522.

distinguishing power (Art. 13). The actions of those who do not have distinguishing power do not give rise to any legal consequence (Art. 15). The minors and those who are under guardianship, who have distinguishing power, need the consent of their legal representatives in order to undertake any obligations except use of rights strictly attached to a person (Art. 16).

Persons who suffer from a mental illness or are mentally defective; and therefore can not lead their daily routines, or who need assistance to be protected or cared, or who put third persons in danger shall be restricted (Art. 405). Mental illness or defect shall be determined by an official health report (Art. 409). Physical illnesses or disabilities which do not effect one's mental state are not within the scope of this provision[21]. Mere existence of a mental illness or defect is not enough to be restricted but the sufficiency of the relevant person to lead his/her life and the possible danger he/she poses to the other people shall be taken into consideration by the court[22]. The health report shall provide information on the symptoms, type and stages of the mental illness and indicate whether the mental illness or defect is permanent or not; whether there is a possibility of healing[23] as a temporary state of mental weakness due to an illness or disability do not give rise to restriction[24].

Article 408 of the Civil Code provides that a person may request to be restricted by his/her own will if he/she demonstrates that he/she can not manage his/her personal or economic affairs due to old age, disability, inexperience or severe illness. Disability includes physical disabilities such as blindness, inability to hear or speak, having a stroke or dementia[25]. The free will of a person is very significant in the application of this provision, therefore, the person requesting to be restricted shall be aware of his/her insufficiency to manage his/her affairs and capable of understanding the legal consequences of restriction[26].

Persons whose capacity to act have been restricted by court either due to conditions provided in Article 405 or upon his/her own will, need the consent of their legal representatives within the meaning of Article 16. The competent peace court of first instance will appoint a guardian/legal representative to such persons[27].

21 Açıkgöz, A.: *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları*, On İki Levha, 2017, p. 105.

22 Ağca Demiray, L: *Engellilerin Yasa*, cit., p. 30-31; Açıkgöz, A.: *Dar Anlamda*, cit., p. 103.

23 Ağca Demiray, L: *Engellilerin Yasa*, cit., p. 30-31; Açıkgöz, A.: *Dar Anlamda*, cit., p. 106.

24 Erkan, VU, Yücer, İ: "Ayırt Etme Gücü", cit. p. 491.

25 Açıkgöz, A.: *Dar Anlamda*, cit., p. 173.

26 Açıkgöz, A.: *Dar Anlamda*, cit., p. 163.

27 Requirements for appointment of a guardian and appointment procedure are provided in detail in Articles 413-425 of the Turkish Civil Code.

By way of restriction and appointment of a guardian, a person with a disability is protected against possible abuse of third persons and his/her personal and economic rights are safeguarded from a possible loss or damage. Therefore, restriction, even if against the will of the relevant person, actually intends not to restrict his/her actions but to enable them in an harmless manner[28].

Legal consequences of restriction on one's capacity to act and legal representation of restricted person in different types of legal actions such as those strictly attached to a person or those relevant with his/her profession or art are beyond the scope of this study[29]. However, it must be noted that legal representative of a restricted person is not free to act as he/she wishes in all legal transactions involving the restricted person. He/she will act under the supervision of peace courts and of civil courts in certain significant legal transactions as provided in the Civil Code. Any legal transaction involving property rights over immovables or valuable assets, loan agreements, agreements over matrimonial property or inheritance rights will require consent from the peace court (Art. 462); whereas, consent of the civil court will also be necessary for the restricted person to become a shareholder to a company, accept or reject his/her inheritance rights or to enter into any agreement with his/her legal representative (Art. 463). Therefore, persons with disabilities are equipped with the opportunity "to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit" and they are "not arbitrarily deprived of their property" as provided in Art. 12/5 of the CRPD.

2. Binding Effect of the Signatures of Disabled Persons.

Signature of a person demonstrates his/her identity and personality isolating him/her from the other persons. It is a writing or mark made by hand ensuring that an expressed will belongs to a person who made it[30]. Therefore, signature is very important for a person to undertake obligations and acquire rights both in substantial and procedural law.

Despite its importance, the only provision concerning the binding effect of signature of disabled persons is Article 15/III of the Code of Obligations[31]. Accordingly, a witness may be present with blind people upon their request while they are signing a document. Otherwise, signature of blind people is binding. This provision is not sufficient to safeguard disabled people in general, let alone those who are blind, as it leaves presence of a witness to the will of the blind person. A

28 Açıkgöz, A.: *Dar Anlamda*, cit., p.. 95-96.

29 For further information see, Açıkgöz, A.: *Dar Anlamda*, cit., pp. 179-315.

30 Taşpınar Ayvaz, S: "Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, V. 61, No.1, p. 323.

31 OG. 11.01.2011/27836.

subsequent claim of a blind person that he/she was not aware of the content of the document he/she had signed is not upheld by the courts as he/she could have required presence of a witness and bound by his/her signature if he/she omitted to do so[32].

3. Legal Transactions before Notaries.

Although the Code of Obligations does not protect the interests of disabled persons, they can enjoy protection in their legal transactions that should be performed before notaries. Article 206 of the Turkish Code of Civil Procedure[33] ("TCCP") concerns the evidentiary power of documents which are marked by people who are not capable of making a signature. Accordingly, interference of a notary public is necessary for those documents to have any evidentiary power[34]. The document shall be prepared by the notary public if the relevant person is not capable of reading or writing; and approval of the notary public is sufficient if he/she is capable of reading or writing but incapable of making a signature.

According to Article 73 of the Notaries Act[35], legal transactions shall be performed before a notary public in presence of two witnesses if the notary understands that the relevant person has a hearing, speaking or seeing disability upon the request of the disabled person. In the event that the relevant person has a hearing or speaking disability and is not capable of communicating via writing, presence of a sworn translator is necessary along with two witnesses.

In the event that Article 73 is not complied with, the document issued by the notary public and any legal transaction performed based on that document is nullified by the courts. It is decided in a decision of the Court of Cassation that establishment of mortgage over immovable property based on a power of attorney given by a blind person before the notary without presence of two witnesses shall be invalidated[36].

The identity and impartiality of these two witnesses is important. In a case before the Council of State[37], an elder person who has speaking and walking disabilities issues a power of attorney to his wife entitling her to sell his immovable

32 Court of Cassation, 19th Civil Chamber, 16.04.2019, E.2017/4744,K.2019/2605; 25.04.2016, E.2016/402,K.2016/7335. Lexpera Caselaw Database.

33 OG. 04.02.2011/27836.

34 It is opined in the doctrine that the freedom of entering into written agreements of the people who are incapable of making a signature is restricted by these provisions of the Code of Civil Procedure and they contradict with the relevant provision in the Code of Obligations. Taşpınar Ayvaz, S: "Türk Borçlar", cit., pp. 348-349.

35 OG. 05.12.1972/14090.

36 13th Civil Chamber, 26.06.2014, E.2014/2696,K.2014/21378. Lexpera Caselaw Database.

37 8th Chamber, 22.02.2016, E.2015/12755,K.2016/1597. Lexpera Caselaw Database.

property. The transaction is performed before two witnesses. One of the witnesses is the person working for household work for the elder person and his wife; and the other witness has a photocopy and photography shop inside the same building as the notary public. The Court decided that these witnesses are not trustworthy nor impartial; thus, the notary abused his official position and criminal proceedings shall be started against him.

III. ACCESS TO JUSTICE.

According to Article 36 of the Turkish Constitution, everyone has the right of litigation either as claimant or respondent and the right to a fair trial before the courts through legitimate means and procedures; and national courts shall not refuse to hear a case within their jurisdiction. Access to justice and right to a fair trial protect one's right to claim or defend his/her arguments; which can only be possible if he/she is given the opportunity to fully exercise the right to prove[38]. There are special provisions for persons with disabilities in the various articles of the Turkish Code of Civil Procedure which provide for different means of proof.

Interrogation is one of the means of proof[39] provided in Articles 169 -175 of the TCCP. In order to clarify whether the arguments of the parties and the content of other means of proof are genuine, the judge may directly interrogate the parties. According to Article 172/2 of the TCCP, persons who cannot attend to hearings due to disabilities, illnesses or similar other reasons shall be heard at the places where they reside.

Taking an oath is another means of proof provided in Articles 225 - 239 of the TCCP. According to Article 225, the subject of the oath shall be facts that are important for resolution of the dispute and contested among the parties and are related with the parties. A fact is related with a party in the event that he/she has knowledge of the fact. The procedure for taking an oath is provided in a detailed manner in the TCCP. There are two different articles concerning people with hearing or speaking disabilities and people with disabilities. According to Article 234, literate persons with hearing or speaking disabilities shall take an oath by way of signing his/her declarations and those who are illiterate shall take an oath by the help of a sign language interpreter. According to Article 235, if the person to

38 Court of Cassation 3rd Civil Chamber, 11.09.2011, E.2011/12921, K.2011/18468. Kazancı Caselaw Database. For a thorough examination of the relationship between access to justice and right to prove, see, Çiftçi, P.: *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, Adalet, 2018, pp. 143-146.

39 There are differing opinions in the Turkish doctrine concerning the legal nature of interrogation. For further information on these discussions, see, Yağcı, U: "İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, V. 15, No. 1-2, pp. 287-290. For information in English on the concept of interrogation in Turkish law, see, Namli, M: "The Evidential Value of Interrogation in the Law of Civil Procedure," *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, 2019, No. 68, pp. 69-83.

take an oath is so ill or disabled to prevent his/her attendance to the hearing, the judge shall take his/her oath at the place where he/she stays. The other party and the attorneys of both parties may be present. 9th Civil Chamber of the Court of Cassation considers any breach of provisions concerning an oath as a breach of right to be heard and fair trial including those provisions on people with hearing, speaking or other disabilities[40].

The principle of directness requires that a witness is personally heard by the court that is hearing the merits of a case[41]. According to Article 259/3, witnesses who cannot attend a trial due to disabilities or illnesses are heard at the place where they reside. In case a witness is literate but has a speaking or hearing disability, the questions are directed to him/her in written form and the answers are provided in writing by the witness. In case he/she is illiterate, the judge hears him/her through a sign language interpreter (Art. 263/2). Article 263 also applies in case of interrogation of the parties (Art. 175). In a case before the 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation[42], the court of first instance hears a new witness whose name has not been previously submitted to the court without resorting to Article 259/3. In other words, the court ignored the opportunity of hearing an ill or disabled witness where he/she resides and heard another witness. The Court of Cassation decided to annul the decision of the court of first instance due to this procedural flaw.

In July 22, 2020, Article 149 of the TCCP is completely amended to enable the court hearings to be held via sound and video transmission[43]. Therefore, it is now possible for a party to attend hearings and take other procedural actions online. Similarly, the court may order or the parties may request that a witness or an expert is heard online. Based on this new provision, the Regulation on Hearings Via Sound and Video Transmission in Civil Procedure[44] has entered into force on June 30, 2021[45]. The Regulation defines online hearings as e-hearing. Article 9/3 of the Regulation provides that if it will be burdensome for a party, witness, expert or other related persons to attend an hearing in person due to his/her illness, age or disability, e-hearing shall be decided upon his/her request. According to

40 9th Civil Chamber, 27.03.2018, E.2015/22277, K.2018/6775. Lexpera Caselaw Database.

41 For further information on witnesses in Turkish law, see, Karamercan, F: "Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, No. 3, pp. 151-191.

42 2nd Civil Chamber, 01.04.2019, E.2018/1516, K.2019/3723. Lexpera Caselaw Database.

43 Act Amending Code of Civil Procedure and Several Other Acts, OG. 28.07.2020/31199.

44 OG. 30.06.2021/31527.

45 Due to infrastructural deficiencies, the e-hearings could not be held immediately upon entry into force of the Regulation. Varol Karaosmanoğlu, G: "Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, V. 8, No. 1, p. 76. However, according to the Turkish Union of Bar Associations, by November 2021, 1400 civil courts of first instance in all cities of Turkey started holding e-hearings. https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/e-durusma-bugun-itibariyle-81-ilde-basladi-82051.

Article 11 of the Regulation, parties and their attorneys may attend an e-hearing from the office of the attorney, special rooms dedicated to e-hearings by the bar associations or courts. If the party will be interrogated or take an oath, he/she shall attend the e-hearing from the rooms dedicated to this purpose by the courts or prisons. Same applies for witnesses or experts. However, if the party, witness or expert is attending the e-hearing because of his/her illness, age or disability, he/she may attend from his/her own residence or institution. Article 12/4 provides that the verification of the identity of those who attend an e-hearing due to their illness, age or disability are performed via use of secure electronic signature or mobile signature.

All of the above provisions indicate that "effective access to justice for persons with disabilities on an equal basis with others, including through the provision of procedural and age-appropriate accommodations, in order to facilitate their effective role as direct and indirect participants, including as witnesses, in all legal proceedings" is ensured as provided in Article 13/1 of the CRPD.

IV. RESPECT FOR HOME AND THE FAMILY.

1. Marriage.

According to Art. 23/1/a of the CRPD, the right of all persons with disabilities who are of marriageable age to marry and to found a family on the basis of free and full consent of the intending spouses shall be recognized by the contracting states. According to Art. 145 of the Turkish Civil Code, if one of the spouses is permanently incapacitated or has a mental disease that can hinder marriage, the marriage shall be absolutely null and void.

The consistency of these two regulations has been subject to the case law of the Court of Cassation. The case concerns a married couple who are both diagnosed with mere mental retardation and who are both under guardianship. The couple got married in 1979. In 2009, the wife applied to the court for the cancellation of the marriage due to the spouses' mental diseases. Ankara Family Court[46] rejected the argument that the marriage is null and void arguing that Art. 145 of the Civil Code is in contrast with the CRPD. According to Art. 90/V of the Turkish Constitution, if the national laws are in contrast with international agreements concerning fundamental rights and freedoms, international agreements prevail. Relying on this constitutional rule, the Family Court refused to cancel the marriage. The wife applied to the Court of Cassation[47] which annulled the decision of the Family Court. Family Court insisted on its decision, therefore, the case

46 Ankara 1st Family Court, 12.02.2013, E.2011/654,K.2013/116. Lexpera Caselaw Database.

47 2nd Civil Chamber, 12.11.2013, E.2013/12635,K.2013/26132. Lexpera Caselaw Database.

went to the scrutiny of the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation. The General Assembly[48] decided that Art. 145 is not in contrast with the CRPD. According to the Court, contracting states of the CRPD undertake to take effective and appropriate measures to eliminate discrimination against persons with disabilities in all matters relating to marriage and family; but the right of persons with disabilities to marry shall be recognized on the basis of free and full consent of the spouses. Those people who are fully incapacitated, however, can't express their free will or consent. Therefore, Art. 145 of the Civil Code is not contrary to the CRPD[49].

2. Custody of Children.

Custody of children, which will be granted to the parents unless a legal ground to decide otherwise exists, is provided in Articles 335-351 of the Civil Code[50].

Article 340 includes a special provision for disabled children. Accordingly, providing education to the child is within the scope of custody. Especially if the child has a physical or mental disability, the parents shall provide general and professional education to him/her that is appropriate for his/her abilities and tendencies. According to Article 347/I, if the physical or mental development of a child is endangered, the court may decide to deprive the parents of their right of custody and place the child with another family or an institution.

The above provisions are in line with Article 23/3-5 of the CRPD especially as "abandonment, neglect and segregation of children with disabilities" is prevented; a "child shall not be separated from his or her parents … except when … subject to judicial review determine … that such separation is necessary for the best interests of the child"; and "where the immediate family is unable to care for a child with disabilities … every effort to provide alternative care" is undertaken.

As a matter of fact, the Court of Cassation, in its decision dated 07.10.2003[51], decides against granting a mentally disabled child's custody to his father regardless of the fact that both parents insist on refusing to take the custody. The Court states that granting the custody to one of the parents despite their unwillingness

48 General Assembly of Civil Chambers, 15.11.2018, E.2017/2672,K.2018/1717. Lexpera Caselaw Database.

49 For an analysis of the decision, see, Tekben, T: "Evliliğin Mutlak Butlanına İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, V. XVI, No. 2, pp. 163-213. The author opines that a person with a mere mental retardation may have sufficient capacity to understand the idea of marriage and maintain marital life, thus, the Court should not have decided on the cancellation of the marriage in this case. However, she agrees with the conclusion of the Court regarding the conformity of Civil Code Art. 145 with the CRPD. Tekben, pp.199-205.

50 Turkey is also party to the UN Convention on the Rights of the Child since 1995. https://indicators.ohchr.org/.

51 2nd Civil Chamber, 07.10.2003, E.2003/11644,K.2003/12972. Lexpera Caselaw Database. For a more recent similar decision, see, Court of Cassation, 2nd Civil Chamber, 19.04.2012, E.2011/12595,K.2012/10297.

will endanger the physical and mental development of the child and will be harmful for him instead of serving to his interest.

Furthermore, in determining which parent shall have the right of custody of a child, in case of termination of mutual life by the parents, the courts take into account the special needs of the disabled children and their relationship with each of their parents. In a decision of Ankara Court of Appeal[52], the Court took into consideration that the mother attends patiently to her disabled child who frequently is distracted and therefore screams, cries and fidgets due to her disability; that the mother assists the child in eating and other needs; has a healthy relation with the child, is able to comfort the child; and therefore remaining with her mother will contribute to the child's emotional and personal development. Similary, İstanbul Court of Appeal decided that the right of custody of a child with hearing disability and is merely mentally retarded, shall be given to the father, as the child ceases to attend regularly to school and rehabilitation center when she is with her mother[53].

3. Adoption.

Ensuring the rights and responsibilities of persons with disabilities, with regard to adoption of children is one of the obligations of the contracting states according to Art. 23/2 of the CRPD. The adoption of people who permanently need the help of others due to his/her physical or mental disability is specially regulated in Art. 313/I/1 of the Turkish Civil Code. Furthermore, according to Art. 313/III, the requirements that must be met in case of adoption of minors, must be met in case of adoption of persons with disabilities.

The requirements provided in Art. 313 are as follows:

If the adoptee is fully incapacitated and under guardianship, then his/her legal representative shall express his/her consent. Additionally, the approval of the court of peace and the approval of the civil court of first instance shall be taken (Art. 463 of the Civil Code). If the adoptee is not fully incapacitated and is able to express his/her free will, he/she must consent to adoption. If he/she is also under custody or guardianship, Art. 463 of the Civil Code applies.

If the adopter has descendants of his/her own, they must consent to adoption[54].

52 Ankara Court of Appeal, 28th Civil Chamber, 05.03.2020, E.2019/1590,K.2020/252. Lexpera Caselaw Database.

53 İstanbul Court of Appeal, 38th Civil Chamber, 30.09.2020, E.2020/467,K.2020/1223. Lexpera Caselaw Database.

54 If the descendants are minors or not fully incapacitated; and are under the custody or guardianship of their parents, a special representative shall be appointed to evaluate and express consent on their behalf; and the approval of court of peace and civil court of first instance shall be taken. Tekben, T.,Yünlü, S.: "Erginlerin

If the adoptee is married, his/her spouse must consent to adoption.

The adopter shall be taking care of the adoptee for a continuous period of at least five years. The adopter shall provide for accommodation, nutrition, education and health of the adoptee; and shall care for his/her moral, social, physical and mental development[55].

V. WORK AND EMPLOYMENT.

According to Art. 50 of the Constitution, no one shall be required to perform labor unsuited to his/her age, gender, or capacity. Minors, women, and persons with physical and mental disabilities, shall enjoy special protection with regard to working conditions.

Article 14 of the Act on Disabled People concerns employment. Accordingly, during the employment, no discriminative practices can be performed against the disabled people in any stage including job selection, application forms, selection processes, technical evaluation, and suggested working periods and conditions. Disabled people cannot be subject to any different treatment than the other people with respect to their disability such that it could cause a result which is unfavorable for the disabled people. It is obligatory that measures in the employment processes in order to reduce or eliminate the obstacles and difficulties that may be faced by the disabled people who work or who apply for a job are taken and the physical arrangements are done by the establishments and organizations. Art. 14 also provides that Ministries of Labor and Social Security, Finance, Family and Social Services shall regulate the status and conditions of sheltered work places[56].

Art. 5/I of the Labor Law[57] bans discrimination based on language, race, color, sex, disability, political opinion, philosophical belief, religion, sect or similar reasons within employment relationship.

veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi", in AA.VV.: *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan* (coord. by H. Erman, T. Öğüz, Ş. Şipka, E. İnal, B. Baysal), On İki Levha, Istanbul, 2020, p. 588. Another view is that, in such a case, their consent shall not be required. Dural, M., Öğüz, T., Gümüş, M.A.: *Türk Özel Hukuku*, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, Istanbul, 2021, p. 4 et seq.

55 Tekben, T.,Yünlü, S.: "Erginlerin", cit., p. 600.

56 See The Regulation on Sheltered Work Places. OG. 26.11.2013/28833. Not only persons with physical disabilities but persons with mental and psychological disabilities can be employed at sheltered work places. The Regulation sets forth some conditions to acquire the status of a sheltered work place. At least eight persons with disabilities shall be employed; and the ratio of the number of persons with disabilities who will be employed at a sheltered work place to the number of total employees should not be less than 75%. The Regulation stipulates certain physical conditions (safety, traffic safety, fire protection etc.) to be met at the sheltered work places. Certain part of the remunerations of the persons with disabilities shall be paid by the state. For further information see, Köme Akpulat, A: "İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, V. 77, No. 2, pp. 548-550. The existence of this Regulation implies that Turkey undertook its obligation to "ensure that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities in the workplace" within the meaning of Article 27/1/i of the CRPD.

57 OG. 10.06.2003/25134.

Therefore, the Constitution and the statutory provisions aim to ensure that all kinds of discrimination against disabled workers are prevented as provided in Article 27/1/a-c of the CRPD.

However, Article 5/VII of the Labor Law has a diminishing effect of the prohibition of discrimination as it puts the burden of proof of discriminatory behavior of the employer upon the employee. The Court of Cassation, in its decision dated May 12, 2011[58], refused the allegation that the disabled employee receives lower salary compared to other employees based on the fact that such an allegation was not set forth by the disabled employee during the proceedings; and concluded that the court can't take into account allegations of discrimination on its own motion. Allegations of discrimination, however, shall be considered so disagreeable that its claim or proof shall not be left to the employee.

According to Art. 30/I of the Labor Law[59], the employers that employ 50 or more employees are under the obligation to employ disabled or formerly convicted people. The number of disabled employees shall be 3% of all employees in private sector, whereas this rises to 4% for public entities[60]. The following conditions shall be met by the employer to be a subject of this obligation: i) The workplace shall be included in the scope of Labor Law or Maritime Labor Law, ii) Fifty or more employees shall be working in the workplace. The employers are required to employ persons with disabilities whose rate of disability is at least 40%. Employees with disabilities should be employed through the Turkish Employment Agency; but the employer may also select a disabled person through his own means[61]. The private sector receives incentive for social security payments of the disabled personnel (Art. 30/VI). The sanction of violation of Art. 30 is an administrative fine which is imposed in practice[62]. Therefore, Article 27/1/h of the CRPD, which

58 9th Civil Chamber, 12.05.2011, E.2010/39684,K.2011/14489. Lexpera Caselaw Database.

59 Kocaeli Administrative Court applied to the Turkish Constitutional Court alleging the unconstitutionality of this regulation. According to the Administrative Court, this article is against the principles of freedom of will and freedom of employment provided in Art. 48 of the Constitution. The Constitutional Court relied on Art. 50 and Art. 61 of the Constitution. Art. 50 brings the burden of providing special protection to disabled people in working life on the state; and Art. 61 gives the duty of taking measures to ensure adaptation of the disabled people to the society. According to the Constitutional Court, "Taking into consideration the duties of the state provided in Art. 61 and Art. 48, Art. 30 of the Labor Law which is applicable both in private and public sectors protects society and is a result of being a social state. The rule does not encompass any disproportionality with regard to the private sector." 19.06.2008, E.2006/101,K.2008/126. OG. 19.11.2008/27059.

60 To be appointed as public personnel in Turkey, one shall be successful at a centralized written exam. Each year a special central exam (Disabled Public Personnel Selection Exam) is conducted for persons with disabilities. 62311 disabled people entered the exam in 2021 and only 1961 of these were appointed as public personnel. https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2021/EKPSS/TERCIH/sayisalbilgiler26012021.pdf.

61 For further information see, Köme Akpulat, A: "İşverenin Engelli", cit., pp. 535-545.

62 See, Court of Cassation 4th Civil Chamber, 22.11.2018, E.2016/8679,K.2018/7262; 26.03.2014, E.2013/18492,K.2014/5135; 23.01.2014, E.2014/305,K.2014/883; 10th Civil Chamber, 01.03.2011, E.2011/517,K.2011/2576; General Assembly of Civil Chambers, 23.06.2010, E.2010/314,K.2010/342. Lexpera Caselaw Database.

obliges the States to "promote the employment of persons with disabilities in the private sector through appropriate policies and measures" and Article 27/1/g concerning employment of disabled persons in the public sector are also met in Turkish law.

However, the number of disabled working people both in private and public sector remains low. By the end of 2021, 20615 disabled people work in the private sector in total. This number rises to 105963 in public sector[63]. It is estimated that approximately 13,5 million people in total are working with wages in Turkey[64]. Therefore, the percentage of disabled workers does not even equal to 1% of the total number of workers.

Turkish Employment Agency promotes disabled entrepreneurs by providing grants to them to build their own businesses[65]. Similarly, Small and Medium Enterprises Development Organization of Turkey regulary provides support for disabled entrepreneurs[66]. By way of these grants, Turkey meets its obligation to "promote opportunities for self-employment, entrepreneurship … and starting one's own business" within the meaning of Article 27/1/f of the CRPD.

VI. EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION.

1. Decisions of the European Court of Human Rights.

A) Çam v. Turkey.

The prohibition of discrimination based on disability is regulated in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the European Union Charter of Fundamental Rights[67]. In the European Convention on Human Rights ("ECHR"), the prohibition of discrimination based on disability is not regulated. However, the European Court of Human Rights ("ECtHR") contribution to the understanding of the "prohibition of discrimination" in Article 14 of the ECHR and the "general prohibition of discrimination" introduced by the 12th Protocol have resulted in decisions that observe the prohibition of discrimination based on disability.

63 https://www.iskur.gov.tr/kurumsal-bilgi/istatistikler/.

64 https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/turkiyede-ucretli-calisan-sayisi-artti-6541986/.

65 https://www.yatirimadestek.gov.tr/haber/iskur-engellilere-yonelik-2021-2-hibe-destegi-basvurulari-baslamistir/47#:~:text=%C4%B0%C5%9EKUR%20(T%C3%BCrkiye%20%C4%B0%C5%9F%20Kurumu)%2C,ba%C5%9Fvuru%20tarihi%2016%20Nisan%202021.&text=Kooperatiflerin%20Desteklenmesi%20Program%C4%B1%20(KOOP%2DDES,kapsam%C4%B1nda%202022%20proje%20ba%C5%9Fvurular%C4%B1%20ba%C5%9Flam%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r.

66 https://www.kosgeb.gov.tr/site/tr/genel/destekdetay/1231/girisimcilik-destek-programi.

67 2012/C 326/02.

The ECtHR considers Article 14 together with the alleged violation of other provisions of the ECHR[68]. One of the cases evaluated by the ECtHR in the context of the prohibition of discrimination upon the complaint of a disabled applicant is the Çam v. Turkey[69] case.

The visually disabled applicant, C. E. Çam, passed the entrance exam of the Istanbul Technical University Turkish Music State Academy. Upon the school administration's request, the applicant, who learned that she had passed the exam, applied to the health institutions to certify that she was eligible to study at the Music Academy. In the medical board report drawn up in 2004 and diagnosing the applicant's visual disability, it was stated that the applicant could receive education and training at the Academy in departments that did not require vision. Declaring that none of the academy sections could be considered as not requiring eyesight, the Music Academy asked the hospital's chief medical officer to draw up a new report to clarify whether, consequently, Ms. Çam could attend lessons at the Music Academy. The Academy also rejected Ms. Çam's request for admission[70]. On 24 September 2004, Ms. Çam's parents applied to the Istanbul Administrative Court on their daughter's behalf, seeking to set aside the Istanbul Technical University's decision in terms of Article 42 of the Constitution, Articles 4[71],7[72],8[73] , and 27[74] of Basic Law on National Education[75] and Article 9[76] of Legislative Decree on Specialized Education[77]. The court upheld the university administration's decision because Ms. Çam had been unable to provide a report from a fully-equipped public hospital declaring her fit to be a student at the Music Academy. On 26 October 2004, Ms. Çam's parents appealed against that decision before the Istanbul Administrative Court of Appeal. The Court dismissed the appeal[78].

68 Özkan Duvan, A: "Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Engelli Bireylerin Haklarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, V. 23, p. 326.

69 Çam v. Turkey, App. No. 51500/08, 23.02.2016.

70 Çam v. Turkey, para. 8-15.

71 "Educational institutions are open to everyone regardless of language, race, gender, disability and religion. No privilege can be granted to any person, family, group or class in education."

72 "It is the right of every Turkish citizen to attend primary education.
Citizens benefit from education institutions after primary education institutions to the extent of their interests, talents and abilities."

73 "Equal opportunities are provided to all men and women in education.
Necessary aids are provided through free boarding, scholarships, loans and other means in order to ensure that successful students who lack financial means receive education up to the highest education levels.
Necessary measures are taken to raise children in need of special education and protection."

74 "Every student who has completed primary education and has been entitled to enter secondary education has the right to continue secondary education and to benefit from secondary education opportunities to the extent of their interests, talents and abilities."

75 OG. 24.06.1973/14574.

76 "Individuals who need special education continue their secondary education in special education schools and/or other general and vocational technical secondary schools."

77 OG. 06.06.1997/23011 (Duplicate).

78 Çam v. Turkey, para. 16-20.

On 18 April 2006, Ms. Çam and her parents appealed on points of law to the Council of State, which dismissed the appeal in 2008.

Ms. Çam (the applicant) complained of an infringement of her right to education relying on Article 2 of Protocol No. 1. She also alleged that she had been discriminated against because of her blindness, in breach of Article 14 of ECHR.

The ECtHR concluded that the applicant was not allowed to study in the music department of the Academy simply because she was visually impaired, without providing an objective and reasonable justification[79]. The Court also accepted that discrimination because of disability includes failure to make reasonable adjustments and that such a regulation is a condition for exercising human rights[80]. Therefore, the Court found a violation of Article 14 of ECHR, in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1.

B) Enver Şahin v. Turkey.

Another case evaluated by the ECtHR in the context of the prohibition of discrimination is the case of Enver Şahin v. Turkey[81]. In this case, the applicant Enver Şahin sued for a violation of Article 14 in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1 and Article 14 in conjunction with Article 8.

During his first year of the machine teaching program, the applicant was seriously injured in an accident in 2005 while studying at Fırat University, Faculty of Technical Education, which left his legs paralyzed. The applicant suspended his studies until his physical condition allowed him to return to the Faculty.

The applicant applied to the Faculty on 17 March 2007, requesting that the university buildings be arranged in such a way as to enable him to resume his studies during the 2007-2008 academic year. The response of the faculty administration to this request was that the architectural structure was not suitable for revision, but they would try to help the plaintiff continue his education[82].

On 15 November 2007, the applicant applied to the Elazig Administrative Court, seeking the annulment of the university administration's replies and compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage that he claimed to have suffered. The applicant accused the administration, according to his statement,

79 Çam v. Turkey, para. 69-70.

80 Sisli, M: "Uluslararası ve Ulusal Hukuk Çerçevesinde Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Engellilerin Tutulma Koşulları", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*, 2019, No. 2, p. 88.

81 Enver Şahin v. Turkey, App. No. 23065/12, 30.01.2018.

82 Enver Şahin v. Turkey, para. 6-8.

of failing to remove the physical barriers that prevented him from exercising his right to education. On 9 April 2010, the Elazig Administrative Court dismissed the applicant's objection. The Elazig Administrative Court stated in the reasoning of its decision that the buildings in question were constructed in accordance with the regulation in force in 1988. According to the Elazig Administrative Court, even if it is up to the administration to implement the technical guidelines specified in the legislation that was later adopted in favor of persons with disabilities, the defendant administration could not be accused of not complying with these guidelines during the construction of a building constructed in 1988, before the guidelines came into force. The applicant appealed against the decision of the Elazığ Administrative Court before the Council of State. On 18 January 2011, the Council of State rejected this appeal and decided that the first-instance court's decision was procedural and lawful[83].

In its evaluation of the case, the ECtHR referred to the definition of "accessibility" in paragraph f of Article 3[84] of the Act on Disabled People, and the additional provision of the Zoning Act[85] regarding the standards that must be followed in the zoning plans to make the physical environment accessible and livable for the disabled. The ECtHR also referred to the CRPD, emphasizing the understanding of "prohibition of discrimination based on disability." The ECtHR concludes that the Government failed to demonstrate that the national authorities, in particular the university authorities and the judicial authorities, had responded with due diligence so that the applicant could continue to enjoy his right to education on an equal basis with other students and, as a result, did not set the fair balance that had to be struck between the conflicting interests at issue. Accordingly, the Court held that there had been a violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1 to the Convention[86].

C) Ozan Barış Sanlısoy v. Turkey.

In Ozan Barış Sanlısoy v. Turkey[87] case, on 1 November 2011, the applicant's family, whose son was not admitted to the school as a student by a private school they applied to enroll in because he had autism, filed a criminal complaint against the school administrators, stating that they "violated the prohibition of discrimination and the right to education". On 19 January 2012, the public prosecutor decided not to prosecute, considering that there was no evidence to support the complaints about the alleged events. The applicant's family objected to this decision, claiming

83 Enver Şahin v. Turkey, para. 11-18.

84 "Accessibility: Buildings, open spaces, transportation and information services, and information and communication technology are safely and independently accessible and usable by people with disabilities"

85 OG. 09.05.1985/18749.

86 Enver Şahin v. Turkey, para. 75.

87 Ozan Barış Sanlısoy v. Turkey, App. No. 77023/12, 01.12.2016.

that the public prosecutor had not given reasons for his decision and reiterating that their son was not admitted to the school because of his autism. Bakırköy High Criminal Court rejected this appeal on 7 May 2012, considering that the decision not to prosecute was in accordance with the law and procedure[88].

Regarding the right to education, it is emphasized in the decision of the ECtHR that this right is indispensable and has an important place in the realization of human rights in a democratic society[89]. However, the Court also underlined that, in deciding how access to education is organized, the State must strike a fair balance between the educational needs of the individuals, and the limited opportunity to meet these needs, on the other[90].

Although there is a general complaint of the ECtHR that there is a lack of educators in the education system that can take care of students with autism, the application is baseless, saying that the applicant is currently studying at a public school and that not being accepted as a student by a private school would not violate the positive obligations of the state in the context of the right to education. In its judgment, the Court considers that there was no question of the systematic refusal of the applicant's right to education because of his autism and the State's failure to fulfill its obligations under Article 2 of Protocol No. 1 combined with Article 14 of the Convention[91].

2. Decisions of the Turkish Constitutional Court.

A) U.D.K. and Others.

The decision of the Turkish Constitutional Court on the U.D.K. and Others individual application[92] relates to the claim that the State's failure to cover the special education expenses of the child in rehabilitation violates the child's right of education. U.D.K. was born in 2000 and lost his/her neurological function due to cancer when he/she was thirteen months old. U.D.K has been rehabilitated since 2004, and evaluations have been made in the relevant health board reports that it is appropriate for him/her to receive special training. For the period between September 2009 and September 2011, the applicants filed a lawsuit for full remedy for the pecuniary and non-pecuniary damage they claimed to have suffered, stating that U.D.K. could not continue to get support from any private

88 Ozan Barış Sanlısoy v. Turkey, para. 18-20.

89 For a detailed review of the decision, see; Bağatur, J.I.: *Özel Öğretimde Özel Gereksinimli Öğrencilerin Eğitim Hakkının İhlalinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2021, p. 264-285. YÖK Dissertation Database. https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp.

90 Ozan Barış Sanlısoy v. Turkey, para. 56.

91 Ozan Barış Sanlısoy v. Turkey, para. 69.

92 U.D.K. and Others, App. No. 2014/19352, 24.05.2018.

educational institution due to their economic situation and lack of support from the State. Ankara 7th Administrative Court rejected the case in its decision on the grounds that the child had not been sent to any special education school or rehabilitation center during the 2009-2011 period. The applicants' claim for non-pecuniary damage was also rejected because the administrative act resulted from the misinterpretation of the legislation, the administration's fault was not severe nor obvious, and there was no evidence that the administration acted with malicious intent while rejecting the request of financial support.

Following the finalization of the decision, the applicants made an individual application to the Turkish Constitutional Court on 11 December 2014[93]. In its evaluation of the application, the Turkish Constitutional Court stated that not receiving special education during the 2009-2011 period did not comply with the legal framework regulating the special education expenses of the disabled individuals to be covered by the State. Nevertheless, it was concluded in the decision of the Turkish Constitutional Court that there was not enough evidence to reach a conclusion that U.D.K., as a disabled person, was systematically deprived of his/her right to education. Therefore, there was no violation in this context[94].

In the doctrine, it is stated that the U.D.K. decision of the Turkish Constitutional Court shows that the legal protection for students with special needs is insufficient and that the approach of the judicial organs on this issue is in contradiction with the international conventions on disability[95].

B) Cevat Sargın and Others.

The subject of Cevat Sargın and Others[96] individual application to the Constitutional Court relates to the claim that the right to education has been violated due to the transfer of the disabled child's enrollment in the school where she was studying to another school providing education for severe and moderate mental retardation. It was also claimed that the prohibition of discrimination related to the prohibition of ill-treatment was violated due to the ineffective conduct of the investigation made on the allegation that the disabled child was exposed to ill-treatment with a discriminatory motive in her current school due to his special situation[97].

While evaluating the allegation regarding the violation of the prohibition of discrimination in connection with the prohibition of ill-treatment, the Turkish

93 U.D.K. and Others, par. 1-19.

94 U.D.K. and Others, par. 60-66.

95 Bağatur, J.I.: *Özel* Öğretimde, cit., p. 287.

96 Cevat Sargın and Others, App. No. 2015/12766, 07.04.2021.

97 Cevat Sargın and Others, par. 1.

Constitutional Court stated that it is very difficult to determine that constitutional rights have been violated on a discriminatory reason. According to the Turkish Constitutional Court, if the underlying purpose of the violation stems from the idea of discriminating, the reflection of this purpose in actions and attitudes is not always obvious, and therefore it may be difficult to even reveal the difference in treatment. Therefore, it is often not possible for individuals exposed to action to defend that their constitutional rights have been violated with a discriminatory motive and to provide sufficient evidence for this[98].

VII. CONCLUSION.

It is possible to say that the persons with disabilities enjoy equal recognition before the law. The main guarantee of equal recognition is Article 8 of the Civil Code which states that all persons possess the capacity to hold rights and they are equal before the law in using rights and fulfilling obligations. The capacity to act is, on the other hand, includes possession of rights and undertaking obligations by one's own will and actions. A disabled person's capacity to act may be restricted by court order or upon his/her own request under certain conditions. Restriction and appointment of a legal representative is provided in detail in the Civil Code which serve to protect the rights and interests of restricted people. All relevant provisions of the Civil Code are in line with Article 12 of the CRPD.

Not all disabled people will be under restriction, thus, protected by a guardian. For those, additional protection is provided in the Notaries Act Article 73 which states that legal transactions shall be performed before a notary public in presence of two witnesses if the notary understands that the relevant person has a hearing, speaking or seeing disability upon the request of the disabled person. Non-compliance with this provision results nullity of the legal transaction entered into by the disabled person and even criminal conviction of the notary involved.

People with disabilities have been taken into account and special provisions are prescribed for them concerning their interrogation, taking an oath from them or hearing them as witnesses by the courts. The very recent Regulation on e-hearings also have special provisions concerning people with disabilities. Therefore, Turkish procedural law is in line with Article 13 of the CRPD.

When the Turkish Civil Code provisions concerning marriage, custody of children and adoption, it is seen that they are in compliance with Article 23 of the CRPD. As long as the spouses are able to express their free will, they are eligible to get married. The duty of education of children with physical or mental disability

98 Cevat Sargın and Others, par. 90-104.

upon the parents is specially provided. The disability of the child is taken into consideration in deciding the right of custody and its removal from the parents. The adoption of people who permanently need the help of others due to his/her physical or mental disability is also specially regulated.

The Turkish Constitution and the statutory provisions aim to ensure that all kinds of discrimination against disabled workers are prevented. Art. 30/I of the Labor Law brings the obligation of employing a certain number of disabled persons to the employers both in private and public sector. It must be noted, however, although the laws, which are in line with Art. 27 of the CRPD are accepted and they are exercised by the courts, the percentage of disabled workers remains very low in practice; it does not even equal to 1% of the total number of workers.

There are decisions of both the ECtHR and the Turkish Constitutional Court as a result of individual application regarding the violation of the prohibition of discrimination in case of violation of the right to education of persons with disabilities. The ECtHR has concluded in two of its decisions that Turkey is in breach of prohibition of discrimination of persons with disabilities. One of the cases concerns non-admission of a blind student to a public Music Academy; and the other case concerns unsuitable physical conditions of a public university for a student in a wheel chair. The decisions of the Turkish Constitutional Court also demonstrate that disabled children can not get proper protection by the courts especially because proving the fault or discriminatory motive of the administration may be very difficult for the applicants.

BIBLIOGRAPHY

Açıkgöz, A.: *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları*, On İki Levha, 2017.

Ağca Demiray, L.: *Engellilerin Yasa Önünde Eşit Tanınma Hakkı Çerçevesinde Vesayet Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015. YÖK Dissertation Database. https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp

Azarkan, E, Benzer, E: "Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme ve Türkiye'de Engelli Hakları", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, V. 23, No. 38.

Bağatur, J.I.: *Özel Öğretimde Özel Gereksinimli Öğrencilerin Eğitim Hakkının İhlalinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2021. YÖK Dissertation Database. https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp

Çelik, E: "Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, V. 7, No. 1.

Çiftçi, P.: *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, Adalet, 2018.

Çıtıl, M, Üçüncü, MK: "Türkiye'de Engelli Hakları ve Engelliler Hukukunun Durumu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, V. 9, No. 35.

Deniz, B.: *Engelli Hakları ve Ayrımcılık Yasağı*, Seçkin 2020.

Dural, M., Öğüz, T., Gümüş, M.A.: *Türk Özel Hukuku*, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, Istanbul, 2021.

Erkan, VU, Yücer, İ: "Ayırt Etme Gücü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, V. 60, No. 3.

Ersöz, E: "Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, V. 3, No. 2.

Gökçek Karaca, N: "Uluslararası İlke ve Standartlar Bağlamında Engelli Hakları", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, V. 5, No. 1.

İsbir, EG, Çubuk, H: "Engellilerin Anayasal Haklarını Kullanmalarını Zorlaştıran Sebepler," *Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, V. 4, No. 1.

KARAN, U.: *Right to Education - National Report Turkey*, ETHOS consortium, 2019, https://www.ethos-europe.eu/sites/default/files/tu_right_to_education.pdf (24.02.2022).

KARAMERCAN, F: "Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, No. 3.

KÖME AKPULAT, A: "İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, V. 77, No. 2

NAMLI, M: "The Evidential Value of Interrogation in the Law of Civil Procedure," *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, 2019, No. 68.

ÖZKAN DUVAN, A: "Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Engelli Bireylerin Haklarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, V. 23.

TAŞPINAR AYVAZ, S: "Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, V. 61, No.1.

TEKBEN, T: "Evliliğin Mutlak Butlanına İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, V. XVI, No. 2.

TEKBEN, T.,YÜNLÜ, S.: "Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi", in AA.VV.: *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan* (coord. by H. ERMAN, T. ÖĞÜZ, Ş. ŞIPKA, E. İNAL, B. BAYSAL), On İki Levha, Istanbul, 2020.

SISLI, M: "Uluslararası ve Ulusal Hukuk Çerçevesinde Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Engellilerin Tutulma Koşulları", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*, 2019, No. 2.

VAROL KARAOSMANOĞLU, G: "Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, V. 8, No. 1.

YAĞCI, U: "İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, V. 15, No. 1-2.

"LE PAROLE TRA NOI LEGGÈRE": LA TOPICA DEI RIMEDÎ E IL PROBLEMA DELLA FORMA NEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE (OSSERVAZIONI A CASS., SEZ. UN., SENT. N. 6459/2020)*

"LE PAROLE TRA NOI LEGGÈRE": THE ISSUES OF REMEDIES AND FORM IN THE FIDUCIARY AGREEMENT (PACTUM FIDUCIAE) (COMMENTS TO COURT OF CASSATION, JOINT CHAMBERS SECTION, RULING NO. 6459/2020)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 370-399

* Questo lavoro, redatto in onore del Prof. Giuseppe Vettori, costituisce la rielaborazione, con i necessarî riferimenti bibliografici, dell'intervento dal titolo "Forma del pactum fiduciae immobiliare (Cass. Sez. Un. 6459/2020)" presentato il giorno 28 novembre 2020 al webinar *"Il diritto vivente tra legge e giurisprudenza"* organizzato dall'Università degli studî di Verona.

Luigi NONNE

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Dopo aver ricostruito i vari tipi di operazioni fiduciarie, il saggio affronta il tema della libertà di forma, ammessa dalla Cassazione a Sezioni Unite, evidenziando le contraddizioni tra la pronuncia ed il sistema del codice civile.

PALABRAS CLAVE: Negozio fiduciario; forma.

ABSTRACT: *Following a review of different fiduciary transactions, the paper deals with the principle of the freedom of form in a pactum fiduciae, promoted by the Court of Cassation, highlighting the contradictions arising between the ruling and the relevant principles of the Italian civil code.*

KEY WORDS: *Fiduciary agreement; form.*

SUMARIO.- I. PREMESSE ALL'ANALISI DEL PROBLEMA: LA CASISTICA FIDUCIARIA.- II. LA FATTISPECIE CONCRETA.- III. LA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DELLA C.D. FIDUCIA *CUM AMICO*.- IV. LA FORMA DEL *PACTUM FIDUCIAE* IMMOBILIARE AL VAGLIO DELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE.- V. LA SENTENZA N. 6459/2020 DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE.- VI (SEGUE). PROFILI CRITICI.- VII. LA CONFERMA DELL'ORIENTAMENTO FORMALISTA ALLA PROVA DEL SISTEMA.- VIII. LA NATURA GIURIDICA E GLI EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE RICOGNITIVA.- IX. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSE ALL'ANALISI DEL PROBLEMA: LA CASISTICA FIDUCIARIA.

Nelle seguenti riflessioni, occasionate da un'assai dibattuta pronuncia della Corte di Cassazione a sezioni unite, precisamente la sentenza n. 6459 del 6 marzo 2020[1], verrà discusso il profilo formale del negozio fiduciario, in quanto oggetto precipuo degli argomenti prospettati dalla Suprema Corte. Ritengo, però, che una siffatta particolare prospettiva possa costituire anche un punto di osservazione privilegiato per verificare, in termini più generali, il progressivo distacco della giurisprudenza, anche su impulso di certa parte della dottrina, dall'approccio dogmatico-sistematico in favore di una più netta opzione verso la "topica dei rimedî"[2]. Che una tale via sia percorribile con esiti positivi mi pare fin d'ora lecito dubitare; se, poi, essa costituisca un'ulteriore fase di quella che è stata suggestivamente definita come "eclissi del diritto civile"[3], lo si potrà verificare là dove la tendenza che essa esprime giungerà a consolidarsi effettivamente.

1 Vedila in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 859-866, con commento di Natoli, C.: "Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell'esperienza notarile", *ivi*, pp. 851-859; in *I Contratti*, 2020, pp. 257-264, con nota di Carnevali, U.: "Le Sezioni unite sulla forma del *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare", *ivi*, pp. 265-270; in *Il Corr. giur.*, 2020, pp. 589-595, con osservazioni di Gentili, A.: "Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare", *ivi*, pp. 596-611; in *Notariato*, 2020, pp. 282-289, con nota di Morello, U.: "La "ricognizione" degli accordi fiduciari", *ivi*, pp. 290-293.
La sola massima si rinviene in *Imm. & propr.*, 2020, con osservazioni di Monegat, M.: "Il pactum fiduciae immobiliare non richiede la forma scritta quando è accompagnato da una dichiarazione contenente la promessa del fiduciario di trasferire lo stesso immobile al fiduciante che perciò può agire ex art. 2932 c.c.", *ivi*, pp. 257-259.
Cfr. anche Collura, L.: "Negozio fiduciario: la forma del pactum fiduciae secondo le Sezioni Unite", *Studium iuris*, 2020, pp. 687-693; De Lorenzi, V.: "Validità del patto fiduciario immobiliare con forma verbale: la sentenza delle Sezioni Unite, 6 marzo 2020, n. 6459". Note critiche, *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, pp. 484-515; Muritano, D.: "Le Sezioni Unite intervengono sulla forma del patto fiduciario immobiliare", *Soc. e contr., bil. e rev.*, 2020, pp. 14-22; Lenzi, R.: "Struttura e forma del *pactum fiduciae* nella ricostruzione delle Sezioni Unite", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 1107- 1130; Reali, A.: "Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 957-969; Cicero, C.: "La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare", *Riv. not.*, 2021, pp. 312-329.

2 Intendo tale espressione come comprensiva di quella pluralità di considerazioni, ormai divenute consuete nel ragionamento giurisprudenziale, che fanno leva in via esclusiva sull'esigenza di tutela dei soggetti interessati e che vengono consapevolmente ribadite anche a costo di incrinare la coerenza del sistema (e di prospettare, come si vedrà, soluzioni che, contraddicendo le premesse, si rivelano operativamente insostenibili).

3 Il riferimento, *ictu oculi* avvertibile, è a Castronovo, C.: *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, *passim*.

• Luigi Nonne
Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Sassari.

Ciò premesso, prima di esaminare nel dettaglio gli argomenti e la conclusione cui, rispettivamente, fanno ricorso e pervengono le Sezioni Unite, merita illustrare, seppure sinteticamente, le varie letture che, in decenni di elaborazione dottrinale e a fronte della varietà di indirizzi presente nella giurisprudenza[4], si sono attestate in materia di fiducia, le quali letture costituiscono lo sfondo ove si inscrive la pronuncia in commento. Difatti, nonostante il caso su cui si appunta l'attenzione nomofilattica della Cassazione si riferisca alla forma del solo patto di trasferimento (nella fiducia statica) o ritrasferimento (nella fiducia dinamica), e non della pluralità di negozî in cui si articola l'operazione fiduciaria, in realtà una precisa presa di posizione di natura generale in questo àmbito può dirsi sposata dalla Suprema Corte[5], nei termini che appresso tenterò di descrivere.

Anzitutto, sono presenti nel provvedimento alcuni rilievi in merito alla struttura e alla funzione del c.d. negozio fiduciario, i cui contenuti possono dirsi ormai acquisiti nella trattazione della relativa fattispecie. Alla ricostruzione, innovativa ma densa di profili problematici[6], in base alla quale gli atti in cui si articola l'operazione fiduciaria sarebbero caratterizzati da una causa unitaria, per l'appunto la *causa fiduciae*[7], si contrappone l'orientamento che vede in questa operazione il risultato del collegamento tra un atto traslativo, volto all'attribuzione del bene dal fiduciante al fiduciario, e un patto avente natura obbligatoria, fonte del vincolo per il fiduciario di rispettare le istruzioni, inerenti all'uso e alla destinazione del bene, fornitegli dal fiduciante. Si tratterebbe, in particolare, di un (mero) fenomeno, e non di una categoria giuridica, ove la posizione acquisita dal fiduciario eccede,

4 Puntualmente riepilogati nella sentenza n. 6459/2020, rispettivamente ai parr. 3.2 e 3.3 della motivazione.

5 In passato, peraltro, la Cassazione, nell'affrontare il problema della prova inerente al *pactum fiduciae*, aveva affermato l'ininfluenza, per impostarne la soluzione, di individuare la relativa struttura formale: così Cass., sez. II, sent. 21 novembre 1988, n. 6263, *Foro it.*, 1991, cc. 2495-2506, con nota di Vettori, G.: "La prova del *pactum fiduciae*", *ivi*, cc. 2496-2505,
il quale, per contro, afferma espressamente la rilevanza della qualificazione concernente il *pactum* rispetto alla sua prova, dal momento che l'interprete dovrà valutarne la natura di patto aggiunto o contrario al contenuto di un documento (in ordine all'art. 2722 c.c.) e – ciò che assume particolare importanza per la questione in esame – accertare se per esso sussista un requisito formale il quale renda applicabile l'art. 2725 c.c., con le sue ancor più rigorose limitazioni alla prova per testi.

6 Non ultima, l'ipotizzata contraddizione con il principio di tipicità dei diritti reali, già messa (severamente) in luce da Pugliatti, S.: "Fiducia e rappresentanza indiretta", in S. Pugliatti (a cura di), *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 201-333, alle pp. 270-278, il quale afferma espressamente che la proprietà fiduciaria, in quanto proprietà formale e strumentale, rivela una contraddizione tra il sostantivo e l'aggettivo che l'accompagna tale per cui essa sarebbe qualcosa di affatto diverso rispetto alla proprietà legislativamente prevista e conformata, così da potersi ammettere solo là dove la stessa legge intervenisse a regolarla (il che, all'evidenza, non è).

7 Grassetti, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico", *Riv. dir. comm.*, I, pp. 345-378, spec. pp. 377-378, ove, con riferimento alla *causa fiduciae*, si afferma che «questa causa è atipica nel senso che attraverso l'elemento di fatto di ogni negozio fiduciario le parti perseguono un intento che non è dal legislatore previsto in via specifica. E detto intento, almeno per i casi di *fiducia cum amico*, è non tanto un dare per riavere, quanto un dare per aver da riavere, o per far avere ad altri» (p. 378).

come mezzo, lo scopo per cui essa è programmata dalle parti[8], il che confina la fiducia nell'irrilevanza dei motivi[9].

Ciò premesso, nota e consolidata è, anzitutto, la rappresentazione del fenomeno fiduciario nei termini di una casistica[10], della quale, alle partizioni generali in fiducia *cum amico* e *cum creditore*, fiducia dinamica, statica spuria e statica classica, fiducia romanistica e germanistica, si danno giustificazioni sistematiche radicalmente contrapposte in riferimento all'autonomia e alla compatibilità di esse con il nostro ordinamento. Se poniamo mente alla dicotomia tra fiducia *cum creditore* e *cum amico* consegnataci dalla tradizione, già possiamo notare come, in realtà, non si rinvenga alcunché di fiduciario nel primo termine dell'alternativa. In effetti, il trasferimento di un cespite del debitore in proprietà del creditore allo scopo di garantire quest'ultimo nell'ipotesi di inadempimento[11] testimonia l'esatto contrario di un intento fondato sulla fiducia, in quanto lo scopo pratico perseguito dalle parti è il rafforzamento della tutela creditoria in base ad un'operazione su cui, peraltro, incombe di per sé il sospetto di violare il divieto di patto commissorio. In assenza di adeguati meccanismi di riequilibrio, allora, il consolidamento della titolarità del bene in capo al creditore nel momento in cui non vi sia adempimento del debito – al quale si suole assegnare il compito di fungere da condizione risolutiva dell'acquisto o sospensiva dell'impegno a ritrasferire – fulmina di nullità, *ex* art. 2744 c.c., una siffatta (s)fiducia[12], a tacere di ulteriori profili di dubbia integrazione della medesima nel sistema civilistico.

Infine, con riguardo alla bipartizione tra fiducia romanistica, ove parte essenziale dell'operazione è il mutamento della proprietà sul bene dal fiduciante al fiduciario, e fiducia germanistica, in base alla quale non muta l'intestatario che, peraltro, ad opera di un c.d. negozio di autorizzazione, può consentire ad altro soggetto di

8 Per questa classica affermazione si v. Pugliatti, S.: "Fiducia e", cit., p. 251, che pone criticamente in luce la difficoltà di un approccio quantitativo insito nella formula per cui il mezzo sarebbe più esteso di quanto necessario per il conseguimento dello scopo previsto. In particolare, si evidenzia anzitutto la difficoltà di raffrontare i varî mezzi giuridici e di individuare le modalità per misurarne l'ampiezza, oltre poi a doversi necessariamente determinare le conseguenze della diversa estensione dei mezzi sugli scopi (ciò che, in base all'attuale stato della scienza giuridica, appare all'Autore arduo da effettuarsi in un'ottica meramente quantitativa).

9 Così Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*[9], Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012, pp. 179-182 secondo cui deve escludersi che la c.d. *causa fiduciae* possa, nei termini sopra esposti, rendere ammissibile il relativo negozio nel nostro ordinamento, in quanto la medesima si risolverebbe in una arbitraria e non consentita astrazione parziale dalla causa del negozio tipico (conseguendone, allora, che essa non sarebbe nulla più che un motivo, inidoneo a influenzare l'atto cui accede).

10 Così Gentili, A.: "La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare", *Il Corr. giur.*, 2019, pp. 1475-1480, alla p. 1476.

11 Trasferimento che è essenziale nella tipologia di fiducia in discorso, la quale, allora, si può caratterizzare esclusivamente in senso dinamico, a differenza della fiducia *cum amico* di cui è ipotizzabile anche la variante statica (classica e spuria).

12 In termini generali, e a prescindere dallo specifico discorso affrontato nel testo, si fa riferimento a un modello "sfiduciario" là dove sussista il ricorso alla minaccia e all'esercizio della coazione (quindi, in un àmbito riservato espressamente alla dinamica del diritto); cfr. in questo senso Greco, T.: "Il diritto della fiducia", in A. Petrucci (a cura di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, pp. 195-225, spec. pp. 197-203.

compiere atti di disposizione sul proprio bene[13], la sostanziale creazione in virtù dell'autonomia privata di un diritto reale atipico, consentita nell'ordinamento tedesco dal § 185 BGB ma esclusa nel nostro, impedisce di dare ingresso a tale variante del fenomeno nelle operazioni fiduciarie ammesse dal sistema italiano[14].

Prima di procedere a illustrare i tratti salienti della fiducia *cum amico*, però, è opportuno riferire del caso da cui prende le mosse la decisione in esame, così da poterne più efficacemente inserire le peculiarità nel contesto che, a un tal tipo di fiducia, guarda in modo significativo.

II. LA FATTISPECIE CONCRETA.

Volendo fornire una sommaria descrizione della vicenda in commento, va considerato che il profilo fattuale, e segnatamente il particolare atteggiarsi in concreto degli interessi facenti capo ai soggetti coinvolti, ha condizionato in maniera evidente la Suprema Corte verso la soluzione del problema sottopostole.

La controversia trae origine da un accordo nel quale Tizio, il fratello Caio con la propria consorte e la vedova di un terzo fratello Sempronio avevano stabilito che marito, moglie e cognata vedova acquistassero, con denaro del primo fratello, una pluralità di beni immobili, impegnandosi a trasferire al sovventore (o alla persona da lui indicata) i suddetti beni. Poiché gli intestatari non avevano dato corso al trasferimento promesso, il fornitore della provvista aveva agito in giudizio per sentire dichiarare l'interposizione reale e, per l'effetto, vedersi attribuita la titolarità del bene.

Nel corso del giudizio di primo grado il secondo fratello e la moglie stipulavano una transazione con l'attore, in base alla quale i primi trasferivano gli immobili a questi che, per contro, si obbligava a corrispondere loro un rimborso pari a euro 25.000,00. Avverso la sentenza di primo grado, che accoglieva la domanda nei confronti della cognata vedova, la stessa proponeva appello lamentando che: *i*) la scrittura con cui, secondo la prospettazione dell'attore, i convenuti avevano affermato la natura fiduciaria dell'intestazione a loro favore, in quanto essa era da qualificarsi come mero atto confessorio non era sufficiente ad integrare la forma scritta del *pactum fiduciae*, il quale, nel caso di specie, aveva ad oggetto

13 Si v. anche Sacco, R.: "Fiducia", in R. Sacco (a cura di), *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Utet, Milanofiori Assago, 2012, pp. 511-514, il quale descrive la fiducia germanistica come un modello in cui «il fiduciante garantisce le proprie ragioni in modo più automatico, sottoponendo il diritto del fiduciario ad una condizione risolutiva, che maturerà in caso d'infedeltà» (p. 511).

14 Cfr. per tutti sul punto Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 600.
Non costituiscono un'eccezione a tale assunto le società fiduciarie, le quali compiono atti di gestione delle partecipazioni ad esse intestate, mentre il titolare effettivo del diritto rimane l'unico legittimato ad esperire le azioni a tutela del medesimo; difatti, si è in presenza di un mandato senza rappresentanza nei confronti delle suddette società. Per tale affermazione, che ormai può dirsi consolidata, cfr. da ultimo Occorsio, V.: "Il segreto e la forma del patto fiduciario", *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 201-220, spec. pp. 209-210.

beni immobili; *ii*) la transazione intervenuta tra l'appellato e i restanti convenuti in primo grado non vincolava l'appellante, poiché la medesima era terza rispetto alla suddetta transazione; *iii*) nel momento in cui la scrittura ricognitiva del *pactum* era stata redatta, il diritto dell'appellato al trasferimento dell'immobile si era estinto per prescrizione, che l'appellante non aveva mai rinunziato a fare valere. La Corte d'appello territorialmente competente confermava la decisione del giudice di prime cure, così che, avverso tale ultima sentenza, la soccombente proponeva ricorso in Cassazione, esponendo quattro motivi di censura di cui in questa sede viene discusso esclusivamente il primo.

La ricorrente, difatti, ha denunziato la violazione e/o la falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, n. 3, c.p.c.), precisamente dell'art. 1325 c.c., comma 1 (*sic*!), n. 2, degli artt. 1418, 1324 e 2697 c.c., nonché dell'art. 115 c.p.c., oltre alla nullità della sentenza (ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.). La censura, pertanto, si è indirizzata verso l'approccio del provvedimento impugnato al problema causale della fiducia (specie con riguardo alla dichiarazione ricognitiva della medesima, la quale, come atto unilaterale tra vivi *ex* art. 1324 c.c., vede applicarsi in quanto compatibili le norme sul contratto in generale), con i relativi riflessi in termini di invalidità. Inoltre, a fondamento del ricorso viene addotta anche l'errata valutazione delle prove (da qui il riferimento al relativo onere *ex* art. 2697 c.c., nonché al principio di disponibilità delle suddette prove sancito dall'art. 115 c.p.c.). Secondo la ricostruzione della ricorrente, in particolare, la Corte locale aveva proceduto a distinguere, nella scrittura ricognitiva del *pactum fiduciae*, tre elementi: *i*) il riconoscimento in capo al resistente della proprietà degli immobili acquistati dalla ricorrente a nome proprio e, successivamente, ultimati dal primo; *ii*) il riconoscimento dei lavori effettuati dal resistente e dei rimborsi da questi corrisposti alla ricorrente per spese e imposte; *iii*) l'impegno da parte della ricorrente a trasferire, su semplice richiesta del congiunto, gli immobili in discorso, allo stesso resistente o a persona da questi indicata. Sulla base di tale prospettazione, nella sentenza di secondo grado era stata affermata la sussistenza di un'interposizione reale di persona (giacché l'alienante vendette effettivamente gli immobili al fratello e alle cognate dell'attore di prime cure, il quale aveva reso disponibile la provvista per l'acquisto), per cui il patto fiduciario, che implicava un obbligo a contrarre per il ritrasferimento al fiduciante, dovendosi equiparare al contratto preliminare, ai sensi dell'art. 1351 c.c. avrebbe dovuto essere stipulato, a pena di nullità, in forma scritta. Poiché una tale forma non era stata osservata nel caso di specie, il suddetto patto era necessariamente nullo e, pertanto, nessun obbligo di ritrasferimento coercibile ai sensi dell'art. 2932 c.c. poteva dirsi sussistere in capo alla ricorrente, in quanto non era dato ravvisarne la fonte. Tuttavia, in séguito all'affermazione per cui il valore confessorio dell'atto ricognitivo lo rendeva inidoneo a comprovare la proprietà dei beni immobili, la Corte d'appello, a parere della ricorrente, avrebbe compiuto un salto logico talmente significativo da rendere contraddittoria la

motivazione della sentenza impugnata – o, comunque, sarebbe incorsa in gravi errori giuridici – nel momento in cui ha assegnato alla terza parte della scrittura, relativa all'impegno della ricorrente al ritrasferimento del compendio immobiliare in capo al sovventore, il valore di una dichiarazione unilaterale di per sé sufficiente a costituire fonte dell'obbligo di ritrasferire; difatti, si lamenta, tale valore è stato attribuito senza valutare il difetto di causa di un siffatto negozio, dato che il requisito causale non poteva essere ravvisato, *per relationem*, nell'esistenza di un patto fiduciario anteriore all'acquisto dei beni, esistenza che la stessa Corte locale aveva, prima, negato.

La Sezione Seconda della Cassazione, chiamata a valutare il ricorso, sulla base della affermata sussistenza di un contrasto tra l'orientamento tradizionale, richiedente la forma scritta del patto fiduciario relativo ai diritti immobiliari, e la nuova prospettiva che attenua il rigore formale di tali negozî[15], con ordinanza del 5 agosto 2019, n. 20934[16], ne ha rimesso alle Sezioni Unite la composizione[17].

III. LA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DELLA C.D. FIDUCIA CUM AMICO.

La vicenda concreta palesa, in effetti, molteplici affinità dell'operazione programmata dalle parti con una tra le varianti in cui si articola la c.d. fiducia *cum amico*, in merito alla quale è bene fornire qualche nota per sottoporre poi a una più consapevole disamina la posizione assunta in merito dalla Suprema Corte.

La tripartizione della suddetta fiducia *cum amico*[18] in fiducia dinamica – caratterizzata dal trasferimento di un bene dal fiduciante al fiduciario affinché quest'ultimo ne sia intestatario servendosene, se del caso[19], secondo le indicazioni

15 Sulla quale vedi *infra* il par. 3.

16 La si legge in *Il Corr. giur.*, 2019, pp. 1473-1475, con nota di Gentili, A.: "La forma", cit.; in *I Contratti*, 2020, pp. 57-59 con nota di Carnevali, U.: "Sulla forma del *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare", *ivi*, pp. 59-63; in *Giur. it.*, 2020, pp. 283-285, con nota di Valenza C. A.: "Forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili", *ivi*, pp. 285-291.
Per una visione di insieme si v., inoltre, De Nova, G.: "La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare", in *Jus civile*, 2019, pp. 557-559.

17 Più precisamente, la Seconda Sezione ha investito il Primo Presidente della questione inerente alla risoluzione del contrasto, il quale ha poi disposto la pronuncia della Corte a Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, 2° co., c.p.c., sia poiché si tratta di questione di diritto decisa in senso difforme dalle sezioni semplici (anche se tale assunto è stato contestato da autorevole dottrina: cfr. Gentili, A.: "La forma", cit., p. 1478, il quale, pur riconoscendo la sussistenza di questioni precedentemente decise in senso difforme, nega la possibilità di ravvisare un divergente orientamento frutto di possibili argomentazioni alternative), sia in quanto essa presenta profili di particolare importanza.

18 L'ipotesi della fiducia *cum amico* ricorre nel caso che ha costituito l'occasione per la pronuncia delle Sezioni Unite, le quali ne hanno fornito una descrizione affermando che «la creazione della titolarità è funzionale alla realizzazione di una detenzione e gestione del bene nell'interesse del fiduciante ed in vista di un successivo ulteriore trasferimento della titolarità, allo stesso fiduciante o a un terzo». (sent. n. 6459/2020, par. 3.1. della motivazione).

19 Difatti, come pone giustamente in evidenza Collura, L.: "Negozio fiduciario", cit., p. 689, lo scopo del trasferimento dal fiduciante al fiduciario può anche risolversi nel solo successivo ritrasferimento all'originario titolare.

dell'alienante per poi ritrasferirglielo[20] –, fiducia statica spuria – là dove, cioè, il fiduciario acquista, con provvista fornita dal fiduciante, un bene mobile o immobile allo scopo di attribuirlo a quest'ultimo o ad altra persona da lui designata[21] – e fiducia statica classica o pura[22] – che vede il titolare di un bene farne l'uso concordato con un terzo nell'interesse di questi[23] – consente di impostare in termini strutturali il problema del fenomeno fiduciario che, come risulta anche dalla sentenza delle Sezioni Unite, mostra un'indubbia similitudine con il mandato senza rappresentanza. Il fatto che in entrambe le ipotesi sia dato ravvisare un'interposizione reale di persona, in quanto i rapporti tra il mandatario-fiduciario e i terzi escludono qualsivoglia coinvolgimento del mandante-fiduciante[24], non esclude, peraltro, che si debba individuare un *discrimen* tra i due negozî e, sulla base di ciò, determinarne la differente disciplina[25]. Concentrando per ora l'attenzione sul primo profilo, si può in questa sede confermare l'ipotesi in base alla quale, anche con riferimento alle relative nozioni (legislativa del mandato, *ex* art. 1703 c.c., e storico-dottrinale della fiducia), ciò che rileva per il mandante è l'attività gestoria del mandatario, mentre per il fiduciante scopo principale è l'intestazione del bene al fiduciario[26]. In altre parole, mentre la causa del mandato può descriversi come causa di azione, quella della fiducia si presenta come causa di posizione (che vede disgiunta la

20 Per una sintesi degli indirizzi e dei problemi inerenti al negozio fiduciario tradizionalmente inteso in senso dinamico si v. Patrone, M.: "Variazioni e forma del "negozio fiduciario", *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 397-430, alle pp. 399-408.

21 Il profilo traslativo, pertanto, è qui presente nei termini del solo trasferimento *finale* dal fiduciario al fiduciante – mancando, allora, un previo trasferimento *strumentale* dal fiduciante al fiduciario – e, con tali caratteristiche, esso è un aspetto comune anche alla c.d. fiducia dinamica. Cfr. Patrone, M.: "Variazioni e", cit., pp. 412-416.

22 Sulla fiducia statica rinvio in termini riassuntivi sempre a Patrone, M.: "Variazioni e", cit., pp. 411-412. Essa pare essere stata tralasciata dalla sentenza n. 6459/2020 con specifico riferimento alla descrizione della fiducia *cum amico*, in quanto, nel par. 3.1 della motivazione (citato *supra* alla nota 18), si suppone un duplice atto traslativo, per cui il Collegio, nel visualizzare l'antecedente fattuale della suddetta fiducia *cum amico*, ne ha preso in considerazione la sola variante dinamica o statica spuria. Ciò, peraltro, non si accorda con la visione fatta propria dalla Suprema Corte e improntata alla valenza disciplinare del mandato senza rappresentanza, di cui la fiducia statica pura rappresenta una manifestazione palese.

23 Si v. Patrone, M.: "Variazioni e", cit., p. 429, il quale, a proposito della forma nuncupativa, osserva come nella fiducia statica pura forse non siano ravvisabili le esigenze di responsabilizzazione del consenso consegnate dal legislatore all'art. 1351 c.c., proprio in quanto il fiduciario si impegna a trasferire (ma, in effetti, anche a gestire in una direzione concordata con il fiduciante) un bene proprio e non all'uopo trasferito o acquistato.

24 Con le eccezioni segnalate negli artt. 1705, 2° co., e 1706, 1° co., c.c., sulle quali si v. Luminoso, A.: *Il mandato*, UTET, Torino, 2000, rispettivamente alle pp. 84-88 e 88-91.

25 Difatti, nonostante l'affermazione contenuta nella sentenza n. 6459/2020 in base alla quale mandato e fiducia, pur essendo differenti, si vedrebbero applicare le medesime regole in virtù della similitudine che li accomuna (specie nella variante della fiducia statica spuria), in realtà, se si concepisce un'autonomia ontologica dei relativi negozî, essi dovrebbero disciplinarsi distintamente.

26 In tal senso, con la consueta efficacia, cfr. Sacco, R.: "Fiducia", cit., spec. pp. 513 (testo) e 514 (nota 20). Argomenta da questo rilievo le opportune implicazioni sul distinguo tra attività di gestione e mera titolarità per conto altrui Occorsio, V.: "Il segreto", cit., pp. 206-210, secondo il quale «La prestazione del fiduciario consiste nell'asservimento della propria sfera giuridica ad un'altra sfera giuridica, quella del fiduciante, tramite la conservazione della titolarità per suo conto. La figura del fiduciario si distingue da quella del mandatario perché la sua prestazione soddisfa l'interesse del creditore non tramite un *facere*, come nel mandato, ossia tramite il 'compimento' di atti giuridici, ma tramite un *non facere*, più precisamente tramite l'avere, ossia il mantenimento della titolarità per conto altrui» (questa citazione si rinviene alla p. 208). Cfr., inoltre, Id., *Titolarità e gestione nei rapporti fiduciari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, *passim* e, riassuntivamente, pp. 110-120, ove maggiori sviluppi in termini dogmatici della succitata distinzione.

titolarità formale da quella sostanziale del bene)[27]. Sotto l'aspetto disciplinare, la distinzione ipotizzata non rimane priva di conseguenze, le quali attengono ai limiti di integrazione del mandato, con l'ampiezza di rimedî che lo contraddistingue, rispetto alla fiducia; questa, infatti, ontologicamente non può aspirare al medesimo livello di tutela di cui gode il mandato in quanto essa è radicata nel fatto e nella dimensione etico-sociale, piuttosto che in quella giuridica[28].

Accogliendo la prospettiva causale dell'operazione, come già anticipato, i confini proprî della casistica fiduciaria si radicano nelle ipotesi in cui ricorre un interesse alla titolarità, piuttosto che alla gestione. Tale interesse, in effetti ravvisabile nella fiducia *cum creditore* – a prescindere dai profili sopra evidenziati concernenti la compatibilità di un siffatto schema con alcuni princìpi fondamentali positivamente espressi – atteso che la garanzia è qui integrata, per l'appunto, tramite la titolarità, può invece escludersi con riguardo alla fiducia *cum amico* nella sua versione statica, in quanto la destinazione di un proprio bene a scopi e usi individuati *ab extrinseco* fa senz'altro supporre la preminenza, se non l'esclusività, dell'interesse gestorio. Quanto, poi, al modello dinamico e a quello statico spurio, la qualificazione in termini fiduciarî o, all'opposto, la riconduzione al mandato senza rappresentanza, in astratto pianamente integrabili nella struttura di questi modelli, saranno effettuate all'esito di un'interpretazione complessiva dell'operazione economica divisata, così da fare emergere gli interessi ad essa sottesi.

Anticipando un riferimento sul punto alla sentenza in discorso, da parte di alcuni commentatori si è fatto opportunamente notare come le Sezioni Unite, pur ritenendo di doversi diffondere sulle varie ricostruzioni del negozio fiduciario sotto il profilo causale che vengono accolte in dottrina e in giurisprudenza, ne abbiano poi rilevato la non decisività ai fini della questione da dirimere[29]; per contro, l'accoglimento dell'una o dell'altra proposta relativa alla natura della fiducia potrebbe, in realtà, influenzare sensibilmente la soluzione del problema rilevante in concreto, ossia l'aspetto formale del patto[30]. Per vero, la sentenza in discorso imposta la descrizione della fiducia esaltandone le similitudini con il mandato senza

27 Sacco, R.: "Fiducia", cit., p. 514, nega peraltro che la fiducia abbia una causa in senso proprio, in quanto essa possiederebbe esclusivamente una causa soggettiva e, in quanto tale, inidonea a giustificare il negozio (pur se l'accettazione del bene – nella fiducia dinamica – o l'iniziata esecuzione – in merito alla fiducia statica –, secondo le regole proprie del mandato gratuito, vincolano alla gestione diligente).

28 Sacco, R.: "Fiducia", cit., p. 511 non concorda con l'esclusione dall'àmbito giuridico della fiducia, sotto il profilo della vincolatività del *pactum* in cui essa si sostanzia (salvo, però, dichiarare l'assenza di causa del medesimo *pactum* e ricondurre l'obbligo di gestire diligentemente ad opera del fiduciario all'accettazione di quest'ultimo, come sopra precisato – p. 514). Per una recente rilettura della questione cfr. Greco, T.: "Il diritto", cit., *passim*.

29 «Il fondamento causale e l'inquadramento teorico del negozio fiduciario possono rimanere in questa sede soltanto accennati, perché il quesito posto dall'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione pone in realtà un problema pratico relativo alla individuazione di una regola di dettaglio la cui soluzione prescinde dall'adesione all'una o all'altra tra le tesi appena esposte». (sent. n. 6459/2020, par. 4 della motivazione).

30 Come dimostra puntualmente Gentili, A.: "Un dialogo", cit., pp. 600-601.

rappresentanza e lasciando sostanzialmente in ombra il profilo dell'intestazione[31], ma, come si è dianzi rilevato, il caso concreto motiva la riconduzione del patto che in esso emerge al mandato senza rappresentanza, dal momento che i profili gestorî presentano una maggiore nettezza rispetto all'esigenza di scindere la titolarità formale da quella sostanziale[32].

Proprio la disamina della forma in merito al mandato senza rappresentanza avente ad oggetto l'acquisto di immobili ha segnato la prima tappa del percorso che ha portato la giurisprudenza teorica a considerare diversamente il medesimo aspetto anche per il *pactum fiduciae*.

IV. LA FORMA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE AL VAGLIO DELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE.

L'articolato percorso che ha condotto la Cassazione a mutare indirizzo relativamente alla forma del *pactum fiduciae* immobiliare[33] origina dalla sentenza n. 20051 del 2 settembre 2013[34]. Con tale provvedimento, discostandosi dai precedenti, la Terza Sezione della Suprema Corte ha ritenuto di escludere il mandato immobiliare dal campo applicativo delle regole formali indicate agli artt. 1325, n. 4, e 1350 c.c.[35] In tal modo, per la validità ed efficacia del negozio anche ai fini del rimedio *ex* art. 2932 c.c., basterebbe che il mandato fosse richiamato in modo sufficientemente specifico da una dichiarazione, ad esso successiva, con cui

31 Peraltro, un chiarimento significativo sotto l'aspetto della ricostruzione strutturale del negozio fiduciario è rinvenibile in quella recente giurisprudenza a mente della quale «qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella ... di realizzare il programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare possono essere diversi sia nel numero che nella tipologia» (Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633). Tale pronuncia, citata dalla stessa Cass., sez. un., sent. n. 6459/2020, al par. 3.3. della motivazione, si può leggere in *I Contratti*, 2015, pp. 12-16, con commento di Patrone, M.: (s. t. ma) "Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica", *ivi*, pp. 16-24. Sul provvedimento si v. anche Camilleri, E.: "L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del *"pactum fiduciae"*, *Dir. civ. cont.*, 29 marzo 2015.

32 In ciò, difatti, assumono un peculiare rilievo gli accordi transattivi inerenti ai rimborsi per le spese occorse ai fiduciarî – *rectius*, mandatarî – nella gestione del bene; cfr. *supra* par. 2.

33 Sia qui sufficiente, per una impostazione generale del problema, il richiamo a Ferri, G. B.: "Forma e autonomia negoziale", *Quadrimestre*, 1987, pp. 313-329, e a Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, *passim* e in part. il cap. I (pp. 11-63).

34 Ma vedi anche Cass. civ., sez. II, sent. 1° aprile 2003 n. 4886, in *Il Corr. giur.*, 2003, pp. 1041-1042, con nota di Mariconda, V.: "Una decisione della Cassazione "a critica libera" sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili", *ivi*, pp. 1042-1048.

35 Si era autorevolmente espresso in tal senso già Giorgianni, M.: "Sulla forma del mandato senza rappresentanza", in E. Redenti (a cura di): *Studi in onore di Antonio Cicu*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 413-429, il quale, alla p. 428, osserva come la non formalità del mandato possa ricevere conferma dal potere in capo al mandante di ratificare l'operato del mandatario il quale abbia ecceduto i limiti delle istruzioni ricevute, ai sensi dell'art. 1711, 1° co., c.c. In effetti, tale ratifica farà sorgere in capo al mandatario un obbligo di trasferimento, qualora si versi nelle ipotesi di cui all'art. 1706 c.c. e, peraltro, per essa non è prevista alcuna forma solenne. Trattandosi, poi, di un atto unilaterale del mandante, non può richiamarsi l'art. 1351 c.c., in quanto non vi sarebbe alcuna assunzione (volontaria) dell'obbligo da parte del mandatario, per cui la relativa fattispecie risulterebbe ultronea rispetto al contratto preliminare.

il mandatario riconosce l'obbligo di ritrasferire al mandante la proprietà del bene, in esecuzione dell'incarico ricevuto.

Successivamente, con la sentenza n. 10633 del 15 maggio 2014, la stessa Terza Sezione ha esteso la chiave di lettura dell'interposizione reale di persona applicata al mandato anche al contratto fiduciario[36], per cui può costituire valida fonte dell'obbligazione di ritrasferimento al fiduciante del bene immobile intestato al fiduciario anche una dichiarazione unilaterale scritta con cui questi, successivamente alla stipulazione *verbis* del *pactum fiduciae*, ne riconosce l'esistenza descrivendo in modo sufficientemente specifico il bene oggetto del patto[37].

La connessione tra i due mutamenti di indirizzo, allora, dà conto dell'esigenza posta dalla succitata ordinanza del 5 agosto 2019, n. 20934, con cui la Seconda Sezione ha investito le Sezioni Unite del compito di comporre il suddetto contrasto.

All'interno di questo contesto si innesta la sentenza n. 6459/2020, che merita di essere esaminata, anzitutto, nei suoi contenuti sistematici e nelle argomentazioni con cui sviluppa e supporta i medesimi. All'esito, proverò a delineare taluni rilievi critici sia sotto il profilo dogmatico sia in merito alla sostenibilità operativa della soluzione cui perviene la Suprema Corte.

V. LA SENTENZA N. 6459/2020 DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

Con l'intervento suscitato dall'ordinanza di rimessione le Sezioni Unite, premessa l'ampiezza della casistica fiduciaria, hanno inteso comporre il contrasto giurisprudenziale demandato alla loro attenzione secondo una prospettiva innovata rispetto agli orientamenti contrapposti delle sezioni semplici[38]. Peraltro, oltre al quesito inerente alla forma del *pactum fiduciae* immobiliare, è stato posto l'interrogativo se possa essere valida fonte dell'obbligazione di ritrasferire soltanto un atto bilaterale, scritto e coevo all'acquisto del fiduciario, o se sia sufficiente un atto unilaterale e scritto, ma ricognitivo e posteriore, del fiduciario, fondato su un impegno espresso oralmente dalle parti.

36 Si v. Graziadei, M.: "Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario", *Quadrimestre*, 1990, pp. 1-13.

37 «La dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ., purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali». (Cass., sent. n. 10633/2014, massima ufficiale).

38 Ha colto l'occasione per fornire in merito spunti sistematici di notevole profondità Vettori, G.: "Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione", *Persona e mercato*, 2020, pp. 161-170.

Merita esordire indicando il primo dei due principî di diritto che costituiscono l'esito dello sforzo argomentativo profuso dalla Suprema Corte e, su questa base, ripercorrerne le ragioni.

Con precipuo riguardo alla questione formale, infatti, "Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta ad *substantiam;* ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario».

Tale risultato è stato raggiunto sulla base di alcuni passaggi che sintetizzo in questa sede: *i*) anzitutto, l'assimilazione del *pactum fiducia*e rispetto al contratto preliminare, prospettata dall'orientamento dominante e dalla quale discende la corrispondenza formale tra l'accordo che consacra il rapporto obbligatorio e l'atto a rilevanza reale di esecuzione del medesimo[39], deve essere disattesa; *ii*) tale conseguenza si fonda sull'impossibilità di ravvisare un'analoga struttura tra i due negozî (né, peraltro, essi presentano una funzione simile, il che esclude l'applicabilità al patto fiduciario della regola di forma dettata per il preliminare; *iii*) oltre alla insussistenza di una e*adem ratio*, impedisce il ricorso all'art. 1351 c.c. la natura eccezionale di tale disciplina, la quale, pertanto, non è estensibile in via analogica; *iv*) la corrispondenza strutturale e funzionale dalla quale ritrarre argomenti volti a risolvere il problema formale del *pactum fiducia*e si ha con il mandato senza rappresentanza[40]; *v*) per tale istituto si è chiarito che la forma del mandato, poiché questo è destinato a regolare i soli rapporti interni tra le parti, si esplica liberamente: difatti, da un lato, tale forma non è prevista in modo espresso dalla legge a pena di nullità *ex* artt. 1325, n. 4, e 1350 c.c., e, dall'altro lato, essa non può ricavarsi da imposizioni formali dettate a diverso riguardo in quanto, nell'alternativa tra contratti a struttura debole (costituiti dai soli accordo, causa ed oggetto) e contratti a struttura forte (in cui la forma prevista dalla legge assurge al rango di requisito essenziale ed indefettibile)[41], il mandato senza rappresentanza

39 Ciò sulla base di un rapporto di corrispondenza biunivoca tra gli artt. 2932 e 1351 c.c., per cui, come il primo si attaglia a tutte le ipotesi di obbligo a contrarre per consentirne l'esecuzione forzata, così il secondo, che di quelle ipotesi costituisce il paradigma, esprimerebbe un principio da estendersi oltre la fattispecie del contratto preliminare, coinvolgendo allora anche il patto fiduciario (cfr. il riferimento all'indirizzo dominante esplicato in tal senso da Cass., Sez. Un., n. 6459/2020, par. 6 della motivazione).

40 Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 601, fa difatti notare che «il mandato assorbe senza residui tutti gli ingredienti della classica operazione fiduciaria, e cioè l'acquisto del bene dal mandante-fiduciante o dal terzo, l'incarico gestorio, la promessa di ritrasferimento, traducendoli rispettivamente nella somministrazione dei mezzi necessari per l'esecuzione (art. 1719 c.c.), nel compimento degli atti giuridici delegati (art. 1703 c.c.), nell'obbligo coercibile di ritrasferimento (art. 1706, comma 2, c.c.)». Conseguentemente, tale assimilazione comporta in modo inevitabile il venir meno della fiduciarietà come caratteristica (declamata, ma insussistente sotto il profilo qualificatorio) dell'operazione.

41 Il riferimento è agevolmente identificabile nelle dense pagine di Irti, N.: "Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)", in N. Irti (a cura di), *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 137-158, spec. pp. 142-153 (ma già prima in: Idola libertatis. *Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985).

deve essere ascritto alla prima categoria; *vi*) ne consegue che, là dove il *pactum fiducia*e sia sufficientemente specifico con riguardo all'oggetto e possa darsene compiutamente prova, in caso di infedele esecuzione da parte del fiduciario con riguardo all'obbligo di (ri)trasferimento, il fiduciante può attivare il rimedio *ex* art. 2932 c.c. anche nell'ipotesi di patto orale.

VI (SEGUE). PROFILI CRITICI.

Il ragionamento prospettato dalle Sezioni Unite, pur suscitando condivisione per rilevanti aspetti (non ultimo, quello inerente alla natura ed agli effetti della dichiarazione ricognitiva posta in essere dal fiduciario[42]), si presta, peraltro, a talune obiezioni con riguardo ai passaggi argomentativi essenziali tramite cui perviene alla soluzione della forma libera da ascrivere al *pactum fiducia*e avente oggetto immobiliare.

Merita, allora, affrontare il problema anzitutto in termini generali, verificando, seppure sinteticamente, la corretta impostazione dell'analisi cui sottoporre il requisito formale e, di séguito, calando i risultati in tal modo conseguiti nel contesto dei fatti sui quali è stata chiamata a pronunciarsi la Cassazione.

Venendo al primo passaggio argomentativo, va anzitutto rilevato, sposando l'assunto di attenta dottrina, come, nel diritto dei contratti, una risposta al problema della forma possa essere fornita solo mediante l'esame dell'art. 1325 c.c. e delle regole inerenti alla circolazione dei beni[43]. Difatti, com'è noto, il requisito formale non coinvolge esclusivamente gli interessi dei contraenti ma, riverberandosi all'esterno del rapporto negoziale, mira a soddisfare interessi che pertengono a quanti da uno specifico accordo possono derivare la titolarità di diritti. Ora, la riflessione sui negozî di secondo grado, in relazione ai quali la giurisprudenza valorizza nettamente il succitato requisito formale, può orientare l'inquadramento della questione in esame, giacché, là dove non sussista una specifica previsione ai sensi dell'art. 1325, n. 4, c.c., solo la coerenza sistematica e l'analogia tra le

Sulle riflessioni dell'Irti si vedano le chiose di Grasso, B.: "La forma tra regola ed eccezione (a proposito di un libro recente)", *Rass. dir. civ.*, 1986, pp. 49-53, che ricostruisce il rapporto regola-eccezione, con riferimento alla forma del contratto, in base ad una lettura innovata dell'art. 1325 c.c. Esso, difatti, conterrebbe due norme, delle quali l'una impone il requisito della forma prescritta dalla legge a pena di nullità (eccezione) e l'altra, invece, lo esclude (regola); conseguentemente, le previsioni che impongono uno specifico onere formale, delle quali l'Irti ha dimostrato la natura non eccezionale in merito ad un (inesistente) principio di libertà delle forme, sarebbero comunque derogatorie (e, in quanto tali, comunque eccezionali) della norma generale ove si esclude la forma *ad substantiam*. Cfr., inoltre, Vitucci, P.: "Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni", in Aa. Vv., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, pp. 809-830.

42 Come si vedrà *infra* al par. 8.

43 Così, espressamente, Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., pp. 166-167, il quale sottolinea come i princìpi di certezza e di stabilità non comportino un ampliamento delle tutele, ma esigano il rispetto di un'esigenza di ordine che responsabilizza chi contrae in vista di un effetto traslativo rilevante anche per i terzi (creditori o altre categorie interessate).

vicende traslative immobiliari può giustificare l'opzione rigorista su cui si attestano le decisioni giudiziarie[44].

Un esplicito profilo di contraddizione – si potrebbe dire, *in apicibus* – nel ragionamento operato dalle Sezioni Unite, è stato allora rilevato[45] in quanto, se per i suddetti negozî di secondo grado la coerenza e l'analogia fondate sul sistema sono costantemente poste alla base delle soluzioni giurisprudenziali, non si vede il perché, in merito al *pactum fiduciae* immobiliare, un siffatto argomentare sia mancato nella disamina della forma.

Se, difatti, l'assimilazione di questo patto al mandato ad acquistare senza rappresentanza è sistematicamente fondata con riguardo all'articolarsi del rapporto tra incarico ed esecuzione degli atti conseguenti, specie se si considera la peculiare fattispecie concreta da cui la sentenza prende le mosse, la sostanziale svalutazione del ruolo e dell'àmbito di applicazione da riconoscere all'art. 1351 c.c. non appare conforme al dato positivo interpretato alla luce della *ratio* sottesa alle prescrizioni formali. Più precisamente, la fiducia statica spuria, ove la provvista fornita dal fiduciante consente al fiduciario l'acquisto del bene in vista del trasferimento al sovventore, condivide con il preliminare il sorgere del vincolo obbligatorio per la realizzazione dell'atto traslativo; quest'ultimo, lungi dall'avere il solo scopo di neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante[46], mira a produrre un effetto reale connesso all'interesse per cui lo stesso fiduciante ha consentito (o, più frequentemente, ha dato corso) al programma fiduciario[47].

Inoltre, è assai discutibile rilevare, come afferma la Suprema Corte, che l'atto di trasferimento attuativo del preliminare sarebbe connotato da una causa propria e, pertanto, da una funzione tipica derivante dall'essere una fase della vendita, mentre il trasferimento connesso alla fiducia sarebbe un mero pagamento traslativo avente causa nell'accordo fiduciario[48], giacché in entrambe le ipotesi il trasferimento trova la propria giustificazione causale nell'obbligazione generata

44 Lo esplicita puntualmente Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., p. 168, affermando che «Non esistono negozi tipici o atipici senza forma. L'assenza di una norma sulla forma non legittima la scelta per una forma libera, perché la soluzione va ricercata nella comprensione dell'art. 1325 n.4 c.c. oltre il significato letterale delle parole. Quando si indica la forma "prescritta dalla legge sotto pena di nullità" si intende la forma solenne richiesta nell'art. 1350 c.c. e in tutte le altre norme speciali che richiedono, per fini speciali, un requisito formale. Norme che non sono eccezionali, perché non esiste un principio di libertà delle forme».

45 E, per l'appunto, è stato rilevato, con la consueta raffinatezza, da Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., p. 168".

46 Così, invece, la sentenza n. 6459/2020, al par. 6.1 della motivazione.

47 Erra pertanto la Suprema Corte là dove nella sentenza in commento afferma (sempre al par. 6.1) che nel preliminare l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale e lo precede, mentre nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima e su di esso si va ad innestare quello obbligatorio, dato che proprio nell'ipotesi di fiducia statica spuria, qual è quella su cui si innesta la decisione, esattamente come avviene nel preliminare l'effetto obbligatorio precede quello reale ed è strumentale ad esso (ciò che è giustamente evidenziato da Collura, L.: "Negozio fiduciario", cit., p. 691, alla nota 21).

48 Cfr. la sentenza n. 6459/2020, sempre al par. 6.1 della motivazione.

dal contratto "programmatico" e, pertanto, di questa obbligazione costituisce adempimento.

Quanto all'argomento in base al quale l'art. 1351 c.c. non varrebbe nel caso di specie a giustificare una forma vincolata, dato che l'art. 2932 c.c., il quale ne costituisce lo strumento attuativo, è applicabile pur in assenza di contratti formali qualora avesse ad oggetto il trasferimento coattivo di beni mobili[49], va anzitutto rilevato come esso non sia stato sviluppato in modo preciso. In particolare, l'assimilazione della fiducia al mandato senza rappresentanza fa sì che non si possa ipotizzare un'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre là dove la fiducia – anche statica spuria – avesse ad oggetto beni mobili non registrati, giacché, insistendo le Sezioni Unite sull'unicità di disciplina che contraddistingue l'obbligo del fiduciario e quello del mandatario, troverebbe applicazione anche al caso di specie l'art. 1706, 1° co., c.c., in materia di rivendica dei beni mobili acquistati per conto del mandante. Ne consegue che la funzione dell'art. 2932 c.c., nel contesto che ci occupa, si giustificherebbe solo in presenza di diritti aventi ad oggetti beni mobili registrati o immobili, espressamente indicati dall'art. 1706, 2° co., c.c., come suscettibili di trasferimento coattivo. In sintesi, l'esecuzione forzata dell'obbligo a contrarre trova una sua giustificazione nell'àmbito del preliminare senza limiti (quando esso abbia ad oggetto beni mobili o immobili) o, per quanto attiene al mandato senza rappresentanza, in presenza del vincolo a concludere un accordo traslativo di beni immobili o beni mobili registrati. Se, comunque, il richiamo all'art. 2932 c.c.[50] non viene ritenuto decisivo per fondare sul programma finalizzato all'acquisto immobiliare la connessione della fiducia con i vincoli di forma dei quali l'art. 1351 c.c. costituisce il più significativo paradigma[51], si rende necessario valutare ulteriori aspetti del problema, più nettamente inerenti ad una sua lettura sistematica.

49 Cfr. la sentenza n. 6459/2020, sempre al par. 6.1 della motivazione. Tuttavia, «il fatto che in certi casi si possa agire in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c. sulla base di un contratto verbale non dimostra che il patto fiduciario immobiliare (come il mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili) possa essere verbale, non dimostra la piena validità di un patto fiduciario immobiliare verbale (o di un mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili verbale), e che sul fondamento di esso si possa agire in giudizio in base all'art. 2932 c.c., per ottenere il trasferimento della proprietà dell'immobile», come giustamente osserva De Lorenzi, V.: "Validità del", cit., p. 505.

50 Pur se, in realtà, la questione deve essere posta nella corretta prospettiva, come fa opportunamente, De Lorenzi, V.: "Validità del", cit., p. 505., secondo la quale «se è vero che si può esercitare l'azione di cui all'art. 2932 c.c. per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere qualunque contratto, è diverso se si agisca in giudizio [a]i sensi dell'art. 2932 c.c. per ottenere una sentenza traslativa di un diritto di proprietà su beni immobili, o su beni mobili. E quando si eserciti l'azione per chiedere e ottenere il trasferimento coattivo con sentenza della proprietà di beni immobili (come nel caso portato all'esame della Corte) è necessario che il patto, il contratto in base al quale si agisce in giudizio sia redatto per iscritto per la validità. Altrimenti l'azione di cui all'art. 2932 c.c. è negata».

51 Cfr. Giorgianni, M.: "Sulla forma", cit., p. 427, il quale, in modo più approfondito e puntuale rispetto a quanto osserva la Cassazione, respinge il collegamento tra la forma del mandato e l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire gravante sul mandatario senza rappresentanza; l'art. 1706, 2° co., c.c., infatti, prevede tale esecuzione anche nell'ipotesi di beni mobili registrati, come gli autoveicoli, in relazione ai quali non sussiste la necessità di una forma vincolata del mandato relativo al loro acquisto.

VII. LA CONFERMA DELL'ORIENTAMENTO FORMALISTA ALLA PROVA DEL SISTEMA.

Accogliendo, pertanto, la dicotomia tra contratti tipici a struttura forte e a struttura debole, l'assimilazione del mandato senza rappresentanza alla seconda categoria, operata nella sentenza, poggia sull'argomento (invero alquanto discutibile) dell'assenza di un vincolo formale prescritto dalla legge. Inoltre, per accertare se un siffatto vincolo ricorra o meno, la Cassazione ritiene non fondato porre in rilievo l'effetto reale mediato derivante dall'atto programmatico a contenuto obbligatorio, nel che si sostanzia il mandato (e, conseguentemente, la fiducia); in effetti, se si pone l'accento sul piano effettuale, l'atto che programma la successiva attribuzione esige la medesima forma del conseguente negozio ad efficacia traslativa immediata.

Proprio a questo proposito, allora, ci si chiede se sia coerente sotto il profilo logico e sistematico considerare la forma scritta come un onere ascrivibile in via esclusiva agli atti traslativi immobiliari, pur quando unilaterali e caratterizzati da una causa esterna, in quanto funzionali al trasferimento della titolarità del bene, e al contempo negare la necessità di una siffatta forma in riferimento agli atti da cui sorge l'obbligo a trasferire, che dei primi rappresentano la causa giustificativa[52].

Se la soluzione del problema viene ricercata mirando alla coerenza tra il profilo valoriale e l'inquadramento sistematico[53], si deve ammettere che, nonostante il mandato riguardi i rapporti interni tra mandante e mandatario, la responsabilizzazione della volontà alla quale è connesso il vincolo formale sussiste integralmente in tale atto, poiché esso pianifica il successivo acquisto al quale presta già il necessario consenso (e ciò al di là del fatto che lo stesso consenso vada necessariamente ripetuto per l'intestazione del bene immobile). Può certamente concordarsi con quanto afferma la Suprema Corte quando ascrive l'esigenza di certezza al contratto tramite il quale si trasferisce il diritto reale sul bene immobile; tuttavia, innegabilmente la volizione dell'acquisto immobiliare – acquisto che è strumentale per il mandatario e finale per il mandante – è presente, per l'appunto, fin dal mandato e nella forma scritta di esso deve trovare un adeguato strumento di ponderazione.

52 Lo pone in evidenza, con icastica lucidità, Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 604, il quale metaforicamente precisa che una tale logica avallerebbe la richiesta del porto d'armi per i proiettili che feriscono e non per le pistole che li sparano.

53 Come, mi pare, prospetti opportunamente Azzarri, F.: "La forma del contratto fiduciario e il problema della tipicità delle promesse unilaterali", *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 91-132, spec. p. 120, secondo il quale quello della veste del *pactum fiduciae* immobiliare si risolva quasi in un "falso" problema, atteso che non si rinvengono nel diritto positivo elementi sufficienti a sorreggere una conclusione diversa da quella della solennità (almeno per la pattuizione inerente all'obbligo di dare del fiduciario).

Invero, non solo nella giurisprudenza teorica ma anche nella dottrina più sensibile alle questioni qui affrontate è presente l'idea di distinguere necessariamente, nel patto fiduciario, tra il profilo interno – ossia quello inerente al regolamento fra le parti – e il profilo esterno – il quale attiene al titolo per il trasferimento dei beni e, in quanto tale, coinvolge i terzi – per risolvere il problema interpretativo dell'estensione analogica di norme che prescrivono oneri formali (tra cui, l'art. 1351 c.c.)[54]. Su questa premessa, è stato sostenuto che il mandato senza rappresentanza e il patto fiduciario si possono ritenere validi ed efficaci fra le parti anche se stipulati oralmente; ciò non ostante, per essi si pone il problema del titolo dell'acquisto in presenza sia di un trasferimento fra fiduciante e fiduciario (il quale, benché intercorra tra le parti del patto, è suscettibile di produrre effetti riflessi nei confronti dei terzi aventi causa dal secondo e, nel ritrasferimento, dallo stesso fiduciante) sia di una cessione diretta del bene immobile a terzi, anche in esecuzione della fiducia. In tali casi, si afferma, la forma scritta è imposta da esigenze inderogabili di coerenza sistematica e di controllo[55].

In merito alla soluzione ricavabile da una siffatta prospettiva, dato che è comunque richiesta la forma scritta per l'atto di trasferimento (anche unilaterale)[56], gli interessi dei terzi intersecati dalle vicende circolatorie verrebbero comunque soddisfatti[57]. Come ho già precisato poc'anzi, mi pare, però, che non solo la certezza dell'acquisto, ma anche la responsabilizzazione della volontà di trasferire sia di eguale rilevanza nell'esigere la formalità, per cui il *pactum fiduciae* nuncupativo non consente a una tale responsabilizzazione di dispiegarsi adeguatamente.

Ma vi è di più. Ai dubbî qui sollevati sulla dicotomia patto obbligatorio informale – atto traslativo formale, infatti, fornisce ulteriori argomenti chi si è soffermato sull'ipotesi in cui un fiduciario (*rectius*, mandatario), volendo osservare le istruzioni del fiduciante (*rectius*, mandante) e applicando il principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite, in esecuzione del (suppostamente valido) *pactum fiduciae*

54 Contro una rigida separazione dei due profili si esprime Carnevali, U.: "Sulla forma", cit., pp. 62-63, il quale evidenzia come l'effetto reale acquisitivo dell'immobile vada riportato al *pactum fiduciae* e che l'art. 1350 c.c., nello stabilire la necessità della forma scritta, utilizza il parametro dell'efficacia (e non, aggiungerei, della struttura) che attiene agli atti ivi indicati (il che pare faccia propendere l'Autore per la forma scritta *ad substantiam* dell'accordo fiduciario, ma v. *infra* quanto osservato alla nota 84).

55 Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., p. 168, che riprende le proprie riflessioni formulate in "La prova", cit., c. 2500.

56 Difatti, coerentemente alle premesse da cui muove Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., p. 169, condivide l'idea che l'atto unilaterale scritto, presentando una *expressio causae* o, comunque, se correlato ad un patto orale valido, possa formare un titolo idoneo all'acquisto, tenuto conto del ruolo che svolge la promessa avente ad oggetto il trasferimento e del fatto che la produzione dell'effetto reale immobiliare non necessiterebbe sempre di un atto bilaterale scritto. Inoltre, coerentemente alla tutela da accordare al fiduciante, l'Autore evidenzia che la validità del patto orale consente di agire nell'ipotesi di un suo inadempimento, così che eventuali restituzioni fornirebbero all'interessato una tutela effettiva, senza il ricorso all'art. 2932 c.c. (ponendosi, allora, solo un problema di prova).

57 A tal proposito Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., p. 169, nota 68, mette in evidenza come, seguendo il risultato della sentenza, il fiduciante, pur in assenza di un atto scritto, possa richiedere e trascrivere, se e in quanto possibile, la domanda di sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c., la quale, in attesa della prova dell'esistenza dell'atto, paralizzerebbe ogni interesse o garanzia dei creditori e dei terzi.

stipulato in forma orale confezioni un atto solutorio unilaterale scritto, così che il mandante trascriva e renda opponibile ai terzi la proprietà in tal modo acquisita. Tale esemplificazione mostra le ricadute negative dell'approccio giurisprudenziale improntato alla libertà formale del patto fiduciario. Difatti, come persuasivamente argomentato, il ritrasferimento del fiduciario (o mandatario) in capo al fiduciante (o mandante), in quanto unilaterale e solutorio, si risolverebbe in un atto a causa esterna, collocandosi quest'ultima nel mandato che obbliga il mandatario a un siffatto ritrasferimento. Saremmo, allora, al cospetto di una scissione tra il *modus adquirendi*, rinvenibile nell'atto solutorio con cui il mandante-fiduciante acquisisce la proprietà del bene, e il *titulus adquirendi* che, per contro, è costituito dal mandato. La scissione anzidetta condiziona anche il contesto pubblicitario, giacché ci si chiede se sia sufficiente trascrivere il *modus adquirendi* (quindi, l'atto solutorio traslativo redatto per iscritto) senza il *titulus adquirendi* (ossia il mandato, valido anche se orale). La fisionomia normativa e la prassi che ineriscono allaconservatoria dei registri immobiliari, poste in evidenza da una pluralità di commentatori (orientati in senso dogmatico[58] ovvero propensi ad esaltare il momento applicativo[59]), farebbero propendere per la soluzione contraria, essendo allora necessario trascrivere entrambi i profili dell'acquisto[60].

Inoltre, anche là dove non si ritenesse dirimente un espresso richiamo al *titulus* ai fini della trascrizione, per attribuire la proprietà al fiduciante-mandante con un atto solutorio sarebbe necessario verificare che questi si esprima favorevolmente a tale proposito. Il consenso dell'interessato, allora, può ricavarsi in base a tre differenti alternative: *i*) anzitutto, considerandone l'accettazione come preventivamente contenuta nel contratto programmatico; *ii*) inoltre, esigendo una specifica accettazione dell'atto solutorio, così che, in sostanza, le parti concludono un contratto traslativo (ciò che, però, pare escluso dalla pronuncia in esame, la quale ammetterebbe la natura unilaterale di questo atto); *iii*) infine, ricavando

58 Si v. in tal senso, pur se con diverse sfumature, Lenzi, R.: "Struttura e", cit., pp. 1110-1113, che, a séguito di una serrata esposizione dei varî profili problematici che derivano dalla forma orale del *pactum fiduciae* immobiliare, parla di una ricostruzione "eversiva" giacché essa, preludendo al *nudum pactum*, contraddice l'effettività del sistema causalista; Reali, A.: "Le Sezioni", cit., pp. 968-969, secondo il quale, nell'àmbito di un'impostazione del problema connessa alla necessaria trasparenza delle operazioni fiduciarie (in un contesto normativo nel quale la suddetta trasparenza è ormai cogente nel diritto positivo), se si qualifica la fiducia come contratto atipico caratterizzato da una causa autonoma (per l'appunto, la *causa fiduciae*), sussiste la possibilità di «trascrivere la mera qualità di fiduciario in capo all'intestatario del bene immobile, per rendere noto il *pactum fiduciae*, e trasformare, così, lo strumento in oggetto, in una fiducia opponibile ai terzi, efficace anche al fine del compimento degli atti dispositivi sui beni oggetto di fiducia». In termini causali si esprime, invece, Morello, U.: "La "ricognizione", cit., p. 293, il quale osserva come un atto scritto, ove si indichino le finalità perseguite dalle parti mediante l'affidamento fiduciario, impedisce o rende più complesso occultare le ragioni effettive su cui si fonda la concreta operazione fiduciaria, agevolandone pertanto l'accertamento della causa in concreto.

59 Natoli, C.: "Forma e" cit., p. 858, ove si evidenzia che la mancata riconducibilità del negozio fiduciario al contratto preliminare impedisce che il primo sia trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c.

60 Cfr. in tal senso Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 603, il quale fa opportunamente notare come sia il *titulus* e non il *modus* ad esprimere sotto il profilo causale la giustificazione dell'acquisto, il che ne imporrebbe la redazione per iscritto.

l'accettazione implicita dal fatto che l'interessato chiede la trascrizione in proprio favore.

La prima alternativa implica la necessità di esibire il mandato o patto fiduciario e, pertanto, la forma scritta di questo. La seconda opzione produce conseguenze contraddittorie, nel momento in cui l'interessato, per divenire titolare del bene, rinnova un consenso che era già stato rilasciato nel contratto programmatico. L'ultima soluzione, che è parsa maggiormente conforme al quadro teorico delineato dalle Sezioni Unite, pur se non richiede una nuova accettazione, si fonda sulla dicotomia "patto obbligatorio-patto traslativo", secondo un paradigma pianamente riconducibile alla sequenza "contratto preliminare-contratto definitivo"; tale sequenza, peraltro, esige l'applicazione della regola formale *ex* art. 1351 c.c., la quale, invece, è respinta dalla Suprema Corte[61].

Infine, pare sistematicamente infondato definire l'art. 1351 c.c. come norma eccezionale e, pertanto, insuscettibile di applicazione analogica[62]. Più precisamente, pur confermando per il preliminare immobiliare l'esigenza della forma scritta indicata nell'art. 1351 c.c., la sentenza in discorso, col dichiararne l'eccezionalità, ne ha escluso l'applicazione al contratto fiduciario, al mandato ad acquistare e, in termini generali, a qualsiasi patto, diverso dal contratto preliminare, da cui sorga l'obbligo ad effettuare un atto traslativo di un immobile; ciò, pertanto, ha fatto sorgere il quesito inerente alla natura o meno di contratti preliminari per gli accordi che vincolino al trasferimento di un immobile [63]. Su una simile base, merita considerare le critiche che a questo profilo sono state rivolte, sia in riferimento alla natura eccezionale dell'art. 1351 c.c., sia con riguardo all'esclusione del mandato senza rappresentanza dal novero dei *pacta de contrahendo*, il cui paradigma, per l'appunto, è costituito dal contratto preliminare.

Quanto al primo aspetto, l'eccezionalità della norma è stata esclusa in base all'esigenza della parità di trattamento per situazioni uguali sancita dall'art. 3 Cost., per cui sarebbe (oltre che irrazionale, anche) incostituzionale prevedere una forma vincolata *per relationem* con riguardo al preliminare ed escluderla per ogni altro patto che vincoli ad effettuare un trasferimento immobiliare. Per giustificare una siffatta disparità, e la conseguente applicazione di regole distinte, sarebbe allora necessario individuare una differenza tra il preliminare e i suddetti patti, differenza che, invece, deve essere esclusa sotto il profilo logico-sistematico[64].

61 Così, ancóra, Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 604.

62 Afferma la non eccezionalità dell'art. 1351 c.c. anche Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., p. 169, evidenziando che *i*) la tutela del fiduciante non può prevalere su quella di tutti i terzi e *ii*) non si può disattendere l'esigenza di controllo dell'eventuale illiceità del patto fiduciario per violazione delle norme antiriciclaggio, delle disposizioni fiscali o penali, e, comunque, del divieto costituzionale di violare l'utilità sociale di cui all'art. 41, 2° comma, Cost.

63 Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 604, nota 39.

64 Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 607.

Infatti, e si affronta così il secondo aspetto, *i*) il contratto preliminare è un *pactum de contrahendo* con cui si predetermina il contenuto essenziale del patto da contrarre; *ii*) un patto che vincoli a concludere un contratto avente un contenuto predeterminato è, specularmente, un *pactum de contrahendo*; *iii*) tutti i patti che vincolano a concludere patti predeterminati sono, pertanto, contratti preliminari, non rilevando se siano autonomamente stipulati o se costituiscano clausole inserite in accordi di più ampio contenuto. Attesa l'evidenza di quanto sopra indicato, la supposta, e infondata, eccezionalità dell'art. 1351 c.c. non impedisce di affermare che la regola, da esso prevista, concernente la forma *per relationem* si applica (direttamente, e non estensivamente) a tutti i patti che impegnano alla conclusione di accordi il cui contenuto è da essi, nelle linee essenziali, predeterminato. Se, allora, si ribadisse comunque – peraltro, senza argomenti di pregio – la natura eccezionale dell'art. 1351 c.c., da ciò non potrebbe ritrarsi la forma libera del mandato e del patto fiduciario immobiliare, i quali, essendo *pacta de contrahendo*, sono *direttamente* regolati da tale norma, che è stata pensata per disciplinare la forma del paradigma di tali *pacta*, ossia del contratto preliminare[65].

Per concludere, e in aggiunta agli argomenti suesposti, può precisarsi che le Sezioni Unite, nel rileggere l'imposizione di vincoli formali per gli atti immobiliari alla luce dell'art. 1351 c.c., hanno effettuato una lettura riduzionistica di tale previsione; al contrario, la regola ad essa sottesa concerne unicamente il principio di corrispondenza tra forma dell'atto programmatico e forma del negozio esecutivo, la cui concretizzazione si rinviene anche negli artt. 1392 (forma della procura), 1399, 1° co. (forma della ratifica), 1403 1° co. (forma della procura e dell'accettazione nel contratto per persona da nominare), c.c., ossia là dove possa ravvisarsi una sequenza procedimentale tra negozî collegati al fine di realizzare un interesse unitario[66]. Anche ciò (mi) pare escludere l'eccezionalità declamata con riguardo alla norma sul contratto preliminare e, pertanto, rafforza l'idea che l'accordo diretto a produrre effetti reali mediati debba seguire la forma stabilita per i relativi contr(atti) di attuazione.

65 Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p.. 608.

66 Nega vigorosamente la rilevanza delle norme succitate al fine di risolvere il problema formale del mandato senza rappresentanza Giorgianni, M.: "Sulla forma", cit., p. 421, in base all'assunto che l'art. 1392 c.c., oltre a concernere il collegamento tra la procura e il negozio compiuto dal rappresentante col terzo, sarebbe norma eccezionale e che le previsioni in materia di ratifica e contratto per persona da nominare riguarderebbero fenomeni assolutamente estranei al mandato senza rappresentanza (in quanto relativi a proiezioni del negozio che vanno oltre i soggetti tra cui esso intercorre). L'illustre Autore, nel valorizzare la necessità di rinvenire nei rapporti interni tra mandante e mandatario l'esigenza di una forma *ad substantiam*, esclude tale esigenza sulla base di argomenti, peraltro di sicura profondità (vedili alle pp. 425-428), che precludono anche il richiamo all'art. 1351 c.c. Tuttavia, il riferimento all'eccezionalità delle norme qui richiamate nel tentativo di fondare la non formalità del mandato senza rappresentanza immobiliare a mio avviso non supera i rilievi, formulati nel testo, inerenti all'applicazione diretta e non analogica dell'art. 1351 c.c. e alla sequenza atto programmatico-negozio di attuazione che si rinviene nel caso di specie (e ciò al di là dell'àmbito soggettivo in cui tale ultimo negozio si esplica).

VIII. LA NATURA GIURIDICA E GLI EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE RICOGNITIVA.

Con riguardo, invece, alla prova del *pactum fiduciae*, le Sezioni Unite, enunciando il secondo principio di diritto, hanno inteso ridefinire, in modo del tutto condivisibile[67], i confini operativi della dichiarazione unilaterale, la quale spesso si accompagna, menzionandone in forma scritta la stipulazione[68], al suddetto *pactum*.

La Suprema Corte, difatti, ha precisato che «La dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 cod. civ., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della contra se pronuntiatio, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria»[69].

In tal modo si è escluso che la dichiarazione unilaterale ricognitiva del patto fiduciario – se contenente una corretta descrizione dell'immobile e là dove in essa si faccia riferimento alla *causa fiduciae* esplicitata nell'accordo orale[70] – assurga a fonte dell'obbligo di trasferimento al fiduciante incombente sul fiduciario[71], ciò che aveva suscitato varî rilievi in dissenso: difatti, è stato correttamente notato come in tal modo, da un lato, si contravvenga al chiaro disposto degli artt. 1987 (tipicità delle promesse unilaterali)[72] e 1988 (che alla ricognizione di debito connette la sola astrazione processuale) c.c. e, dall'altro lato, si operi una confusione

67 Adesivamente si v. anche Cicero, C.: "La forma", cit., pp. 322-323.

68 Per un'ipotesi di indubbio interesse nella quale la dichiarazione ricognitiva è stata espressamente qualificata dal dichiarante come negozio testamentario cfr. Cass., II sez. civ., 24 luglio – 26 novembre 2020, n. 26998 (ord., inedita), la quale, facendo applicazione del principio di diritto indicato dalle Sezioni Unite del 2020, nell'escludere la natura testamentaria della suddetta dichiarazione ha espressamente affermato che la dichiarazione unilaterale scritta dal fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile, può essere contenuta anche in un testamento, con la precisazione che essa non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario (da cui il consueto esonero, a favore del fiduciante, dall'onere di provare il rapporto fondamentale, invece presunto fino a prova contraria).

69 Cfr. il par. 9 della motivazione.

70 Difatti, come rileva di Carnevali, U.: "Sulla forma", cit., p. 60, la questione non ha neanche modo di porsi qualora il dichiarante si limitasse a riconoscere l'altrui proprietà del bene e promettesse di ritrasferire il bene al titolare sostanziale omettendo di indicare nell'operazione fiduciaria la causa di una tale promessa.

71 Possibilista in tal senso si mostra, invece, De Nova, G.: "La forma", cit., p. 559.

72 Cfr., per una diversa prospettiva, l'argomentata proposta di Azzarri, F.: "La forma", cit., pp. 114-120, all'esito della quale l'Autore, muovendosi nella prospettiva di una rilettura del senso da attribuire all'art. 1987 c.c. e valorizzando la concezione della causa incentrata sulla funzione di garantire l'originaria realizzabilità dell'assetto di interessi programmato dalle parti, ritiene che le regole generali, se opportunamente interpretate, consentano di individuare la fonte dell'impegno a trasferire nella dichiarazione unilaterale del fiduciario, in quanto ogni pericolo di astrazione sostanziale della causa sarebbe fugato dalla presenza di essa nell'accordo fiduciario concluso verbalmente; questo, «per i contenuti diversi dalla previsione dell'obbligo di dare (ossia, i contenuti gestori e amministrativi) risulterà, infatti, perfettamente valido, non essendone gli effetti (puramente obbligatori) subordinati al rispetto della forma scritta *ad substantiam*, né appartenendo, di per sé, il contratto ad alcuno dei tipi per i quali la legge richiede un tale onere» (p. 120).

concettuale e funzionale tra prova e fonte dell'obbligo[73] (i quali, nel caso di specie, sono ricollegati dalla Cassazione ad atti diversi). Inoltre, la sentenza in esame ha avuto modo di precisare che la promessa di pagamento, anche se titolata, non può qualificarsi in senso confessorio, il che consente al dichiarante di dare dimostrazione dell'inesistenza della causa, della nullità della suddetta promessa o del diverso contenuto presentato dal rapporto sottostante rispetto a quanto risulta dalla propria dichiarazione[74].

Entrambe le obiezioni alla prospettiva che riconduce nell'àmbito della dichiarazione unilaterale la fonte del vincolo a contrarre meritano di essere sviluppate, anche tenendo conto del fatto che lo stesso Procuratore generale presso la Suprema Corte, in sede di conclusioni, ha caldeggiato una tale soluzione[75], poi disattesa dalle Sezioni Unite[76]. Un'attenta dottrina ha argomentato sul punto alcuni efficaci rilievi, in base ai quali: i) attribuire alla dichiarazione unilaterale, ricognitiva dell'impegno a trasferire, la dignità di autonoma fonte dell'obbligazione si risolve in una violazione di legge ad opera della giurisprudenza (ossia, in un assunto *contra legem*); *ii*) una simile affermazione, inoltre, è contraddittoria, giacché o la fonte in discorso è il contratto fiduciario, valido anche se orale e, pertanto, idoneo a giustificare il vincolo coercibile in forma specifica al trasferimento immobiliare, oppure l'effetto costitutivo deriva dalla dichiarazione che riconosce l'avere stipulato questo patto, per cui *tertium non datur* in quanto tale effetto non può derivare da due fonti; *iii*) l'atto ricognitivo, se è fonte, non è attuativo, giacché riconoscere è affatto diverso dal costituire l'impegno riconducibile alla fiducia; *iv*) mentre la ripetizione del patto, volta a realizzare un progresso formale, è senz'altro ammissibile là dove bilaterale, non assume questo valore lo scritto proveniente da una delle parti[77]; *v*) poiché elemento essenziale del patto fiduciario è il vincolo a (ri)trasferire, esso non può collocarsi al di fuori del patto, che sarebbe un accordo

73 In specie, la dichiarazione può alternativamente presentare un contenuto assertivo o prescrittivo, in base alla formula prescelta dalle parti, a seconda del suo tenore semantico. Nella prima ipotesi, si è di fronte al riconoscimento dell'altrui titolarità esclusiva dell'immobile e della natura meramente fiduciaria della propria intestazione; per contro, nel secondo caso è rinvenibile un impegno espresso del fiduciario al trasferimento del bene secondo le istruzioni del fiduciante (quindi, al medesimo o ad altra persona da questi indicata). Qualora si riscontrasse un profilo assertivo, la dichiarazione avrebbe natura di prova a carattere confessorio, concernendo fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli al destinatario di essa, mentre, in presenza di un valore prescrittivo, la dichiarazione dovrebbe qualificarsi come promessa unilaterale atipica di trasferimento, in violazione del principio di tipicità delle promesse unilaterali, sancito, come già detto, dall'art. 1987 c.c. Per queste notazioni cfr. Valenza, C. A.: "Forma del", cit., pp. 288-289.

74 Così al par. 7.3 della motivazione.

75 Lo mette giustamente in rilievo Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., p. 162.

76 Le quali, sul punto, non evidenziano peraltro il contrasto: cfr. il par. 8 della motivazione.

77 Tenendo conto del fatto che la Cassazione, nella sentenza. n. 10633/2014, ha espressamente escluso, in quanto artificiosa, la qualifica della dichiarazione unilaterale come proposta di un contratto unilaterale, poi accettata dal fiduciante nel momento in cui ne chiede l'adempimento in giudizio, atteso che la relativa ricostruzione utilizza, in riferimento ad un atto che nasce come unilaterale, una giurisprudenza nata per supplire al difetto di sottoscrizione di un contratto. Condivide la critica Carnevali, U.: "Sulla forma", cit., p. 60, nota 5. Cfr., inoltre, Patrone, M.: "Variazioni e", cit., p. 416.

bilaterale ma non fiduciario, né in una dichiarazione unilaterale, che resterebbe fiduciaria ma non sarebbe patto[78].

Alla luce di quanto osservato, peraltro, resta da verificare un'ulteriore ipotesi ricostruttiva, la quale potrebbe riassegnare alla dichiarazione unilaterale una valenza non meramente probatoria ma costitutiva dell'impegno al trasferimento, senza contraddire i profili critici finora illustrati (e condivisi). In particolare, si è sostenuta la possibilità di ascrivere alla dichiarazione unilaterale, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria e promissiva del ritrasferimento, il ruolo di frammento scritto del complessivo patto fiduciario, per la parte restante invece orale, là dove questa dichiarazione sia coeva e di significato idoneo a palesarne il nesso con l'ulteriore porzione dell'accordo[79]. Un'eventuale ulteriore riconsiderazione da parte della giurisprudenza teorica del problema formale connesso alla fiducia immobiliare potrebbe, in effetti, percorrere proficuamente questa via, così componendo le varie prospettive che, in merito alla dichiarazione, sono state seguite nei suoi varî pronunciamenti.

IX. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Un primo – e necessariamente provvisorio – bilancio di quanto emerso nell'analisi precedente consente, anzitutto, di ridisegnare i confini che, rispettivamente, pertengono alla fiducia e al mandato senza rappresentanza. La casistica fiduciaria sopra menzionata, se la si riguarda con un approccio sistematico e non concettualistico[80], vede ridursi il proprio àmbito in senso proporzionale all'espansione del mandato, secondo il binomio titolarità-fiducia e gestione-mandato che si è accolto in precedenza come chiave di lettura causale dei confini tra i due istituti. Pertanto, ripercorrendo brevemente quanto già esposto, mentre la fiducia *cum creditore* può senz'altro essere confermata nel tradizionale elenco tassonomico dei patti fiduciarî, ne fuoriesce la fiducia *cum amico* a carattere statico puro, giacché il profilo gestorio appare in essa assorbente. Riterrei, inoltre, che la riconduzione della fiducia *cum amico* a carattere dinamico e statico spurio nell'uno o nell'altro campo disciplinare si risolva in una questione ermeneutica, che impone di accertare quale tra i due interessi astrattamente ricorrenti prevalga in concreto[81].

78 Le cinque ragioni indicate nel testo si devono ad Gentili, A.: "La forma", cit., pp. 1478-1479.

79 Così Gentili, A.: "La forma", cit., p. 1480, il quale precisa come non risulti precluso un complesso, ma unitario, patto a forma mista; inoltre, qualora la dichiarazione scritta di impegno a ritrasferire richiamasse il patto fiduciario, in tal modo connettendovisi, ne farebbe parte e non potrebbe più essere considerata unilaterale, in quanto rientrerebbe nello scambio di consensi assumendo, però, la forma richiesta dalla natura del bene.

80 Quindi, facendo opportuna applicazione del rasoio di Ockham.

81 In effetti, quanto alla fiducia statica spuria, di per sé, il profilo gestorio andrebbe ravvisato nell'incarico di acquistare il bene, anche se in séguito si richiedesse al fiduciario in via esclusiva di mantenerne la titolarità. Tuttavia, la riconduzione alla fiducia o al mandato può astrattamente porsi come alternativa, giacché tra la titolarità e la gestione andrebbe accertato quale di essi sia prevalente nella fattispecie concreta (in altre parole, la compresenza dei due aspetti può sussistere senza pregiudizio di una qualificazione

Ciò premesso, è necessario stabilire se il problema formale si atteggi secondo modalità differenti nell'una (fiducia) e nell'altra (mandato) ipotesi; più precisamente, il quesito concerne l'eguale rilevanza in entrambe di un siffatto problema. A mio avviso, mentre la forma palesa la sua indubbia significatività con riguardo al mandato senza rappresentanza, a tale risultato non può giungersi per la fiducia[82], se non altro in quanto, sotto il profilo dell'interesse che essa esprime, vi è una coincidenza tra l'effetto per suo mezzo prodotto e la relativa giustificazione. Più precisamente, poiché la fiducia è caratterizzata dalla titolarità del bene che trascorre dal fiduciante al fiduciario (o che quest'ultimo acquista con mezzi forniti dal primo), il trasferimento del suddetto bene realizza tale titolarità in conseguenza dell'effetto traslativo; la proprietà del fiduciario, in tal modo, sarebbe "giustificata" da se stessa, così che la sua giuridica rilevanza è fondatamente discutibile alla luce del principio causalistico. Là dove, allora, sorgessero questioni inerenti al lamentato inadempimento di un vincolo restitutorio o traslativo, per le ragioni anzidette mai venuto ad esistenza, esse vanno risolte in base alle premesse ora evidenziate[83]: nel caso di fiducia dinamica, il fiduciante che intendesse recuperare il bene non ritrasferitogli agirà per sentire dichiarare nulla l'attribuzione di titolarità originaria in quanto essa è priva di causa, mentre, per la fiducia statica spuria, sarà la ripetizione di indebito a consentire che il suddetto fiduciante recuperi una provvista la quale, destinata a supportare l'altrui proprietà senza intento liberale, è oggetto di una prestazione ingiustificata. Pertanto, la rilevanza del problema formale non sussiste in quanto essa viene assorbita dal profilo causale, secondo quanto dianzi prospettato.

Se, per contro, l'interesse gestorio assurge a connotato qualificante della concreta operazione programmata dalle parti, la causa è per definizione ravvisabile, così che la forma, venendo in rilievo, costituisce un aspetto su cui si innesta la riflessione finora condotta. In riferimento al caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite mi pare appropriato qualificare la relativa fattispecie in termini di mandato senza rappresentanza, essendo un inutile artificio retorico – e, peraltro, un'aporia rispetto all'origine storica e alla dimensione sociale della fiducia – discorrere di applicazione al patto fiduciario della disciplina inerente al mandato. In questa prospettiva, è stata qui verificata la tenuta del ragionamento operato dalla Suprema Corte e, da una tale verifica, è emerso come la riaffermazione del tradizionale orientamento

nell'uno o nell'altro senso, ai cui fini, però, va accertato quale tra essi le parti abbiano messo in esponente nell'operazione programmata).

82 Pur se la dottrina evidenzia come la fiducia, lungi dall'essere un contratto senza forma, possieda caratteristiche formali coerenti ai suoi effetti e al complesso dell'operazione economica in cui si inscrive; cfr. in tal Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., p. 169.

83 A conclusioni diverse, pur muovendo dalle medesime premesse relative alla dicotomia tra titolarità-fiducia e gestione-mandato, giunge Occorsio, V.: *Titolarità* e, cit., nel cap. VIII (ma v., esemplificativamente, alla p. 315), ove si sviluppa l'assunto in base al quale l'insoddisfazione della richiesta da parte del fiduciante di riottenere la titolarità del cespite costituisce un vero e proprio inadempimento contrattuale. Tuttavia, mi pare che in tal modo le differenze tra i due istituti in esame vadano palesemente assottigliandosi, sì che la loro differenziazione causale si risolve in una mera operazione concettualistica.

formalista appaia sistematicamente fondata[84]. Inoltre, neanche le considerazioni di politica del diritto verso le quali sembra indulgere la Cassazione[85] sono tali da asseverare, se non la plausibilità, almeno l'opportunità di un approccio liberale al problema del *pactum fiduciae* – ma, in questo caso, mandato – immobiliare. Difatti, la constatazione che la fiducia *cum amico*, per la natura familiare delle relazioni tra i soggetti dell'accordo, sfugge alla consacrazione solenne del medesimo, se da un lato trova smentita nella predisposizione da parte del fiduciario di dichiarazioni unilaterali scritte (sollecitate, secondo la comune esperienza, dallo stesso familiare fiduciante e comprovanti la natura di mandato senza rappresentanza del rapporto così instaurato)[86], dall'altro lato non appare priva di rimedî atti a ristorare l'esborso economico del sovventore; tra questi, in parallelo con quanto affermato per la fiducia propriamente intesa, si può anzitutto menzionare la ripetizione della somma indebitamente percepita[87] (non essendovi un *titulus* idoneo a giustificarne la corresponsione)[88] e, in ultima istanza, l'ingiustificato arricchimento del fiduciario infedele[89]. Si potrà discutere circa l'efficacia di siffatti strumenti ma, richiamando la stessa opportunità fattuale su cui la Cassazione fonda gli esiti della sentenza in

84 Si assiste, peraltro, in dottrina a oscillazioni relativamente al problema qui affrontato; cfr. per un'esemplificazione Carnevali, U.: "Sulla forma", cit., p. 63, ove, a commento dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 20934/2019, pare accogliersi l'idea della forma vincolata per l'accordo fiduciario relativo al trasferimento di immobili (nei termini indicati *supra* alla nota 54), salvo poi in Id., "Le Sezioni", cit., p. 268, affermare, in séguito alla sentenza n. 6459/2020, che non vi sono plausibili ragioni per estendere al suddetto patto la *ratio* sottesa all'onere della forma scritta, richiesta dall'art. 1350, n. 1, c.c. per i contratti traslativi immobiliari. Mi pare, peraltro, che una tale mutata prospettiva derivi dalla convinzione secondo cui, con il principio di diritto consacrato nel provvedimento in esame, la tutela del fiduciante sia al meglio assicurata (e si veda in tal senso le pp. 269-270 dell'ultimo contributo qui citato), secondo una tendenza che ha ricevuto, in effetti, numerose adesioni.

85 Con considerazioni che, per vero, paiono condivise anche da attenta dottrina: cfr. Lipari, N.: "Oltre la fiducia. Per una teoria della prassi", *Foro it.*, 2020, I, cc. 1951-1953, il quale sottolinea come sia sottesa alla soluzione proposta dalla Suprema Corte la convinzione che il concetto di validità non possa confinarsi in una mera conformità procedurale, ma imponga di essere parametrato ai valori costituzionali, in base ai quali l'atto di autonomia non può contraddire all'utilità sociale e, comunque, vada inteso in chiave di solidarietà. L'affermazione è di per sé condivisibile e può darsi – anzi, è altamente probabile – che la Cassazione sia stata mossa da esigenze di natura prettamente assiologica, nella convinzione di attribuire la giusta, e non solo la sistematicamente corretta, protezione agli interessati dalla vicenda. Tuttavia, come ho provato a dimostrare, la polarizzazione tra un "sistema di norme poste" e i "modi di svolgimento dell'esperienza", per ricorrere alle icastiche formulazioni dell'Autore in questione, oltre a rivelarsi, talvolta, una petizione di principio più che una presa d'atto dell'attuale dimensione della giuridicità, non è stata composta in maniera efficace dalla decisione in esame, giacché proprio il lato empirico e applicativo (quindi, la prospettiva della prassi) ne esalta le lacune e le storture rispetto allo scopo di tutela che con essa ci si prefigge di raggiungere.

86 Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 610 (ma già Id., "La forma", cit., p. 1480).

87 Come già evidenziato da Cass., sez. I, 3 agosto 1960, n. 2271, in *Giust. civ.*, 1961, I, pp. 64-73, con nota di Giorgianni, M.: "Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato", *ivi*, pp. 64-71.

88 Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 610, il quale precisa che in caso di trasferimento fiduciario dell'immobile il fiduciante, derivando esso da un atto nullo, potrebbe senz'altro pretenderne la restituzione.

89 Coglie con acutezza il punto De Nova, G.: "La forma", cit., p. 559 (ne discorre anche Gentili, A.: "La forma", cit., p. 1480, salvo poi precisare in Id.: "Un dialogo", cit., p. 609, nota 55, che l'arricchimento del fiduciario consistente nel ritenere la proprietà del bene è sì ingiustificato, ma l'azione a tutela del fiduciante sarebbe comunque a carattere restitutorio in quanto avente ad oggetto il recupero della provvista somministrata e, pertanto, sul modello delle prestazioni eseguite in base ad un contratto nullo, riconducibile agli artt. 2033 ss. c.c.).

oggetto[90], un'eventuale minorata soddisfazione dei proprî interessi[91] costituisce per il fiduciante (mandante) il contraltare delle finalità, non sempre commendevoli, al cui perseguimento la fiducia *cum amico*, che si risolve in un mandato senza rappresentanza, è frequentemente piegata[92].

All'esito dell'analisi qui compiuta, oltre alla conferma del fatto che lo sforzo argomentativo della Cassazione, apparentemente condotto in una prospettiva sistematica, è invece finalizzato, con taluni salti logici, alla tutela del fiduciante (*rectius*, mandante) – il quale viene apoditticamente considerato come soggetto "debole" dell'accordo fiduciario ma, una volta qualificato come mandante, si avvarrebbe delle prerogative a questi riservate –, si può a mio avviso constatare il sostanziale fallimento di ciò che, in esordio, ho richiamato discorrendo di "topica dei rimedî". Difatti, l'oscillante applicazione dei princìpi a seconda delle esigenze valoriali ravvisate nel caso concreto ha qui condotto a prospettare una soluzione che, incerta sotto il profilo dogmatico, si palesa inutile e fuorviante dal lato operativo. La contrapposizione tra il metodo formale e l'approccio assiologico costituisce anche in questo caso una declamazione priva di riscontro e foriera di equivoci, avvalorando vieppiù l'idea che solo la sintesi tra le due prospettive in coerenza con il sistema, oltre a essere sempre auspicabile nella disamina scientifica dei problemi, sia anche idonea a realizzare risultati concretamente sostenibili e satisfattivi degli interessi coinvolti[93].

90 Sempre con la dovuta attenzione ad una conseguenza affatto eversiva dell'ordinamento, in base alla quale «chi per decidere si ispira alle esigenze del fatto non si sta preoccupando della logica del diritto, e decide in base a quello che il diritto (secondo lui) dovrebbe dire più che in base a quel che dice», come avverte opportunamente Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 609.

91 Giacché, ad esempio, il fiduciante non potrà pretendere il trasferimento dell'immobile acquistato ad opera del fiduciario col suo denaro dal terzo (così anche Gentili, A.: "Un dialogo", cit., p. 610).

92 Lo rileva già Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali*, cit., p. 181. Cfr. anche Gentili, A.: "Un dialogo", cit., pp. 610-611, che esprime perplessità su una ricostruzione del fenomeno in base alla quale l'atto è governato dalla fiducia ma l'effetto viene disciplinato secondo diritto (e, peraltro, esclusivamente sotto il profilo formale).

93 Una conferma della fecondità di una siffatta prospettiva nell'affrontare il problema oggetto del presente scritto si rinviene in Vettori, G.: "Sulla morfologia", cit., *passim* e in part. pp. 168-169, ove la proposta ermeneutica formulata, al di là dell'adesione o meno ad essa, costituisce in termini metodologici un apprezzabile esito della contestuale attenzione ai valori e al sistema come perni equiordinati attorno ai quali deve condursi l'analisi (non solo) giusprivatistica.

BIBLIOGRAFÍA

Azzarri, F.: "La forma del contratto fiduciario e il problema della tipicità delle promesse unilaterali", *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 91 ss.

Camilleri, E.: "L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del *"pactum fiduciae*", *Dir. civ. cont.*, 29 marzo 2015.

Carnevali, U.: "Le Sezioni unite sulla forma del *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare", *I Contratti*, 2020, p. 265 ss.

Carnevali, U.: "Sulla forma del *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare", *I Contratti*, 2020, p. 59 ss.

Castronovo, C.: *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.

Cicero, C.: "La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare", *Riv. not.,* 2021, p. 312 ss.

Collura, L.: "Negozio fiduciario: la forma del pactum fiduciae secondo le Sezioni Unite", *Studium iuris*, 2020, p. 687 ss.

De Lorenzi, V.: "Validità del patto fiduciario immobiliare con forma verbale: la sentenza delle Sezioni Unite, 6 marzo 2020, n. 6459. Note critiche", *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, p. 484 ss.

De Nova, G.: "La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare", in *Jus civile*, 2019.

Ferri, G. B.: "Forma e autonomia negoziale", *Quadrimestre*, 1987, p. 313 ss.

Gentili, A.: "Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare", *Il Corr. giur.*, 2020, pp 596 ss.

Gentili, A.: "La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare", *Il Corr. giur.*, 2019, p. 1475 ss.

Giorgianni, M.: "Sulla forma del mandato senza rappresentanza", in E. Redenti (a cura di): *Studi in onore di Antonio Cicu*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 413 ss.

Giorgianni, M.: "Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato", *Giust. civ.*, 1961, I, p. 64 ss.

GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico", *Riv. dir. comm.*, I, p. 345 ss.

GRASSO, B.: "La forma tra regola ed eccezione (a proposito di un libro recente)", *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 49 ss.

GRAZIADEI, M.: "Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario", *Quadrimestre*, 1990, p. 1 ss.

GRECO, T.: "Il diritto della fiducia", in A. PETRUCCI (a cura di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 195 ss.

IRTI, N.: "Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)", in N. IRTI (a cura di), *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, p. 137 ss.

IRTI, N.: *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985.

LENZI, R.: "Struttura e forma del *pactum fiduciae* nella ricostruzione delle Sezioni Unite", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 1107 ss.

LIPARI, N.: "Oltre la fiducia. Per una teoria della prassi", *Foro it.*, 2020, I, cc. 1951 ss.

LUMINOSO, A.: *Il mandato*, UTET, Torino, 2000, p. 84 ss.

MARICONDA, V.: "Una decisione della Cassazione "a critica libera" sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili", *Il Corr. giur.*, 2003, p. 1042 ss.

MONEGAT, M.: "Il pactum fiduciae immobiliare non richiede la forma scritta quando è accompagnato da una dichiarazione contenente la promessa del fiduciario di trasferire lo stesso immobile al fiduciante che perciò può agire ex art. 2932 c.c.", *Imm. & propr.*, 2020, p. 257 ss.

MORELLO, U.: "La "ricognizione" degli accordi fiduciari", *Notariato*, 2020, p. 290 ss.

MURITANO, D.: "Le Sezioni Unite intervengono sulla forma del patto fiduciario immobiliare", *Soc. e contr., bil. e rev.*, 2020, p. 14 ss.

NATOLI, C.: "Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell'esperienza notarile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 851 ss.

Occorsio, V.: "Il segreto e la forma del patto fiduciario", *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 201 ss.

Occorsio, V.: *Titolarità e gestione nei rapporti fiduciari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 110 ss.

Patrone, M.: "Variazioni e forma del "negozio fiduciario", *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 397 ss.

Patrone, M.: (s. t. ma) "Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica", *I Contratti*, 2015, p. 16 ss.

Perlingieri, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, p. 11 ss.

Pugliatti, S.: "Fiducia e rappresentanza indiretta", in S. Pugliatti (a cura di), *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 201 ss.

Reali, A.: "Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 957 ss.

Sacco, R.: "Fiducia", in R. Sacco (a cura di), *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Utet, Milanofiori Assago, 2012, p. 511 ss.

Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*[9], Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012, p. 179 ss.

Valenza C. A.: "Forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili", *Giur. it.*, 2020 p. 285 ss.

Vettori, G.: "La prova del *pactum fiduciae*", *Foro it.*, 1991, cc. 2496 ss.

Vettori, G.: "Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione", *Persona e mercato*, 2020, p. 161 ss.

Vitucci, P.: "Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni", in Aa. Vv., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 809 ss.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE: LA PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES COMO "SERES SINTIENTES"

REFLECTIONS ON LAW 17/2021, OF DECEMBER 15: THE PROTECTION OF ANIMALS AS "SENTIENT BEINGS"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 400-425

Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Los animales son seres vivos y, como tales, requieren de un régimen jurídico adecuado y respetuoso con su naturaleza. A este respecto, recientemente se ha aprobado la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, cuyo objeto es, precisamente, establecer un sistema que ofrezca protección a los mismos. En este sentido, la consecuencia fundamental de la entrada en vigor de esta norma es que los animales dejan de ser considerados como cosas (bienes muebles) y pasan a ser, a efectos legales, "seres sintientes". En el presente estudio se aborda el análisis de la citada disposición, así como de las principales cuestiones que se derivan.

PALABRAS CLAVE: Animales; protección; reforma; sensibilidad.

ABSTRACT: *Animals are living beings and, as such, require an adequate legal regime that respects their nature. In this regard, Law 17/2021, of December 15, amending the Civil Code, the Mortgage Law and the Civil Procedure Law, on the legal status of animals, has recently been approved, whose purpose is precisely to offer a system that offers protection to them. In this sense, the real consequence of the entry into force of this rule is that animals cease to be considered things (movable property) and become, for legal purposes, "sentient beings". Therefore, the present study addresses the analysis of the aforementioned provision, and the main issues that arise.*

KEY WORDS: *Animals; protection; reform; sensitivity.*

SUMARIO.- I. CUESTIONES PRELIMINARES.- II. PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.- III. LA CATEGORÍA DE LOS ANIMALES COMO SERES SINTIENTES: ¿UNA NUEVA PERSONALIDAD JURÍDICA QUE ADMITE APROPIACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN?.- IV. PRINCIPALES CONCLUSIONES.-

I. CUESTIONES PRELIMINARES.

Tradicionalmente, los animales han sido considerados en el Derecho privado español como cosas[1], esto es, bienes muebles[2], a excepción del caso del art. 334.6º CC (derogado en la actualidad), en el que eran entendidos como bienes inmuebles[3]. Como señala Gil Membrado[4], los mismos "son objeto de derecho en cuanto que son materia de su interés" y "son bienes semovientes incluidos en la categoría de cosas". Así, apunta la citada autora que, por ejemplo, en el ámbito sucesorio los animales no pueden recibir una herencia de modo directo.

A partir de estas premisas, se estableció un régimen jurídico aplicable a la relación con los humanos y a cada uno de los escenarios en los que intervienen los mismos. Sin embargo, los animales siempre han recibido un especial tratamiento, quizás porque la propia doctrina científica[5] era consciente de que no se trataba de bienes al uso sino que estamos ante seres vivos.

Destaca Díaz Alabart[6], que "la preocupación por el bienestar de los animales en general, y en particular de los animales domésticos, y muy especialmente de los animales de compañía, no es nueva; hace ya bastantes años que existe". Y es que, como pone de relieve la autora, es "algo evidente que los animales no son cosas,

1 *Vid.* Muñoz Machado, S.: *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999. Así, destaca Giménez-Candela, M.: "Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12, núm. 2, p. 9, que el régimen jurídico de los animales que aparece plasmado en el Código civil de España (y en los demás Códigos civiles herederos del Código Napoleón), sigue "las pautas romanas del tratamiento que se dio a los animales en la Roma clásica. Dicho tratamiento consistió fundamentalmente, dicho sea aquí de forma sintética, en incluir a los animales dentro de la categoría jurídica de las cosas en propiedad". De forma más detallada, *vid.* Giménez-Candela, M.: *Transición Animal en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

2 En este sentido, Gallego Domínguez, I.: *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 1997; Ramos Maestre, A.: "Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables", *Revista de Derecho Privado,* 1997, núm. 81, pp. 696-738.

3 En todo caso, como pone de relieve Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, Reus, Madrid, 2022, a pesar de la supresión del art. 334.6° CC, la actual redacción del art. 334.2 CC permite continuar incluyendo los animales como una categoría de inmuebles por destinación.

4 *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 16.

5 Por todos, *vid.* de Torres Perea, J. M.: *Nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, Madrid, 2010; Muñoz López, C. A.: *Los animales desde el derecho*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2020.

6 "De los animales en el Código civil", *Revista de Derecho Privado,* 2022, núm. 1, pp. 4-5.

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad "Miguel Hernández" de Elche. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es.

que tienen sensibilidad y que hay que tratarlos en consideración a su naturaleza también en las leyes".

A este respecto, pone de relieve Rogel Vide[7] que los animales, "como realidades del mundo exterior, son cosas y, en cuanto que valiosas, son bienes también y de características muy singulares, por cierto". En este sentido, a pesar de la regulación jurídico-civil recogida en el Código, se han ido aprobando normas cuyo cometido es ofrecer una tutela adecuada[8].

En el ámbito de las explotaciones ganaderas, por ejemplo, encontramos el Real decreto de 24 de abril de 1905 aprobatorio del adjunto reglamento para la administración y régimen de las reses mostrencas, el Real Decreto 1047/1994, de 20 de mayo, relativo a las normas mínimas para la protección de terneros y el Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 98/58/CE, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas, entre otros.

Sea como fuere, el legislador nacional ha optado por reforzar todavía más estas tendencias y avanzar a un nuevo estadio de protección de los animales, siguiendo otras iniciativas anteriores[9] (como la impulsada en 2015 por el Observatorio Justicia y Defensa Animal). Recientemente se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, que ha entrado en vigor el 5 de enero de 2022. La aprobación de esta norma conlleva, fundamentalmente, la eliminación de la consideración de los animales como bienes muebles.

7 *Los animales en el Código Civil*, Reus, Madrid, 2017, p. 13.

8 En cuanto a los sectores que disponen de normativa a tal efecto son, entre otros, el transporte (*vid.* Real Decreto 542/2016, de 25 de noviembre, sobre normas de sanidad y protección animal durante el transporte), el momento de la matanza (*vid.* Real Decreto 37/2014, de 24 de enero, por el que se regulan aspectos relativos a la protección de los animales en el momento de la matanza) o de determinadas especies (*vid.* Real Decreto 1333/2006, de 21 de noviembre, por el que se regula el destino de los especímenes decomisados de las especies amenazadas de fauna y flora silvestres protegidas mediante el control de su comercio). Sobre la sanidad animal, *vid.* González Ríos, I.: *Sanidad animal y seguridad alimentario en los productos de origen animal,* Comares, Granada, 2004.

9 En este sentido, al analizar la Proposición de Ley que dio lugar a la presente ley 17/2021, pone de relieve Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12, núm. 2, pp. 40-41 que, a pesar de tratarse de una normativa "esperada desde hace tiempo, no resulta ser muy novedosa u original en su contenido; sí lo es, por supuesto, respecto al régimen actualmente vigente habido sobre animales en aquellas normas mencionadas (de hasta revolucionaria cabría tildar la reforma propuesta); sino porque no es la primera vez que tal proposición se ha llevado a cabo en los últimos tiempos".
Sobre los proyectos o proposiciones anteriores, *vid.* García Presas, I.: "El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 8 bis, pp. 124-139; Arribas Atienza, P.: "El nuevo tratamiento civil de los animales", *Diario La Ley,* 2018, núm. 9136; Gimeno Ruiz, A.: "Reforma de la legislación civil sobre el régimen jurídico de los animales y Derecho Internacional Privado", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10, núm. 2, pp. 209-216.

A este respecto, los mismos pasan a tener la cualidad de "seres sintientes" (también denominados seres vivos dotados de sensibilidad[10], seres sintientes con un valor intrínseco[11], o "animales no humanos[12]"), con las implicaciones que ello conlleva y que trataremos de exponer y analizar en el presente estudio.

Esta disposición surge como respuesta a las exigencias europeas (principalmente derivadas del artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987 y ratificado por España el 11 de octubre de 2017).

Asimismo, tal y como se reconoce en el Preámbulo de la citada Ley 17/2021, esta reforma sigue las líneas marcadas por algunos de los países de nuestro entorno[13]. En este sentido, cabe destacar los ordenamientos jurídicos austríacos, alemán, suizo, belga, francés[14] y portugués[15] que abordaron esta tarea previamente.

Por su relevancia, hemos de reseñar la elevación a rango constitucional de la protección de los animales[16] en Alemania (*vid.* art. 20 a) de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania) y en Suiza (*vid.* art. 80 de la Constitución Federal de Suiza).

Además, las comunidades autónomas también se han centrado en estas cuestiones y contamos con una gran variedad de legislación a tal efecto con distinto

10 García Presas, I.: "El nuevo", cit., p. 125.

11 Sarmiento E., J. P.: "La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano", *Estudios constitucionales,* 2020, vol. 18, núm. 2, p. 222.

12 Hall, R. T.: "La responsabilidad ética con los animales no humanos: una casuística utilitarista", en AA.VV.: *El Derecho de los animales* (coord. por B. Baltasar), Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 67-88.

13 Asimismo, también en otros países se está planteando un debate similar. A modo de ejemplo, sobre el Derecho colombiano, *vid.* Sarmiento E., J. P.: "La protección", cit., pp. 221-264; sobre el Derecho mexicano, *vid.* Reyes Ortiz, A.: "Los animales de compañía como seres sintientes en la CPEUM. Una propuesta de protección legal", *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 2021, núm. 30, pp. 1-31; en cuanto al Derecho argentino, Ojeda, O. D.: *Hacia una mirada no antropocentrista: el derecho de los animales en el ordenamiento jurídico argentino partiendo de la Ley 14.346*, Alveroni Ediciones, Madrid, 2019.

14 Acerca de la normativa francesa, *vid.* Breis, S.: "La republicisation de la cruauté envers les animaux: *Les cas d'Oscar et Marius*", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2014, vol. 5, núm. 2, pp. 1-5; Lelanchon, L.: "La reforma del estatuto jurídico civil de los animales en el Derecho francés", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* 2018, vol. 9, núm. 3, pp. 72-79; Le Bot, O.: *Droit constitutionnel de l'animal,* Wroclaw: Editora independiente, Francia, 2018.

15 Sobre el particular, *vid.* Giménez-Candela, T.: "Reforma del Cc. de Portugal: Los animales como seres sintientes", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2016, vol. 7, núm. 4, pp. 1-4.

16 En contra del rango constitucional del bienestar de los animales se manifiesta Doménech Pascual, G.: "Colisiones entre bienestar animal y derechos fundamentales", en AA.VV.: *El Derecho de los animales* (coord. por B. Baltasar), Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 107-108. Así, destaca el referido autor que "El mero hecho de que una parte cada vez más amplia o incluso mayoritaria de la sociedad española considere que dicho bienestar merece alguna clase de protección no le otorga a este rango constitucional".

alcance y contenido[17], a pesar de que hayan sido "erróneamente obviadas[18]" en la Exposición de Motivos de la comentada Ley.

En este campo, es especialmente importante el artículo 511-1 apartado tercero de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, que señala que "Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza".

Asimismo, a modo de ejemplo, encontramos la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja[19] cuyo objeto es, como reconoce su artículo 1, "regular el régimen para garantizar la protección, el bienestar y la tenencia responsable de los animales que se encuentran dentro del territorio de la Comunidad Autónoma".

Más recientemente, se aprobó la Ley 7/2020, de 31 de agosto, de Bienestar, Protección y Defensa de los Animales de Castilla-La Mancha que sustituye a la anterior Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de Protección de los animales domésticos y que tiene como finalidad adaptar "las nuevas demandas de la sociedad en términos de bienestar animal[20]".

En el caso de la Comunitat Valenciana, disponemos de la Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalitat Valenciana, sobre Protección de los Animales de Compañía, así como la Ley 6/2003, de 4 de marzo, de ganadería de la Comunitat Valenciana y la Ley 12/2003, de 10 de abril, sobre perros de asistencia para personas con discapacidades. Repárese en que el ámbito de protección es más restringido que en La Rioja, ya que se refiere únicamente a los animales de compañía[21].

17 Si bien en algún caso podría plantearse la excesiva intervención de las comunidades autónomas y, por tanto, la vulneración de la distribución competencial, lo cierto es que el propio legislador nacional parece avalar tales incursiones con la incorporación de la Disposición adicional única que relega la aplicación de la norma estatal a la existencia de los derechos forales. En todo caso, ello no parece que sea extensible a las materias relacionadas con la ordenación de los registros e instrumentos públicos y con la legislación procesal, lo cual excluye, al menos, la existencia de Derecho foral que se refiera a los artículos segundo y tercero de la Ley 17/2021.

18 En este sentido, *vid.* Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Un nuevo", cit., p. 43.

19 Cabe destacar que esta norma ha sido modificada, en primer lugar, por la STC 81/2020, de 15 de julio (LA LEY 76346, 2020), que declaró inconstitucionales los apartados 8, 10, 11, 12 y 14 del artículo 7 de la Ley 6/2018 y, posteriormente, por la Ley 2/2020, de 30 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2020.

20 *Vid.* Gisie, L.: "Comentario jurídico de la Ley 7/2020, de 31 de agosto, de Bienestar, Protección y Defensa de los Animales de Castilla-La Mancha. [2020/6154] - Diario Oficial de Castilla La-Mancha de 07-09-2020", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12, núm. 1, p. 113.

21 En esta línea, por ejemplo, señala la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales de la Comunidad Autónoma de Andalucía que "dentro de la protección animal pueden distinguirse distintos sectores en virtud de la finalidad a la que son destinados: ganadería, experimentación, compañía, etc., que por sus especiales connotaciones requieren un tratamiento separado y pormenorizado a fin de lograr una protección que se ajuste a sus específicas necesidades".

II. PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.

La entrada en vigor de la mencionada Ley 17/2021 ha supuesto la modificación de tres normas: el Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre ellas, sin duda la reforma de mayor calado (tanto en cantidad como en relevancia práctica) es la producida en la primera, ya que la determinación de una nueva naturaleza jurídica para los animales conlleva, *per se,* que el tratamiento que reciban en los distintos sectores se vea igualmente alterado.

Como punto de partida, el artículo 333 bis CC apartado primero afirma que estamos ante "seres vivos dotados de sensibilidad". En todo caso, tenemos que destacar que continúan estando sometidos, parcial y supletoriamente, al régimen jurídico de los bienes y de las cosas, en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección. Por este motivo, el legislador aboga por la extensión progresiva de la protección "a los distintos ámbitos en que intervienen los animales" y la reducción de la anterior premisa.

Así las cosas, el actual artículo 333 CC rectifica la tradicional consideración acerca de que lo que puede ser objeto de apropiación es un bien mueble o inmueble al permitir, como una categoría separada y diferente, que los animales puedan serlo. En la misma línea, el artículo 437 CC permite que sean objeto de posesión y el artículo 610 CC de ocupación.

Estas disquisiciones no son, ni mucho menos, baladí. Muy al contrario, tienen más relevancia de la que pudiera parecer a priori y, en cierta forma, suponen una alteración de nuestro sistema civil[22] y, en particular, del derecho de propiedad[23] tal y como lo hemos venido entendiendo.

22 En esta línea, parte de la doctrina había puesto de manifiesto la conveniencia de una reforma civil que, de alguna forma, abandonara el denominado paradigma antropocéntrico. A este respecto, señala Vivas Tesón, I.: "Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia,* 2019, vol. 21, p. 2 que "En el último cuarto del siglo pasado se inicia un movimiento global y multidisciplinar de etólogos, antropólogos, biólogos, neurocientíficos, filósofos, intelectuales y algún que otro jurista que promueve un giro mental hacia los animales: sufren, son sensibles y, por ello, no puede seguir manteniéndose el tradicional y rancio paradigma antropocéntrico del enfermizo narcisismo del autodesignado Homo sapiens. No, no son cosas".

23 En todo caso, como ponen de releve Casas Díaz, L. y Camps, X.: "Las crisis matrimoniales y los animales de compañía abogacía", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 120, núm. 1, p. 80, es frecuente encontrar situaciones en las que en la cartilla del animal aparezca un único propietario, pero en las que ambos cónyuges han cuidado de éste de forma compartida. En este sentido "Únicamente uno de los dos aparecerá como propietario del animal, elemento que jugará en contra del otro cónyuge que pretenda hacer valer sus derechos sobre el animal de compañía. Esencial es remarcar la palabra con la que se titula a la persona a cargo, siendo esta dispuesta como propietario". Por lo tanto, por cuanto se pretende la protección de los animales de compañía "consideramos la palabra «propietario» como inadecuada, haciendo necesario adoptar otros términos tales como titular, cuidador o responsable, mucho más concordantes con las funciones ejercidas por los cónyuges acerca del cuidado de los animales".

Estamos, pues, a nuestro parecer, ante un cambio de paradigma en tanto en cuanto se contempla la posibilidad de, por un lado, adquirir y comercializar seres que (ya) no son bienes o cosas y, por otro lado, que dichas actividades estén sujetas (o puedan estarlo) a limitaciones legales distintas a las cotidianas.

En palabras de Giménez-Candela[24], "En el párrafo 1 y 2 de la nueva redacción del art. 333 CC, al igual que en otros Códigos europeos, se abre una dualidad de tratamiento de los animales: por un lado su condición de cosas en propiedad y por otra la restricción al tradicional principio de uso ilimitado o abuso (*ius abutendi*) del propietario en el uso y disfrute de la cosa objeto de su propiedad, que incluso concede la posibilidad de destrucción de la misma (disposición material). Lo que se fija aquí, en el sentido más estricto, es un límite a las facultades inherentes a la propiedad que procede de imponer al propietario un uso de los animales que no vaya en contra de lo que la declarada naturaleza de "ser vivo y sensible" (ser sentiente-"sentient being") exige".

Además, a pesar de que la protección de los animales no sea una novedad en otras ramas del ordenamiento español, también conlleva la plasmación en el Derecho privado de una suerte de nueva "potestad". A este respecto, hasta el momento anterior a esta disposición nadie se plantearía la inexistencia de un verdadero derecho del titular (propietario o poseedor) del animal. Sin embargo, lo cierto es que el citado artículo 333 bis apartado segundo, si bien afirma que el propietario tiene "derechos sobre él", añade que ha de ejercer "sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie".

Sin duda, esto último nos sitúa en un contexto cercano (aunque no similar) a las relaciones paternofiliales y nos lleva a plantearnos si estamos ante un verdadero "derecho-deber" (al igual que con las potestades). De hecho, este deber también puede detectarse en la posibilidad de repetir frente al propietario o el encargado de su cuidado los gastos de curación realizados por un tercero ya sea por encontrarse herido o abandonado (art. 333 bis apartado tercero), ya por hallazgo (art. 611.3 CC), pudiendo en este caso exigir también el resarcimiento de los daños causado.

Otro indicio lo encontramos en el artículo 611.2 CC, ya que prevé la posibilidad de que decaiga el derecho del propietario en aquellos casos en los que existan indicios fundados de que el animal haya sido objeto de malos tratos o de abandono, quedando el hallador eximido de restituirlo.

24 "Estatuto jurídico", cit., p. 16.

Estamos ante una relación jurídica compleja que ha dado lugar incluso al reconocimiento *ex lege* de un daño moral[25] y, por tanto, de una acción, tanto al propietario como a los convivientes del animal en casos de lesiones que provoquen la muerte o menoscabos graves en la salud física o psíquica de este último[26] (art. 333 bis apartado cuarto).

Asimismo, a pesar de que no lo reconoce expresamente, parece deducirse, en consecuencia, que los animales son titulares de derechos cuya observancia y respeto es de obligado cumplimiento[27]. Más tarde volveremos sobre estas disquisiciones.

No obstante, muchas de las modificaciones derivadas de lo anterior se han traducido en la mera inclusión de los términos "animal" o "animales" para adaptar la terminología empleada por los preceptos. Véanse a este respecto los artículos 430, 431, 432 o 438 CC.

Por su parte, otro conjunto de artículos se ocupa de adaptar ciertas materias a las nuevas exigencias. En primer lugar, en el ámbito de las situaciones de crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio) ello se traduce en la incorporación de los animales en las medidas a adoptar tanto en los acuerdos de los cónyuges en el convenio regulador como, en defecto de los mismos, por la autoridad judicial.

En particular, se derivan tres consecuencias fundamentales que han de ser determinadas: de un lado, el destino de los animales, esto es, la asignación de su cuidado a los cónyuges (o, si se quiere, la "guarda y custodia"), de otro, la posibilidad de tenerlos en su compañía por parte del cónyuge "no custodio" (en suma, siguiendo con el símil, una suerte de "derecho de visita"); y, por último, el reparto de las cargas asociadas. Ya no es necesario, por tanto, recurrir supletoriamente al régimen de guarda y custodia.

25 La posibilidad de exigir una indemnización por daño moral en favor del propietario ya se había planteado con anterioridad en los tribunales. A este respecto, por ejemplo, las SSAP Tarragona 13 mayo 2003 (LA LEY 85775, 2003), Salamanca 7 marzo 2005 (JUR 2005, 100739) y Valencia 14 octubre 2009 (JUR 2010, 52543) reconocieron este extremo. En este sentido, *vid.* Olivera Oliva, M.: "Crisis de pareja de hecho y animales de compañía. Sentencias en Cataluña, anteriores a la propuesta de reforma del Código Civil de 20 de abril de 2021", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* 2021, vol. 12, núm. 2, pp. 190-198.
No obstante, como destaca muy acertadamente Gil Membrado, C.: *Régimen jurídico,* cit., pp. 276-278, "nada tiene que ver el daño moral que se ocasiona en estas situaciones con el hecho de que el animal sea un perro mestizo sin pedigrí, sino el apego y el afecto que se le tenía al animal -incluso el hecho de haber niños en la familia agrava la situación-".

26 A *sensu contrario,* parece desprenderse del tenor literal del precepto que aquellos menoscabos que no posean la categoría de "graves" no darán lugar a indemnización alguna, cuestión que no se acaba de comprender. Para tratar de entender esta cuestión, hemos de interpretar que dichas lesiones no generarían daño por no generar, en las personas, un perjuicio moral al no poseer la entidad suficiente para provocarlo.

27 En todo caso, como acertadamente señala Díaz Alabart, S.: "De los animales", cit., p. 11, "el legislador parece haber establecido una obligación ineficaz, puesto que su transgresión carece de consecuencias en el ámbito civil".

Así las cosas, se establece la intervención judicial, del letrado de la Administración de Justicia o del notario cuando los acuerdos adoptados por los cónyuges cuando fueran "gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía" (art. 90.2 párrafos segundo y cuarto CC), así como la posibilidad de modificación del convenio cuando se hubieran alterado gravemente sus circunstancias (art. 90.3 párrafo segundo CC). Además, se anudan estas disquisiciones al contenido de la sentencia de nulidad, separación o divorcio (art. 91 CC).

En este punto, interesa destacar una cuestión. En este sentido, si bien en el texto inicial de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (122/000134), presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, no se hacía referencia a la aprobación del convenio regulador por parte de la autoridad judicial, tal extremo se introdujo en la Enmienda número 65 del Grupo Parlamentario Republicano.

De esta forma, se proponía la redacción del apartado 2 del artículo 90 CC en los siguientes términos: "Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos, lesivos para el bienestar de los animales de compañía o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges".

De hecho, con estas palabras se remitió al Senado por parte del Congreso de los Diputados. No obstante, este párrafo recibió la Enmienda número 7 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, que entendió que se debía suprimir la referencia a la imposibilidad de aprobar los acuerdos de los cónyuges si eran "lesivos para el bienestar de los animales de compañía". A este respecto, tal y como acoge la actual Ley 17/2021, se previó la facultad de adoptar medidas por parte de la autoridad judicial cuando dichos acuerdos fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, "sin perjuicio del convenio aprobado".

A priori, puede pensarse que se trata de una disquisición sin relevancia, pero, si se depara con detenimiento, puede observarse que estamos ante un tema esencial. No se puede obviar que, de haber mantenido el texto de la Enmienda número 65 del Grupo Parlamentario Republicano, se estaría impidiendo aprobar un convenio regulador si se incluyesen en el mismo disposiciones perjudiciales para los animales. Esto último, comportaría, por ejemplo, que no podrían hacerse efectivas las medidas relativas a los hijos, algo inadecuado a todas luces.

En consecuencia, desde nuestra perspectiva, la redacción actual es más ajustada y apropiada, toda vez que, permitiendo que la autoridad judicial intervenga para

impedir actos contrarios a los intereses de los animales, también posibilita la aprobación de los acuerdos conyugales.

Asimismo, siguiendo el principio inspirador de protección mantenido por la norma, el artículo 92.7 CC incorpora un criterio para valorar la existencia de violencia doméstica o de género y, por tanto, en los que no procede la guarda conjunta de los hijos; a saber, "la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas".

Por lo que respecta al cuidado de los animales, cabe señalar que, como se deduce del artículo 94 bis CC, podrá ser atribuido a uno o a ambos cónyuges, debiendo indicarse la forma en la que, en su caso, el cónyuge al que no se le concede la misma puede disfrutar de su compañía. Para ello, la autoridad judicial deberá atender tanto al interés de los miembros de la familia como al bienestar del animal. Así, el artículo 103 CC anuda una nueva medida (1ª bis) que puede derivar, incluso, en la adopción de medidas cautelares.

Como se puede comprobar, de nuevo encontramos grandes similitudes con el procedimiento aplicable a los descendientes y entendemos que las reglas previstas se basan, en cierta forma, en el mismo.

Señala Cerdeira Bravo de Mansilla[28] que, de no existir acuerdo entre los cónyuges acerca de la asignación del cuidado de los animales, el criterio del interés del animal produce cierta inseguridad jurídica, pues incluso puede confluir con el interés de otro miembro de la familia. Propone, en consecuencia, que se entienda que los animales domésticos son una parte de la vivienda y que se confíe su "guarda y custodia" al cónyuge al que se le atribuya la misma. Esta interpretación se hace residir, de un lado, en la consideración de los animales como bienes inmuebles por destinación (art. 334.2 CC); y, por otro lado, en el propio *animus revertendi* (ex art. 465 CC), esto es, la propia querencia del animal.

En segundo lugar, en cuanto al Derecho sucesorio, se crea un nuevo artículo 914 bis en el Código que se refiere a la falta de disposición testamentaria relativa a los animales de compañía propiedad del causahabiente. En tal circunstancia, se prevé la transmisión *mortis causa* a los herederos o legatarios.

En aplicación de la precitada finalidad tuitiva, la disposición añade la posibilidad de que, para asegurar su cuidado, no se entregue el animal a los herederos en dos supuestos: por un lado, cuando no sea posible hacerlo de inmediato y en tanto se revuelvan los trámites de la sucesión, que será adjudicado al órgano administrativo

28 En todo caso, como pone de relieve Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Crisis familiares*, cit.

o centro correspondiente; por otro lado, cuando los sucesores no quieran hacerse cargo del mismo, que será cedido a un tercero.

Por su parte, el párrafo cuarto del mencionado precepto se circunscribe al caso en el que más de un heredero reclame el animal y no exista acuerdo unánime, debiendo ser decidido su destino por la autoridad judicial teniendo en cuenta su bienestar.

Al igual que vimos al analizar la propiedad, la naturaleza de los animales como seres vivos sintientes (y no como cosas) supone una modificación de las bases de la herencia. Si se examina la propia definición de caudal hereditario o los conceptos que lo integran, rápidamente podrá detectarse que estos seres no tienen un fácil encaje.

Podría pensarse que lo que se está transmitiendo (y, por tanto, el objeto de apropiación) no es el animal en sí, sino un derecho sobre él. Sin embargo, esta interpretación no parece ofrecer una respuesta a la realidad fáctica y, como tuvimos ocasión de señalar, tampoco estamos ante un derecho *strictu sensu.*

En tercer lugar, los cuatro artículos restantes se refieren a la compraventa de animales (arts. 1485, 1492 y 1864 CC) y a la prenda (art. 1864 CC). Lo más reseñable es la imposibilidad de que sean objeto de prenda los animales de compañía[29]. Repárese en que el legislador, en esta ocasión y a diferencia de otros preceptos, ha añadido expresamente que han de ser "de compañía"[30], lo cual implica que sí podrán entregarse los animales que carezcan de tal condición.

Sobre el particular, hemos de formular, al menos, dos objeciones que se encuentran, no obstante, íntimamente ligadas. Por un lado, entendemos que lo ideal sería que se hubiera incorporado una clasificación de los animales y aportado las características básicas de cada uno de ellos[31]. En todo caso, quizás las premisas del artículo 465 CC sean suficientes a este efecto.

29 Sobre esta cuestión, se manifiesta críticamente Carrasco Perera, A.: "No darás tu loro en prenda (Ley 17/2021)", *Revista de Consumo CESCO,* 2022, núm. 1, pp. 1-4.

30 Sobre el particular, señala Chaparro Matamoros, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia" en AA.VV.: Un nuevo derecho civil para los animales: comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre (coord. por M. García Mayo, G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022, p. 223 que "la exclusión explícita de los «animales de compañía» de la prenda sin desplazamiento resultaría superflua (de la misma manera que lo es el art. 111.1.1°.II L.H.), en la medida en que el concepto de «animal de compañía», pese a la falta de definición expresa en el Código Civil (ya aludida en líneas anteriores), parece hacer referencia a los animales de tal categoría que cumplen efectivamente funciones de compañía (y, por tanto, no adscritos a una explotación económica)".

31 En este sentido, destaca Trujillo Villamor, E.: "Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del Código civil", *Revista de Consumo CESCO,* 2022, núm. 1, p. 2, que "La categorización de los animales influye en la consiguiente reforma de esta Ley 17/2021, por lo que es un eje fundamental que no es objeto de la norma, lo que supone una carencia elemental".

Por otro lado, la afirmación del artículo 333 bis acerca de que "los animales" (sin mayores concreciones) son seres vivos dotados de personales parece que engloba a todos ellos sin diferenciar entre razas o tipologías. De este modo, para interpretar correctamente la reforma del Código Civil consideramos que han de diferenciarse solamente dos tipos de animales: los que conviven con humanos y los que no lo hacen[32]. Así, un animal dejará de ser salvaje en la medida en que pase a estar al cuidado de una persona, y viceversa.

Desde esta perspectiva, sí se comprende que ciertos aspectos deban quedar referidos únicamente a los animales de compañía, pues no tendría excesivo sentido extender dicho régimen. Véase, por ejemplo, en este sentido, la incorporación de una indemnización al propietario, su transmisión *mortis causa*, etc.

Sin embargo, de lo anterior no se deduce que el resto de los animales no precisen de protección. Nada más lejos de la realidad. Como se ha señalado, la cualidad de seres vivos sintientes no depende de su relación (directa) con un ser humano y, en consecuencia, todos deben disponer, en atención a sus particulares circunstancias[33], de unas condiciones adecuadas para desarrollarse.

Algo similar puede inferirse del Preámbulo de la Ley comentada cuando indica que "la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje) ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria".

32 Así, por ejemplo, la Ley 5/2002, de 23 de mayo, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura continúa calificando a aquellos animales utilizados con fines de explotación económica (en palabras de la ley, que "sin convivir con el hombre, es mantenido, criado o cebado por éste para la producción de alimentos u otros beneficios") como domésticos a pesar de que sean "de renta".
En todo caso, nos encontramos ante un supuesto diferente si nos referimos a los que el artículo 27 de la citada norma denomina "animales salvajes en cautividad", esto es, aquellos que, sin estar domesticados, dependen "del hombre para su subsistencia por encontrarse bajo su custodia". A este respecto, consideramos que estos últimos son animales salvajes, pues su relación con la persona se debe únicamente a la necesidad de su intervención para subsistir.

33 Piénsese, por ejemplo, en determinadas especies amenazadas o en peligro de extinción. A este respecto, *vid.* el Real Decreto 216/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la lista de especies exóticas invasoras preocupantes para la región ultraperiférica de las islas Canarias y por el que se modifica el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras, el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras o la Ley 31/2003, de 27 de octubre, de conservación de la fauna silvestre en los parques zoológicos, así como el listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y Catálogo Español de Especies Amenazadas (entre otras, encontramos la Resolución de 6 de marzo de 2017, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2017, por el que se aprueban los criterios orientadores para la inclusión de taxones y poblaciones en el Catálogo Español de Especies Amenazadas y la Orden AAA/1351/2016, de 29 de julio, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas).

No obstante, el establecimiento de dicho régimen, quizás, no corresponda al Código Civil (o, al menos, a la reforma propuesta), sino a otras normativas que se aprueben al efecto.

En todo caso, ciertos aspectos precisan de una reflexión más profunda, ya que pueden contravenir los principios que hemos ido destacando y que inspiran la disposición. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 404 CC que permite que se produzca la división de los animales de compañía si existe acuerdo unánime de los condueños.

Por lo que respecta a los cambios producidos en la Ley Hipotecaria, se añade un nuevo apartado primero al artículo 111 que se ocupa de excluir, salvo pacto o disposición legal en contrario, a los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo de la hipoteca. Sin embargo, el propio precepto impide que el pacto de extensión de la hipoteca afecte a los animales de compañía.

En todo caso, como muy acertadamente advierte Chaparro Matamoros[34], para determinar el alcance de la citada prohibición y teniendo en cuenta que la Ley 17/2021 no ofrece una definición acerca del concepto animal de compañía, "parece razonable plantearse las diversas posibilidades existentes; en particular, si la prohibición de la extensión convencional de la hipoteca se ciñe únicamente a los animales de compañía de los que es propietario el deudor hipotecante que cumplen tal función (de compañía), o si, en cambio, alcanza también a los animales (categorizados) de compañía que tienen un cometido fundamentalmente económico".

A pesar de que podemos comprender el sentido de este artículo (entre otras cuestiones, evitar que se puedan producir enriquecimientos injustos), no se trata de un argumento totalmente convincente, pues la propia naturaleza conferida de seres vivientes parece negar dicha posibilidad.

Por último, en cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, la modificación se concreta en tres preceptos. De una parte, el artículo 605, que declara absolutamente inembargables los animales de compañía, "sin perjuicio de la embargabilidad de las rentas que los mismos puedan generar". En este punto, consideramos que sería necesario que se concretara el término renta, pues entendemos que no cabe incluir en el mismo, por ejemplo, las crías de los mismos, por cuanto comparten la misma naturaleza.[35]

34 En este sentido, vid. Chaparro Matamoros, P.: "Los animales", cit., p. 210.

35 Sobre la posibilidad de embargar las crías como frutos naturales de los animales de compañía, Chaparro Matamoros, P.: "Los animales", cit., pp. 221-222 plantea la distinción entre si los cachorros se consideran, a su vez, animales de compañía o no. En el primer caso, habría que atender al criterio del bienestar animal,

Téngase en cuenta que el artículo 355 CC, que no ha sido modificado por la reforma, continúa señalando que son frutos naturales "las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales". No obstante, tal extremo parece moderarse en el modificado artículo 357 CC que destaca que "solo en la medida en que sea compatible con las normas destinadas a su protección, las crías quedan sometidas al régimen de los frutos, desde que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido".

De otra parte, el artículo 771 LEC, en la línea de lo señalado en el ya analizado artículo 103 CC, permite que se aprueben de inmediato medidas sobre la "convivencia y necesidades de los animales de compañía" en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio. Para finalizar, el artículo 774.4 LEC relativo a las medidas definitivas, de nuevo anuda este extremo dentro del contenido de la resolución judicial.

III. LA CATEGORÍA DE LOS ANIMALES COMO SERES SINTIENTES: ¿UNA NUEVA PERSONALIDAD JURÍDICA QUE ADMITE APROPIACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN?

La primera cuestión sobre la que debemos poner énfasis es que, a diferencia de algunos códigos civiles europeos (como el austríaco, el alemán o el suizo) que llevan a cabo una formulación "negativa", esto es, que su definición se realiza en contraposición a las cosas o bienes, el legislador español ha optado (en la línea marcada por Francia y Portugal) por una descripción "positiva".

En este sentido, tal extremo conlleva que se pretende captar la esencia de los animales y, a partir de sus características básicas, formular un concepto propio. Siguiendo el tenor literal del Preámbulo de la Ley 17/2021, se trata de establecer el *substratum* de estos seres para diferenciarlos "por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas".

Precisamente por este motivo, la consecuencia lógica que se deriva de lo anterior es la atribución de una naturaleza y una consideración legal diferentes a las que tenían. Como se ha señalado, los mismos pasan a ser seres sintientes o dotados de sensibilidad y, como señala el Preámbulo de la Ley 17/2021, esta cualidad legal implica que "la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje) ha de ser modulada (…) de modo que

"pudiendo entender que, una vez superado el periodo de lactancia materna y de dependencia de los cachorros respecto de su progenitora, no habría impedimento para el embargo de aquéllos, pues quedaría salvaguardado su bienestar, en la medida en que han adquirido la necesaria independencia y autonomía respecto de su madre y, al mismo tiempo, no han desarrollado un especial afecto hacia su propietario que pudiera causarles algún perjuicio de esta índole". Por su parte, si los cachorros no poseen la anterior consideración, entiende el autor citado que "no habría ningún inconveniente para admitir la posibilidad de su embargo".

los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria".

En este punto, pues, se plantea una disquisición fundamental: esta nueva naturaleza y cualidad de los animales, ¿conlleva el reconocimiento de personalidad jurídica a los mismos? ¿Nos encontramos ante otra clase de personalidad diferente a la de las personas y a las sociedades y asociaciones?

Esta cuestión, sin embargo, se resuelve de forma relativamente sencilla si analizamos la reforma, pues en ningún punto reconoce derechos a los animales y, lo que es más importante, permite que sean objeto de apropiación y comercialización. Este último argumento, siendo válido por lo que respecta a las personas físicas, no lo es para para las jurídicas, ya que estas sí pueden ser objeto de comercialización.

No obstante, no puede obviarse que las sociedades, asociaciones, fundaciones o corporaciones son una ficción y no existen en el mundo físico, por lo que consideramos que no son comparables a seres vivos como los animales.

Por lo que respecta a la ausencia de plasmación de "derechos subjetivos[36]", tuvimos ocasión de destacar que, en realidad, nos encontrábamos ante una relación jurídica compleja que, en cierta medida, podía asemejarse al régimen de las potestades (derecho-deber), lo cual conllevaba, implícitamente, a atribuir estos derechos a los animales.

Sea como fuere, desde nuestra perspectiva, este razonamiento no es totalmente adecuado, pues si el legislador hubiera querido llevarlo a cabo podría haberlo realizado plasmándolo de forma expresa (y tenía una oportunidad inmejorable para ello). En realidad, lo único que refleja la norma es la imposición de una serie de deberes que vienen impuestos por la especial consideración que merecen los

36 Sobre el particular, destaca Valdés Rocha, J. D.: "Sintiencia animal: Necesidad de un reconocimiento jurídico material, y sus implicaciones teóricas y prácticas", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* 2021, vol. 12, núm. 3, pp. 112-113 que "Los avances en las ciencias naturales han llevado al reconocimiento en ese ámbito de la sentiencia, o sintiencia, de los animales no humanos, lo que a la vez ha repercutido en cuestionamientos de índole moral sobre el trato y el relacionamiento con los animales no humanos. En este marco de progreso científico y social, es mandatorio que el derecho haga lo propio, que avance en el sentido que marcan las ciencias naturales y los movimientos sociales, en beneficio de los animales no humanos y les reconozca como seres sintientes, con derechos, y no como cosas".
A este respecto, "Los animales no humanos que ostentan la calidad de seres sintientes, de conformidad con la evidencia científica, son sujetos de consideración moral y, por tanto, titulares de derechos morales. Esto debe reflejarse en el mundo del derecho, el cual debe ajustarse a los avances sociales y científicos y, por lo tanto, debe dar el paso de reconocer jurídicamente la sintiencia de estos, como ya se hace en algunas legislaciones. Sin embargo, un reconocimiento jurídico de la sintiencia, sin concesión de derechos, es un reconocimiento meramente formal, incompleto, por lo que, a partir del estatus de seres sintientes de los animales no humanos, se debe edificar una categoría jurídica propia para aquellos, que les defina jurídicamente, y que les reconozca unos derechosmínimos inviolables que se derivan, necesariamente, de la condición biológica de seres sintientes. Además de esta serie de derechos mínimos, deben reconocerse otros derechos a los animales con base en sus características particulares (las de su especie), sus necesidades y, también, según el tipo de relaciones que tengan con los seres humanos".

animales como seres vivos dotados de sensibilidad. Así, la propia evolución de la sociedad y de las relaciones humano-animal precisa de un sistema que ofrezca un tratamiento acorde a estos últimos y diferenciado del aplicable a las cosas.

De hecho, como hemos visto, incluso en ciertos casos se puede recurrir al régimen jurídico de las cosas para dar respuesta a determinadas situaciones en las que interviene un animal.

Se trata, en suma, de una primera aproximación o adaptación de la normativa a las nuevas realidades de los animales. Si se quiere, estamos ante un primer estadio en el que ir generando una legislación cada vez más respetuosa con las exigencias impuestas por la naturaleza de estos seres. De hecho, quizás, en el futuro se plantee una posible atribución de derechos en favor de los animales y se debata de nuevo acerca su personalidad jurídica[37], pero no estamos en dicho escenario actualmente.

Una vez tratado el tema de la personalidad, la discusión se centra en determinar si la protección que se incorpora es adecuada. Pues bien, se suscita a nuestro parecer, al menos, una problemática a la que hay que dar respuesta. A este respecto, si bien el principio inspirador es la protección y el bienestar de los animales, se puede detectar en determinadas disposiciones que dicho extremo se realiza en la medida en que estos son importantes, útiles o beneficiosos para los humanos (ya sea sentimentalmente, ya económicamente), haciéndolo depender o bien de su convivencia, o bien de su rentabilidad.

Así, por ejemplo, el citado Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía recoge en su artículo tres unos principios básicos que se concretan en que "Nadie deberá infligir innecesariamente dolor, sufrimiento o angustia a un animal de compañía" y "Nadie deberá abandonar a un animal de compañía".

37 En contra de la atribución de personalidad jurídica a los animales se manifiesta Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Un nuevo", cit., p. 46, que considera un salto al vacío. Así, destaca el citado autor que "es inevitable mantener a los animales en el régimen de los bienes, aunque no como simples cosas, y sean estimados como -otro tipo de- bienes especiales merecedores de una protección -también- especial. De igual modo sucede con otro tipo de bienes, que el Derecho regula y protege singularmente (como son la propiedad intelectual, la industrial -que, no se olvide, son expresiones personalísimas del ingenio humano-, el patrimonio histórico,…), sin que por ello sea necesario crear para tales bienes una tercera categoría entre las personas y las cosas; como tampoco fue necesario crear otra categoría intermedia para las personas jurídicas (ni tal vez en un futuro para la inteligencia artificial y cualquier híbrido humanoide29), bastando con estimarlas como otra especie de personas (y eso que en las Fundaciones se personifica -todo- un patrimonio, aunque destinado por la voluntad de su fundador, lo que, sin embargo, no ha dado como resultado ningún *tertium genus*)".
En un sentido similar, destaca Nava Escudero, C.: "Los animales como sujetos de derecho", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* 2019, vol. 10, núm. 3, p. 66 que "el concepto idóneo para argumentar jurídicamente que los animales tienen o pueden tener derechos es el de sujeto de derecho y no el de persona jurídica. El principal motivo para llevar a cabo éste ejercicio obedece a que la personificación de seres o entes de los que se predican derechos –en el sentido de que sean o se hagan personas en el Derecho– presenta una serie de obstáculos jurídicos y rechazos doctrinales basados en una concepción tradicional de lo que es el concepto de persona jurídica".

Como se puede comprobar, únicamente se está refiriendo a los animales de compañía, dejando fuera de dicha tutela a los que no tengan esta cualidad. Es cierto que su artículo 2.1, en cuanto a su ámbito de aplicación, menciona también a los "animales vagabundos", pero no se puede obviar que la aplicación de las medidas complementarias previstas en su Capítulo III (arts. 12 y 13) es opcional para los Estados, pues depende de que alguna "de las Partes considere que el número de animales vagabundos constituye un problema para ella".

Una controversia similar se plantea con algunas normativas autonómicas que solamente se ocupan de los animales de compañía, lo cual puede provocar, incluso, problemas competenciales[38] si finalmente se desarrolla una legislación nacional totalmente perfeccionada.

Sobre el particular, lo cierto es que la Ley 17/2021 contempla una *vis expansiva* más amplia, como se puede deducir del comentado artículo 333 bis CC que no diferencia entre tipología de animales a la hora de reconocer la cualidad de seres sintientes. En todo caso, por la propia materia que regulan tanto el Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, las medidas que se incorporan se relacionan de forma más directa con los animales de compañía.

En este sentido, lo primero que debemos señalar es que, por supuesto, la ley nacional ha de ir acompañada de otras posteriores que completen las lagunas, resuelvan todas las cuestiones y formen un verdadero Código de Protección y Bienestar Animal, esto es, un estatuto jurídico de los animales.

Así se deduce del propio Preámbulo de la Ley 17/2021 cuando afirma que lo deseable "de *lege ferenda* es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales, y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas".

A este respecto, se está trabajando en otras disposiciones como el Anteproyecto de Ley de Protección y Derechos de los animales[39] cuyo objetivo principal es regular "el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad. Por tanto, no regula a los animales como un elemento más dentro de nuestra actividad económica a los que se deban unas condiciones por su

38 Acerca de la evolución de la normativa sobre animales y la distribución competencial, *vid.* Pérez Monguió, J.M.: *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho Administrativo,* Bosch, Barcelona, 2005.
En este sentido, ya se han planteado estas problemáticas competenciales en relación con la mencionada Ley 6/2018 de La Rioja, resueltas por la también citada STC 81/2020, de 15 de julio (LA LEY 76346, 2020). Sobre el particular, *vid.* Castro Álvarez, C.: "Un freno más del Tribunal Constitucional a la protección jurídica de los animales (a propósito de la STC 81/2020, de 15 de julio, relativa a la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja)", *Revista Aranzadi de derecho ambiental,* 2021, núm. 48, pp. 235-256.

39 El documento se encuentra disponible en: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-animales/Eventos/Anteproyecto_Ley_Proteccion_y_Derechos_de_los_Animales_220921.pdf (fecha de última consulta: 24.01.2022).

capacidad sentir, sino que regula nuestro comportamiento hacia ellos como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia".

En todo caso, su propósito es mucho más amplio que el perseguido por la Ley 17/2021, ya que, como destaca su artículo 2, la finalidad la misma es "alcanzar el máximo nivel de protección de los animales, fundamentalmente de aquellos de compañía y de los que se encuentran bajo la responsabilidad de las personas". Para tal cometido, arbitra una serie de medidas y acciones que tratan de alcanzar este extremo, en particular: promover la tenencia y convivencia responsable; fomentar el civismo por la defensa y preservación de los animales; luchar contra el maltrato y abandono; impulsar la adopción; implantar actividades formativas, divulgativas e informativas en materia de protección animal; promover campañas de identificación, vacunación y esterilización, cría y venta responsable; impulsar acciones administrativas en materia de fomento de la protección animal; y establecer un marco de obligaciones, tanto para las Administraciones Públicas como para la ciudadanía, en materia de protección, cuidado y derechos de los animales.

Por su parte, de *lege ferenda,* destaca la doctrina[40] que las posibles extensiones "que podrían anunciarse de forma cautelar, (…) pueden concretarse de forma muy sintética en los siguientes puntos:

1º) Sentencias, nuevo ámbito para la magistratura.

2º) Nueva regulación del ámbito procesal (LEC) y de la Ley Hipotecaria.

3º) Cambios en la estructura de la familia (vínculo de afecto).

4º) Revisión de la legislación española de bienestar animal (peces, moluscos y cefalópodos, p.e.).

5º) Revisión de la legislación de PPP.

6º) Revisión de la normativa de espectáculos públicos (ferias, festejos, tauromaquia).

7º) Protección de los insectos (no considerados, ni protegidos, sino "gestionados).

8º) Un Manifiesto Pro Derecho Animal:

40 "Estatuto jurídico", cit., pp. 18-19.

a) El Derecho Animal como instrumento de convivencia democrática (Ciudadanía).

b) El Bienestar Animal como compromiso dentro del desarrollo sostenible (Estados/Estado/*Policy*).

c) El estudio del Derecho Animal como paradigma de cambio social (Academia)

i. Facultades de Derecho.

ii. Facultades de Veterinaria.

d) El Veganismo como replanteamiento de la relación humano-animal (nuevos espacios de convivencia).

e) El etiquetaje en la sociedad de la información como indicador de la transferencia academia-empresa".

Una vez dicho lo anterior, hemos de analizar si los preceptos de la reforma son o no respetuosos con la naturaleza de los animales de compañía. En líneas generales, podemos responder en un sentido afirmativo, pues a pesar de que, como tuvimos ocasión de comprobar, algunas formulaciones son mejorables, promueven la protección de los mismos. Véase a este respecto, por ejemplo, cómo para establecer la persona encargada de su cuidado se atiende al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal.

Precisamente en esta línea, entendemos que se han de ir formulando una serie de valores de obligada observancia cuyo objetivo sea tutelar a los animales *per se,* es decir, por lo que son en sí mismo considerados[41]. Entre otros, podrían ser aplicables el principio *alterum non laedere*[42], el principio de igualdad o el principio de libertad.

IV. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

41 A este respecto, afirma Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Un nuevo", cit., p. 44 que incluso de la propia legislación autonómica existente anterior a la aprobación de la Ley 17/2021 podía deducirse "la vigencia en España, cuando menos, de un nuevo principio general del Derecho: el de protección del bienestar de los animales".

42 Así, al analizar el paso del paradigma antropocentrista al paradigma biocentrista, Rincón Angarita, D.: "Los animales como seres sintientes en el marco del principio alterum non laedere: algunos criterios interpretativos", *Inciso,* 2018, vol. 1, pp. 64-66, incluye como criterios de aplicación del principio *alterum non laedere* los siguientes: el criterio de la garantía de no sentir dolor injustificadamente por parte de los seres humanos, el criterio de la adecuación social de las algunas conductas que puedan significar lesión o menoscabo de los animales, el criterio de protección de los recursos naturales y la necesidad del activismo judicial como mecanismo complementario a la legislación.

Como se ha podido comprobar en las líneas precedentes, la reforma incorporada por la Ley 17/2021 ha sido novedosa con respecto al régimen que contenía el Código Civil y ha supuesto, fundamentalmente, la eliminación de la consideración de los animales como cosas: pasan a ser jurídicamente, pues, seres sintientes.

Este sistema, marcado por un elevado carácter tuitivo, conlleva la culminación de un proceso iniciado tanto desde instancias nacionales (con diversas propuestas normativas y con la aprobación una legislación para determinados sectores) como autonómicas. Así, al margen del posible problema competencial, estas últimas contemplan una verdadera regulación (con las diferencias que señalamos).

Sin embargo, consideramos que esta disposición requiere de otras normas que complementen sus previsiones y que, en definitiva, formen un verdadero estatuto jurídico de los animales. Precisamente en esta línea se está trabajando por parte del legislador en otra legislación como el mencionado Anteproyecto de Ley de Protección y Derechos de los animales.

En todo caso, al abordar la problemática relacionada con los animales estimamos que deben evitarse, al menos, dos extremos. Por un lado, la distinción entre animales (de compañía o no) para el establecimiento de su protección. En este sentido, es cierto que cada tipología requiere de unas peculiares medidas, pero ello no justifica que su tutela se haga depender de su relación afectiva con un ser humano. Todos los animales, por su naturaleza de seres dotados de sensibilidad, merecen un tratamiento acorde a sus necesidades.

Por otro lado, lo anterior no puede servir de fundamento para reivindicar una pretendida personalidad jurídica de los mismos. Desde nuestra perspectiva y en consonancia con parte de la doctrina científica, entendemos que este debate oscurece la realidad y supone obviar ciertas premisas básicas. Lo único que cabe es reconocer una realidad; a saber, que los animales son seres vivos y, como tales, precisan de una regulación diferente a las cosas y que tenga en cuenta sus propias características.

Por todo lo anterior, a nuestro entender, tiene que promoverse el interés de los animales y el mismo debe ser amparado. Este principio conlleva que las personas no pueden dañar a los mismos y que han de buscar que se desarrollen de forma adecuada. No obstante, esta afirmación admite una excepción, a saber, que dicho interés se sacrifique para la observancia de otro superior.

A este respecto, aplicando el principio de proporcionalidad, es posible que la protección de los animales decaiga porque es necesario ofrecer, por ejemplo, alimento a las personas; con ciertos matices, se demanda para la experimentación

(*vid.* la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal, el Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia o la Orden ECC/566/2015, de 20 de marzo, por la que se establecen los requisitos de capacitación que debe cumplir el personal que maneje animales utilizados, criados o suministrados con fines de experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia); o es imperativo recurrir a medidas especiales por tratarse de animales peligrosos[43].

43 Sobre estas cuestiones, Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Perros", *Aranzadi Civil Mercantil,* 1999, vol. II (Tribuna); "Historias de perros", *Aranzadi civil: revista quincenal*, 2006, núm. 3, pp. 2321-2323.

BIBLIOGRAFÍA

Arribas Atienza, P.: "El nuevo tratamiento civil de los animales", *Diario La Ley,* 2018, núm. 9136.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Perros", *Aranzadi Civil Mercantil,* 1999, vol. II (Tribuna).

- "Historias de perros", *Aranzadi civil: revista quincenal*, 2006, núm. 3, pp. 2321-2323.

Breis, S.: "La republicisation de la cruauté envers les animaux: *Les cas d'Oscar et Marius*", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2014, vol. 5, núm. 2, pp. 1-5.

Carrasco Perera, A.: "No darás tu loro en prenda (Ley 17/2021)", *Revista de Consumo CESCO,* 2022, núm. 1, pp. 1-4.

Casas Díaz, L. y Camps, X.: "Las crisis matrimoniales y los animales de compañía abogacía", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 120, núm. 1, pp. 76-83.

Castro Álvarez, C.: "Un freno más del Tribunal Constitucional a la protección jurídica de los animales (a propósito de la STC 81/2020, de 15 de julio, relativa a la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja)", *Revista Aranzadi de derecho ambiental,* 2021, núm. 48, pp. 235-256.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12, núm. 2, pp. 39-53.

- *Crisis familiares y animales domésticos*, Reus, Madrid, 2022.

Chaparro Matamoros, P.: "*Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia*" en AA.VV.: Un nuevo derecho civil para los animales: comentarios a la ley 17/2021, de 15 de diciembre (coord. por M. García Mayo, G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2022, pp. 197-225.

De Torres Perea, J. M.: *Nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, Madrid, 2010.

Díaz Alabart, S.: "De los animales en el Código civil", *Revista de Derecho Privado,* 2022, núm. 1, pp. 3-29.

Doménech Pascual, G.: "Colisiones entre bienestar animal y derechos fundamentales", en AA.VV.: *El Derecho de los animales* (coord. por B. Baltasar), Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 89-125.

Gallego Domínguez, I.: *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Bosch, Barcelona, 1997.

García Presas, I.: "El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 8 bis, pp. 124-139.

Gil Membrado, C.: *Régimen jurídico civil de los animales de compañía,* Dykinson, Madrid, 2014.

Giménez-Candela, T.: "Reforma del Cc. de Portugal: Los animales como seres sintientes", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2016, vol. 7, núm. 4, pp. 1-4.

- *Transición Animal en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- "Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12, núm. 2, pp. 7-22.

Gimeno Ruiz, A.: "Reforma de la legislación civil sobre el régimen jurídico de los animales y Derecho Internacional Privado", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10, núm. 2, pp. 209-216.

Gisie, L.: "Comentario jurídico de la Ley 7/2020, de 31 de agosto, de Bienestar, Protección y Defensa de los Animales de Castilla-La Mancha. [2020/6154] - Diario Oficial de Castilla La-Mancha de 07-09-2020", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12, núm. 1, pp. 112-120.

González Ríos, I.: *Sanidad animal y seguridad alimentario en los productos de origen animal,* Comares, Granada, 2004.

Hall, R. T.: "La responsabilidad ética con los animales no humanos: una casuística utilitarista", en AA.VV.: *El Derecho de los animales* (coord. por B. Baltasar), Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 67-88.

Le Bot, O.: *Droit constitutionnel de l'animal,* Wroclaw: Editora independiente, Francia, 2018.

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

Muñoz López, C. A.: *Los animales desde el derecho*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2020.

Muñoz Machado, S.: *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999.

Nava Escudero, C.: "Los animales como sujetos de derecho", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* 2019, vol. 10, núm. 3, pp. 47-68.

Olivera Oliva, M.: "Crisis de pareja de hecho y animales de compañía. Sentencias en Cataluña, anteriores a la propuesta de reforma del Código Civil de 20 de abril de 2021", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* 2021, vol. 12, núm. 2, pp. 190-198.

Ojeda, O. D.: *Hacia una mirada no antropocentrista : el derecho de los animales en el ordenamiento jurídico argentino partiendo de la Ley 14.346*, Alveroni Ediciones, Madrid, 2019.

Pérez Monguió, J.M.: *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho Administrativo,* Bosch, Barcelona, 2005.

Ramos Maestre, A.: "Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables", *Revista de Derecho Privado,* 1997, núm. 81, pp. 696-738.

Reyes Ortiz, A.: "Los animales de compañía como seres sintientes en la CPEUM. Una propuesta de protección legal", *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 2021, núm. 30, pp. 1-31.

Rincón Angarita, D.: "Los animales como seres sintientes en el marco del principio alterum non laedere: algunos criterios interpretativos", *Inciso,* 2018, vol. 1, pp. 57-69.

Rogel Vide, C.: *Los animales en el Código Civil*, Reus, Madrid, 2017.

Sarmiento E., J. P.: "La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano", *Estudios constitucionales,* 2020, vol. 18, núm. 2, pp. 221-264.

Trujillo Villamor, E.: "Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del Código civil", *Revista de Consumo CESCO,* 2022, núm. 1, pp. 1-20.

Valdés Rocha, J. D.: "Sintiencia animal: Necesidad de un reconocimiento jurídico material, y sus implicaciones teóricas y prácticas", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* 2021, vol. 12, núm. 3, pp. 111-167.

Vivas Tesón, I.: "Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia,* 2019, vol. 21, pp. 1-23.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CURATELA REPRESENTATIVA COMO INSTITUCIÓN JUDICIAL DE APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

THE LEGAL REGIME OF REPRESENTATIVE GUARDIANSHIP AS ON JUDICIAL SUPPORT INSTITUTION FROM PEOPLE WITH DISABILITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 426-497

Ana Isabel
BERROCAL
LANZAROT

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: La curatela es una medida de apoyo formal para las personas con discapacidad que, precisen apoyos de modo continuo, estable y con carácter subsidiario en cuanto no exista otra medida de apoyo suficiente. Su determinación corresponderá a la autoridad judicial en el correspondiente procedimiento de provisión de apoyos y con la extensión que fije la resolución, atendiendo a su situación, circunstancias y necesidades. Como regla general, tiene naturaleza asistencial y, de forma excepcional, se le puede atribuir al curador funciones representativas atendiendo a las circunstancias en que se encuentra la persona con discapacidad. El presente estudio se va a centrar en el análisis del régimen jurídico de la curatela representativa, sin perjuicio de hacer una oportuna referencia a su función asistencial, resultando operativas ambas en la esfera personal y patrimonial de la persona con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Curatela; personas con discapacidad; medidas de apoyo; asistencia; representación; autocuratela; autoridad judicial.

ABSTRACT: *Guardianship is a formal suppory measure for the person with disability who needs support in a continuous, stable and subsidiary manner as son as there is not suficiente support measure its determination corresponds to the judicial authority in the support provision procedure and with the extensión established by the resolution, according to your situation circumstances and needs. As a general rule, it has a welfare nature and exceptionally, representativo powers are attributed to the curator, taking into account the circunstances in which the person with a disability finds himself. This study is going to center on the analysis of the legal regime of the reintatemen curatorship without prejudice to making a timely reference to its care function, both being operative in the personal and patrimonial sphere of the person with disabilities.*

KEY WORDS: *Cuartorship; person with disability; supports measures; assitence; representation; self-curatorship; judicial authority.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. LA CURATELA COMO MEDIDA JUDICIAL DE APOYO.- III. CAPACIDAD Y APTITUD PARA SER CURADOR. INHABILIDAD.- IV. EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR Y TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO.- 1. Nombramiento.- 2. Constitución, toma posesión del cargo, inventario y fianza.- V. EJERCICIO DE LA CURATELA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CURADOR.- VI. EXCUSA, IMPOSIBILIDAD TRANSITORIA O SOBREVENIDA Y REMOCIÓN DEL CARGO DE CURADOR.- VII. RETRIBUCIÓN DEL CURADOR, REEMBOLSO E INDEMNIZACIÓN.- VIII. EXTINCIÓN DE LA CURATELA.- IX. REVISIÓN Y PUBLICIDAD.- X. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL CURADOR Y CURATELADO.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica supone la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006.

Esta nueva regulación está inspirada, como el art. 10 CE dispone, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Consta de siete artículos, una disposición adicional única, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

El artículo primero modifica la Ley del Notariado con siete apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), con veintiocho apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en cinco apartados; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC), y se distribuye en diez apartados; finalmente, el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), se estructura en diecinueve apartados.

• Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: aiberrocalanzarot@der.ucm.es.

La reforma que el artículo segundo introduce en el Código Civil, es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y procesal. Se adoptan dos medidas de apoyo: por un lado, las voluntarias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona y que se adoptan *ex ante* por el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo que, son: los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela; y, por otro, medidas legales o judiciales, cuando no se haya previsto por el interesado ninguna medida voluntaria o preventiva anticipadamente, pero resulte necesario adoptar una concreta medida de apoyo: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Se propone, por tanto, un sistema plural de apoyos y medidas de protección para la persona con discapacidad, de acuerdo con los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, de carácter alternativo y con el objeto de ofrecer una adecuado "traje a medida" que proteja o, en su caso, salvaguarde en un momento determinado y para concretos actos los intereses personas y patrimoniales de las personas[1]. Asimismo, se configura el régimen jurídico de la discapacidad –en especial de la discapacidad intelectual-, partiendo del reconocimiento de una capacidad jurídica en todas las personas y su ejercicio en igualdad de trato, tanto en la esfera personal como patrimonial, además de dotar de un protagonismo destacado, como hemos indicado, a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad en la adopción y el diseño de medidas de apoyo en el caso de ser necesarias y proporcionadas a las circunstancias personales de cada individuo. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021[2] dictada tras la entrada en vigor de la Ley-proclama, precisamente que "la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse a su voluntad, deseos y preferencias". Además en esta sentencia se resuelve el debate acerca de si es posible adoptar medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad y aunque, no se plantea, pero van correlativos, si ésta tiene derecho a equivocarse. Como destaca el Alto Tribunal a la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el Juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC, y no debe perder de vista que bajo el principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la Ley presenta como regla general que el contenido de la curatela

1 En este sentido, García Rubio, Mª. P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2018, vol. 58, p. 153.
En esta línea, de que todas las medidas deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, la SAP Barcelona, sección 18ª, 16 noviembre 2021 (Roj. SAP B 13596/2021; ECLI:ES:APB:2021.13596).

2 STS 8 septiembre 2021 (Roj. STS 3276/2021; ECLI:ES:TS:2021:3276).

consista en las medidas de asistencia que, fueran necesarias en ese caso. En la instancia ha quedado acreditado que Dámaso padece un trastorno de la personalidad, un trastorno de conducta que le ha llevado a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. El juzgado se hace eco de los informes del médico forense y los servicios sociales que destacan, para hacerse cargo de la situación, la nula conciencia de Dámaso tiene del trastorno que padece y de sus consecuencias, en concreto, no se percata de las graves carencias de higiene y alimentación que tiene, así como del olor nauseabundo que desprende de él y la casa, que se percibe en el descansillo del piso y en la entrada del inmueble. Esta situación ha acabado por provocarle una situación de aislamiento social, incluso de sus vecinos y otrora amigos, que además padece las consecuencias. Al margen del trastorno de conducta, no se aprecian sustancialmente afectadas sus facultades cognitivas. Es objetivo que el trastorno que padece Dámaso está degenerando en una degradación personal sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Precisa de la ayuda de otras perdonas que, aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad. Estas medidas, que en su ejecución, como muy bien informa el Ministerio Fiscal, deberán tratar de contar con la anuencia y colaboración del Sr, Dámaso, cuando fuera necesario, podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no existe la anuencia del interesado. En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz de nuevo régimen de provisión de apoyos, es para la Sala, la directriz legal que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado. En un caso, como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado. A esta cuestión el propio Tribunal toma en consideración la repuesta que la propia Ley da a la misma al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria y si hay oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y se acuda al procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial. Además, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias

del afectado. A esto añade que, el empleo del verbo "atender" seguido de "en todo caso", subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida de lo posible), la voluntad de la persona con discapacidad destinadas de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de "tener en cuenta o en consideración algo" y no solo el de "satisfacer un deseo, ruego o mandato". Asimismo, el Tribunal es consciente que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que, lleva asociado la falta de conciencia de la enfermedad. Además, no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, considera el Alto Tribunal sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esta degradación personal. En consecuencia con lo anterior, la Sala estima en parte el recurso de casación, en cuanto que deja sin efecto, la declaración de modificación de capacidad, sustituye la tutela por curatela esencialmente asistencial, consistente ésta en que la entidad designada como curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa, estando, para cumplir esta función autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria, y por otra asegurar la efectiva atención médico-asistencial del Sr. Dámaso en lo que respeta al trastorno que padece y lo que guarda directa relación con él. La designación de curador para el ejercicio de las reseñadas medidas de apoyo es el servicio competente de la Comunidad Autónoma de la Principado de Asturias y la medida se revisará cada seis meses.

En este caso, la sentencia de nuestro Alto Tribual opera respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona que es la base sobre la que se sustenta la Ley, en el respeto de su autonomía y dignidad, además de la tutela de sus derechos fundamentales, pero también no prescinde de la necesaria protección que, se debe ofrece a quien se encuentra en situación de especial vulnerabilidad y no es consciente de ello; aunque ello suponga, operar pensando en lo que resulta mejor para su interés como persona y en cada caso concreto, pues, el Estado no ha de ser neutral en la protección de las personas en general. Si bien, el legislador de la actual reforma parece renegar de su toma en su consideración como un recurso más –si se me permite residual, subsidiario, o en último término-; quizá motivado

por una concepción "mal entendida" que actuando de esta forma, se equipara a la persona con discapacidad con los menores de edad no emancipados. Por lo que, pueden adoptarse medidas de apoyo en contra de la voluntad del afectado[3].

Por tanto, de negarse a la prestación de apoyo, aun siendo respetuosos con que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y se atienda a su voluntad, deseos y preferencias en el ejercicio de su capacidad jurídica, no es menos cierto que, en casos excepcionales, además de incluir las medidas de apoyo funciones representativas, podrá protegerse a la persona, dictándose por la autoridad judicial, además de las salvaguardias que se consideren pertinentes, la adopción de una medida de apoyo, si resultase necesaria -máxime cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la que, por supuesto, se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración-. Y en todo caso, además del respeto a la voluntad, deseos y preferencias debe primar por encima del interés de la personas con discapacidad[4]; si bien, dicho interés puede ser tenido en cuenta por el juez atendiendo a las circunstancias del caso, que es la posición que ha adoptado en esencia nuestro Alto Tribunal[5]. El interés superior de la persona

3 En la línea favorable a la sentencia, Álvarez Royo-Villanova, S.: "Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)", *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2022, núm. 102, pp. 28-29. Igualmente, Corripio Gil-Delgado, Mª. R.: "El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* marzo-abril 2022, núm. 790, p. 673 se muestra partidaria que "el nuevo sistema admite que, se pueda imponer a la persona, aun en contra de su voluntad, apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, siempre que existan déficits naturales que le impidan la conformación válida de su voluntad". Vid., asimismo, la SAP Ourense, sección 1ª, 22 noviembre 2021 (Roj. SAP OU 777/2021; ECLI:ES:APOU:2021:777). En contra de los postulados de la sentencia, se manifiesta De Amunategui Rodríguez, C.: "Sentencia del Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar muchos las cosas?", *Blog Hay Derecho, 27 de septiembre de 2021*, p. 4, pues, a su entender "claramente se abandonan los principios rectores de la reforma para ser sustituidos por los de protección mediante sustitución en la toma de decisiones". Y se plantea un gran interrogante "¿Habría sido posible adoptar alguna otra medida de las que brinda la norma, sin tener que llegar a la adopción de una curatela representativas? A ello responde que cree que sí, precisamente, acudiendo a la figura del defensor judicial prevista por el nuevo art. 295.5".

4 Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears,* 2020, vol. XXI, p. 415. Por su parte, De Amunategui Rodríguez, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019, p. 33 señala que "la voluntad del sujeto no sólo es decisiva al diseñar una medida de protección –cuando ello sea posible-, sino que es consustancial con el apoyo y su relación con la autonomía del sujeto a lo largo del desarrollo y vigencia de las diversas instituciones".

5 En esta línea, Sánchez Gómez, A.: "Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista de Derecho Civil,* octubre-diciembre 2020, vol. 7, núm. 5, p. 419 señala que, respecto a lo dispuesto en que la propia discapacidad psíquica que, impida a causa de la completa ausencia de voluntad poder tomar decisiones, sería pertinente "dar entrada al interés superior como criterio rector que debería guiar la actuación del curador, pese a la omisión del texto que nos ocupa y la resistencia a tenerlo en cuenta en la tramitación parlamentaria del mismo"; Ureña Carazo, B.: "El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista", *LA LEY, Derecho de familia,* enero-marzo 2022, núm. 33, p. 11; Sánchez Hernández, Á.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho,* enero 2022, núm. 22, p. 23. Sin embargo, para De Amunátegui Rodríguez, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio,* cit., pp. 40-41 es necesario asumir que "el estándar de protección se ha transformado y evolucionado en el sentido de sustituir y

puede, en todo caso, actuar como guía o criterio a tener en cuenta en la adopción de las medidas de apoyo subsidiario a la voluntad, deseos y preferencias[6]. En todo caso, frente al pronunciamiento de la sentencia, García Rubio y Torres Costas se muestran partidarias de la facultad de rechazo o renuncia a las medidas de apoyo que tiene toda persona con discapacidad no sólo operando sobre el respecto a su voluntad, sino porque también es relevante la posibilidad de contratar sin el apoyo ya constituido "así como que el contrato sea anulado en el plazo de caducidad de cuatro años (art. 1301.4 CC), incluso que quepa confirmarlo expresamente en un plazo anterior, con o sin apoyo; ambas cosas pueden suceder aun contra la voluntad de la persona encargada de ejercer dicho apoyo"[7].

cambiar el criterio "interés superior" por el de "la voluntad y preferencias de la persona"". Además, señala que "la valoración de las mencionadas preferencias y deseos de las personas incluye el derecho a equivocarse". En este caso para la autora "se trata de asumir que a la hora de apoyar lo imponte es respetar la voluntad, preferencias y autonomía del apoyado, no entrando como criterio de valoración de la decisión el hipotético perjuicio para la persona con discapacidad, aunque si el peligro para ella".

6 Pereña Vicente, M.: "La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente), Dykinson, Madrid, 2018, p. 138; Petit Sánchez, M.: "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil,* octubre-diciembre 2020, vol. VII, núm. 5, p. 285; Palacios González, D.: "Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica", *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, M. García Moya; coord. C. Gil Membrano y J.J. Pretel Serrano), La Ley, Madrid, 2021, p. 420, habla, asimismo, de acudir al interés de la persona con discapacidad, necesariamente decidido por tercero, como cláusula de cierre, cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona, ni siquiera saber cómo hubiera pensado o se hubiera comportado de haber podido en algún momento decidir y actuar conociendo las consecuencias de sus actos.

Asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 6 mayo 2021 (RAJ 2021, 2381) se refiere el principio del interés superior de la persona con discapacidad como: "un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adaptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros" y añade que, dicho principio también se refiere la sentencia 458/2018, de 18 de julio señalando que: "el interés superior del discapaz –sentencias 635/2015, de 19 de noviembre; 403/2018, de 27 de junio-, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el art. 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener la discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado". El juicio de modificación de la capacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente, caracteriza los procesos civiles, sino como cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica (sentencias 341/2014, de 21 de julio; 244/2015, de 13 de mayo; 557/2015, de 20 de octubre; 59772017, de 8 de noviembre y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras)". Y, también se refiere al principio de flexibilidad en el sentido que "el sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada, y, además, constituir una situación revisable (sentencia 282/2009, de 29 de abril). "Debe ser un traje a medida" (sentencias 341/2014, de 1 de julio y 244/2015, de 13 de mayo). Responder a una "valoración concreta y particularizada de cada persona" (sentencias 557/2105, de 20 de octubre y 373/2016, de 3 de junio)". Asimismo, vid., la SAP Islas Baleares, sección 4ª, 21 julio 2021 (JUR 2021,338965).

7 García Rubio, Mª.P. y Torres Costas, Mª. E.: "Comentario al art. 249 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Mª.P. García Rubio y Mª.J. Moro Almaraz), Thomson Reuters, Aranzadi, Circuir Menor (Navarra) 2022, pp. 213-215.

Respecto al derecho a equivocarse, aun existiendo medida de apoyo, si la persona, que la presta considera que, la decisión que pretende adoptar la persona con discapacidad, le puede perjudicar, o bien ante esta situación de conflicto se opta por nombrar un defensor judicial o se acude a la autoridad judicial competente. No obstante, para García Rubio el planteamiento de base debe hacerse "en la inteligencia que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues, las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás"[8].

Por otra parte, con la actual reforma del Código Civil en materia de discapacidad se procede a una regulación completa de las medidas de apoyo, configurándolas como medidas suficientes y adecuadas para la protección de la persona con discapacidad y dando preferencia a las medidas voluntarias o preventivas establecidas por el propio interesado, al primar en la configuración de éstas la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Se sustituye la incapacitación y el nombramiento en caso de tutor o curador, según sea la incapacitación total o parcial, por aquellas medidas de apoyo que necesite la persona con discapacidad –sea ésta psíquica, preferentemente, o física-[9].

De forma que, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, además del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Marín Velarde define personas con discapacidad como: "aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con barreras de diferente naturaleza, les impiden la plena participación en la sociedad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad"[10]. Por su parte, en el art. 1 apartado segundo de la Convención se dispone que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que al

8 Garcia Rubio, Mª.P.: "Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2018, vol. 5, núm. 3, pp. 32-33; Legerén-Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y Mª. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 198.

9 Sánchez Gómez, A.: "Hacia un nuevo tratamiento jurídico", cit., pp. 414-415, llama la atención sobre el hecho que el art. 249 hable de "personas necesitadas de protección" y no emplee el término discapacidad. Lo que, para la autora, supone un error porque "si no es posible identificar legalmente el problema que se quiere afrontar y resolver, difícilmente será posible diseñar una solución adecuada, lo que normalmente acaba desembocando en problemas a la hora de interpretar y aplicar las normas".

10 Marín Velarde, A.: "La discapacidad: su delimitación jurídica", en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad* (dir. E. Muñiz Espada), La Ley, Madrid 2020, p. 64.

interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"[11].

Las medidas de apoyo necesarias para aquellas personas mayores de edad o menores emancipadas que, las precisen para ejercitar su capacidad jurídica, tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su actuación jurídica en condiciones de igualdad. Además estarán inspiradas en el respeto a la dignidad de las personas y en la tutela de sus derechos fundamentales (art. 249.1 CC).

Tales medidas de apoyo pueden ser de origen legal o judicial y voluntarias. Tendrán aquellas una operatividad subsidiaria y por ello, solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad. Por tanto, en la nueva regulación, se otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas (voluntarias), esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer, una vez, constatada la necesidad de apoyo. Ciertamente, la voluntad de la persona con discapacidad constituye la base fundamental sobre la que se sustenta el diseño de los modelos de apoyo[12].

En todo caso, las instituciones jurídicas de apoyo, legales o judiciales, que precisen las personas para el ejercicio de su capacidad jurídica, son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. El guardador de hecho es una medida informal de apoyo que, puede continuar en el desempeño de su función, aun cuando halla medidas voluntarias o judiciales que, no se estén aplicando eficazmente (art. 263 CC) –principio de mínima intervención-.

Por el contrario, la curatela representa una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado, estable y con cierta

11 El art. 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad a los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. 3. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.
Por su parte, La Disposición Adicional cuarta del Código Civil establece que: "La referencia a la discapacidad que se realiza en los arts. 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia" y añade en su párrafo segundo que "A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del art. de que se trate, toda referencia a la *discapacidad* habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica".

12 En esta línea, De Amunátegui rodríguez, C.: "El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y Mª. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 131.

permanencia[13] y como medida subsidiaria, que entrará en escena en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona necesitada de apoyo[14].

Su extensión vendrá fijada en la correspondiente resolución judicial atendiendo a la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y a sus necesidades de apoyo (contenido flexible). Es objeto de una regulación más detallada y constituye la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, en sustitución de la tutela que, solo se aplica a los menores de edad no emancipados.

El nombramiento de defensor judicial también definida como medida formal de apoyo, procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente; o en caso de situación de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que precisa apoyo.

Ahora bien, procede indicar que, entretanto no se adapte el Código Civil de Cataluña a la Convención de Nueva York de 2006 con la aprobación, por parte del Parlament de Catalunya, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, se establece un régimen transitorio con el objeto de dar respuesta a las necesidades surgidas una vez desaparecida la modificación judicial de la capacidad y estructurado el modelo procedimental en el derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De ahí, la aprobación del Real Decreto-Ley 19/2021, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. A partir de la entrada en vigor de este Decreto-Ley la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad. Se les aplicará, si procede, el régimen de la asistencia (arts. 226-1 a 226-7). De ahí que, en tanto, no se produzca la futura reforma del conjunto de

13 En este sentido, Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y Mª. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 222.
Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 6 mayo 2021 (RAJ 2021,2381) destaca que la curatela es una institución flexible, susceptible de abarcar tanto el ámbito personal como el patrimonial.

14 En esta línea, Munar Bernat, P.A.: "Comentario al art. 269 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Mª.P. García Rubio y Mª.J. Moro Almaraz), Thomson Reuters, Aranzadi, Circuir Menor (Navarra) 2022, p. 347; Vivás Tesón, I.: "Curatela y asistencia", *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P. M. A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 286; Lasarte álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. I, *Parte General y Derecho de la Persona*, 26ª ed. (revisada y actualizada con la colaboración de F. Yáñez Vivero, A. Donado Vara y F. J, Jiménez Muñoz), Marcial Pons, Madrid 2021, pp. 218-219 precisa que "la curatela aparece configurada en el nuevo sistema no sólo como medida subsidiaria respecto a cualquier medida adoptada por la persona, sino como medida supletoria cuando no exista ninguna otra medida de apoyo suficiente, es decir, es la última medida (entre las judiciales) a la que puede acudirse".
Asimismo, vid., la SJPI, número 5, de Córdoba de 30 de septiembre de 2021 (LA LEY 293516,2021) no se nombra curador, pues, Dª Juana actúa como guardadora de hecho de su esposo y debe seguir ejerciendo su labor con el apoyo y colaboración de sus hijos; sin perjuicio que en caso que de forma excepcional necesite funciones representativas.

instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán sólo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta. Por lo que, una vez que, concluyan los trabajos en curso, se ordenará definitivamente las instituciones de apoyo y protección de las personas con discapacidad de acuerdo con el nuevo concepto de capacidad jurídica. Si bien, con la finalidad de hacer efectivo este proceso, la disposición final segunda ordena al Gobierno que, en el plazo de doce meses, un proyecto de ley en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica[15].

Pues, bien, en este contexto normativo, en el ordenamiento común las medidas de apoyo operan sobre una base asistencial, procurando que la persona con discapacidad pueda participar en el propio proceso de toma de decisiones, siendo necesario para ello que, se le informe adecuadamente, se le ayude a la comprensión de la misma y se facilite la forma de expresar sus deseos, preferencias y voluntad. Solo en casos excepcionales, podrán asumir funciones representativas, cuando no sea posible que la persona con discapacidad pueda participar en la toma de decisiones, al no ser posible determinar su voluntad, deseos y preferencias. En este caso, en el ejercicio de esas funciones representativas se deberá, además, tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores o circunstancias que, ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la propia persona en caso de no requerir representación[16]. Se está pensando en esta última situación en personas que, no son capaces de expresar su voluntad o tomar decisiones con un mínimo entendimiento y voluntad. Estamos ante supuestos no sólo de discapacidad psíquica (enfermedades neurodegenerativas –alzheimer, demencia senil, parkinson-), sino también discapacidades físicas inhabilitantes de la persona en el desarrollo de su vida cotidiana (enfermedad de ELA –que paraliza progresivamente a la persona). De todas formas, aunque se parte de una participación en la toma de decisiones de la persona con discapacidad; no obstante, existen situaciones que podemos calificar como "intermedias" entre lo que se ha conocido hasta ahora como una modificación de la capacidad total y

15 Vid., la SAP Barcelona, sección 18ª, 17 noviembre 2021 (Roj. SAP B 13710/2021; ECLI:ES:APB:2021:13710).

16 En algunos preceptos objeto de reforma (arts. 1387, 1393, 1700.5 y, 1903 CC se emplea el término representación plena; que recuerda a la función del tutor en la tutela de personas mayores de edad cuando la modificación de la capacidad de obrar era total. No entiende bien porque el legislador en los citados preceptos ha utilizado tal concepto.
Parece que el legislador en estos preceptos, se distingue entre una representación simple (general) o una representación plena (específica) –se establecen grados-; cuando simplemente, se indica en las disposiciones generales relativas a las medidas de apoyo que, excepcionalmente se podrán otorgar al curador, por ejemplo, funciones representativas, sin ningún apelativo adicional.
Para Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias", cit., p. 227 entiende que "la referencia a la representación plena parece una puerta trasera desde lo que sería posible recuperar, si conviene una eficacia equivalente a la actual tutela, sobre todo para actuales las situaciones de incapacitación "total" pero no necesariamente sólo para estos casos".
De todas formas, en la reforma por esta Ley 8/2021 del Código Penal, también se vuelve a emplear el término representación plena en el art. 120 ordinal 1°.

una modificación de la capacidad parcial, aunque quizá más cercanas a ésta -en lo que representa una limitación parcial para actuar-; que, exigirían, precisamente, una asistencia o ayuda en el ámbito personal o patrimonial o en ambos, bien de manera ocasional o con cierta estabilidad en el tiempo y que, a falta de medidas voluntarias adoptadas por la persona con discapacidad, determinarán antes que el nombramiento de un curador, el de un defensor judicial o guardador de hecho como medidas de apoyo informal o formal respectivamente (precisamente, sería aquellas situaciones derivadas de tratamientos oncológicos o de una fase inicial de enfermedades neurodegenerativas o de carácter físico que van a tener previsiblemente una evolución negativa en el futuro)[17].

Como hemos señalado, la función de las instituciones de apoyo, como regla general, consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias y su participación en la toma de decisiones que le afecte; lo que resulta esencial, por lo que, la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de derechos (capacidad jurídica) y la posibilidad de ejercitar las relaciones de la que es titular (capacidad de obrar), esto es, la dimensión estática (capacidad jurídica en sentido técnico restringido) y la dimensión dinámica (capacidad de obrar)[18]. En todo caso, todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad, de proporcionalidad y mínima intervención[19].

17 Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias", cit., p. 230, para dar lugar al nombramiento de un curador basta "con una necesidad de apoyo continuado de cualquier género o intensidad que, no permita limitar la provisión de apoyos a un acto o tipo de actos que se prevea ocasional".
Por su parte, Sánchez Hernández, á.: "Aspectos generales de la reforma", cit., p. 22 manifiesta al respecto que "en casos extremos y severos de discapacidad intelectual de una persona, situaciones donde el apoyo no puede darse de otro modo y solo ante situaciones de imposibilidad de este, pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones".

18 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Navarra 2014, pp. 75-76; Alventosa del Río, J.: "Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* febrero 2019, núm. 10, pp. 236-237; López san Luis, R.: "El principio de respecto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Indret*, 2020, núm. 2, p. 119; Serrano García, I.: "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad", *Contribuciones para una reforma de la discapacidad* (dir. E. Muñiz Espada), La Ley, Madrid, 2020, p.75; Rogel Vide C., ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al Proyecto de Ley 121/27", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 2021, núm. 1, pp. 14-15 indica al respecto que, "la supresión de la categoría jurídica de la capacidad de obrar supone poner patas arriba la esencia misma de los conceptos esenciales del derecho".

19 *Vid*., la SAP A Coruña, sección 4ª, 8 octubre 2021 (Roj. SAP C 2310/2021; ECLI:ES:APC:2021:2310) manifiesta al efecto que, aunque Dª Cecilia está capacitada para tomas sus propias decisiones de medidas de apoyo, a salvo la ayuda que viene impuesta por su edad y sus limitaciones de movilidad, al haber sido diagnosticada de parkinson. En la situación actual, está en disposición de tomar sus decisiones por sí sola y no están de momento justificadas razones que sustenten la provisión judicial de apoyos para que Dª Cecilia pueda, en igualdad de condiciones, ejercitar sus derechos y tomar sus decisiones; la SAP Tarragona, sección 1ª, 17 noviembre 2021 (Roj. SAP T 1818/2021; ECLI:ES:APT:20221:1818); y, la SAP A Coruña, sección 3ª, 18 noviembre 2021 (Roj. SAP C 2608/2021; ECLI:ES:APC:2021:2608). Asimismo, *vid*., la SJPII Massamagrell, sección 4ª, 16 noviembre 2021 (Roj. SJPII 922/2021; ECLI:ES:JPII:2021:922).

En este contexto, y atendiendo a tales principios se prevé que, si una persona se encuentra en una situación que exige un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y se constata que es urgente la actuación, y no tiene un guardador de hecho como medida de apoyo, éste lo prestará de modo provisional, la entidad pública que en el respectivo territorio tenga la protección de mayores. En todo caso, la entidad deberá poner este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas (art. 253 CC).

Sobre tales bases, procede indicar que, en esta regulación también se elimina del ámbito de la discapacidad, tanto la tutela como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Es, por ello, que en la nueva regulación se ha considerado más prudente establecer que, cuando el hijo el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad, se le presten los apoyos, que necesite del mismo modo y por el mismo medio, que se aplique a cualquier otro adulto que los requiera. En este caso, se podrá nombrar a los padres (progenitores) como curadores o como guardadores de hecho.

Así estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (art. 254 CC). Por tanto, estarán legitimados para solicitar la adopción de medidas de apoyo el menor –con dieciséis años, pues, debe hacerlo en los dos años anteriores a la mayoría de edad-, los progenitores, el tutor, y el Ministerio Fiscal, estos también deberán solicitarlo dos años antes que, el menor llegue a la mayoría de edad y serán eficaces, una vez, alcanzada ésta, mientras tanto está sujeto a patria potestad o tutela. No obstante, estas medidas puede haberlas adoptado el mayor de dieciséis años e, igualmente, que surtirán efecto, alcanzada la mayoría de edad. Se trata de medidas voluntarias de apoyo adoptadas por el mayor de dieciséis años se entiende, a falta de mención que, puede concretarlas en documento público o privado. Si bien, como veremos, no podrá exigir el nombramiento de curador (autocuratela); ni tampoco podrá otorgar apoderamientos y mandatos preventivos. De todas formas, habrá situaciones en las que, como hemos indicado, los progenitores sean nombrados curadores con facultades representativas, solicitando la aplicación de tal medida dos años antes alcanzar el hijo/a la mayoría de edad, al padecer éstos una discapacidad física o psíquica que existente en el momento actual y que persistirá al alcanzar la mayoría de edad (pensemos en un hijo/a con parálisis cerebral desde el nacimiento y sin posibilidad de mejora o recuperación)[20].

20 En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se especifica que, el menor con discapacidad, cuando llegue a la mayoría de edad, se le prestarán los apoyos que, necesite, al igual que, a cualquier adulto. Y habrá que añadir, ante el hecho claro que persista esa necesidad de asistencia o, en su caso, representación, cuando el hijo/a alcancen su mayoría de edad. Los progenitores en lugar de prorrogar su patria potestad, serán nombrados curadores o guardadores de hecho según la situación personal y patrimonial de sus hijos.

En este contexto, procede señalar en una concepción global que, la reforma del Código Civil en materia de discapacidad está basada en el respeto a la voluntad, deseos y las preferencias de la persona con discapacidad. Por lo que, además de este eje central que constituye la autonomía de la voluntad y la autodeterminación del individuo en su máxima expresión y sobre la que opera todo "el modelo social" de tratamiento de la discapacidad y no paternalista sobre el que descansa la Convención; existe otro eje también fundamental en su configuración como son las medidas de apoyo. Estas deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y actuar atendiendo a tal voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En todo caso, la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso –personal o patrimonial-, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Por lo que, en casos excepcionales, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención y, se dará prioridad a las medidas voluntarias (poderes y mandatos preventivos, autocuratela, acuerdos de apoyo), a las legales y judiciales, en una suerte de "desjudicialización del sistema", además de en esta línea, fijarse como regla general acudir previamente a la jurisdicción voluntaria, en concreto, el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad previsto en el art. 42 bis LJV[21].

Este respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad informa toda la norma del Código Civil y también se extrapola a otros ámbitos normativos a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

21 Si bien, como puntualiza Santos Urbaneja, F.: *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras le Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cuniep, Madrid, 2021, p. 250 esta desjudicialización no significa desautorización y es importante entender esto bien pues, "se propone "la razonable desjudicialización" porque en la actualidad la intervención judicial es excesiva, está sobredimensionada sin justificación en perjuicio del colectivo de las personas con discapacidad, sus familiares y allegados". Por tanto, "el sistema judicial deberá actuar cuando sea necesario y en la medida que sea necesario. Fuera de esto lo normal, lo cotidiano es que se acuda al Juzgado cuando se haya producido una situación que lo justifique".

De ahí que, acertadamente Ureña Carazo pone el acento en la idea de una protección integral de la persona ("visión holística"), tratando con ello de eliminar el enfoque parternalista propio del siglo pasado que se traducía en un exceso de protección y adaptarlo a la nueva realidad social[22].

Sobre tales bases, como señala la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 18ª, de 15 de septiembre de 2021[23] "se busca asegurar la igualdad de las condiciones lo que, implica remover las barreras que impidan a estas personas ejercer sus derechos, mediante apoyos y salvaguarda, a partir del respeto a su voluntad, deseos y preferencias, también en la fijación de medidas de apoyo. Por tanto, no cabe imponer (salvo en casos muy excepcionales) una determinada conducta, ni puede concebirse el apoyo como instrumento para que las personas con discapacidad "deseen" o "desarrollen" las mismas capacidades naturales que otras personas o se alineen con un determinado desiderátum social o proyecto vital. No hay un referente social comparativo, un estándar de conducta, no se puede tratar diferente a la persona discapacitada que a las demás. Sin perjuicio de la deseable inclusión y la aceptación plena de sus diferencias por parte de la sociedad y que ésta deba promover en todos sus ámbitos la igualdad de oportunidades en la participación social, una sentencia judicial que establezca apoyos no lo puede hacer ya en la perspectiva paternalista o médico-asistencial de velar por la persona afectada y promover su desarrollo, sino que debe partir de la capacidad natural y del proyecto vital ya existente (o de su falta) y respetar la libertad, mientras responda a una voluntad bien conformada y no perjudique a terceros. La capacidad de cada persona configura la medida de su libertad y de su voluntad, sin que valga un referente genérico y las limitaciones a la libertad son las aceptables en el seno de una sociedad democrática, conforme al CEDH y la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo. (…) por lo que, en este contexto, la regla básica ha de ser que, en todo lo que no esté determinado judicialmente como necesitado de apoyos, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, lo que obliga a la Sala a concretar el elenco de situaciones posibles en las que deberá apoyar a la persona con discapacidad el asistente. El Tribunal Supremo habla de un "traje a medida" y la doctrina apunta a que el juez ha de valorar "las habilidades funcionales de la persona en relación con el diagnóstico y síntomas de su enfermedad, así como las repercusiones que éstas tengan en las distintas dimensiones de su vida social y jurídica. (…) Se trata de que pueda ejercer su capacidad jurídica con total garantía de seguridad, revisando cada cierto tiempo si el apoyo así lo permite. Y para elaborar esa "traje a medida" hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna

22 Ureña Carazo, B.: "El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista", *LA LEY* Derecho de Familia, enero-marzo 2022, núm. 33, p. 4.

23 Roj. SAP B 9511/2021; ECLI:ES:APB:2021:9511.

ayuda, si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de su vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales y patrimoniales y en qué medida precisa de una protección y ayuda".

Pues bien, en este breve *excursus* sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, procede, asimismo, señalar que, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Igualmente, podrá establecer los órganos de control y supervisión que estime convenientes para el ejercicio de tales facultades y su funcionamiento. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido, que las ejercitará, si fuera necesario, con el apoyo que proceda y lo tuviera nombrado, si no se debería proceder a ello (art. 252 CC). Por lo que su actuación es subsidiaria; en todo lo no atribuido al administrador o administradores nombrados por el donante. En todo caso, la actuación del administrador o administradores alcanza a las reglas de administración y disposición de los bienes –se entiende de administración extraordinaria, enajenación y gravamen-; no a los actos de administración ordinaria que puede ejercerlos la persona con discapacidad (donataria) por sí solo, o, si fuera preciso y necesario, con el apoyo asignado.

Y, por su parte, el art. 9.6 CC entiende que, la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será el de su residencia habitual. En el caso de residencia en otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. No obstante, será de aplicación la ley española en la adopción de medidas provisionales o urgentes.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar, específicamente, en el régimen jurídico de la curatela representativa como medida de apoyo judicial de carácter continúo y establece, sin por ello dejar de analizar también su carácter preferentemente asistencial en cuanto constituye la regla general de su actuación.

II. LA CURATELA COMO MEDIDA JUDICIAL DE APOYO.

Las medidas de apoyo de origen legal o judicial solo operan en defecto o ante la insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad (art. 249 apartado primero CC). Estas instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, además de las de naturaleza privada (art. 250 apartado primero CC). Si bien, conviene precisar que, las medidas de autorregulación

pueden coexistir con las medidas legales o judiciales que, se imponga, cuando, precisamente, aquéllas resulten insuficientes. Así puede coexistir la vigencia de un poder o mandato preventivo con el nombramiento de un curador[24]. En todo caso, todas las medidas de apoyo y con tal la curatela, deberán ajustarse a los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención[25].

La curatela se configura como una institución de apoyo judicial básica de las personas discapacitadas[26], dando para ello una nueva regulación a la misma y ampliando el contenido y alcance de esta figura jurídica. Será proporcionada a las necesidades de la persona que las precise, respetando al máximo su autonomía, voluntad, deseos y preferencias. Se trata de una instrucción de apoyo que se aplica a las personas con discapacidad, dejando de operar respecto a la protección del emancipado que, estará asistido por un defensor judicial (art. 247.1 CC). Es de constitución judicial –mediante resolución motivada, a través de expediente de provisión de medidas de apoyo previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (art. 42 bis y siguientes) o, en su caso, en procedimiento verbal contencioso en caso de oposición (arts. 748 y siguientes LEC- y aplicable a aquellas personas discapacitadas que, requieren de medidas de apoyo continuadas. Su contenido vendrá determinado en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo (art. 250.5 CC). De ahí, su contenido estable, aunque provisional, pues, depende siempre de la situación personal y patrimonial de la persona y, asimismo, de la exigencia de revisión de las medidas. En concreto, siempre que se produzca cualquier cambio en la situación de la persona que requiera una modificación de las medidas que se hubieran tomado; y periódicamente, en un plazo máximo de tres años; y de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o modificación de apoyos, podrá establecerse un plazo de previsión

24 *Vid*., la STS, Sala de lo Civil, 8 septiembre 2021 (RAJ 2021,4002) además de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso, a su voluntad, deseos y preferencias. Igualmente, en la STS 6 mayo 2021 (RAJ 2021,2381) se hacía referencia a que uno de los principios que deriva de la Convención de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

25 *Vid*., la SAP A Coruña, sección 4ª, 8 octubre 2021 (LA LEY 244174,2021) pese a la edad y algunos rasgos de su personalidad, en la época actual Dª Cecilia no precisa que se adopten medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica –principio de necesidad-. Asimismo, en la SAP Pontevedra, sección 3ª, 13 enero 2022 (Roj. SAP PO 24/2022; ECLI:ES:APPO:2022:24) en el juicio notarial de capacidad se considera que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica para otorgar una donación.

26 En esta línea, Magariños Blanco, V.: "Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre Discapacidad", *Revista de Derecho Civil,* julio-septiembre 2018, vol. V, núm. 3, p. 200.
Para Pérez Álvarez, M. Á.: "Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Curso de Derecho Civil (IV)*, *Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), 6ª ed., Edisofer, Madrid 2021, pp. 438-439 la curatela "es una medida formal prevista para las personas con discapacidad que precisen apoyo de modo continuado por la autoridad judicial en el preceptivo procedimiento de provisión de apoyos y con la extensión que fije la correspondiente resolución".
Por su parte, O´Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. V, *Derecho de la familia*, 4ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2021, p. 302 señala que "la curatela es la institución y el curador la persona que complementa la capacidad del sujeto a la misma, en aquellos casos que necesite un apoyo para tomar decisiones en cuestiones que le afecten, de todo tipo".

superior, pero sin que pueda exceder de seis años. Ahora bien, para garantizar el respeto a la voluntad, deseos, y preferencias de la persona con discapacidad y, además evitar los abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas, se podrán establecer medidas de control que se estimen oportunas (art. 270.1 CC). E, igualmente, tanto la autoridad judicial como el Ministerio Fiscal podrán recabar del curador información sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad, como la que se considere necesaria a fin de garantizar un buen funcionamiento de la curatela respectivamente.

Sobre tales bases, como pone de manifiesto el art. 269 apartado primero CC, se trata de una medida subsidiaria que, solo se constituirá por la autoridad judicial cuando "no exista otra medida de apoyo suficiente". Además, como toda medida de apoyo, deberá ajustarse, tal como hemos manifestado, a los principios de necesidad y proporcionalidad, esto es, ha de ser proporcionadas a las necesidades de la personas con discapacidad que las precise, respetando siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y, asimismo, atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (art. 268 apartado 1 CC) tanto para los actos en que el curador deba prestar asistencia, como para aquellos otros en que deba ejercerse la representación, han de fijarse de manera precisa –han de ser proporcionales- (art. 269 apartado cuarto CC). En fin, ha de adaptase a las circunstancias concretas de la persona con discapacidad. Ha de hacerse un "traje a medida" en el que se respete la voluntad, los deseos y preferencia de la persona a quien se presta apoyo (art. 268 CC). Precisamente, el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que se preste apoyo; de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282 CC) –principio de mínima intervención-. Igualmente, cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el defensor judicial que lo sustituya, además de oír a la persona que precise apoyo, respetará su voluntad, deseos y preferencias (art. 283 CC). Por otra parte, en la configuración de este apoyo, la autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precise apoyo (art. 270 CC).

El propio significado de la palabra curatela -cuidado-, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial.

Por tanto, en principio, el juez constituirá una curatela asistencial, determinando que actos requieren la asistencia de curador no sólo en la esfera personal sino también en la patrimonial; y solo excepcionalmente, cuando la persona tenga tal grado de discapacidad que, le impida decidir por sí mismo, se establecerá una curatela representativa. Ciertamente, aunque el legislador entiende que el juez debe procurar fijar una curatela asistencial –función de asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias (art. 250.2 CC)-; esto no le impide que, ante la situación fáctica del discapacitado se procede a otorgarla con carácter representativo. Lo cierto que procede la curatela asistencial o representativa atendiendo al grado de discapacidad de la persona; de forma que, si ésta es de tal grado que le impide operar en la vida normal con plenas facultades, se proceda a su representatividad, pues se ha de atender a las necesidades de las personas con discapacidad y a la proporcionalidad de la medida; y con el respecto, al máximo posible, de la voluntad, autonomía y preferencias de aquélla. Si se diera el caso que, la personas con discapacidad no puede expresar su voluntad, pues, el grado de discapacidad que padece, se lo impide, en este caso –aunque la curatela se representativa-. Se impone, por tanto, al curador que, tome, en consideración, en lo que representa su actuación "la trayectoria vital, los valores y las creencias de las personas con discapacidad". La curatela representativa, por tanto, opera en casos excepcionales, tal como indica el art. 249 CC, siendo aquellos en los que la persona está privada absolutamente de sus facultades volitivas y cognitivas. Esta medida de apoyo será necesaria y proporcional a la situación de discapacidad de la persona.

Si bien, aunque no se contenga en la Ley 8/2021 no sería descartable, como expusimos en líneas precedentes, atender también al interés de la persona con discapacidad como guía o criterio rector en la toma de decisión y actuación del órgano de apoyo representativo que, es el curador. Y, operando sobre ese criterio "subsidiariamente" para justificar su decisión y recordemos la actuación del Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia de 8 de septiembre de 2021[27] al señalar que "en casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está probando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente, sus vecinos, está justificas la adopción de las medidas asistenciales (proporcionada a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad, impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante,

27 STS 8 septiembre 2021 (RAJ 2021,4002).

como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda". Por lo que añaden que "no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto de la voluntad manifestada en contra de la persona afectada sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien, por efecto directo de un trastorno mental, no es consciente del proceso de degradación persona que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración que, si esa persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal".

Sobre tales bases, además de la curatela ordinaria o asistencial en la que intervienen la persona discapacitada, o la curatela representativa que, excepcionalmente se puede sustituir a la persona, Lora-Tamayo se inclina también por una curatela mixta en la que se atribuye al curador facultades asistenciales y representativas[28]. La curatela representa una medida de apoyo de contenido variable en función de la situación de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de carácter continúo y revisable, siendo la función asistencial, como para toda medida de apoyo, la preferente en la configuración de su actuación.

Así, la curatela asistencial se configura como medida de apoyo más flexible, caracterizándose por su contenido de asistencia, ayuda, información, supervisión, abarcando tanto la esfera personal o patrimonial de la persona con discapacidad o ambas a la vez. El curador asistencial no suple la voluntad de la persona, sino que asiste, encauza y, la complementa en su toma de decisiones mientras que la curatela representativa es na forma de apoyo más intensa, cuando la persona con discapacidad no puede tomar autónomamente decisiones e asuntos personales y patrimoniales de su incumbencia. No supone un mecanismo de sustitución, pues, la persona afectada sigue conservando facultades de autodeterminación y de toma de decisiones en menor proporción que, si se opta por la asistencia[29]. Ahora bien, esta medida de apoyo judicial excepcionalmente puede incluir funciones representativas, especialmente, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona; si bien, en su ejercicio se tendrá presente,

28 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid 2021, p. 74.

29 *Vid.*, la SAP Murcia, sección 4ª, 8 octubre 2021 (LA LEY 254333,2021); la SAP Pamplona, sección 3ª, 21 octubre 2021 (Roj. SAP NA 1753/2021; ECLI:ES:APNA:2021:1753); la SAP Valencia, sección 10ª, 20 octubre 2021 (LA LEY 265322,2021); la SAP Zaragoza, sección 2ª, 15 noviembre 2021 (Roj. SAP Z2327/2021; ECLI:ES:APZ:2021:2327); la SAP Madrid, sección 22ª, 25 octubre 2021 (LA LEY 251571,2021); la SAP Ciudad Real, sección 1ª, 22 noviembre 2021 (Roj. SAP CR 136/2021; ECLI.ES:APCR:2021:1326); la SAP Tarragona, sección 1ª, 25 noviembre 2021 (Roj SAP T 1898/2021; ECLI:ES:APT:2021:1898); la SAP Jaén, sección 1ª, 25 noviembre 2021 (Roj. SAP J 1538/2021; ECLI:ES:APJ:2021:1538); la SAP A Coruña, sección 5ª, 20 diciembre 2021 (Roj SAP C 3029/2021; ECLI:ES:APC:2021:3029), la SAP Valladolid, sección 1ª, 23 diciembre 2021 (Roj. SAP VA 1928/2021; ECLI:ES:APVA:2021:1928); y, la SAP Pontevedra, sección 3ª, 21 marzo 2022 (Roj. SAP PO 469/2022; ECLI:ES:APO:2022:469). Asimismo, *vid.*, la SJPII, número 2, de Tafalla, 16 junio 2021 (LA LEY 232952,2021); la SJPI, número 9, de Castellón de la Plana, 23 septiembre 2021 (Roj. SJPI 1530/2021; ECLI:ES:JPI:2021:1530); la SJPII, número 4, de Toledo, 16 de noviembre 2021 (LA LEY 290175,2021); la SJPII, número 3, de Durango, 25 noviembre 2021 (LA LEY 225488, 2021); y, la SJPII, número 2, de Orgaz, 27 de diciembre 2021 (LA LEY 304858,2021).

como hemos señalado, la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los diferentes factores que se tendrán en cuenta, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir la representación. La curatela con facultades de representación, como analizaremos, puede operar tanto en el ámbito personal (toma de decisiones para el normal desarrollo de su vida cotidiana en el ámbito habitacional/residencial), como en el sanitario (asistencia y tratamiento médico) y en el patrimonial (gestión y administración de su patrimonio)[30]. En este supuesto, corresponde a la autoridad judicial determinar los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, esto es, habrán de fijarse de manera precisa, cuáles son aquellos en que deba ejercer dicha representación (art. 269 apartado 4 CC). En todo caso, tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa y, no se podrá incluir en la sentencia la mera privación de derechos (art. 269 apartado 5 del citado cuerpo legal)[31]. No es función de la sentencia que se dicte en un procedimiento de determinación de apoyos privar de derechos a las personas con discapacidad, ni la prohibición de derechos. En este sentido, también se pronuncia la Disposición transitoria primera respecto a las prohibiciones

30 Vid., la SAP Valencia, sección 10ª, 16 septiembre 2021 (LA LEY 212410,2021); la SAP Cantabria, sección 2ª, 29 de octubre 2021 (Roj. SAP S 1237/2021; ECLI:ES:APS:2021:1237); la SAP Elche, 22 noviembre 2021 (Roj. SAP A 2610; ECLI:ES:APA:2021:2610); la SAP Ourense, sección 1ª, 22 noviembre 2021 (Roj. SAP OU 777/2021; ECLI:ES:APOU:2021:777); y, de la SAP Valencia, sección 10ª, 19 enero 2022 (Roj. SAP V 111/2022; ECLI:ES:APV:2022:111). Asimismo, *vid*., la SJPII, número 4, de Massamagrell, 21 de septiembre 2021 (LA LEY 275376,2021); la SJPII, número 1, de Tafalla, 28 septiembre 2021 (LA LEY 229587,2021) D. Eduardo está diagnosticado de enfermedad de alzhéimer grado GDS 5 y que el déficit de funciones intelectuales y volitivas es permanente e irreversible. Tiene afectadas las habilidades funcionales necesarias para ejercer el gobierno de sí mismo en sus esferas personal y patrimonial y necesita vivir en un medio controlado con capacidad de provisión de cuidados sanitarios y básicos continuados para su persona. Aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona *aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga clara conciencia de su situación*. En consecuencia, se nombra curadores de D. Eduardo con facultades de representación a su hija Dª. Carmen debiendo prestarle el apoyo necesario para las actividades cotidianas, situación económica y administración de sus bienes, consentimiento en tratamientos médicos y seguimiento de pautas de alimentación y médicas (la cursiva es nuestra); la SJPI, número 9, de Castellón de la Plana, 4 octubre 2021 (LA LEY 179291,2021); la SJPII, número 1, de Alcaraz, 14 octubre 2021 (LA LEY 204752,2021); la SJPI, número 6, de Albacete, 21 octubre 2021 (LA LEY 209579,2021); la SJPI, número 7, de Guadalajara, 27 octubre 2021 (LA LEY 207395,2021); la SJPII, número 3, de Durango, 23 noviembre 2021 (LA LEY 205270,2021); la SJPII, número 2, de Tafalla, 23 noviembre 2021 (LA LEY 307912,2021); la SJPI, número 7, de Guadalajara, de 20 diciembre 2021 (LA LEY 290223,2021); la SJPII, número 2, de Tafalla, 29 diciembre 2021 (Roj. AJPII 851/2021; ECLI:ES:JPII:2021:851A); la SJPI, número 8, de Albacete 7/2022, de 14 de enero; la SJPII, número 2, de Villarrobledo, 7 febrero 2022 (LA LEY 23812,2022); y, la SJPI, número 8, de Albacete 14 enero y 10 febrero 2022 (LA LEY 10868,2022; LA LEY 15338,2022).
Para Sánchez Hernández, Á.: "Aspectos generales de la reforma", cit., p. 31 se establece como medida de apoyo la curatela representativa cuando "se trate de una discapacidad intelectual severa que, impida a la persona decidir por sí misma".

31 Coincidimos con García Rubio, Mª.P.: "Comentario al art. 250 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Mª.P. García Rubio y Mª.J. Moro Almaraz), Thomson Reuters, Aranzadi, Circuir Menor (Navarra) 2022, pp. 236-237 que hay "casos difíciles" o casos límite" y ante este tipo de situaciones "no queda más remedio que, entender que el curador representativo actuará en representación de la persona a la que se presta apoyo y que esa sustitución será además general o plena".

de derechos actualmente existentes que "a partir de la entrada en vigor de la presente ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto". De todas formas, el Código Civil recoge la posibilidad de una curatela con funciones representativas plenas (alcance general) cuando la situación de la persona con discapacidad lo exija. Por lo que, parece que hay grados en la curatela representativa, atendiendo a cada situación personal – necesidad y proporcionalidad de la medida- y, se fijarán en el auto que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria o la sentencia del juicio verbal[32].

No obstante, aunque el legislador no alude a ello expresamente, se puede acordar por la autoridad judicial una *curatela mixta* con funciones representativas y de asistencia social[33].

En este contexto, la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otras medidas de apoyo suficiente para la persona con discapacidad y, determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (art. 269 apartados 1 y 2 CC). Como regla general, quien toma las decisiones es la persona con discapacidad, asistida por el curador, que le informa, asesora y explica las consecuencias de la posición adoptada. Cuando sea preciso y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas y sometido a un régimen específico de actuación en los términos apuntados: formación de inventario (arts. 285 y 286 CC); autorizaciones judiciales (art. 287). No se le exige fianza hipotecaria, como si sucede con la tutela de menores (art. 192 LH). En cambio, si se le aplican normas específicas como la prohibición testamentaria del art. 758 CC; o en materia de gananciales (art. 1393.1 CC) y contrato de sociedad (art. 1700.5º CC).

32 En esta línea, Corripio Gil-Delgado, Mª.R.: "El nuevo marco civil de apoyos", cit., p. 700.

33 *Vid.*, la SAP Ciudad Real, sección 1ª, 22 noviembre 2021 (Roj. AAP CR 1326/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326) D. Rodolfo sufre un trastorno psicótico grave compatible con la ezquizofrenia, no tratada, sin conciencia de enfermedad y que limita su capacidad de juicio, abstracción y volición, así como su interacción social. Cumple criterio diagnósticos actuales de ezquizofrenia con predominio de síntomas positivos (delirio y alucinaciones), además de alteración en el comportamiento y repercusión grave social, familiar y laboral. Para el Tribunal una curatela representativa extensiva a todos los actos del mismo, resulta excesiva en las limitaciones que, a su libre actuación, afecta. En consonancia, con la situación actual que éste presenta. Se nombra como curadora a la Fundación MADRE quien asumirá y ejercerá el cargo conforme a los requisitos fijado en la Ley y en la esfera personal a las funciones representativas tendentes a cumplir con el internamiento obligatorio autorizado en un centro especializado de salud mental y al tratamiento médico ambulatorio, psicofarmacológico terapéutico psicosocial de salud mental en un centro adecuado, si D. Rodolfo, no accede de forma voluntaria. A la asistencia relativos a los actos relativos al cuidado de su personal, en general y en concreto, en el ámbito médico sanitario en todo lo que le afecta, sin perjuicio del control de la medicación, seguimiento del tratamiento, asistencia a citas médicas e ingresos hospitalarios; en la esfera patrimonial, D. Rodolfo conserva la posibilidad de gestionar y administrar sus ingresos, igualmente, conserva la iniciativa, pero necesitará ser asistido, apoyado y controlado tuitivamente por la curadora para los actos del art. 287 y estas medidas será revisadas a los seis meses. Asimismo, la SJPII, número 1, del Toro, 20 octubre 2021 (LA LEY 181844,2021); la SJPI, número 7, de Guadalajara, 29 diciembre 2021 (LA LEY 290214,2021); y, la SJPI, número 7, de Guadalajara, 8 febrero 2022 (LA LEY 29194,2022).

Ahora bien, con el objeto de proteger a las personas con discapacidad, por un lado, en la resolución judicial que constituya la curatela o en otra posterior, se fijarán aquellas medidas de control que estime oportunas dirigidas a garantizar el respeto de los derechos, la voluntad; y, atendiendo a las preferencias de la persona que, precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. Y, por otro, podrá exigir en cualquier momento al curador, en el ámbito de sus funciones que, informe sobre la situación personal o patrimonial de la persona con discapacidad (art. 270 CC).

De todas formas, el Ministerio Fiscal podrá recabar, en cualquier momento, la información que, considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

Ahora bien, además de la curatela judicial asistencial, representativa o mixta, ésta puede tener, como señala García Rubio, un origen voluntario con carácter preventivo o *ex ante*, la llamada autocuratela y constituir, en consecuencia, una figura de carácter mixto (voluntario y judicial)[34]. Así, la persona con discapacidad, mayor de edad o menor emancipada, que en previsión de la concurrencia de circunstancias que, pueden dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo (art. 271 CC). Incluso excluir la necesidad de autorización judicial para la realización de los actos previstos en el art. 287 CC[35].

34 García Rubio, Mª.P.: "Comentario al art. 250 del Código Civil", cit., p. 235.
Para la STS, Sala de lo Civil, 2 noviembre 2021 (RJ 2021,4958) la posibilidad de nombrar curador "es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respecto a la dignidad humana reconocidos por el art. 10 CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada para designar la persona que ejerza la función de curador, e incluso, excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo". Las características que delimitan jurídicamente la autocuratela, tal y como es concebida por la ley son las siguientes: "1. Nos hallamos ante y negocio jurídico de derecho de familia; 2. Es personalísimo; 3. Es un negocio *inter vivos*; 4. Es solemne; 5. Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador; 6.Es revocable; 7. Inscribible en el registro Civil; 8. La facultades de la persona interesada no sólo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones del curador, inclusos sus sustitutos, sino también contempla la opción de establecer las disposiciones que, considere oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo".

35 En esta línea, García Rubio, Mª.P.: "Comentario al art. 250 del Código Civil", cit., p. 237.
En la STS, Sala de lo Civil, 19 octubre 2021 (RAJ 2021,4847) dispuso la testadora nombrando tutores a tres de sus seis hijos expresando su deseo que no se nombrase a ninguno de los otros tres hijos no a institución pública o privada. Respecto a la voluntad, preferencias y deseos de las personas con discapacidad, no procede el nombramiento de la institución tutelar que hizo el juzgador de instancia, ni el nombramiento que la Audiencia efectuó de hijos no nombrados por laS testadoras. No se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de aquella en la prestación de los apoyos que necesita. No cabe la imposición de otro sistema alternativo de curatela que no sea el nombramiento de la hija

No obstante, aunque la escritura de autocuratela vincula a la autoridad judicial al constituir la curatela –de ahí, la importancia del juego de la autonomía de voluntad-; no obstante, aquélla podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, siempre mediante resolución motivada (art. 272 CC)[36].

III. CAPACIDAD Y APTITUD PARA SER CURADOR. INHABILIDAD.

El art. 275.1 CC indica que, podrán ser curadores las personas físicas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función asistencial, o excepcionalmente, representativas, esto es, para el adecuado desempeño de su función. Como se indica, la exigencia de mayoría de edad es imperativa, no dispensable en un documento de autocuratela[37]. En todo caso, como señala acertadamente, Ammerman Yebra la expresión "apta para el adecuado desempeño de su función" se refiere a aquella persona "que no se encuentre incursa en algunas causas de inhabilidad y que además sea la más idónea para prestar el apoyo, ya sea por convivir y conocer bien a la persona con discapacidad, ya sea por otros factores que indiquen su aptitud para ser curador"[38]. Por lo que para ser curador (persona física) se exige por el citado art. 275.1 dos condiciones: la mayoría de edad (art. 246 CC); y la aptitud, a juicio de la autoridad

con la que convive que es la persona que con disponibilidad, cercanía, empatía y afecto le asiste en sus necesidades, conforma a sus propios deseos notarialmente expresados que deben ser respetados.

36 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 2 noviembre 2021 (RAJ 2021,4958) indica que, la sentencia recurrida no respetó la voluntad de la demandada, sin razones bastantes que justificasen debidamente una decisión de tal clase. La demandada exteriorizó su voluntad que fuera su hija la que asumiera el cargo de curadora, tanto en la esfera personal, para la que fue designada por la Audiencia, como en la esfera patrimonial. La aplicación de la nueva Ley determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe como tal, la cual debe ser sustituida por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo: sustitución de la tutela por la curatela, ya que aquella queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo.
Asimismo, en la STS, Sala de lo Civil, 19 octubre 2021 (Roj. STS 3770/2021; ECLI:ES:TS:2021:3770) en el caso presente no se dan las circunstancias previstas en el art. 272.2 CC para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandante, ya que concurren circunstancias graves desconocidas por la misma o variación de las contempladas al fijar la persona que prestará apoyos a Dª. Virginia. Convivía y sigue conviviendo con su hija Dª. Virginia que, es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a los propios deseos expresados notarialmente, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeña el cargo de curadora.
Y, en la STS, Sala de lo Civil, 21 diciembre 2021 (RAJ 2022,217) se considera insuficiente la motivación para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva Ley. Se requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizado por el demandado.

37 De Salas Murillo, S.: "Comentario al art. 275 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p, 508.

38 Ammerman Yebra, J.: "Comentario al art. 275 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Mª.P. García Rubio y Mª.J. Moro Almaraz), Thomson Reuters, Aranzadi, Circuir Menor (Navarra) 2022, p. 389.

judicial, para el adecuado desempeño de la función[39]. Si bien, no se fija límite máximo de edad para ocupar el cargo de curador[40].

Asimismo, lo podrán ser personas jurídicas así: las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad (art. 275 núm. 1 apartado primero CC)[41]. Aunque, se hace referencia a que se trate de personas o entidades de carácter público o privado sin ánimo de lucro, no faltan quienes entienden que, nada impide que aquellas personas o entidades públicas o privadas con ánimo de lucro que asumen en un compromiso con la sociedad en forma de responsabilidad social corporativa o responsabilidad social empresarial, puedan ser nombradas curadoras –máxime si entablan acciones dirigidas a contribuir en la mejora de las personas con discapacidad-[42].

Por el contrario, no podrán ser curadores al estar incurso en causa de inhabilidad:

1º. Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo (escritura de autocuratela).

2º. Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección;

3º. Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

Estas tres causas de inhabilidad son de carácter absoluto, afectan a todo curador. En esencia, responden o a voluntad del interesado, o quienes han demostrado una ineptitud previo o falta de cumplimiento de sus deberes paterno-filiales o

39 En esta línea, Ruiz-Rico Ruiz Morón, J.: "Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores", *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia y sucesiones* (coord. F. J. Sánchez Calero), 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 347.

40 *Vid*., la SAP Valencia, sección 10ª, 19 enero 2022 (Roj. SAP V 111/2022; ECLI:ES:APV:2022:111) no se ha acreditado en el momento actual que su edad (86 años) suponga un impedimento u obstáculo que le impida el adecuado cumplimiento de las obligaciones que impone el cargo de curador con funciones de representación.

41 Fernández-Tresguerres, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, p. 124 específica que "puede tratarse de una fundación de interés general, asociación (ONG) u organismo público como las fundaciones tutelares dependientes de las Comunidades Autónomas incluso con la colaboración mixta público-privada, e incluso, aunque su personalidad jurídica no se separe de la Administración, estatal, autonómica o municipal como organismo independiente, mixto o autonómico". Vid., asimismo, la SAP Madrid, sección 24ª, 8 junio 2020 (JUR 2020,336354) a favor de entidad especializada; la SAP Tarragona, sección 1ª, 16 diciembre 2020 (JUR 2021,8476) nombramiento de institución pública como curador; la SAP Navarra, sección 3ª, 3 junio 2021 (JUR 2021,254506) a favor de la Fundación Navarra para la Tutela de Adultos.

42 Ammernan Yebra, J.: "Comentario al art. 275 del Código Civil", cit., pp. 389-390.

de guarda –tutela, curatela- que, acredite su falta de compromiso y actitud para actuar con la diligencia debida en el cumplimiento del cargo de curador[43].

Aunque no lo diga el Código Civil, tampoco pueden ser curadoras las personas jurídicas con ánimo de lucro, lo que no se entiende bien su exclusión; máxime, si se trata de gestionar un patrimonio complejo en su composición que, requiere determinados conocimientos económico-financieros entre otros; o atendiendo a las razones apuntadas.

En todo caso, la autoridad judicial tampoco podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes:

1º. A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.

2º. A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo.

3º. Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.

4º. A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

Las causas 3ª y 4ª relacionadas con el concurso, ha de entenderse que, afecta a la curatela del patrimonio, no así de la persona.

Por otra parte, al tratarse de causas de inhabilidad relativas, permiten a la autoridad judicial nombrar curador al incurso en las mismas, si concurren "circunstancias excepcionales, debidamente motivadas".

No obstante, no parece que, las inhabilidades absolutas convenidas en el art. 275 primer párrafo CC pueden ser dispensadas en la escritura de autocuratela; si, en cambio, las relativas, en cuanto la propia autoridad judicial puede nombrarles curadores, si concurren circunstancias excepcionales.

En fin, tampoco, conforme establece el art. 250 apartado 8 CC, podrán ser nombrados curadores quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo para evitar influencias indebidas y abusos.

43 En esta línea, Pérez Álvarez, M. Á.: "Las medidas de apoyo a las personas", cit., p. 442.

IV. NOMBRAMIENTO DE CURADOR Y TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO.

1. Nombramiento.

De entre las personas habilitadas y con capacidad, la autoridad judicial podrá nombrar como curador a las personas mencionadas en el art. 276, fijando como criterio prioritario el atender a la voluntad de la persona que precisa apoyo –autocuratela-; a falta de la misma establece una elenco de personas que son llamadas con carácter subsidiario –llamamientos legales-. Todo ello sin obviar que la persona con discapacidad puede excluir a determinadas personas del cargo de curador o que, se admita la exclusa del cargo. Por tanto, en primer lugar se nombra; a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del art. 272. Estamos ante la figura de la autocuratela regulada en el art. 271 CC.

No obstante, indicaremos que, en el caso de autocuratela, la autoridad judicial podrá nombrar curador a quien haya sido propuesto por la persona que precise apoyo (documento público de autocuratela –art. 271-), o por la persona en quien esta hubiera delegado –en el cónyuge o en otra persona de elección del curador relacionada en la escritura pública de autocuratela (art. 274 CC)-, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del art. 272 –existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ello o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones-.

En defecto de tal propuesta voluntaria realizada en documento de autocuratela por la propia persona discapacitada, la autoridad judicial nombrará curador:

1º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo. Resulta preferible el cónyuge que conviva con la persona necesitada de apoyos. En situaciones de crisis matrimonial o de pareja no pueden ser nombrados curadores los ex cónyuges o ex pareja. Ahora bien, no falta quienes consideran que puede ser curador quien pese a estar separado de hecho sigue viviendo en el mismo domicilio[44].

Si se nombra al cónyuge con facultades de representación plena –será con carácter general- y bajo el régimen de gananciales, la administración y disposición de bienes gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad (art. 1387 CC).

44 Ammernan Yebra, J.: "Comentario al art. 276 del Código Civil", cit., p. 397.

2º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

3º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

5º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela[45].

7º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del art. 275 CC.

De tales nombramientos legales se puede señalar lo siguiente que: 1. Se equipara al cónyuge a la pareja de hecho; 3 La línea recta descendente es preferente a los ascendientes y hermanos. De ser varios los descendientes goza de preferencia el que conviva con la persona que precisa apoyo; 4. Los progenitores son llamados con preferencia a los descendientes y al resto de los ascendientes; 5. Como novedad, se posibilita la designación por el cónyuge o pareja conviviente en testamento o documento público. Si bien, se discute si simplemente es una delegación respecto de la elección entre diferentes candidatos designados por al autocuratelado, o se crea una nueva legitimación, permitiendo ampliar las tradicionales disposiciones de los padres u otras personas[46]; 6. Se incorpora al guardador de hecho como persona que puede ser nombrada curadora. No se entiende que, se posicione en quinto lugar y no se le dé una categoría más preferente, pues, puede ser quien hasta ahora ha asistido o en su caso representado a la persona del guardado y en todo caso, haya convivido o esté conviviendo con él[47]; 7. Además de a los hermanos, se nombra al pariente o allegado "que conviva con la persona que necesita curatela"; 8. La convivencia con la persona con discapacidad representa un criterio a tener en cuenta, máxime si concurren varias personas del mismo grado –a la hora de concretar la preferencia-; y, 9. En último lugar, se recurre al nombramiento de la

45 Vid., la SAP Barcelona, sección 18ª, 16 julio 2020 (JUR 2020,251658) a favor de su hermana con funciones de administración ordinaria.

46 En esta línea, De Salas Murillo, S.: "Comentario al art. 276 del Código Civil", *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters Aranzadi Cizur Menor, Navarra 2021, p. 750; Fernández-Tresguerres, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica,* cit., p. 128.

47 En esta línea, Castán Pérez-Gómez, S.: "La curatela: ¿Una nueva institución?", *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. M. Pereña Vicente y Mª del M. Heras Hernández, coord. por Mª Núñez Núñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 250.

persona jurídica, siempre que cumpla las condiciones establecidas en el art. 275.2 del citado Código Civil.

No obstante, la autoridad judicial podrá alterar este orden, una vez oída la persona que precise apoyo. Si, oída ésta, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar tal orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias. De forma que, el juez puede prescindir de este orden legal, si la voluntad de la persona que precise apoyo no está clara en cuanto al nombramiento de la personas idónea. Pero como siempre, se buscará aquella persona que pueda conocer e interpretar mejor su voluntad, deseos y preferencias. Como precisa Munar Bernat[48] si existen dos personas que se hallen en igualdad de rango, el criterio determinante para preferir a uno u otro, es la convivencia con la persona que precisa de apoyos.

En principio, el Código Civil opta por el carácter unipersonal de la curatela, esto es, que el cargo de curador sea ejercido por una persona; no obstante, permite que se pueda nombrar a uno o varios curadores, si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican (art. 277.1 CC). En todo caso, la curatela plural habrá de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pudiendo separar como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes (el citado art. 277.1 CC), como también sucede en la tutela.

De ser la curatela confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento (de forma simultáneos, sucesiva, mancomunada o solidaria, conjunta) respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo. No ha optado el legislador por concretar tal forma de actuación, prefiriendo dejarlo en manos de la autoridad judicial su concreción. Ahora bien, si es un solo el curador nombrado y se produce una situación de conflicto de intereses, de carácter ocasional, entre el curador y el curatelado, se nombrará un defensor judicial que los sustituya. Para el nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y respetará su voluntad, deseos y preferencias. De esta misma manera, se procederá en caso que el curador esté impedido de modo transitorio, por cualquier causa, para actuar en un caso concreto (art. 283 CC). De ser varios los curadores designados y con funciones homogéneas, éstas serán asumidas por aquellos que no estén afectados por el impedimento o no tengan un conflicto de intereses puntual con el curatelado. No obstante, de no ser homogéneas las funciones, deberá nombrarse para tales casos un defensor judicial. De ser la situación de impedimento o de conflicto prologada o reiterada, la autoridad judicial podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela –redistribuyendo las

48 Munar Bernat, P.A.: "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2020, vol. XXI, p. 452.

funciones- o, proceder a nombrar un nuevo curador, removiendo al anterior nombrado del cargo.

En este contexto, el nombramiento podrá tener lugar en el auto del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (art. 42 bis c) LJV); y si hay oposición, en la sentencia de los procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad que, se sustancian por los trámites del juicio verbal (art. 760 LEC)[49]. También en documento público de autocuratela y en testamento, no en documento público notarial como si lo hacen los progenitores respecto al designación de tutor a favor de su hijo menor de edad (art. 201 CC).

De todas formas, no surtirá efecto la disposición testamentaria hecha a favor del curador representativo, salvo si se ha hecho después de la extinción de la curatela. No obstante serán válidas las disposiciones hechas a favor del curador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato* (art. 753.1 y 4 CC).

En todo caso, si el socio en una sociedad civil tiene medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, conlleva la extinción de la sociedad civil; se exceptúa cuando se trata de sociedades civiles que revisten as formas reconocidas en el Código de Comercial, en los casos que deban subsistir con arreglo a dicho cuerpo legal (art. 1700 ordinal 3 y 5 CC).

Ahora bien, en sede de autocuratela se hace referencia a las designaciones de contenido negativo, permitiendo que la propuesta el interesado excluya a ciertas personas del ejercicio de la función de curador. En concreto, la propuesta de nombramiento, exclusiones y demás disposiciones voluntarias establecidas en la escritura de autocuratela vinculan a la autoridad judicial al constituir la curatela. No obstante, también procede señalar que, aquélla podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones. Por lo que, el nombramiento de curador no podrá recaer en aquellas personas que el interesado hubiera excluido del ejercicio

49 En el AJPII, número 1, de Tafalla, 15 diciembre 2021 (Roj. AJPII 769/2021; ECLI:ES:JPII:2021:769A) tras poner fin al expediente de jurisdicción voluntaria y entre tanto se tramita la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso, se acuerdas la adopción de medidas provisionales frente a D. Agapito siendo las siguientes: 1. Sus padres, Dª Marcelina y D. pero Miguel podrán adoptar aquellas decisiones y actuaciones sanitarias tendentes a garantizar los tratamientos y terapias que requiera Agapito tanto para el control y cuidado de sus enfermedades como para sus conductas adictivas; 2. Sus padres ejercerán como administradores con facultades de representación en la administración y disposición patrimonial de D. Agapito. Los padres designarán la cuenta bancaria en la que se ingrese la pensión que recibe y se ocuparán de su administración.

de la función de aquél, siempre que no se den las circunstancias descritas, en cuyo caso no vincularán al juez.

2. Constitución, toma posesión del cargo, inventario y fianza.

La curatela es una medida judicial de apoyo, mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. En la misma, determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (curatela asistencial). Si, excepcionalmente es necesario constituir una curatela representativa, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. A tal fin, como "traje a medida", los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. Si bien, el curador actuará atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias del curatelado. Igualmente procurarán que éste pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándole, ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. En casos excepcionales de curatela representativa, el curador deberá tener en cuenta en el ejercicio de sus funciones la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. En cualquier caso, se fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

De todas formas, conviene precisar que, en la resolución judicial en la que se constituya una curatela asistencial o en su caso, representativa se exige la concreción de los actos que el curador debe prestar asistencia, como de aquellos otros que debe ejercer la representación. Los actos no contemplados en la resolución podrá ejercitarlo la persona discapacitada sin ningún apoyo, pues, se ha de procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. En este caso, corresponde al notario ante una actuación concreta que, no necesite apoyo determinar la capacidad natural de la persona –esto es, llevar a cabo el correspondiente juicio de capacidad-.

En ningún caso –curatela asistencial o curatela representativa- la resolución judicial podrá incluir la mera privación de derechos.

Asimismo, corresponde a la autoridad judicial establecer en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias

de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. También podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella.

En todo caso, sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal también podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela. Y, en fin, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

A efectos procesales, cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial como la curatela, se procederá a la tramitación del *expediente de provisión de apoyos*, siendo competente para conocer el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad.

Si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen[50].

En cuanto los promotores de este expediente serán Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos[51]. No obstante, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente.

50 Como señala Fernández de Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad", *LA LEY Derecho de Familia,* enero-marzo de 2022, núm. 33, p. 5, que "se opta por el lugar en que realmente vive la persona, la residencia habitual y no sólo el lugar en el que se resida o esté empadronada en atención a su domicilio". A lo que añade que, esto supone "una excepción al principio de *perpetuatio iurisdictionis*, consiste en el mantenimiento de la jurisdicción con independencia de los cambios de residencia que se produzcan a lo largo de la tramitación de los distintos procedimientos".

51 Resulta acertada la crítica realizada por Fernández de Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos", cit., p. 5 de que "no se haya reconocido legitimación para promover el expediente a las personas físicas o jurídicas que tengan la guarda de la persona que puede quedar sujeta a curatela". A lo que añade que "el llamamiento a los descendientes y ascendientes se hace de forma global y sin referencia alguno al grado de parentesco en línea descendientes o ascendientes por lo que están llamados todos aquellos que se encuentren en esta posición sin excepción alguna, lo que conlleva una legitimación extraordinariamente amplia y por tanto, incompatibles con el afán restrictivo de la judicialización de este tipo de situaciones".

Ahora bien, la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador.

En todo caso, el Letrado de la Administración de Justicia realizará las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme a lo previsto en el art. 7 bis de esta Ley –ajustes razonables-[52].

A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso[53]. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia.

Admitida a trámite la solicitud por el Letrado de la Administración de Justicia, este convocará a la comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente, o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos. Los interesados podrán proponer en el plazo de cinco días desde la recepción de la citación aquellas diligencias de prueba que consideren necesario practicar en la comparecencia. También se recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que se consideren pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas.

52 Art. 7 bis. Ajustes para personas con discapacidad: "1. En los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. 2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin: a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios –por ejemplo, un guardador de hecho-".

53 Fernández de Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión", cit., p. 10 manifiesta que "en el nuevo paradigma de la discapacidad requiere un sistema de colaboración interprofesional o de "mesa redonda" con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que, puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso".

La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial[54].

Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso.

En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria[55]. Resulta esencial esta novedad de la entrevista, donde la persona con discapacidad podrá expresar su voluntad, deseos y preferencias.

Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oirá a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas.

Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente.

---

54 La Disposición adicional primera de la Ley 8/2021 se refiere al régimen de colaboración entre la Administración de Justicia y las entidades del Tercer Sector de Acción Social y su apartado 2 dispone que: "Las entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras con la Administración de Justicia podrán desempeñar las siguientes actuaciones: a) Informar, auxiliar, asistir, aportar conocimiento experto y, en general, cooperar con la Administración de Justicia en las materias propias de su ámbito, en los términos que se determine reglamentariamente; b) Actuar como interlocutores ante el departamento ministerial o autonómico responsable de la Justicia a través de sus órganos de participación y consulta, en los términos previstos en la normativa que resulte de aplicación; c) Colaborar con la Administración de Justicia en el diseño, desarrollo y aplicación de todo tipo de iniciativas, programas, medidas y acciones que redunden en la mejora del servicio público de la Justicia y de la percepción que la ciudadanía tiene del mismo; d) Cualquier otra que se determine reglamentariamente". Y añade en su apartado 3 que. "El procedimiento para el reconocimiento como entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras de la Administración de Justicia y la concreción de los derechos y obligaciones que dicho reconocimiento comporta se regulará reglamentariamente. En todo caso, la resolución de reconocimiento como entidad del Tercer Sector de Acción Social colaboradora con la Administración de Justicia, así como su revocación serán objeto de publicación en el "Boletín Oficial del Estado" o en el diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente".

55 El art. 18. 6ª LJV dispone que al respecto que "El desarrollo de la comparecencia se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil".
Y el art. 19.2 de la citada Ley manifiesta que "Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados".

También se podrá fin al expediente de existir oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas[56], sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio, que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.

No se considerará oposición la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta, en cuyo caso el expediente continúa y se resuelve (arts. 13 a 22 LJV aplicables con carácter supletorios a los expedientes específicos como establece el propio art. 13).

Las medidas se adoptarán mediante auto y deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión. Tales medidas serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que, las hubiera acordado, debiendo seguirse el trámite contemplado en el art. 42 bis c) LJV.

En todo caso, cualquiera de las personas legitimadas para iniciar el expediente, así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto (art. 42 bis a), b) y c) LJV).

Por su parte, para la *tramitación del expediente relativo a tutela o curatela* será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. Se iniciará mediante solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la tutela o curatela. En ella deberá expresarse el hecho que dé lugar a una u otra, acompañando los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela y sus domicilios. Igualmente deberá acompañarse certificado de nacimiento de esta y, en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por estos en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos menores, o el documento público notarial otorgado por la propia persona

56 El art. 17.3 LJV tras disponer que: "los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquélla con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen". Añade en su apartado segundo que "Si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente".

con discapacidad en el que se hubiera dispuesto en previsión sobre su propia curatela u otras medidas de apoyo voluntarias.

En la comparecencia se oirá al promotor, a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya curatela se pretenda constituir, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno.

Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en lo que conste, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

El Juez designará curador a persona o personas determinadas, de conformidad con lo prevenido en el Código Civil.

En la resolución acordando el nombramiento de curador, se adoptarán las medidas de fiscalización de la curatela establecidas por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto salvo que sea otro el interés de la persona afectada.

En todo caso, cuando corresponda de acuerdo con la legislación civil aplicable, en la resolución por la que se constituya la curatela u otra posterior, el Juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir al curador informe sobre la situación personal de la persona con discapacidad y el estado de la administración de sus bienes. Si se adoptaren en resolución posterior, se oirá previamente al curador, a la persona respecto a la que deba constituirse la curatela y, al Ministerio Fiscal.

El Juez, en la resolución por la que constituya la curatela o en otra posterior, podrá exigir al curador de modo excepcional la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo determinar, en tal caso, la modalidad y cuantía de la misma

También podrá con posterioridad, de oficio o a instancia de parte interesada, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la fianza que se hubiera prestado, tras haber oído al curador, a la persona con discapacidad que precise medidas de apoyo y, al Ministerio Fiscal.

La resolución que se dicte será recurrible en apelación sin que produzca efectos suspensivos.

Durante la sustanciación del recurso, e incluso si se instara un proceso ordinario posterior sobre el mismo objeto, quedará a cargo del curador electo, en su caso,

el cuidado de la persona con discapacidad y la administración de su caudal, según proceda, bajo las garantías que, parecieran suficientes al Juez (art. 43 y 45 LJV).

Como hemos indicado, si hay oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas se podrá fin al expediente de jurisdicción voluntaria y se inicia un proceso de naturaleza especial, contencioso y plenario, de carácter preferente que se tramita por los cauces del juicio verbal conforme lo establecido en los arts. 756 a 762 LEC.

Será *competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad* la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida. Si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen[57].

Están *legitimados para promover el procedimiento* la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano –enumeración con carácter *de numerus clausus*-. De todas formas, el Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa. Ahora bien, cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión (art. 757 LEC).

En cuanto a la posible intervención en el procedimiento, las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el art. 13 LEC. Como apunta Ureña Carazo la remisión que, hace el citado art. 757 al art. 13 de la citada Ley adjetiva, da cabida "a otras personas que convivan con la persona con discapacidad, pero que no tengan el grado de parentesco exigido legalmente, lo que evita, la existencia de situaciones

57 Ureña Carazo, B.: "El nuevo proceso de apoyo", cit., p. 5, dispone que "se trata de una norma de carácter imperativo (no cabe ni sumisión expresa ni tácita), que atribuye la competencia objetiva al juez de primera instancia y la territorial al juez de residencia de la persona con discapacidad", añade "como novedad, se permite un cambio para el supuesto de un traslado de residencia de la persona con discapacidad, una vez iniciado el procedimiento y antes de la celebración de la vista".

de desigualdad entre los familiares de la persona afectada, en atención a los que ostentaban la condición de parte y los que no"[58].

Admitida la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que considere pertinentes sobre las medidas de apoyo inscritas. Si bien, una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando la persona interesada no hubiera podido ser notificada personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el Juzgado con su propia defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento. A continuación, se le dará al defensor judicial un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente. Asimismo, el Letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el art. 7 bis.

En cuanto a las pruebas, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el art. 752 LEC, el Tribunal practicará las siguientes: 1. Se entrevistará con la persona con discapacidad que resulta de nuevo una novedad esencial en la reforma que, da participación activa a la persona con discapacidad; 2. Dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad; 3. Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso[59].

58 Ureña Carazo, B.: "El nuevo proceso de apoyo", cit., p. 5.

59 Ureña Carazo, B.: "El nuevo proceso de apoyo", cit., p. 10 indica que "se instaura por primera vez un sistema de colaboración profesional o "de mesa redonda", lo que implica necesariamente la especialización de todos los operadores jurídicos que intervengan en el proceso (jueces, abogados, fiscales, letrados de administración de justicia, psicólogos y trabajadores sociales)". Por su parte, Santos Urbaneja, F.: *Sistema de apoyo jurídico a las personas*, cit., p. 256 señala que "esta prueba consiste en recabar un "dictamen plural", no exigible en la legislación precedente, encierra una potencialidad enorme en orden a establecer si lo que verdaderamente concurre en el demandado es una limitación en el ejercicio de su capacidad jurídica o, si por el contrario, lo que pasa es que no existen o no se arbitran los recursos sociosanitarios a los que aquél tiene derecho". Y añade que "para que fuese más eficaz, la elaboración del dictamen debería hacerse de forma conjunta. Del mismo modo, conjunta deberá ser la exposición de los dictámenes en el acto de la vista del juicio".

Ahora bien, en los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad, el Tribunal podrá, previa solicitud de esta y de forma excepcional, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad.

En todo caso, cuando el nombramiento de curador no estuviera propuesto, sobre esta cuestión se oirá a la persona con discapacidad, al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a sus parientes más próximos y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno, siendo también de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.

Lo que representa una novedad es que, si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas señaladas.

Se decidirá mediante sentencia y las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables.

Ahora bien, *una vez nombrado el curador tomará posesión de su cargo* ante el Letrado de la Administración de Justicia (art. 282.1 CC) y mediando determinadas circunstancias habrá de constituir garantía –fianza- que asegure el cumplimiento de sus obligaciones (art. 284 CC) y hacer inventario (art. 285 CC).

Con respecto a la constitución de la fianza (garantía en sentido amplio –personal y real-), no revista carácter necesario y solo habrá de constituirse cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, con el objeto asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y, asimismo, determinará la modalidad y cuantía de la misma. Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial.

En cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado (art. 284 CC).

En cuanto al inventario, reviste carácter necesario, cuando el curador tiene facultades representativas, que deberá llevarlo a cabo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

Ahora bien, en el documento de autocuratela podrá establecerse tanto la obligación de hacer inventario a todo curador –sea asistencial o representativo-, como dispensar de su realización a ambos supuestos de curatela –en todo caso al curador con facultades representativas es al que, habría que reconducir, especialmente, la facultad de dispensa-. Podrá igualmente establecer disposiciones

sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

Así las cosas, en relación con el inventario procede señalar que: 1. Se formará ante el Letrado de la Administración de Justicia, con citación de las personas que estime conveniente. No obstante, éste podrá prorrogar el plazo previsto de sesenta días si concurriere causa para ello; 2. Respecto al dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador, serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto. No tiene mucho sentido el dinero que se entiende depositado en una cuenta bancaria, como tampoco los valores mobiliarios –títulos valor-. En todo caso, el dinero –hay que tener en cuenta la limitación de la Ley 11/2021, de 9 de julio para prevenir el blanqueo de capitales-[60]; las alhajas, objetos precisos u otros documentos se depositarán o bien en una caja fuerte en un banco, o en una notaría o en poder de un amigo, o en un almacén de seguridad. Las posibilidades son varias; y, 3. De todas formas, los gastos que ocasionen las anteriores medidas correrán a cargo de los bienes de la persona en cuyo apoyo se haya establecido la curatela (art. 285 CC).

En fin, en una suerte de condonación tácita o presunta, el art. 286 CC establece que, si el curador no incluya en el inventario los créditos que tenga contra la persona a la que presta apoyo, se entenderá que renuncia a ellos[61].

V. EJERCICIO DE LA CURATELA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CURADOR.

El curador, una vez nombrado y tomado posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia, deberá cumplir con determinados deberes y obligaciones. Por una parte, asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones –pueda decidir por sí misma-.

Aunque, no tiene la obligación de velar o proteger a la personas con discapacidad no convivir con ella; en el ejercicio de la curatela estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a

60 Se establece la prohibición de pago en efectivo superior a la cantidad de 1000 euros.

61 En esta línea, Álvarez Lata, N.: "Comentario al art. 286 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2021, p. 524.

desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida[62]. No se exige necesariamente la convivencia curador-curatelado; no obstante, si la misma ha sido la circunstancia que ha tenido en cuenta la autoridad judicial para la elección y nombramiento de curador, el cese de la convivencia puede tenerse en cuenta ante una posible remoción del curador (art. 276 CC).

Igualmente, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. En esta línea, fomentará que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica por sí misma, si su situación jurídica lo permite o plantea una disminución del alcance asistencial o representativo del curador. En caso que el curador asuma funciones representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital de las personas con discapacidad, sus creencia y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación (art. 249 CC). En todo caso, fomentará las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro o prescindiendo de éste –operando en el ejercicio de su plena capacidad jurídica sin necesidad de apoyos-.

En cuanto a las posibles obligaciones a cumplir por el curador antes de comenzar en el ejercicio del cargo, está, como hemos indicado en líneas precedentes, la de prestar fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, cuando lo considere necesario por concurrir circunstancias excepcionales; si bien, en cualquier momento, la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que hubiese prestado (art. 284); y, si se trata de curatela con facultades representativas: la formación de inventario y constitución de depósito. Precisamente, estará obligado a hacer *inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo* dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquél en que hubiese tomado posesión de su cargo. Como precisa acertadamente Ruiz-Rico Ruiz Morón "la práctica del inventario constituye una garantía para los intereses patrimoniales de la persona que precisa de apoyo. Es la vía que permitirá comprobar, al finalizar la curatela, el resultado de la gestión del curador, sin perjuicio de las medidas de control que la autoridad judicial o el propio interesado hubieren establecido (arts. 270 y 271 CC)"[63]. En todo caso, la autoridad judicial no puede dispensar de la obligación de hacer inventario, aunque, si la persona sujeta a curatela en la escritura de autocuratela (art. 271 CC). De

62 Para Ruiz-Rico Ruiz Morón, J.: "Medidas de apoyo a personas", cit., pp. 353-354 el contacto personal es "ciertamente la base imprescindible para un adecuado desarrollo de la función de curador; es la vía que permite materializar personalizadamente los apoyos que sean necesarios, en la medida y en la proporción que reclama esa misma necesidad. Se podrá catalogar de deber instrumental; el medio de cumplimiento de los deberes que entraña la función que el curador ha asumido".

63 Ruiz-Rico Ruiz Morón, J.: "Medidas de apoyo a personas", cit., p. 353.

todas formas, el incumplimiento de la obligación de hacer inventario es causa de remoción conforme a lo previsto en el art. 278 CC.

En todo caso, como igualmente hemos indicado, de existir en el patrimonio de la persona con discapacidad dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, podrán serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto, si, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador. En todo caso, si el depósito ha sido realizado por una persona con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo cuando sean precisas y el depositante conociera la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación, o se hubiera aprovechado de la situación de la discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta, el depositante solo tendrá acción para reivindicar la cosa depositada mientras estén en poder del depositario, o que éste le abone la cantidad en que se hubiera enriquecido con la cosa o con el precio (art. 1765 CC). No obstante, si después de hacer el depósito, el depositante contara con medidas de apoyo, la devolución del depósito se ajustará a lo que resulte de tales medidas (art. 1773 CC).

Por otra parte, reiteramos de nuevo que, cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al curador *la constitución de fianza* que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. Aunque se emplea el término fianza, ha de ser sustituido por el de garantía. Por lo que ésta podrá ser garantía real o personal. Una vez, constituida, la garantía será objeto de aprobación judicial. En cualquier momento, la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado (art. 284 CC).

Conforme al art. 46.3 LJV practicadas todas las diligencias acordadas, el nombrado aceptará en acta otorgada ante el Letrado de la Administración de Justicia la obligación de cumplir los deberes de su cargo conforme a las leyes y este acordará dar posesión del cargo, le conferirá las facultades establecidas en la resolución judicial que acordó su nombramiento y le entregará certificación de esta. Por lo que, para asumir la condición de curador no solo basta la resolución judicial en la que se le nombre, sino que acepte el cargo y que le haya dado posesión del mismo el Letrado de Administración de Justicia. Asimismo, el Juzgado que haya acordado la curatela remitirá testimonio al Registro Civil correspondiente tanto de la resolución dictada como del acta de la posesión del cargo, a los efectos oportunos.

En este contexto, durante el ejercicio del cargo, además del apoyo a la persona discapacitada señalado: si se *trata de curatela asistencial*: asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y procurará que la persona con discapacidad pueda

desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. De forma que, cuando se formalice documentalmente un negocio deberá intervenir el curador en su labor asistencial, aunque, el consentimiento lo preste el curatelado; dejando constancia de su intervención y asistencia, pues, si se prescinde de ella puede el negocio ser anulado por la vía de los arts. 1301 y 1302 CC. Si la *curatela es representativa*, el curador representa a la persona discapacitada, siendo su intervención necesaria en el otorgamiento del negocio y en la prestación del consentimiento. Si bien, en el ejercicio de su función representativa, además de actuar con la diligencia debida, tendrá en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. De ahí que, el ejercicio de las funciones representativas por parte del curador, en cuando suponen sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, se contempla con carácter excepcional, solo cuando circunstancias personales de especial gravedad del curatelado, hagan imprescindible tal forma de actuar por parte del curador. De todas formas, en cualquiera de los supuestos –asistencial o representativo- el curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro. Sobre tales bases, el contenido de la curatela vendrá determinado por la autoridad judicial que delimitará lo actos para los que la persona con discapacidad necesita la asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo y en la proporción que exija su situación personal y patrimonial. Por lo que, si se trata de curatela asistencial se determinará el campo de actuación asistencial del curador –esfera personal o esfera patrimonial-, esto es, se concretará los actos en los que el curador deberá prestar apoyos a la persona con discapacidad. Si, por el contrario, la curatela es representativa corresponde a la autoridad judicial señalar de manera precisa, los concretos actos en los cuales el curador debe ejercer la representación de la persona con discapacidad (art. 269.4 CC). En cualquier caso, el curador actuará bajo los criterios fijados en el art. 249 CC[64] y, la resolución judicial en que lo nombre y fije el contenido de su actuación, no podrá incluir la mera privación de derechos –un contenido negativo-.

Por otra parte, el curador que ejerza funciones de representación de la persona, que precisa el apoyo, necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

64 Así, el curador deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En el supuesto excepcional de curatela representativa el curador en el ejercicio de sus funciones representativa, deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

1º. Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales[65]. Sin embargo, el antiguo art. 271.1 CC el tutor necesitaba autorización judicial "para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial". Tampoco necesitara autorización judicial para actos personalísimos: matrimonio, testamento, reconocimiento de hijos, nacionalidad, vecindad civil, nulidad, separación o divorcio, capitulaciones matrimoniales.

Ahora bien, en esta reforma no se modifica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por lo que, en relación con el consentimiento por representación se otorgará en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 9.3 a)). En ese caso, lo prestará el curador, salvo que, en instrucciones previas otorgadas exista un representante sanitario nombrado por la propia persona con discapacidad.

En relación con la legalización de la eutanasia activa o el suicidio asistido en España, el art. 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo establece que en los casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto ene l apartado 1) –sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada

65 Vid., los arts. 9 y 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica respecto al consentimiento informado y el documento de instrucciones previas; y los arts. 3 h) y 5.2 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo de regulación de la eutanasia, respecto de la solicitud de la eutanasia activa o el suicidio asistido. Precisamente, con relación a la vacunación con relación al COVID 19, el AJPI, número 6, Santiago de Compostela, 20 enero 2021 (Roj. AJPI 1/2021; ECLI:ES:JPI:2021:1A) autoriza el suministro de vacuna contra el Sars-Covid 19 a D. Gerónimo mayor de edad, considerando que el consentimiento informado por sustitución prestado por la entidad tutelar FUNGA debe ser atendido a pesar de la negativa del paciente, careciendo el mismo de capacidad natural actual para comprender el alcance de la intervención médica pautada. Deberá verificarse la vacunación en las fechas previstas conformes a las dosis prescritas u por el personal sanitario especializado que corresponda según el Plan Gallego de Vacunación frente al Sars-Covid. Por su parte, el AJPI, número 6, Girona, 3 diciembre 2021 (Roj. AJPI:507/2021; ECLI:ES:JPI:2021:507A) nos recuerda que el art. 763 LC faculta al juez para autorizar el internamiento en un centro adecuado para el tratamiento médico de personas que, con patentes trastornos psíquicos, no están en condiciones de decidir ellas mismas. En este caso, el dictamen del facultativo ha indicado al efecto que, la persona internada requiere de tratamiento médico en régimen de internamiento, y es procedente la autorización judicial para esta medida, que durará el tiempo que sea clínicamente necesario. No obstante, se dispone que, se ha de informar a este tribunal cada seis meses sobre la necesidad de proseguir con el internamiento o proceder el alta clínica.

por el médico responsable- y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (mandatos y apoderamientos preventivos) se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento, y si se ha nombrado representante en ese documento –*vgr.,* el propio curador- será el interlocutor válido con el médico responsable.

En caso de internamiento, éste puede ser voluntario o involuntario. Si la persona con discapacidad de cierta edad (tercera edad) que no necesita medidas de apoyos, decide ingresar en un centro geriátrico o residencial de la tercera edad, a aquélla corresponde prestar el consentimiento a dicho internamiento voluntario. Si esa misma persona con discapacidad tiene medidas de apoyo, como un curador, éste deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias, informándola, ayudándola y facilitando que pueda expresar su voluntad y preferencias. Como en el supuesto anterior, a la persona con discapacidad corresponde tomar la decisión –consentir- el ingreso en tales centros. Si se trata de personas con discapacidad que padecen un deterioro cognitivo que le impide proveer correctamente su cuidado personal y gestionar su patrimonio, pues, sufre una enfermedad neurodegenerativa –tipo alzhéimer, demencia senil, parkinson-, y, respecto de las que no es posible determinar su voluntad, deseos y preferencias, el curador asume funciones representativas, y en este caso, deberá tener en cuenta en el ejercicio de estas funciones la trayectoria vital del curatelado, sus creencias y valores, así como los factores que ésta hubiera tenido en cuenta, con el fin de adoptar la decisión que habría tomado en caso de no requerir representación en este supuesto. Si de la misma se deduce claramente que, su voluntad es el ingreso en dicho centro residencial, se procederá al mismo. De no ser posible conocer la decisión que hubiera tomado, atendiendo a lo dispuesto legalmente en materia de internamiento y al ser un acto de trascendencia personal este internamiento adquiere, en este caso, la naturaleza de involuntario y, el curador necesitará autorización judicial (art. 287.1 CC)[66]. En todo caso, debemos recordar que, conforme el art. 269 apartado 5 CC: "En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos" –en relación con el art. 17 de la Constitución Española en esta materia-.

Por otra parte, si se trata de una persona con discapacidad que sufre un trastorno psicótico grave –ezquizofrenia, bipolaridad- y tiene una curatela como medida de apoyo (padres, hermanos, otros parientes o personas interesadas) y resulta

66 En esta línea, Miguel Alhambra, L., y Chacón Campollo, R.: "Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio", *El Notario del Siglo XXI,* marzo-abril 2022, núm. 102, p. 35.
Por su parte, antes de la reforma por Ley 8/2021, el Tribunal Constitucional en sentencias 13/2016, de 1 de febrero; 34/2016, de 29 de febrero y 132/2016, de 18 de julio, como la Circular 2/2017, de 8 de julio de la Fiscalía General del estado sobre el ingreso no voluntario urgente por trastorno psíquico en centros residenciales, ampliaron al ámbito objeto de aplicación del art. 763 LEC al ingreso involuntario en residencia geriátricas.

necesario su internamiento en un centro especializado en salud mental para, junto con las medidas de naturaleza sanitaria que resulten necesarias para su bienestar, se determine que tratamiento concreto precisa; si la persona no quiere consentir su internamiento, éste será involuntario aplicando lo dispuesto en el art. 763 LEC –no modificado en esta reforma-, que, se refiere al internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo y, para ello será necesario autorización judicial previa a dicho internamiento que, será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada. Salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. De todas formas, este internamiento tendrá carácter temporal, pues, como indica el citado precepto en su apartado cuarto párrafo cuarto, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

2º. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se refiere a bienes de especial significado personal o familiar; concepto indeterminado que, exigirá atender a la voluntad del sujeto a la hora de concretar su alcance; o bien que se haga referencia expresa de ello en el propio poder o mandato. Emplea el término bienes que, podrá ser muebles o inmuebles, al no especificar como en los otros casos. Por otra parte, se refiere a actos de disposición o gravamen sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. En consecuencia, no será necesaria la autorización judicial para actos de administración sobre inmuebles, si no son susceptibles de inscripción registral.

De todas formas, la enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

Se elimina el requisito de la subasta judicial muy criticado antaño. Por lo que, la regla general es la venta directa y la excepción la venta en subasta. No obstante, respecto de la autorización o aprobación judicial de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el art. 63.3 LJV indica que, si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar. Por lo que, al no haber sido objeto de modificación su redacción, se deduce la regla contraria a la prevista en el art. 287 CC, debiendo en todo caso, atender a lo previsto en este último precepto al quedar tácitamente derogado el mencionado art. 63.3 en lo referente a la exigencia de venta en subasta como regla general[67]. No obstante a la solicitud de autorización judicial para la venta de valores no cotizados en mercados oficiales se deberá acompañar los documentos, que precisa tal art. 63.3 LJV, esto es, dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar.

En todo caso, se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones y la venta de valores mobiliarios cotizados en bolsa, aunque tengan extraordinario valor; con anterioridad, sin embargo, se exigía autorización judicial para todos los valores mobiliarios. Tampoco se necesita autorización judicial para los arrendamientos inferiores a seis años, aunque sean inscribibles; ni a los arrendamientos que, sean superiores a esos seis años, pero sean consecuencia de prórrogas legales (art. 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos).

En todo caso, la referencia a los establecimientos mercantiles o industriales procede de la redacción originaria del Código Civil y, como precisa Fernández-Tresguerres tiene dos acepciones ambas distintas a la empresa o sucursal. Así "la primera, la de conjunto organizado de bienes y derechos con los que el empresario lleva a cabo su actividad empresarial; la segunda, como base física, sede abierta al público, desde que el empresario lleva a cabo sus operaciones". En ambos casos, la persona con discapacidad puede ser titular o cotitular del establecimiento mercantil, o llevar la organización un tercero[68]. De todas formas, el art. 4 del Código de Comercio dispone que: "Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus

67 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida sobre la Reforma civil,* cit., p. 97.

68 Fernández-Tresguerres, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica,* cit., p. 143.

bienes''. En cualquier caso, puede tratarse de empresario individual, o disponer de una licencia o concesión administrativa para su desarrollo –por ejemplo, licencia de taxi, concesión de una administración de lotería-.

Respecto al concepto bienes de extraordinario valor junto a los objetos preciosos que estaba en la legislación anterior y se mantiene en la nueva legislación, aparte de atender al valor sentimental, habrá que acudir al su valor económico que habrá que determinar en relación con la composición y cuantía del patrimonio del curatelado. En todo caso, recordemos que el dinero, alhajas, objeto precioso y valores mobiliarios podrán ser depositados en establecimiento destinado al efecto. En fin, en cuanto a bienes o derechos de especial significado personal o familiar, que, precisamente, no se atiende a su valor económico, sino sentimental, puede darse el caso que, siendo rentable económicamente su venta, no pueda realizarse si no hay previa autorización judicial al tratarse de un bien de especial significado personal o familiar (cubertería de plata de la abuela; o la vajilla de santa clara).

3º. Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Esto es los regalos o donaciones que sean habituales en el ejercicio de los usos sociales (regalos navidad, cumpleaños) siempre que sean de escasa relevancia económica. Ahora bien, la exigencia de autorización judicial en la disposición a título de donación siendo una forma habitual de proceder de la persona con discapacidad en determinados momentos (donaciones habituales a ONGs, a Caritas); en estos casos el curador deberá en el ejercicio de su funciones tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación como sería realizar la donación en los términos habituales[69].

4º. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. La renuncia es no solo abdicativa, sino también traslativa[70].

No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. Al respecto, se modifica el art. 1811 CC en el que reiteran que el tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trata de asuntos de escasa relevancia''.

69 Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", cit., p. 808.

70 Álvarez Lata, N.: "Comentario al art. 288 del Código Civil", cit., p. 527.

Por su parte, el art. 63 LJV establece al respecto que, en la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga. Asimismo, con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada. Y añade el apartado 2 que, en el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción. Y el art. 65.3 LJV determina que, si la autorización solicitada para transigir, fuera concedida por el Juez, determinará la expedición de testimonio que se entregará al solicitante para el uso que corresponda.

No obstante, no se hace mención ni a la mediación, ni a la conciliación.

5º. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. También necesitará autorización judicial el curador con facultades representativas para aceptar pura y simplemente la herencia y los legados y donaciones modales u onerosas, y, no, en cambio, no la necesitará para aceptar herencia a beneficio de inventario, los legados, la donación pura y simple[71].

A tal efecto establece el art. 93.2 b) LJV que necesitarán autorización judicial "los curadores representativos para aceptar a beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos". Y el art. 95 LJV respecto a la resolución que dicte al efecto dispone que: "1. El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de los llamados a la herencia, resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada. 2. En el caso de haberse solicitado autorización o aprobación para aceptar sin beneficio de inventario o repudiar la herencia, si no fuera concedida por el Juez, sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. 3. La resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos".

6º. Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. La mayoría de la doctrina toma como referencia lo establecido en el art. 500 CC en sede de usufructo. Así en su apartado 2 considera gastos ordinarios "los que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación"; por lo que los no comprendidos

71 Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", en *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2021, p. 810, quien, además precisa que "se comprende con la expresión liberalidad todos los actos a título gratuito que impliquen una aportación al activo patrimonial, por tanto, donación, legado y todos aquellos actos que se equiparan a éstos (cesión gratuita de un crédito, condonación, contrato a favor de tercero…)".

en dicha definición precisarán de autorización judicial –así los gastos útiles y los de lijo y mero recreo-[72]. Por su parte, Fernández-Tresguerres aclara que, en los gastos extraordinarios se tendrá en cuenta la proporcionalidad del patrimonio de la persona sujeta a curatela en relación con aquellos gastos que no sean de mera conservación o administración"[73].

7º. Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. Con independencia de la jurisdicción y en defensa de los intereses personales y patrimoniales del curatelado. No se exigirá autorización judicial cuando se trate de asuntos de escasa cuantía y riesgo para el patrimonio del curatelado, o urgentes (vencimiento de un plazo); ambos extremos habrán de probarse y justificarse por el curador[74].

No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiese determinando los apoyos. En este caso, podrá interponer tal expediente de revisión tanto la persona discapacitada como el curador, sin necesitar autorización judicial. Insistamos de nuevo que, siempre se fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro; asimismo, que, las medidas adoptadas por la autoridad judicial en un procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetando siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Además, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Todo lo anterior, sin perjuicio que, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se pueden revisar, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (arts. 249 y 268 CC).

8º. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. Se entiende a toda clase de garantías de deudas u obligaciones ajenas –prenda de acciones que coticen en bolsa –propiedad de los padres- para garantizar un crédito ajeno (del hijo); y, al préstamo de dinero y negocios equivalentes al mismo –*vgr.,* pólizas de crédito en cuenta corriente-[75].

---

72 Álvarez Lata, N.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", cit., p. 528; Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", cit., p. 810 quien añade que "además en estos casos habrá de estarse al *quantum* del gasto y ponerlo en relación con el patrimonio de la persona sometida a curatela".

73 Fernández-Tresguerres, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica,* cit., p. 146.

74 Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", cit., p. 811.

75 Guilarte Martín-Calero C.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", cit., p. 812.

9º. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia[76] y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria (art. 287 CC)[77]. De nuevo, se emplea un concepto indeterminado "inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria"; para su concreción habrá que atender a la situación patrimonial de la persona con discapacidad -al valor total de su patrimonio- y, a la cuantía de la inversión sobre el total del mismo. No es lo mismo un patrimonio de escasa cuantía, donde una inversión media en tales instrumentos financieros puede representar una cifra importante (extraordinaria) sobre el total; que, si esta misma operación se realiza sobre un patrimonio de cuantía importante, con la consiguiente calificación de inversión ordinaria[78]. En todo caso, no queda claro si el parámetro para determinar la inversión o aportación extraordinaria sea objetivo o subjetivo, o atender a ambos. Ahora bien, se habla de celebrar contratos, no de rescate, por ejemplo, de un plan de pensiones o contrato de seguro. De todas formas, cabe plantearse si en esa necesaria autorización judicial para la celebración de contrato de seguro, se puede extender a cuando sea nombrada persona beneficiaria del seguro el propio curador. Y, respecto a otros contratos análogos, estarían los seguros de renta, planes de pensiones, contratos de alimentos.

Para fórmulas de financiación como la venta de la nuda propiedad manteniendo el usufructo o la hipoteca inversa se necesitará autorización judicial por la vía del art. 287.2 CC al tratarse de venta y gravamen de un bien inmueble.

En todo caso, con la autorización judicial se pretende, asimismo, evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas (art. 270 CC)[79].

Ahora bien, con el objeto de favorecer a la persona de curatelado, la autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador

76 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida sobre la Reforma civil,* cit., p. p. 98 pone el ejemplo, de "un curador representativo que podrá comprar una vivienda para la persona necesitada de apoyo, invirtiendo metálico de su propiedad, aunque su precio sea importante; pero esa cantidad no podrá ser la contraprestación, sin obtener autorización judicial, de una renta vitalicia".

77 Será competente para el conocimiento de este expediente el juzgado de primera instancia de residencia de la persona con discapacidad. Podrá promover este expediente quienes ejerzan el apoyo a la persona con discapacidad a los fines de realizar el acto jurídico que se trate, así como la propia persona con discapacidad de conformidad con las medidas de apoyo establecidas (art. 62.1 y 2 LJV).

78 Fernández-Tresguerres, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica,* cit., p. 147 se pregunta que, se entiende por cuantía extraordinaria –un 10%, un 30%-.
Por su parte, entiende Pallarés Neila, J.: "El ejercicio de la nueva curatela", *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio,* (dir. M. Pereña Vicente y Mª. del M. Heras Hernández y coord. Mª. Núñez Núñez), Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 276 que se podrían incluir los contratos que promueven entidades bancarias como los contratos de defunción de prima única o la adquisición de participación de un fondo de inversión, o similares.

79 En todo caso, para Linacero de la Fuente, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 614, la enumeración del art. 287 "sigue teniendo las lagunas propias de una lista cerrada (omisión de actos que puedan implicar un riesgo patrimonial, acaso se podría fijar una cuantía límite de 30.000 euros).

la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos (*vgr.* operaciones bursátiles) (art. 288 CC).

Ahora bien, no necesitarán autorización judicial previa, pero si aprobación judicial una vez practicadas:

1. La partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo. Se trata de partición o división de mutuo acuerdo entre comuneros. No así para la división judicial. En cuanto a la practicada por árbitros coincido con Guilarte Martín-Calero que, su ubicación correcta sería el art. 287.4[80]. Por otra parte, la designación testamentaria de un contador partidor no excluye la aprobación judicial preceptiva[81].

2. Si se hubiese nombrado para la partición un defensor judicial deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (art. 289 CC)[82].

De todas formas, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos que, o bien necesitan autorización judicial previa, o aprobación judicial posterior, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que, le sean solicitados o estime pertinentes (art. 290 CC). Asimismo, la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus particulares necesidades de apoyo y a los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, si bien, en este último caso, mediante resolución motivada –traje o trajes a medida- (art. 269.2 y 3 CC). Puede ir desde actos cotidianos hasta actos de especial trascendencia personal y patrimonial –actos de administración y disposición-. Si bien, se procurará que, la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica participa en la toma de decisiones y, sea adecuadamente informada, ayudándola en la comprensión de los que representa la actuación concreta a realizar. Esto no impide que, en la labor asistencial del curador se pueda plantear un conflicto de intereses entre la actuación de éste y la voluntad de la persona con discapacidad por entender aquél que, proceder conforme a dicha voluntad, le puede resultar

80 Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", cit., p. 814

81 Fernández-Tresguerres, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica,* cit., p. 149.

82 El art. 1060 apartado 2 CC dispone al respecto que: "Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial.
La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre (…) de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento".

perjudicial al curatelado; por lo que resultará procedente nombrar un defensor judicial (art. 295.2 CC).

En este ámbito, resulta curioso que, el guardador de hecho pueda solicitar una prestación económica a favor de una persona con discapacidad –una pensión retributiva o no- sin necesidad de autorización judicial, siempre, además que, ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona. Asimismo, indica que, no será necesaria la autorización judicial para realizar actos jurídicos sobre bienes de la persona guardada, si tiene escasa relevancia económica o carecen de especial significado personal o familiar (art. 264.3 CC). Se puede plantear su aplicación con relación a la actuación del curador.

Por otra parte, de darse el caso que, la persona que desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya[83]. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. De ser varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses. Por tanto, no será necesaria el nombramiento de defensor judicial, cuando sean varios los nombrados para el ámbito personal o para el ámbito patrimonial y puedan ejercer funciones personales en los ámbitos indicados.

En todo caso, si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador (art. 283 CC).

Ahora bien, puede suceder que, el curador esté en desacuerdo con la decisión de la personas con discapacidad, aunque no se prevé en la norma que, hacer ante esta situación; de plantearse un conflicto de intereses, se nombrará un defensor judicial por imposibilidad transitoria para ejercer las funciones (art. 283 CC); o bien se solicitará autorización judicial *ad hoc* para actuar en el marco de las salvaguardas que la autoridad judicial puede dictar a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (art. 249 *in fine* CC)[84].

---

83 Vid., el AAP Sevilla, sección 2ª, 28 octubre 2021 (Roj. AAP SE 775/2021; ECLI:ES:APSE:2021:775A) mientras el curatelado quería la venta del piso en la playa, el curador prefiere conservar el piso, ya que no existe necesidad de venderlo y tampoco le gusta el precio ofertado. Por lo que, ante la negativa del curador de intervenir en la venta o de permitirla, se nombra un defensor judicial.

84 Vid., Álvarez Lata, N.: "Comentario al art. 282 del Código Civil", cit., p. 521; De Salas Murillo S., ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2020, núm. 780, p. 2230. En esta línea, Lengueren Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona", cit., p.

En fin, en el caso que no se solicite autorización judicial por el curador representativo para los actos enumerados en el citado art. 287 CC. Si se le dota de carácter imperativo a dicha exigencia de autorización judicial sería la nulidad[85]; no obstante, en aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018 se podría optar por la anulabilidad[86]; o, en fin, no han faltado resoluciones que se han inclinado por la vía del art. 1259 del mencionado Código Civil que, permite al *dominus negotii* o dueño del negocio suplir la falta de autorización judicial con la ratificación del acto, si no hay conflicto de intereses. No se ha manifestado el legislador de forma expresa, por lo que, quizá se ha de optar por la anulabilidad; si partimos de la naturaleza no imperativa del art. 287 CC –máxime si en el apoderamiento preventivo se puede excluir por el poderdante la aplicación de las reglas de la curatela; pues, de otra forma, haría de mejor condición al apoderado que al curador en su actuación; e incluso, como hemos apuntado en líneas precedentes en la escritura de autocuratela-[87]. De todas formas, nos merece un juicio la propuesta *de lege ferenda* realizada por Gómez Linacero al penalizar la infracción del art. 287 CC "con una causa de ineficacia sui generis especial, sujeta a un plazo de caducidad de 4 años que, pudieran ejercitar también los familiares y el Ministerio Fiscal y que fuera susceptible de ratificación en documento notarial o, en otro caso, por medio de un defensor judicial ajeno al curador nombrado por el propio notario o por el propio curador cuando el notario autorizante no aprecie conflicto de intereses. Y, además, excluyendo cualquier opción del contratante de revocar el negocio salvo por la propia acción de nulidad que también le asistiría como parte legítima"[88].

Por otra parte, en cuanto al régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin la medida de apoyo establecida por las personas con discapacidad, cuando éstas existen y son eficaces, el art. 1302 CC permite su impugnación y ser anulables pero resulta necesario que, el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta y se trata de contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas.

---

203 reconoce legitimación para poder negarse a completar una decisión que puede perjudicar a la persona del curador y lo procedente es que el juez actúe escuchando a ambas partes.

85 La STS, Sala de lo Civil, 8 julio 2010 (Roj. STS 4705/2010; ECLI:ES:TS:2010:4705) opta por considerar nulos los actos realizados por el tutor sin autorización judicial exigida en el art. 271 CC; al igual que, sucedía con los padres respecto al art. 166 del citado cuerpo legal y su naturaleza imperativa.

86 LA LEY 396,2018. En esta línea, Álvarez Lata, N.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", cit., p. 529; Fernández-Tresguerres A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica,* cit., p. 140.

87 Vid., las SSTS, Sala de lo Civil, 22 abril y 8 julio 2010 (LA LEY 49066,2010; LA LEY 157550,2010); y 28 octubre 2014 (LA LEY 161498,2014).

88 Gómez Linacero, A.: "Régimen de ineficacia contractual en materia de discapacidad: actos realizados por el curador sin autorización judicial (287 CC) y contratos celebrados sin medidas de apoyo (1302.3 CC)", *Diario La Ley,* 9 de mayo de 2022, núm. 10064, sección Tribuna, p. 11.

Se dispone como legitimados para solicitar la anulación del contrato; la persona con discapacidad con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Y, en fin, por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. Por tanto, para ejercitad dicha acción de anulación resulta necesario no sólo que se haya realizado el contrato sin las medidas de apoyo, sino que también resultan necesarias para formar un consentimiento válido. De todas formas, como precisa Tena Arregui "se trata de conceder una legitimación especial derivada de la mala fe y del abuso, que es lo único que debería probar el titular de la medida de apoyo. Si prueba que el otro contratante ha actuado de mala fe, aprovechándose de la situación de discapacidad y ha obtenido por ello una ventaja injusta que rompe el principio de justicia conmutativa, se está probando simultáneamente un vicio del consentimiento cercano al dolo"[89].

Si bien, esto no impide que, si la otra parte contratante ha operado de buena fe, y prueba que en ese momento y para ese concreto acto, a pesar de prescindir de las medidas de apoyo, la persona con discapacidad ha prestado un consentimiento informado y, existe, un juicio positivo de capacidad del notario, el contrato se considere válido.

En fin, relacionado con el ámbito de actuación del curador y aplicable, en general, a quien desempeñe alguna medida de apoyo, están las *prohibiciones* contenidas en el art. 251 CC; en concreto, se prohíbe al curador: 1. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. Serrano Chamorro señala al respecto que recibir liberalidades "no debería ser un acto prohibido sin más, por lo que habría que distinguir de qué liberalidades estamos hablando y cuánto supone en el patrimonio del tutelado" y añade que "no tiene dudas en permitir la donación remuneratoria, cuando se trate de gratitud por los cuidados físicos, atenciones, cariños, muestras de apoyo, auxilios recibidos"[90]. Por su parte, Álvarez Lata indica el término liberalidades hace referencia "a todos los actos *inter vivos* que tengan carácter lucrativo (y no sólo que sean actos gratuitos)"[91]; 2. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Se opera sobre una doble representación en nombre propio y en nombre de un tercero y además que haya un conflicto de

89 Tena Arregui, R.: "El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad", *El Notario del Siglo XXI,* enero-febrero 2022, núm. 101, p. 46.

90 Serrano Chamorro, Mª. E.: "Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo", *Revista de Derecho de Familia,* enero-marzo 2022, núm. 94, p. 49.

91 Álvarez Lata, N.: "Cometario al art. 251 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 475.

intereses; y, 3. Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título[92].

De todas, formas, estas prohibiciones no resultan de aplicación cuando en las medidas de apoyo voluntarias el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de las medidas de apoyo voluntarias –podría plantearse su exclusión en la escritura de autocuratela, partiendo del sustrato voluntario sobre el que opera- (art. 251.2 CC).

VI. EXCUSA, IMPOSIBILIDAD TRANSITORIA O SOBREVENIDA Y REMOCIÓN DEL CARGO DE CURADOR.

En cuanto a *la remoción del cargo*, serán removidos de la curatela los que: 1. Después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad; 2. Se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio; o 3. Cuando, en su caso surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo (art. 278 CC). Resulta necesario que concurren un incumplimiento de los deberes continuado o una notoria ineptitud para asumir el cargo; no siendo causa, por tanto, de remoción un incumplimiento impuntual; y además que los problemas de convivencia sean continuados y de cierta gravedad. Como apunta acertadamente Ruiz-Rico Ruiz-Morón "lo relevante es que se constate un comportamiento inadecuado para quien ha de prestar apoyo a una persona con discapacidad, medie o no culpa del curador"[93].

No obstante, la autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias, que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria (art. 278.2 CC). Por su parte, el art. 49.1 LJV otorga legitimación también a "otra persona interesada", por lo que habrá que entender que también se le otorga legitimación, aunque se omita en el Código Civil. De todas formas, como podrá oponerse a la remoción el curador, se podrá fin al expediente de jurisdicción voluntaria y se pasará a un proceso contencioso.

Como medida de salvaguarda, durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordarse el nombramiento de un defensor judicial.

92 Para Serrano Chamorro, Mª. E.: "Actos sujetos a autorizaciones", cit., p. 51, cuando se habla de adquisiciones a título oneroso estamos ante "una permuta, dación en pago, sociedad, transacción, etc., no sólo la prohibición clásica en materia de compraventa del art. 1459 del CC".

93 Ruiz-Rico Ruiz Morón, J.: "Medidas de apoyo a personas con discapacidad", cit., p. 357.

Una vez, declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador en la forma establecida en este Código, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo.

Ahora bien, son incapaces para suceder por causa de indignidad el removido del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo (art. 756 ordinal 2º párrafo tercero CC).

Por otra parte, en caso de *persona física se puede excusar* antes de comenzar su actuación, cuando el desempeño del cargo resulte excesivamente gravoso o entrañe grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo; o también siendo la causa sobrevenida, esto es, una vez se está ejerciendo la curatela, si hay motivos de excusa –no es apta para el cargo o les es excesivamente gravoso (edad avanzada)- (art. 279 CC).

En cuanto a las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios –que deben ser de promoción de autonomía y asistencia a las personas con discapacidad-. Lo que como señala De Salas Murillo puede ocurrir "cuando a una fundación especializada en apoyar a personas con síndrome de Down, les asignan una curatela respecto de una persona con graves adiciones a droga o alcohol"[94].

De todas formas, el interesado que alegue causa de excusa, deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento. Si la causa fuera sobrevenida, podrá hacerlo en cualquier momento.

En tanto la autoridad judicial resuelve acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función.

De no cumplir con su función y siendo necesaria una actuación de apoyo, se procederá al nombramiento de un defensor judicial que, sustituya al curador, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada.

No obstante, si el curador ha sido nombrado en testamento, se excuse de la curatela por cualquier causa, perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiere dejado el testador (art. 280 CC).

Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

94 De Salas Murillo, S.: "Comentario al art. 279 del Código Civil", cit., p. 516.

De todas formas, no podrá concurrir causa de excusa, cuando quien desempeña los apoyos es una entidad pública.

Ahora bien, la admisión de excusa o la decisión de remoción de personas físicas o jurídicas designadas no pueden generar desprotección e indefensión de la persona que precisa apoyos; de ahí que, la autoridad judicial puede contar con la colaboración de organismos o entidades públicas competentes o del Ministerio Fiscal que, pueden asumir provisionalmente dichos apoyos (art. 281 CC).

En fin, en cuanto a la imposibilidad sobrevenida para el ejercicio del cargo y conflicto de intereses, puede resultar que quien desempeña el cargo de curador resulte impedido de modo transitorio para actuar o se plantee un conflicto de intereses ocasional con la persona del curatelado. Si ello sucede el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. Ahora bien si se diera el caso que, fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses –en el supuesto de curatela plural-.

No obstante, de ocurrir que, la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o de cualquier persona que esté desempeñando la curatela y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela; e incluso, proceder al nombramiento de un nuevo curador (art. 283 CC).

VII. RETRIBUCIÓN DEL CURADOR, REEMBOLSO E INDEMNIZACIÓN.

Conforme el art. 281 CC el curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

En todo caso, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes (art. 48 LJV).

Aunque parece que, sea de justicia reembolsar al curador persona física en los gastos hechos en el ejercicio de su función y en los daños sufridos por su parte;

para una parte de la doctrina, nada impide que, sea el curador persona jurídica sin ánimo de lucro reciba una retribución por su labor como curador; lo que además se justifica pues, en ocasiones, la administración del patrimonio del curatelado exige una dedicación profesionalizada[95].

Ahora bien, a diferencia de la tutela, no se establece la posibilidad de permuta de alimentos por frutos.

VIII. EXTINCIÓN DE LA CURATELA.

La curatela se extingue de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo. No se dice nada sobre la declaración de ausencia, para la doctrina también extinguiría la tutela, procediéndose a nombre un representante del ausente[96].

Asimismo, se extingue por resolución judicial, cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo –principio de proporcionalidad y de necesidad-.

El curador, además de la obligación de rendición periódica de cuentas que en su caso le haya impuesto la autoridad judicial, también al cesar en sus funciones, deberá rendir ante aquella la cuenta general de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fiera necesario, si concurre justa causa (art. 292 CC)[97].

La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla.

Si bien, antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oirá también en su caso al nuevo curador, si, por ejemplo, ha sido removido del cargo, a la persona a la que se prestó apoyo, si puede, o a sus herederos.

La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona con discapacidad que recibe el apoyo o a sus causahabientes por razón de la curatela.

---

95 De Salas Murillo, S.: "Comentario al art. 281 del Código Civil", cit., p. 518.

96 Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario al art. 291 del Código Civil", cit., p. 817; Lora-Tamayo Rodríguez I., *Guía rápida sobre la Reforma civil,* cit., p. 101.

97 El AAP Sevilla, sección 2ª, 19 noviembre 2021 (Roj. AAP SE 974/2021; ECLI:ES:APSE:2021:974A) indica a propósito de la rendición final de cuentas que "en primer lugar, desde un punto de vista subjetivo, la diligencia que debe exigirse al curador es la propia de un padre de familia, no la de un comerciante, y ello se traduce en que no entran en juego las normas o reglas en materia de documentación aplicables a estos segundos. Desde un punto de vista objetivo, la documentación aportada debe ser suficiente para conocer los actos de la gestión realizada, las razones que explican el motivo de su adopción, las consecuencias económicas de las mismas y el estado del patrimonio de la persona fallecida en el momento de su muerte. No es sino otra forma de decir lo mismo que es una cuenta justificada, pero ello no puede asimilarse a cuenta documentada en todos los asuntos o eventos.

En todo caso, los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de la persona a la que se prestó apoyo (art. 293 CC).

Ahora bien, el saldo de la cuenta general devengará el interés legal, a favor o en contra del curador. Si el saldo es a favor del curador, el interés legal se devengará desde el requerimiento para el pago, previa restitución de los bienes a su titular. Si es en contra del curador, devengará el interés legal una vez transcurridos los tres meses siguientes a la aprobación de la cuenta.

Aunque no se concreta en los art.s 292 y 293 CC si se trata de una obligación asumida tanto por el curador asistencial como el curador representativo; existe una tendencia en la doctrina por inclinarse en que solo se exija al curador representativo, no sólo porque la rendición de cuentas recae sobre la administración efectuada, sino también porque el curador con facultades representativas tiene obligación de hacer inventario[98].

IX. REVISIÓN Y PUBLICIDAD.

Las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (artículo 268.2 y 3 CC).

La autoridad judicial podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de la persona con discapacidad (art. 270.1 CC). Ahora bien, sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela (art. 270.2 CC)._

Por tanto, legitimados para solicitar la revisión serán: cualquiera de las personas legitimadas para iniciar el expediente, así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto. Esto es, el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. No obstante, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

98 Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida sobre la Reforma civil,* cit., pp. 101-102.

Al respecto, procede señalar que, el Juzgado que dictó las medidas será también el competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

En la revisión de las medidas, la autoridad judicial recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona con discapacidad y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias. A estos efectos, la autoridad judicial podrá recabar informe de las entidades a las que se refiere el apartado 2 del art. 42 bis b). Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días, así como aportar la prueba que estimen oportuna. Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez, recibidas las alegaciones y practicada la prueba, la autoridad judicial dictará nuevo auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes (arts. 42 bis a) y 42 bis c) LJV).

Si el proceso es contencioso, el art. 761 LEC señala que, las medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil, debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Pueden promoverlo cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 1 del art. 757 -la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano-, así como quien ejerza el apoyo de la persona con discapacidad.

Ahora bien, respecto a *la revisión de las medidas ya acordadas* (sentencias de modificación de la capacidad ya dictadas) la propia disposición transitoria cuarta nos dice que "las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley para adaptarla a esta. Y añade al respecto que "en todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta ley, los tutores o curadores solicitaran que se proceda a la revisión

judicial de la situación actual de las personas a su cargo para adaptarla a la presente Ley. Dicha revisión deberá efectuase por el Juez en el plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud. En el caso de patria potestad prorrogada o rehabilitada la revisión se efectuará en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Ley"[99].

Por su parte, en cuanto a la *publicidad de las medidas de apoyo*, el Letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en estos procedimientos se comunicará de oficio a los Registros Civiles para la práctica de asientos que corresponda, así como al Registro de la Propiedad, cuando afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, y a los Registros de lo Mercantil o de Bienes Muebles cuando resulte procedente. A petición de parte, se comunicaran también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan (art. 755 LEC). Asimismo, el art. 300 CC indica que, las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares habrán de inscribirse en el Registro Civil.

El art. 4 ordinal 11 LRC señala al respecto que, serán inscribibles en el Registro Civil: "las resoluciones judiciales dictadas en procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad". La resolución judicial dictada en un proceso de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, señala el art. 72 apartado 1 LRC se inscribirá en el registro individual de la persona con discapacidad. La inscripción expresará la extensión y los límites de las medidas judiciales de apoyo. Asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre medidas de apoyo a personas con discapacidad (modificación de las medidas de apoyo). Estas resoluciones solo será oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones" (art. 73 LRC). De todas formas, por tratarse de datos de publicidad restringida, el art. 84 del primer párrafo de la LRC que, solo podrán acceder a autorizar a terceras personas la publicidad de loa asientos que contengan datos especialmente protegidos, el inscrito o el curador en caso de persona con discapacidad (art. 84 primer párrafo LRC).

En cuanto al Registro de la Propiedad, el art. 2.4 LH señala que en los registros expresados en el art. 1 se inscribirán: "4. Las resoluciones judiciales que establezcan medias de apoyo a las personas con discapacidad, las resoluciones dictada en los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento, las resoluciones judiciales de prodigalidad y de concurso establecidas en la legislación concursal, así como las demás resoluciones y medidas previstas en las leyes que afectan a la libre administración y disposición de los bienes de una persona. Las inscripciones se practicarán a nombre de la persona con discapacidad que recibe medidas de

99 En el AAP Valencia, sección 10ª, 25 octubre 2021 (Roj. AAP V 2615/2021; ECLI:ES:APV:2021:2615A) la tutela se sustituye por curatela; y, en la SAP A Coruña, sección 5ª, 26 octubre 2021 (Roj. SAP C 2364/2021; ECLI:ES:APC:2021:2364) revisión de la sentencia dejando sin efecto la tutela anterior.

apoyo y en el libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el último inciso del apartado 5 del art. 222 bis".

Sobre la base de lo previsto en el citado art. 755.2 LEC, el art. 242 bis LH señala que, serán objeto de asiento en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles las resoluciones judiciales sobre personas con discapacidad.

En fin, procede señalar que, el art. 222 apartado 3, segundo párrafo LEC dispone que "en las sentencias sobre provisión de medidas judiciales de apoyo la cosa juzgada tendrá efecto frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro".

X. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL CURADOR Y CURATELADO.

El curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo (art. 294 CC). La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas. Se trata de una responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia en su actuación, de carácter específico para esta medida de apoyo, frente a la general contenida en el art. 1902 CC, que, como bien sabemos, tiene un plazo de ejercicio de un año.

Por su parte, el art. 282 del citado cuerpo legal establece que, debe desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida –obligación legal de diligencia del curador (diligencia de un buen padre de familia)-. Esta exigencia de actuación diligente, además de representar una pauta de su conducta en el ejercicio de la curatela, supone una medida ante el incumplimiento y la responsabilidad del curador.

Asimismo, el nuevo párrafo cuanto del art. 1903 CC dispone que, los curadores a quienes se haya atribuido facultades de representación plena de la persona a quien presta apoyo y convivan con esta, responde por los daños causados por ésta. En todo caso, como dispone el art. 299 del citado Código Civil la persona con discapacidad responderá por hecho propio, esto es, por los daños causados a otro, sin perjuicio de la responsabilidad por hecho ajeno del curador de acuerdo con los arts. 1902 y 1903 del mencionado cuerpo legal. Si bien, la responsabilidad por hecho ajeno del curador alcanza únicamente a los curadores con facultades representativas y siempre que convivan con el curatelado. Con esta modificación del art. 1903 CC parece reducir el número de responsables. En nuestra opinión, el legislador se ha limitado en sustituir el término tutor por curador, pues, recordemos la anterior redacción del art. 1903 apartado 3 CC señalaba que los tutores respondían de los perjuicios causados por los incapacitados que

estuviesen bajo su autoridad y habitasen en su compañía. En principio, se trata de responsabilidad subjetiva por culpa. Y se mantiene la exención de responsabilidad si prueban que actuaron con la diligencia de un buen padre de familia. Se parte de la presunción de culpa, presunción *iuris tantum* y se trata de una culpa *in vigilando*. Si bien, conviene señalar que, la tendencia actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo está cuasiobjetivizando la responsabilidad de los padres y los tutores –ahora curadores-, pues no suele no admitir la alegación de un comportamiento diligente de los padres o tutores. Con lo que en la realidad práctica, siempre responden. En todo caso, la responsabilidad del guardador de hecho, defensor judicial o, en su caso, del apoderado parece residenciarla nuestro legislador en otros posibles responsables (art. 299 CC).

Por su parte, precisa Parra Lucán que, al igual que, en el ámbito penal la responsabilidad del curador es subsidiaria de la responsabilidad por hecho propio del curatelado (art. 1902 CC)[100].

En el ámbito de la responsabilidad penal y, por ende, de la responsabilidad civil derivada del delito, se modifica el art. 118 regla 1ª del primer párrafo CP. Se precisa que, en los casos de los números 1º y 3º del art. 20 del mencionado cuerpo legal son también responsables por los hechos que ejerciten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que hubiera mediado culpa o negligencia por su parte, y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa, que pudiera corresponderles a los inimputables. Se parte de la responsabilidad civil derivada del delito que, en este caso, si corresponde tanto al curador, como al guardador de hecho, defensor judicial u a otra persona que presta apoyo (apoderado) al inimputable penalmente. Mantiene como la actual redacción su responsabilidad cuando medie culpa o negligencia por parte de quienes tengan bajo su potestad, guarda legal o de hecho. Por tanto, pese a la inimputabilidad penal del sometido a curatela, en este art. 118 se establece a quien corresponde la responsabilidad civil en caso de que jueguen las siguientes eximentes de responsabilidad penal: 1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión; 3. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Por otra parte, el art. 120 CP establece: "Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1. Los curadores con facultades de

100 Parra Lucán, Mª. Á.: "Las personas con discapacidad psíquica", *Curso de Derecho Civil*, t. I, vol. II, *Derecho de la persona* (coord. P. de Pablo Contreras), 7ª ed., Edisofer, Madrid 2021, p. 156

representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia". Por lo que, dispone una responsabilidad civil subsidiaria de los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo ("en defecto"), siempre que haya por su parte culpa o negligencia –responsabilidad por hecho propio-.

También se modifica, con la Ley 8/2021 la disposición adicional primera CP "cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1 y 3 del art. 20, el Ministerio Fiscal evaluará, atendiendo a las circunstancias del caso, la procedencia de promover un proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a la persona con discapacidad o en el supuesto que, tales medidas hubieran sido ya anteriormente acordadas, para su revisión". De forma que, en el desarrollo del proceso penal se pueda constatar la necesidad de que el autor de los hechos –aun exento de responsabilidad criminal- puede requerir la adopción de medidas de apoyo que carecía hasta ahora. En consecuencia, corresponde al Ministerio Fiscal analizar la situación de la persona con discapacidad y en su caso, promover un procedimiento de provisión de apoyos.

En todo caso, sobre tales bases el art. 109.1 CP señala que, la ejecución de un delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios derivados de uno y otra. La responsabilidad indicada comprende la restitución del bien, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales (art. 110 CP). A tal efecto, deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros o menoscabos sufridos por éste. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito (art. 111.1 CP). La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa (art. 112 CP). La indemnización comprende los perjuicios materiales y morales, causados al agraviado, a los familiares de éste o a determinados terceros (art. 113 CP). Si la víctima hubiese contribuido con su conducta, a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización (art. 114 CP). Por su parte, el art. 116.1 CP establece que, toda persona criminalmente responsable por un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho derivan daños y perjuicios. Si son dos o más los responsables, los Jueces o tribunales señalarán la cuota de la que deberá responder cada uno. A lo que añade el apartado segundo del citado precepto, que los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí

por cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. En todo caso, la responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, sobre los bienes de los autores, y después, en los correspondientes a los cómplices. Si bien, tanto en los casos de responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará siempre a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

En fin, el art. 117 CP se refiere a la responsabilidad directa de los aseguradores que, hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad; por lo que, producido el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho a repetir contra quien corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N.: "Comentario a los artículos 282, 286, 287 y 288 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: "Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)", *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2022, núm. 102, pp. 24-29.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2019, núm. 10, pp. 224-281.

- "Las instituciones de guarda y protección de la persona", en *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: "La curatela: ¿Una nueva institución?", en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. M. PEREÑA VICENTE y Mª. DEL M. HERAS HERNÁNDEZ, coord. Mª. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.

- "El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y Mª. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- "Sentencia del Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar muchos las cosas?", *Blog Hay Derecho, 27 de septiembre de 2021.*

DE SALAS MURILLO, S.: "Comentario a los artículoa 275, 276, 279 y 281 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021

- ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* julio-agosto 2020, núm. 780, pp. 2227-2268.

Fernández De Buján, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad", *LA LEY Derecho de Familia,* enero-marzo 2022, núm. 33, pp. 6-45.

Fernández-Tresguerres, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021.

García Rubio, Mª.P.: "Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil,* julio-septiembre 2018, vol. 5, núm. 3, pp. 29-60.

- "Comentario al artículo 250 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Mª.P. García Rubio y Mª.J. Moro Almaraz), Thomson Reuters, Aranzadi, Circuir Menor (Navarra) 2022.

García Rubio, Mª.P., y Torres Costas, Mª.E.: "Comentario al artículo 249 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Mª.P. García Rubio y Mª.J. Moro Almaraz), Thomson Reuters, Aranzadi, Cirzur Menor, Navarra, 2022.

Gómez Linacero, A.: "Régimen de ineficacia contractual en materia de discapacidad: actos realizados por el curador sin autorización judicial (287 CC) y contratos celebrados sin medidas de apoyo (1302.3 CC)", *Diario La Ley,* 9 de mayo de 2022, núm. 10064, sección Tribuna. pp. 1-19.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario a los artículos 287 y 291 del Código Civil", en *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021.

Lasarte álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. I, *Parte general y derecho de la persona*, 26ª edición (revisada y actualizada con la colaboración de F. Yañez Vivero, A. Donado Vara, y F. J. Jiménez Muñoz), Marcial Pons, Madrid, 2021.

Legerén-Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y Mª. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Linacero De La Fuente, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

López San Luis, R.: "El principio de respecto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el

Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Indret,* 2020, núm. 2, pp. 111-138.

Lora-Tamayo Rodríguez, I.: *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.

Magariños Blanco, V.: "Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre Discapacidad", *Revista de Derecho Civil,* julio-septiembre 2018, vol. V, núm. 3, pp. 199-225.

Marín Velarde, A.: "La discapacidad: su delimitación jurídica", en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad* (dir. E. Muñiz Espada), La Ley, Madrid, 2020.

Martínez De Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Navarra, 2014.

Miguel Alhambra, L., y Chacón Campollo, R.: "Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio", *El Notario del Siglo XXI,* marzo-abril 2022, núm. 102, pp. 30-39.

Munar Bernat, P.A.: "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, 2020*, *vol. XXI,*_pp. 436-470.

O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. V, *Derecho de la familia*, 4ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2021.

Pallarés Neila, J.: "El ejercicio de la nueva curatela", en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio,* (dir. M. Pereña Vicente y Mª. del M. Heras Hernández y coord. Mª. Núñez Núñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Parra Lucán, Mª.Á.: "Las personas con discapacidad psíquica", *Curso de Derecho Civil*, t. I, vol. II, *Derecho de la persona* (coord. P. de Pablo Contreras), 7ª ed., Edisofer, Madrid, 2021.

Pereña Vicente, M.: "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?", *La Ley* de 9 de septiembre de 2011, pp. 1-11.

Pau Pedrón, A., "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears,* 2020, vol. XXI, pp. 411-435.

Pereña Vicente, M.: "La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad", en *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña Vicente), Dykinson, Madrid, 2018.

Pérez Álvarez, M.A.: "Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2021.

Palacios González, D.: "Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica", en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, M. García Mayo; coord. C. Gil Membrano y J.J. Pretel Serrano), La Ley, Madrid, 2021.

Petit Sánchez, M.: "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil,* octubre-diciembre 2020, vol. VII, núm. 5, pp. 265-313.

Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y Mª. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019,

Ruiz-Rico Ruiz Morón, J., "Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores", *Curso de Derecho Civil IV Derecho de familia y sucesiones* (coord. por F. J. Sánchez Calero), 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Sánchez Gómez, A.: "Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista de Derecho Civil,* octubre-diciembre 2020, vol. 7, núm. 5, pp. 385-428.

Sánchez Hernández, Á.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho,* enero 2022, núm. 33, pp. 14-51.

Santos Urbaneja, F.: *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras le Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cuniep, Madrid, 2021.

SERRANO CHAMORRO, Mª. E.: "Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo", *Revista de Derecho de Familia,* enero-marzo 2022, núm. 94, pp. 39-60.

SERRANO GARCÍA, I.: "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad", en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad* (dir. ESTHER MUÑIZ ESPADA), La Ley, Madrid, 2020.

TENA ARREGUI, R.: "El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad", *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2022, núm. 101, pp.40-47.

UREÑA CARAZO, B.: "El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista", *LA LEY Derecho de Familia*, enero-marzo 2022, núm. 33, pp. 189-200.

EL DERECHO AL RESPETO LA VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

THE RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE LIGHT OF THE ECHR'S CASE LAW.

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 498-513

Marta GÓMEZ LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Los intereses que concurren en el ámbito del derecho al respeto a la vida familiar, no conciernen únicamente al individuo que ejerce su derecho, sino a aquellos con los que mantiene la relación fáctica que constituye la vida familiar. La resolución de las controversias donde el derecho al respeto a la vida familiar se encuentra afectado, implican que el Tribunal deberá de buscar un equilibrio de los intereses en conflicto: el interés parental y el interés superior del menor, lo cual es aún más delicado cuando son los derechos de las personas con discapacidad los que se pueden haber vulnerado.

PALABRAS CLAVE: Derecho al respeto a la vida familiar; interés superior del menor; discapacidad; Convenio Europeo de Derechos Humanos; apoyos.

ABSTRACT: *The interests that concur in the field of the right to respect for family life, not only concern the individual who exercises his right, but also those with whom it maintains the factual relationship that constitutes family life. The resolution of controversies where the right to respect for family life is affected, imply that the Court must seek a balance of the conflicting interests: the parental interest and the best interests of the child, which is more delicate when it is the rights of people with disabilities that may have infringed.*

KEY WORDS: *Right to respect for family life; the best interests of the child; disability; European Convention on Human Rights; supports.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR: EL ART. 8 CEDH.- 1.- El interés superior del menor: la doctrina de la separación paternofilial.- III. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Los arts. 12 y 23 de la CNY.- 2.- La jurisprudencia del TEDH en el ámbito de la vida familiar de las personas con discapacidad.

I. INTRODUCCIÓN.

De entre los Derechos Humanos que consagra el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), el derecho al respeto de la vida familiar del arts. 8 es uno de los derechos en los que la exigencia de sensibilidad por parte de las autoridades para el tratamiento de los supuestos donde hay riesgo de vulneración, es mayor; ya que se trata del escenario donde el individuo se desarrolla personalmente y establece vínculos con sus familiares que son fundamentales para poder disfrutar del ejercicio del derecho.

Los Estados deben aplicar medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la vida familiar -la cual se da entre dos o más personas, cuando existe una relación de hecho o vínculo por el que se denote la misma-, así como no intervenir en aquella, salvo que sea para preservar el interés superior del menor, conforme a la jurisprudencia del TEDH.

En los supuestos donde se ven afectadas personas con discapacidad, la vigilancia y control estatal deben ser más intensos, ya que, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad, se producen mayores restricciones de derechos y deberes en pro de otros intereses. El TEDH lleva a cabo una ponderación de los intereses afectados en este tipo de conflictos, abogando en todo momento por un equilibrio entre el interés superior del menor y el derecho a la vida familiar de la persona con discapacidad, consagrando como regla general el mantenimiento de los vínculos familiares y, como excepción, la separación paternofilial.

II. EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR: EL ART. 8 CEDH.

El CEDH[1], de 4 de noviembre de 1950, reconoce una serie de derechos que deben ser garantizados y respetados por los Estados adheridos, no solo respecto a

1 España ratificó el Convenio el 4 de octubre de 1979 a través del Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979.

• Marta Gómez López
Investigadora predoctoral. Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valladolid. Correo electrónico: martagolo1@hotmail.com.

sus nacionales, también hacia las personas que se encuentren bajo su jurisdicción[2]. Nos encontramos ante una pieza clave desde la perspectiva de la universalización de los Derechos Humanos, al habilitar un mecanismo de protección de los derechos y libertades, y un mecanismo de control supranacional sobre las vulneraciones que los Estados Contratantes pueden acometer.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el encargado de ejercer las competencias jurisdiccionales que dimanan del CEDH, debiendo determinar cómo se debe interpretar y aplicar el Convenio y sus Protocolos. Su misión principal es asegurar únicamente el cumplimiento del mismo por parte de los Estados del Convenio, y no de los derechos contenidos en los ordenamientos jurídicos nacionales[3], aunque estos deben diseñarse tomando como referencia el contenido del primero; así, no pueden ofrecer un canon de protección nacional menos favorable que colocara a los ciudadanos en una situación de perjuicio desde el punto de vista de los Derechos Humanos. La labor interpretativa del TEDH permite que la aplicación del CEDH se ajuste a las circunstancias sociales actuales, de forma que la protección de los derechos consagrados se continúe garantizando a través de las legislaciones estatales en consonancia con la evolución de la sociedad.

Para los Estados se derivan una serie de obligaciones: por un lado, aquellas de carácter positivo, por las que deben de garantizar el ejercicio y goce de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, sin que terceras personas puedan obstaculizarlos y, si la injerencia se llegara a producir, el Estado incurrirá en responsabilidad por incumplimiento de los deberes del Convenio; y, otro lado, aquellas de carácter negativo, en virtud de las cuales deben inhibirse y no interferir en el ejercicio efectivo de los derechos[4].

Hay determinados derechos del Convenio cuya perspectiva jurídica ha variado por los cambios que ha experimentado el ámbito al que afectan, es el caso del arts. 8 CEDH, el cual reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar en su párrafo primero: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

En los años cincuenta, la concepción de la familia se correspondía con la "familia tradicional": un hombre y una mujer unidos a través de un vínculo matrimonial, por ello el arts. 12 CEDH establece que: "A partir de la edad núbil, el hombre y

2 Art. 1 CEDH: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio".

3 Bilbao Ubillos, J. M.: "Las garantías de los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Constitucional II* (coord. P. Biglino Campos), Aranzadi S.A.U., Navarra, 2018, p. 450.

4 Fernández Sánchez, P.A.: "El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (dir. F. Rubio Llorente), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 47-53.

la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho", no contemplando otra posibilidad diferente al matrimonio como vía para la fundación de un núcleo familiar. Con el paso del tiempo, el matrimonio entre un hombre y una mujer ha dejado de ser la única vía para la constitución de una familia, abriendo camino a otras clases de vínculos, lo que ha generado supuestos de discriminación por parte de los Estados al no adaptar sus ordenamientos jurídicos a las nuevas realidades[5].

A pesar de la presencia de un derecho al respeto a la vida familiar en el contexto europeo, no existe una definición del concepto de "familia" al que podamos acudir para saber cuándo nos encontramos ante una vulneración del derecho. El CEDH no ofrece una definición, ni siquiera el TEDH a través de su labor jurisprudencial, aunque sí que podemos señalar que al realizar el análisis del supuesto concreto, comprueba si existe o no vida familiar, entendiendo que la familia no conlleva obligatoriamente vínculos biológicos, pero sí en la mayor parte de los casos, una relación de convivencia entre los integrantes de la misma[6], aunque hay casos en los que aun no habiendo convivencia entre las partes, podemos determinar la existencia de vida familiar a través de otros elementos[7]. La vida familiar puede ser constatada en virtud de vínculos familiares de facto, aun cuando las partes no coexistan entre sí, pero concurran otros factores que denoten la existencia de vida familiar a los efectos del arts. 8 CEDH[8].

Podemos deducir que el Tribunal comprende la vida familiar como una "relación de hecho bilateral constitutiva de la misma, bien entre dos adultos (relación matrimonial o no matrimonial, heterosexual u homosexual), bien entre un hijo y cada uno de sus padres, biológicos o no, o respecto de otros parientes[9]".

5 En este sentido, Sales I Jardí, M.: "La ampliación de los derechos contenidos en el derecho al respeto de la vida familiar", en AA.VV.: *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la interpretación constructiva* (dir. M. Sales I Jardí), JM Bosch Editor, Barcelona, 2015, p. 20, indica que los ciudadanos han acudido al TEDH para denunciar las discriminaciones cometidas por los Estados por ser miembros de "familias no legítimas", haciendo referencia a la supresión de la distinción entre familia legítima y familia natural a través de la STEDH 6833/74, de 13 de junio de 1979, por constituir una discriminación al entender que el art. 8 CEDH incluye en el término familia a otras relaciones diferentes a las matrimoniales, no solo a las matrimoniales.

6 STEDH 18 diciembre 1986, Johnston y otros c/ Irlanda considera que la convivencia durante 11 años de una pareja unida a través de un vínculo extramatrimonial, es un elemento suficiente para determinar que nos encontramos ante una "familia" a efectos del art. 8 CEDH, debiendo disfrutar de su protección.

7 STEDH 21 de junio 1988, Berrehab c/ Reino de los Países Bajos, determina que la vida en común no es una condición imprescindible para el desarrollo de la vida familiar entre los padres y los hijos menores, por ello el derecho de visitas del demandante respecto a su hija, consistente en cuatro encuentros por semana, es motivo suficiente para considerar la existencia de vida familiar entre aquellos.

8 Sales I Jardí, M.: "La ampliación de los derechos", cit., p. 37.

9 Guilarte Martín-Calero, C.: "El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad", en AA.VV. *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad* (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York) (dir. C. Rogel Vide y C. De Amunátegui Rodríguez), Reus, Madrid, 2019, pp. 216-217.

El arts. 8.2 CEDH establece una protección reforzada hacia el derecho al respeto a la vida familiar consistente en que toda intromisión estatal que afecte al ejercicio del derecho ha de tener un reflejo legal, siempre y cuando sea indispensable para garantizar una serie de fines legítimos, como la seguridad nacional, el orden público u otros derechos y libertades[10]. Además, dichas injerencias estatales no pueden constituir discriminaciones en el ejercicio al derecho a la vida familiar, en conformidad con lo establecido en el arts. 14 CEDH[11]. El Convenio establece una serie de obligaciones a los Estados que han de cumplir para salvaguardar la vida familiar, bien pueden ser positivas, en relación con el respeto y habilitar un escenario adecuado para el desarrollo de la vida familiar, o bien negativas, en el sentido de que el Estado debe abstenerse de toda injerencia en el ejercicio del derecho, pero si se produjera la intervención de la autoridad pública para limitarlo, deberá de estar debidamente justificada en virtud de lo establecido en el párrafo segundo del arts. 8 CEDH[12]:

a) La injerencia estatal debe estar prevista en la ley[13]. La medida en cuestión no solo debe tener una base en derecho interno, sino que apunta también a la calidad de la Ley encausada: debe ser accesible y previsible, además de aportar seguridad jurídica.

b) El fin debe ser legítimo, para lo que es necesario que la injerencia se fundamente en uno de los objetivos del arts. 8.2 CEDH: 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[14].

c) La medida tiene que ser necesaria en el contexto de una sociedad democrática, es decir, cuando su adopción sea en respuesta de "una necesidad social imperiosa

10 Art. 8.2 CEDH: "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".

11 Art. 14 CEDH: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

12 Milios, G.: "La protección de la familia del extranjero en el ámbito del Derecho internacional", en AA.VV.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros* (dir. J. Roldán Barbero), Comares, Granada, 2021, p. 59.

13 La injerencia estatal debe estar prevista por la ley, lo cual implica que la medida incriminada ha de tener una base en una disposición de derecho interno, además de que la Ley en cuestión exigen la accesibilidad de esta para la persona implicada, que además debe poder prever las consecuencias para ella, y su compatibilidad con la preeminencia del derecho, en SSTEDH 25 de marzo 1998, asunto Kopp c/ Suiza; 16 febrero 2000, asunto Amman c/ Suiza.

14 El fin será legítimo siempre y cuando se requiera para el respeto de las exigencias del art. 8.2 CEDH "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".

y si los medios empleados son proporcionales a los fines perseguidos", debiendo el Tribunal comprobar si se ha garantizado en todo momento el equilibrio entre los intereses de las personas afectadas por la injerencia estatal y los intereses de la sociedad.[15]

1. El interés superior del menor: la doctrina de la separación paternofilial.

Como hemos indicado anteriormente, el TEDH dota de gran relevancia los vínculos fácticos a la hora de determinar si nos encontramos ante la existencia de vida familiar, por ello el hecho de que los progenitores y sus hijos estén juntos, constituye un elemento fundamental de la vida familiar, y toda medida que obstaculice el mantenimiento de la relación, está interfiriendo en el ejercicio del derecho protegido por el arts. 8 CEDH[16].

El interés superior del menor ocupa una posición prevalente en el concepto de vida familiar, las medidas que se adopten deberán de garantizar la salvaguarda de dicho interés, llegando incluso superponerse al interés de los progenitores[17]. La Convención de los Derechos del Niño (CDN) consagra en su arts. 3 el interés superior del niño, indicando que aquellas medidas que tomen las autoridades en las que los niños se vean implicados, deberán de tener en cuenta el interés superior del niño, velando los Estados por su bienestar y salvaguarda, tanto en las relaciones paternofiliales, como sobre las instituciones, servicios y establecimientos que supervisen a los niños; por tanto, los Estados deben intervenir mediante un papel protector, en los supuestos donde la vida familiar de un menor constituya un perjuicio para él, procediendo en determinados casos a la ruptura de las relaciones familiares en pro de su interés superior. La idea de la intervención estatal para garantizar el cuidado del menor se reitera en el párrafo primero del arts. 9 CDN que consagra el derecho del niño a no ser separado de sus progenitores[18], de forma que la separación solamente se producirá cuando las autoridades lo consideren necesario para el interés superior del menor. Cabe que dicha decisión sea revisada

15 En la STEDH 9 octubre 2003, asunto Slivenko c/ Letonia, el Tribunal indicó cuándo la actuación de las autoridades públicas estatales que constituye una injerencia en el ejercicio de los derechos consagrados en el arts. 8.1 del CEDH, se considerará "necesaria en una sociedad democrática".

16 STEDH 24 febrero 1995, asunto McMichael c/ Reino Unido. Este pronunciamiento se observa en una gran cantidad de resoluciones del TEDH, como STEDH 8 julio 1987, asunto B. c/ Reino Unido; incluso cuando los progenitores hubieran roto sus relaciones, STEDH 5 diciembre 2002, asunto Hoppe c/ Alemania.

17 Sales I Jardí, M.: "La disolución del vínculo familiar", en AA.VV.: *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la interpretación constructiva* (dir. M. Sales I Jardí), JM Bosch Editor, Barcelona, 2015, p. 186.

18 Art. 9.1 CDN: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

judicialmente, entendiendo que siempre y cuando la autoridad que la dictó no sea un órgano judicial, ya que en este caso la revisión no sería precisa[19].

El interés superior del menor es la piedra angular sobre la que orbitan gran parte de sus derechos, entre ellos el derecho a no ser separado de sus padres, y aunque nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado del que no podemos ofrecer una definición precisa, lo que está claro, como indica Matía Portilla, es que "prefigura la privilegiada relevancia que debe darse al bienestar del menor en la ponderación que, en su caso, deba realizarse[20]".

En este ámbito, el TEDH definió en dos puntos la doctrina que aplica en los supuestos de separación paternofilial: garantizar el desarrollo óptimo del menor en un entorno sano, y posibilitar el mantenimiento de las relaciones familiares, lo cual, no sucederá si se ha considerado a la familia como "particularmente indigna" por los comportamientos llevados a cabo[21]. Cuando se produce la separación, el TEDH debe valorar si la medida es necesaria y proporcional[22] respecto a las circunstancias concretas. La separación paternofilial constituye una medida que restringe de forma absoluta el elemento principal de la vida familiar: el mantenimiento de las relaciones entre padres e hijos, por ello los motivos por los que se adopte deben ser irreconciliables con el interés superior del menor, sin poder garantizar la salvaguarda de este último a través de otras soluciones que no supongan la ruptura de los vínculos familiares.

III. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1. Los arts. 12 y 23 CNY.

El arts. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[23] (CNY), reconoce a las personas con discapacidad como personas ante la ley, estableciendo el derecho a que les sea reconocida su personalidad jurídica[24], independientemente del lugar donde se encuentren, así como asumir derechos y contraer obligaciones en idénticas condiciones con las demás personas

19 Matía Portilla, F. J.: "¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida", en AA.VV.*: De la intimidad de la vida privada y familiar. Un derecho en construcción* (dir. F. J. Matía Portilla y G. López De La Fuente), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 233.

20 Matía Portilla, F. J.: "¿Los menores tienen un derecho?", cit., p. 233.

21 Guilarte Martín-Calero, C.: "El derecho a la vida familiar", cit., p. 218.

22 Guilarte Martín-Calero, C.: "El derecho a la vida familiar", cit., p. 218.

23 España ratificó la Convención el 21 de abril de 2008 a través del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE nº 96 22 de abril de 2008.

24 Art. 12.1 CNY: "Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica".

en todos los ámbitos[25] y, en el caso de que tuvieran dificultades para ejercer su capacidad jurídica, el papel del *Estado garante* vuelve a aparecer a través de medidas de apoyo para llevar a cabo dicho ejercicio[26].

La CNY recoge un sistema de apoyos donde prima la voluntad, las prioridades y el respeto hacia la persona, las medidas de apoyo no deben constituir una sustitución de la autonomía de la persona con discapacidad, sino un complemento de la voluntad personal[27].

La intervención estatal se extiende al ámbito del respeto de la familia de la persona con discapacidad, el arts. 23 CNY establece que se llevará a cabo cualquier actuación que sea necesaria para luchar contra la discriminación que puedan sufrir en cuestiones relacionadas con la familia, como el derecho a contraer matrimonio, la fundación de una familia, la decisión de tener hijos, entre otras.

Como ya indicamos, principalmente la vida familiar es la relación fáctica que existe entre un progenitor y su hijo, en la que el primero es titular de una serie de derechos y obligaciones; si el progenitor fuera una persona con discapacidad, el Estado deberá de auxiliarle en todo lo que fuera preciso, siempre y cuando en el diseño del apoyo prime el interés superior del menor[28]. La obligación negativa de los Estados de no injerencia en el ejercicio del derecho al respeto a la vida familiar del arts. 8.2 CEDH, se asemeja a los deberes que se recogen en los apartados 3,4,5 del arts. 23 CNY, no solo respecto a los progenitores con discapacidad, sino también respecto a los menores discapacitados: se ha de garantizar el ejercicio de los derechos del ámbito de la vida familiar, la separación paternofilial llevada a cabo por las autoridades competentes se adoptará siempre que sea necesaria para la protección del niño o niña, y cuando previamente se hayan adoptado medidas para apoyar a los progenitores con o sin discapacidad y a los hijos con o sin discapacidad, sin que en ningún caso se produzca una separación en virtud de decisiones discriminatorias por razón de discapacidad, y no porque no se hubieran prestado todas las atenciones posibles.

25 Art. 12.2 CNY: "Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".

26 Art. 12.3 CNY: "Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

27 Castro-Girona Martínez, J. L.: "Cambio de paradigma del modelo de la discapacidad fruto de la Convención", en AA. VV.: *El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (coord. J. G. Storch De Gracia Y Asensio), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018, p. 37.

28 Art. 23.2 CNY.

2. La jurisprudencia del TEDH en el ámbito de la vida familiar de las personas con discapacidad.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, implica que son titulares de los derechos humanos y libertades fundamentales que figuran en el CEDH, es por ello por lo que la aplicación del tratamiento jurisprudencial que el TEDH ofrece sobre el derecho al respeto a la vida familiar, se extiende a los supuestos en los que se encuentran afectadas personas con discapacidad, con la única diferencia de que la labor de garante de los derechos del Tribunal, se refuerza en pro de los derechos de la vida familiar de aquellas, para garantizar que la discapacidad *perse* no sea el motivo por el que se adopten medidas restrictivas, ya que entonces estaríamos en presencia de una discriminación[29]. Sobre la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad, Fulchiron pone de relieve la importante obligación que recae sobre los Estados de controlar de forma minuciosa las restricciones de los derechos y deberes parentales de las personas con discapacidad, con motivo de preservar el interés superior del menor[30].

Al ser primordial que los padres y los hijos estén juntos para poder desarrollar su vida familiar, las medidas de apoyo que presten los servicios sociales a las personas con discapacidad, ya sea física o mental, deben de estar encaminadas al mantenimiento de la relación en la medida de lo posible.

En el asunto *Johansen contra Noruega*, de 7 de agosto de 1996[31] se aprecia la adopción de medidas de carácter temporal encaminadas a la reconciliación de las relaciones paternofiliales y de medidas que suponen la ruptura de los vínculos entre la progenitora y su hija. El TEDH examinó la asunción de la tutela de la menor de forma provisional por una entidad y la suspensión de la patria potestad y del derecho de visitas con carácter definitivo de la demandante por razón de los problemas mentales que padecía no resueltos, los cuales incidían negativamente en sus aptitudes para cuidar de una menor. El desarrollo del caso estaba condicionado, no solo por la salud mental de la progenitora, sino por la difícil situación vivida con anterioridad respecto a su primer hijo, del que también una entidad asumió su tutela temporalmente para preservar su bienestar. Los servicios de protección del menor recomendaron para el beneficio del interés superior de la niña, a la que llevaron a un hogar de acogida con vistas a su adopción, que las autoridades debían suspender a la demandante de sus derechos parentales y del derecho de visitas.

29 Guilarte Martín-Calero, C.: "El derecho a la vida familiar", cit., p. 219.

30 Fulchiron, H.: "Exercice par les personnes handicapées mentales de eur responsabilité parentale", en AA. VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters, Navarra,2016, p. 383, realiza un análisis de tres sentencias del TEDH: A.K. et L. c/ Croacia, Dimitriy Ryabov c/ Rusia y Kocherov et Sergeyeva c/ Rusia, sobre las responsabilidades que como progenitores les corresponden ejercer a las personas con discapacidad.

31 STEDH 7 agosto 1996, asunto Johansen c/ Noruega.

La demandante alegó ante el TEDH una vulneración del derecho al respeto de su vida familiar garantizado por el arts. 8 del Convenio provocada por la asunción de la tutela de su hija por la entidad pública, la privación de sus derechos parentales y la supresión de las visitas. Esta serie de medidas que adoptaron las autoridades constituyen una injerencia clara en el ámbito de la vida familiar que debe someterse al test del Tribunal: la medida estaba prevista en el Derecho interno noruego; el fin legítimo se basaban en motivos no solamente pertinentes sino igualmente suficientes a efectos del arts. 8.2 CEDH; y, por otro lado, la necesidad de la injerencia era dudosa si tenemos en cuenta que la suspensión de los derechos parentales y de visita de la madre respecto a su hija constituyen la ruptura de la relación familiar, y pudiendo habilitar otras alternativas menos restrictivas, las medidas adoptadas no estaban debidamente justificadas.

El Tribunal manifiesta la importancia de que un padre y un hijo permanezcan juntos como elemento fundamental de la vida familiar, es por ello por lo que todas las medidas que adopten las autoridades y los servicios sociales deben encaminarse a reunir a los progenitores con sus hijos, entendiendo que la asunción de la tutela de un menor como una medida temporal se suspenderá cuando la situación lo precise, es decir, cuando una vez realizada la ponderación entre el interés de la acogida del menor en pro de su protección y los intereses parentales, se mantuviera un equilibrio entre ambos, y en caso contrario, si prevaleciera el interés del menor las medidas continuarían vigentes, no se suspenderían porque estarían justificadas por determinadas circunstancias que perjudican el bienestar y protección del menor. Lo mismo ocurre respecto a las medidas privativas del derecho de visitas y los derechos parentales, sino se procedió a la adopción de medidas menos restrictivas del derecho al respeto de la vida familiar de la progenitora que sufre problemas mentales, que posibilitaran su ejercicio a la vez que se pudiera garantizar el interés superior del menor, la gravedad de la injerencia no estaría salvada *ex* arts. 8.2 CEDH. Como consecuencia de este razonamiento, en el caso concreto el TEDH declaró que se había vulnerado del derecho al respeto de la vida familiar del arts. 8 CEDH, en la medida en que privó a la demandante de visitar a su hija y de los derechos parentales con respecto a ésta.

Situación similar se produjo en la STEDH de 8 de enero de 2013, en el asunto *A.K. y L contra Croacia*. A.K., con discapacidad intelectual, dio a luz a un bebé, respecto al que los servicios sociales procedieron a adoptar la medida de acogimiento familiar, para posteriormente iniciar un proceso de adopción. Se sometió a la madre a una privación de sus derechos y deberes parentales con razón de su discapacidad, lo cual, como hemos señalado anteriormente es discriminatorio; finalmente se produjo la separación entre madre e hijo, lo que el TEDH calificó como una vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar de la progenitora, por la ausencia del apoyo de los servicios sociales y la adopción de una medida

que estaba destinada a la separación, y no al mantenimiento de las relaciones paternofiliales.

Ni la falta de recursos económicos, ni cualquier motivo laboral, ni la discapacidad de un individuo, pueden constituir una razón privativa del ejercicio efectivo de sus derechos, en este caso, de los derechos parentales. Los Estados tienen el deber de intervenir en aquellos casos donde no exista un ambiente idóneo para el desarrollo de la vida familiar, debiendo prestar el apoyo y auxilio necesarios para asegurar el ejercicio de derechos fundamentales, así como el interés superior del menor. Constituye una discriminación toda adopción de medidas que impliquen restricciones y limitaciones a las personas con discapacidad por el mero hecho de tener una discapacidad.

En el asunto *Saviny contra Ucrania*[32], las autoridades privaron del ejercicio de los derechos parentales de un matrimonio de ciegos respecto a sus hijos, mediante el inicio de un proceso de custodia, justificándose en que los progenitores no disponían de medios económicos suficientes, ni podían ofrecer a sus hijos unas condiciones de vida adecuadas para su desarrollo personal. La pareja manifestó que las actuaciones llevabas a cabo por los servicios sociales no tuvieron como objetivo principal la mejora de sus circunstancias familiares para poder ofrecer una mejor calidad de vida a sus hijos, de forma que se optó por adoptar medidas restrictivas de sus derechos parentales, antes que procurarles los apoyos necesarios para garantizar el respeto de su vida familiar, sin que se produjera discriminación por razón de su discapacidad, y es que es imprescindible que la actuación de las autoridades respete las capacidades de las personas con discapacidad, lo cual se consigue cuando se realizan los esfuerzos necesarios para complementar las carencias que puedan presentar, por ejemplo, en el caso que nos atañe habría sido positivo ofrecer asistencia en el hogar o ayudas financieras en correlación con sus necesidades.

Por ello, el TEDH solamente admite que se concluya un supuesto con la adopción de la separación paternofilial, cuando los progenitores se hayan mostrado particularmente indignos, sea contrario a la preservación del interés superior del menor el mantenimiento de los vínculos familiares, y las autoridades públicas hayan intervenido con la suficiente diligencia como para proveer al progenitor o progenitores concernidos por la medida, de todos los medios y recursos necesarios para desarrollar su vida familiar.

Este es el caso de *SS. contra Eslovenia*[33], en el que una mujer con discapacidad mental da a luz a un bebé que no es capaz de cuidar como consecuencia de

32 STEDH 18 diciembre 2008, asunto Saviny c/ Ucrania.

33 STEDH 30 de octubre 2018, asunto SS. c/ Eslovenia.

sus facultades, lo cual, fue comprobado por los servicios sociales a través de la realización de exámenes, resultando que, aunque es apreciable de forma clara la injerencia en la vida familiar, es contrario al interés del menor el ejercicio de la patria potestad por la progenitora. A lo anterior debemos de sumar las conductas que realizó la mujer respecto a su hijo constitutivas de desamparo (como, por ejemplo, dejar al menor al cuidado de su abuela, quien avisó a los servicios sociales para que intervinieran), ya que, si se hubiera procedido a la separación paternofilial únicamente teniendo en cuenta las consideraciones relativas a sus facultades, podríamos haber estado ante una vulneración del derecho a la vida familiar de la mujer discapacitada. El Tribunal señaló que cuando se descarta la reunificación familiar, y se procede a la autorización de medidas como la privación de la patria potestad y la adopción, será en respuesta a circunstancias excepcionales y únicamente se justificarán en necesidades que guarden relación con el interés superior del niño.

El TEDH lleva a cabo una ponderación adecuada de los intereses afectados en este tipo de conflictos, abogando en todo momento por un equilibrio entre el interés superior del menor y el derecho a la vida familiar de la persona discapacidad, debiendo los servicios sociales apoyar en todo momento el ejercicio de ese derecho a los progenitores, a la vez que velan por el desarrollo del menor en un ambiente estable; consagrando como regla general el mantenimiento de los vínculos familiares, y como excepción, la separación paternofilial.

BIBLIOGRAFÍA

Bilbao Ubillos, J. M.: "Las garantías de los derechos fundamentales", en AA. VV.: *Lecciones de Derechos Constitucional II*" (coord. P. Biglino Campos), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018, p. 431-458.

Castro-Girona Martínez, J. L.: "Cambio de paradigma del modelo de la discapacidad fruto de la Convención", en AA. VV.: *El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (coord. J. G. Storch De Gracia Y Asensio), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 29-40.

Fernández Sánchez, P.A.: "El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (dir. F. Rubio Llorente), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 43-56.

Fulchiron, H.: "Exercice par les personnes handicapées mentales de eur responsabilité parentale", en AA. VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 383-398.

Guilarte Martín-Calero, C.: "El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad* (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York) (dir. C. Rogel Vide y C. De Amunátegui Rodríguez), Reus, Madrid, 2019, pp. 215-265.

Matía Portilla, F. J.: "¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida", en AA.VV.: *De la intimidad de la vida privada y familiar. Un derecho en construcción* (dir. F. J. Matía Portilla y G. López De La Fuente), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 231-282.

Milios, G.: "La protección de la familia del extranjero en el ámbito del Derecho internacional", en AA.VV.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros* (dir. J. Roldán Barbero), Comares, Granada, 2021, pp. 21-71.

Sales I Jardí, M.: "La ampliación de los derechos contenidos en el derecho al respeto de la vida familiar", AA.VV.: *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la interpretación constructiva* (dir. M. Sales I Jardí), JM Bosch Editor, Barcelona, 2015, pp. 19-59.

- "La disolución del vínculo familiar", en AA.VV.: *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la interpretación constructiva* (dir. M. Sales I Jardí), JM Bosch Editor, Barcelona, 2015, pp. 185-200.

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS:

STEDH 18 diciembre 1986, Johnston y otros c/ Irlanda, nº 9697/82.

STEDH 8 julio 1987, asunto B. c/ Reino Unido, nº 9840/82.

STEDH 21 de junio 1988, Berrehab c/ Reino de los Países Bajos, nº 10730/84.

STEDH 24 febrero 1995, asunto McMichael c/ Reino Unido, nº 16424/90.

STEDH 7 agosto 1996, asunto Johansen c/ Noruega, nº 17383/90.

STEDH 25 de marzo 1998, asunto Kopp c/ Suiza, nº 23224/94.

STEDH 16 febrero 2000, asunto Amann c/ Suiza, nº 27798/95.

STEDH 5 diciembre 2002, asunto Hoppe c/ Alemania, nº 28422/95.

STEDH 9 octubre 2003, asunto Slivenko c/ Letonia, nº 69405/01.

STEDH 18 diciembre 2008, asunto Saviny c/ Ucrania, nº 39948/06.

STEDH de 8 de enero de 2013, en el asunto A.K. y L contra Croacia, nº 37956/1.

STEDH de 30 de octubre de 2018, asunto SS c/ Eslovenia, nº 40938/16.

BREVES NOTAS SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN CUBA

BRIEF NOTES ON ACCESS TO JUSTICE FOR PEOPLE WITH DISABILITIES IN CUBA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 514-537

Rafael Roselló MANZANO y Freddy Andrés HUNG GIL

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: En Cuba existe, desde los años sesenta del pasado siglo, un esfuerzo permanente de las instituciones estatales para la promoción e inserción social plenas de las personas en situación de discapacidad. Estos indicadores –evidentes en esferas como la educación, la salud, la asociación de personas, su inserción laboral y social, sitúan a la mayor de las Antillas dentro de los estados pioneros en materia de protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad. No obstante, el paradigma imperante desde el pasado siglo y hasta los albores del presente ha sido el de la consideración de la minusvalía de la persona. Ha sido la ratificación de las Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, acaecida en Cuba en 2007, y un proceso posterior de armonización y adecuación social y normativa a la nueva consideración del fenómeno, los aspectos que han señalado un hito en esta materia. En este contexto se inscribe el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Al reconocimiento de sus derechos, se deben sumar las condiciones materiales y humanas para su ejercicio, y para su reclamación cuando son vulnerados, procesos que deben comenzar con la toma de conciencia de que dichos derechos existen y que pueden y deben ser ejercitados.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; vulnerabilidad; acceso a la justicia.

ABSTRACT: *In Cuba, since the 1960s, there has been a permanent effort by state institutions to encourage the promotion and full social integration of people with disabilities. These indicators - evident in areas such as education, health, the association of people, their labour and social integration - place Cuba among the pioneering states in terms of the protection of the rights of people with disabilities. However, the prevailing paradigm since the last century and up to the dawn of the present century has been that of considering the handicap of the person. It was the ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which took place in Cuba in 2007, and a subsequent process of harmonisation and social and regulatory adaptation to the new consideration of the phenomenon, which marked a turning point in this area. The right of access to justice for persons with disabilities is part of this context. In addition to the recognition of their rights, the material and human conditions for their exercise, and for their claim when they are violated, must be added, processes that must begin with the awareness that these rights exist and that they can and must be exercised.*

KEY WORDS: *Disability; vulnerability; access to justice.*

SUMARIO.- II. GENERALIDADES.- II. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CUBA.- 1. Cultura jurídica y preparación de los operadores del Derecho. - 2 Gratuidad de la representación letrada e información ex ante sobre el proceso.- 3. Problemas históricos alrededor de la incapacitación judicial y de la relación incapacitado - tutor. Hacia un nuevo paradigma.- 4. Celeridad de la justicia, medidas cautelares y ejecución de las sentencias. 5.- Oralidad, accesibilidad del lenguaje jurídico y condiciones de la sede del órgano jurisdiccional.- III. ¿POR QUÉ NO SE LITIGA EN CUBA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN O IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. GENERALIDADES.

El derecho de acceder a la justicia no constituye, ni mucho menos, una preocupación nueva, social y culturalmente hablando. Las formas en las que el género humano ha organizado su vida implican todas algún tipo de desigualdad y asimetría: ventajas para el grupo dominante que se traducen en mayor o menor medida en necesarias desventajas para el resto. Entre las artes, la literatura abunda en ejemplos de personas que por su condición social o económica no encontraron la justicia en los órganos estatales que supuestamente la impartían, desde el campesino kafkiano de un cuento con extraordinarios matices filosóficos como lo es "Ante la ley", de obligada cita cada vez que se habla del tema, hasta el héroe que representa Edmundo Dantés, el Conde de Montecristo, injustamente condenado por un crimen que no cometió, y que decepcionado de la justicia impartida por el Estado, regresa para vengarse por su propia mano. En épocas oscuras de la historia de la humanidad y en escenarios distintos geográficamente, el imaginario popular creó otros héroes que se perpetuaron a través de la tradición oral y escrita y cuyo papel esencial era defender a los pobres y desvalidos, que por serlo, no encontraban amparo sino represión en las vías formales de administración de justicia.

Alcanzada, al menos en vía de principio formalmente positivizado, la igualdad ante la ley, reivindicación de las revoluciones burguesas y antes, de la revolución de independencia de las Trece Colonias, ha sido arduo el camino de la comprensión de que dicha igualdad formal no es suficiente, por lo que se necesita la igualdad material, entendida como un grupo de oportunidades y condiciones establecidas a manera de punto de partida para el ejercicio de sus derechos a personas que por alguna razón están en desventaja respecto del resto.

• Rafael Roselló Manzano
Profesor Titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba, Notario. Correo electrónico: rosello@lex.uh.cu.

• Freddy Andrés Hung Gil
Profesor Titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba, Notario. Correo electrónico: freddy@lex.uh.cu.

En este contexto, el derecho de acceso a la justicia es tan importante porque se convierte en presupuesto o herramienta para el ejercicio del resto de los derechos que pueden ser vulnerados o deben ser reconocidos por los órganos jurisdiccionales. El reconocimiento formal de un derecho debe complementarse necesariamente con el acceso efectivo al sistema de justicia para obtener su tutela.

El acceso a la justicia se relaciona claramente con el derecho a la igualdad, a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación, regulados históricamente en la Constitución de la República de Cuba de 1976, en los artículos 41 y 42, complementados por el muy importante artículo 9 del propio cuerpo legal. En la Constitución cubana de 2019, que abrogó la precedente, las normas relativas a las garantías y la ampliación de las facultades de los jueces giran en torno a los principios de la igualdad efectiva en el goce y el ejercicio de los derechos (artículo 13 inciso d) y la garantía de poder "acceder a los tribunales para obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos" (artículo 92), a través de normas en las que se debe fundamentar el debido proceso. De este modo, se garantiza a los ciudadanos un acceso efectivo a la justicia y una pretensión de adecuación de las formas de tutela efectiva.[1]

El fenómeno jurídico, puede afirmarse sin temor a dudas, hunde sus raíces en una vocación de tutela concreta y efectiva de los intereses dignos de protección y, de forma particular, de la persona, razón en la que se fundamenta la existencia misma del Derecho.[2] Aunque el fenómeno jurídico puede ser apreciado como reflexión y como modo de ordenar la realidad –aspectos que indudablemente forman parte de su esencia- desde su concepción originaria en Occidente es un grito en busca de la tutela efectiva frente a la ruptura del orden. Así, Hesíodo invoca a la justicia para intentar reparar el quebrantamiento "hybris" de una decisión judicial inicua en el caso de su herencia paterna[3] y Sófocles pone en labios de Antígona la severa admonición por la que se cuestiona la legitimidad de una norma sancionada desde el poder pero que desconoce la justicia.[4] El genio

1 Vettori, G.: "La efectividad de los derechos y de su protección en la Constitución cubana", F. A. Hung Gil (Traductor), *Revista Cubana de Derecho*, 2020, IV Época, núm. 56, julio-diciembre, pp. 237-250. El texto constitucional cubano de 2019 reconoce dentro de los fines esenciales del Estado, consagrados en su artículo 13: "garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral" (inciso f); y "garantizar la igualdad efectiva en el disfrute y ejercicio de los derechos" (inciso d). De igual forma, el texto de la Carta Magna consagra la tutela de los derechos humanos (artículo 41), la igualdad ante la ley y la proscripción de toda forma de discriminación (artículo 42), así como el derecho a la justicia (artículo 46).

2 D.1, 5, 2: "Hominum causa omne ius constitutum est."

3 "Oh Perses! retén esto en tu espíritu: acoge el espíritu de justicia y rechaza la violencia, pues el Cronión ha impuesto esta ley a los hombres. Ha permitido a los peces, a los animales feroces y a las aves de rapiña devorarse entre sí, porque carecen de justicia; pero ha dado a los hombres la justicia, que es la mejor de las cosas." Hesíodo, *Los Trabajos y los días*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2016.

4 "No era Zeus quien me la había decretado, ni Diké, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo. Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron." Sófocles, *Antígona*, Penguin Random House Grupo Editorial España, 2015.

romano, de este modo, concibe a la justicia como "constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi."[5]

Lo jurídico, visto desde la perspectiva de los juristas romanos, dista mucho de ser una reflexión, en la que teoría y praxis a veces se encuentran en posiciones irreconciliables. Es, para los juristas romanos, la concreción efectiva de un ideal de justicia aplicado al caso en estudio y urgido de solución. Dice al respecto Savigny:

"Cuando tienen que considerar un caso de derecho parten de la viva intuición de este, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica se ve siempre elevada a la altura del proceso científico."[6]

La noción de efectividad –si se siguen de cerca las consideraciones de Giuseppe Vettori- se refiere a una palabra "densa" en cuanto hace alusión a hechos que pueden hacer surgir ciertas posiciones jurídicas subjetivas.[7] El principio de efectividad –sigue diciendo este autor- contenido en una pluralidad de normas, contribuye a la conversión del hecho en derecho, con una función peculiar. El mismo tiene la función específica de hacer coincidir la forma con el fondo en la garantía de los derechos y en la realización de los deberes, para dar respuestas adecuadas a las lesiones de los intereses, tanto patrimoniales como no patrimoniales.[8]

El principio de efectividad, de modo general, tiende a la plena aplicación de las normas jurídicas y a la realización del Derecho. Como se tendrá ocasión de estudiar, más allá de sus fundamentos iusfilosóficos, encuentra ámbitos privilegiados de aplicación en la interpretación de las normas jurídicas y en la jurisprudencia de los tribunales. Puede afirmarse que es uno de los principios sobre los que descansa la atribución misma a una realidad política de la condición de Estado constitucional de Derecho[9] y la interrelación del principio estudiado y la justicia es evidente.[10]

5 D. 1, 1, 10.

6 *Cfr.* Savigny, F.C.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la Ciencia del Derecho*, La España Moderna, Madrid, (s.a.) p. 44. *Vid.* Errázuriz Eguiguren, M.: *Manual de Derecho Romano*, 2ª edición, tomo I –*Historia Externa de Roma. Del acto jurídico. De las personas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 59 y ss. Al respecto comenta De Castro Camero: "El jurista romano captaba lo justo de la realidad, lo que dotaba al derecho de carácter casuístico y lo conectaba con la auténtica naturaleza de las cosas. De esa manera, adquiría concreción no sólo por tener en cuenta las circunstancias del supuesto que había generado la cuestión, sino porque se alejaba de la tentación de limitarse a ser una mera reflexión abstracta sobre lo justo o lo injusto". Así De Castro Camero, C.: "El jurista romano y su labor de concreción de la justicia", *Persona y Derecho*, 2016/1, vol. 74, p. 128.

7 Vettori, G.: "Effettività", en AA.VV.: *Le parole del Diritto. Scritti in Ononore di Carlo Castronovo*, tomo II, Jovene Editore, Napoli, 2018, p. 639.

8 Vettori, G.: "La efectividad", cit., p. 243.

9 Vettori, G.: *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 66.

10 Ídem. pp. 17-23.

El mundo de hoy, caracterizado no solo por la transformación continua de las relaciones sociales y económicas, la aceleración del ritmo vital, la eclosión de nuevos derechos –y la extraña limitación de otros, piénsese en la privacy, por solo citar un ejemplo- amenazan con arrastrar al Derecho por el mismo camino que transita lo que Bauman denominara, con acierto, modernidad líquida.[11] En una realidad en la cual no se logra encontrar en muchos casos moldes y soluciones preestablecidos en el Derecho histórico y en la que valores como los de certeza y previsibilidad del orden jurídico pueden encontrarse en entredicho, el nexo entre efectividad y justicia se revela en su forma más evidente. Se trata no de una noción abstracta sin efectiva concreción en las relaciones sociales, ni de las elucubraciones de algún teórico, más o menos cercanas a la realidad. Es un cruce de caminos desde la hermenéutica de las normas y hasta la realización plena del Derecho entre las nociones de nomos, logos y justicia.[12]

Los enfoques tradicionales del derecho de acceso a la justicia lo circunscriben al acceso a los órganos jurisdiccionales en control del Estado, y por tanto su contenido se identificó en sus inicios con la tutela judicial efectiva, el debido proceso y otras garantías procesales de orden constitucional. Pronto el concepto sería objeto de precisión y expansión en dos sentidos: i) el objeto de acceso o ¿a qué se accede?, y ii) el contenido y formas de acceso o ¿de qué tipo de acceso se habla? La primera de las cuestiones tiene su ampliación decisiva sobre la base del pluralismo jurídico y del surgimiento de los medios alternativos de solución de controversias. Mucho se ha hablado y escrito de ambos y una exposición detallada excede los propósitos de este trabajo. No obstante, resultan necesarias algunas consideraciones.

Al pensamiento de que el pluralismo jurídico representa un intento por disminuir el papel del Estado y su función legislativa, se debe oponer la poderosa idea de que no es posible, sobre todo en el entorno latinoamericano, que el Estado sea el único creador del Derecho, ignorando las normas que rigen a las comunidades originarias mucho tiempo antes de 1492. Los estados latinoamericanos son en su mayoría multiculturales e incluso plurinacionales, realidad que han reconocido las novísimas Constituciones de Ecuador y Bolivia, por lo que el acceso a la justicia de los pueblos originarios pasa por la aplicación de sus propias normas, así como la utilización de sus propias instancias y métodos para la solución de sus conflictos, todo ello aparejado con las consiguientes normas de competencia y coordinación.

Por su parte, los medios alternativos de solución de conflictos marcan una expansión en el sentido de incluir no solamente el acceso a los tribunales estatales, sino también a cualquier otro mecanismo de respuesta a controversias

11 Bauman, Z.: *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004. *Vid.* Franceschelli, V.: *Diritto*, Egea, Milano, 2019, pp. 68-74.

12 Vettori, G.: *Effettività*, cit, pp. 150 ss.

jurídicamente relevantes. Conocidas son sus ventajas: menores costes, menor tiempo de resolución de la controversia, mayor especialización, mayor flexibilidad y sencillez en los procedimientos y mayor prontitud en la ejecución.

No resulta necesario en Cuba el pluralismo jurídico, pues no existe una presencia significativa de otras etnias que entren en conflicto con la producción legislativa y la administración de justicia por parte del Estado central. La participación social en la administración de justicia se garantiza por los jueces legos, quienes son propuestos por las organizaciones de masas en asambleas de base en centros de trabajo, barrios, zonas rurales y centros de estudio, según sea el caso, y son elegidos por el órgano legislativo que corresponda al nivel de cada Tribunal, según preceptuaban los artículos 49 y siguientes de la Ley núm. 82, de los Tribunales Populares, de 11 de julio de 1997. La Ley 140 de 2021 "De los Tribunales de Justicia" establece en su artículo 1 que "la función de impartir justicia dimana del pueblo (…)" reconoce los métodos alternos de solución de conflictos (artículo 7) y, como la ley precedente, admite la participación en la impartición de justicia de los jueces legos, ciudadanos no juristas, electos como representantes del pueblo (artículo 10. 1 inciso d).

En cuanto al otro objeto de ampliación, las características del acceso a la justicia, un buen punto de partida lo fue, como se dijo anteriormente, el derecho que tiene la persona de acudir al órgano que ejerce la jurisdicción cuando considere lesionados o violados sus derechos o intente hacerlos valer. Este derecho, reconocido de una forma u otra en la mayoría de los textos constitucionales, comprende el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para ventilar en ellos las controversias relativas a actos públicos o privados que incidan de alguna manera en su esfera jurídica, la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que apoyen su pretensión y de contradecir los esgrimidos por el contrario que le perjudiquen, solicitar y obtener cuando sea procedente medidas cautelares para evitar daños que no sean reparables cuando se dicte la resolución judicial definitiva, derecho a representación letrada en todas las fases del proceso, obtener un fallo definitivo en un lapso de tiempo adecuado y sobre la base de la aplicación de normas jurídicas y procedimientos previamente establecidos por los órganos competentes y obtener la pronta y acertada ejecución del fallo cuando este le es favorable. Sin embargo, a simple vista se observa que todo esto no es suficiente: ¿de qué sirve el reconocimiento formal del libre acceso a los órganos jurisdiccionales y el derecho a representación letrada en todas las fases del proceso, si no se tienen medios para afrontar los costes que dicho proceso y dicha representación entrañan?¿Se puede realmente solicitar que se diriman las controversias que atañen a la esfera jurídica de una persona, o presentar argumentos y pruebas, u obtener un fallo basado en la norma previamente establecida, cuando la persona no conoce sus derechos ni la forma de ejercitarlos?

La formulación del derecho de acceso a la justicia debe pues realizarse sobre la base de mínimos en los textos constitucionales, con obligado desarrollo en las leyes ordinarias, que incluyan la cultura jurídica de los titulares, entendida como conocimiento de sus derechos y de las formas para ejercitarlos y defenderlos y el diseño de procesos judiciales y medios alternativos económicamente accesibles que diriman de forma justa, breve, eficiente y no discriminatoria los conflictos en los que se vean inmersos los titulares, y ejecuten de esa misma forma sus decisiones.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN CUBA[13].

La situación de las personas con discapacidad quizá sea la más grave, entre los grupos que se ven limitados en el acceso a la justicia. La imposibilidad de actuación que genera de manera casi absoluta la declaración judicial de incapacidad y las características de los sistemas de justicia hacen que en muchas ocasiones las personas discapacitadas ni siquiera puedan luchar en la vía judicial contra la exclusión.

El problema del acceso a la justicia tiene para los discapacitados dos aristas: i) la posibilidad de luchar contra la discriminación en la vía judicial y ii) la posibilidad general de acceso a la justicia en los asuntos en los que son parte: reclamación de derechos de propiedad o de crédito, indemnizaciones por daños y perjuicios, o en los que son testigos o aportan algún material probatorio.

Son varios los factores que inciden en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, entre los cuales podemos señalar:

- Desconocimiento de sus derechos y falta de recursos económicos para ejercitarlos.

- Desconocimiento y falta de preparación en los operadores del sistema jurídico, principalmente jueces, fiscales y abogados sobre temas de discapacidad.

En Cuba, la acción destacada del Estado por medio de las múltiples instituciones que se ocupan del tema, garantiza, en medio de las conocidas precariedades de la economía, la existencia de políticas públicas para la atención a las personas discapacitadas. Sin embargo, es posible que dichas políticas, estructuradas desde el poder central, hayan contribuido, sin quererlo, a perpetuar la errónea asociación

13 La exposición basa su estructura en algunos de los puntos que se regulan o recomiendan, según sea el caso, para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

de discapacidad con incapacidad e inferioridad, privilegiando el enfoque del discapacitado como sujeto de asistencia social y no como sujeto de Derecho. Esta idea se hace patente, como veremos más adelante, en sede legal y jurisdiccional, donde, según la reglamentación tradicional, se priva de manera absoluta y radical al individuo de su capacidad de obrar y se le nombra un tutor que en lo adelante sustituirá la voluntad de la persona con discapacidad en vez de apoyarlo en la toma de sus propias decisiones.

El análisis de las instituciones jurídicas y de las normas que las disciplinan desde la perspectiva del principio de efectividad se revela como una forma holística de comprender el fenómeno jurídico.[14] El discurso sobre la efectividad, si bien encuentra ámbitos privilegiados de atención en las reflexiones sobre el estado constitucional de derecho, la soberanía popular, la hermenéutica de las normas y la producción jurisprudencial, tiene un desarrollo particular en lo que la doctrina denomina efectividad de las formas de tutela.[15]

A través de una producción conceptual creciente que se ha manifestado en el ámbito procesal y en las sentencias de los tribunales, hasta obtener un reflejo normativo en instrumentos internacionales y en diversas constituciones nacionales, se ha generado un conjunto de nociones que tributan directamente al concepto de efectividad. Así, las nociones de debido proceso y tutela judicial efectiva remarcan la interconexión entre la actuación judicial y la tutela de los derechos inviolables de la persona.[16]

Aunque por razones de espacio no es posible abordar en el presente estudio a profundidad la acogida del principio de efectividad en los instrumentos internacionales y las constituciones nacionales, se hará referencia a los hitos más significativos. Así, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, reconoce el derecho de toda persona "a un recurso efectivo, ante

14 *Cfr.*, Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.

15 Vettori, G.: "Effettività delle tutele (Diritto Civile)", *Enciclopedia del Diritto*, Annali X, 2017, Giuffrè Editore, Milano.

16 Ídem., p. 382. Sobre la noción de debido proceso comentan los autores en materia procesal en el *Glosario de términos esenciales del Derecho Civil*, F. A. Hung Gil y J. Pereira Pérez (Coordinadores), Editorial Unijuris, La Habana, 2022: "…el debido proceso se instituye como garantía y derecho fundamental de todos los justiciables, en tanto les permite, una vez incoado el proceso, defender sus derechos e intereses legítimos durante la tramitación de un proceso que cuente, al menos, con los estándares mínimos que permitan la eficacia del resultado procesal, que en definitiva no es otro que alcanzar la justicia." De igual forma, refieren dichos autores sobre el concepto de tutela judicial efectiva: "La tutela judicial efectiva constituye un concepto jurídico indeterminado, no solo por su carácter de derecho fundamental y garantía jurisdiccional de los derechos, sino por la extensa relación categorías que lo integran. La tutela judicial efectiva se manifiesta desde la etapa previa al proceso, a través de mecanismos efectivos que posibiliten el acceso a la justicia de las personas, de ahí que comenzaremos esta parte del análisis por la delimitación conceptual del acceso a la justicia y sus posteriores consecuencias, siendo este el primero de los elementos conformadores del supra concepto que analizamos. Un segundo elemento, y quizás el más trascendente al concepto de tutela judicial efectiva, lo constituye -precisamente- el debido proceso, o el derecho a un proceso con todas las garantías, como prefiera llamarse. Por último, la tutela judicial solo puede apellidarse como efectiva si se llega a cumplir el mandato jurisdiccional, para lo cual se ha de contar con efectivos mecanismos de ejecución." Ídem.

los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley."[17] El Convenio europeo de Derechos humanos en su artículo 13 establece el derecho a un recurso efectivo y extiende la tutela a los casos en que "la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales"[18] y la Carta de los Derecho fundamentales de la Unión Europea en su artículo 47 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juez imparcial y la garantía de la efectividad del acceso a la justicia.[19]

La Constitución italiana, que ha sido precursora de la noción de efectividad, establece en su artículo 24: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa e' diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari." La Constitución cubana de 2019, superando en precisión y técnica legislativa al texto constitucional precedente, establece en su artículo 13 inciso d) como uno de los fines del Estado "garantizar la igualdad efectiva en el disfrute y ejercicio de los derechos", consagra el derecho a la justicia ex artículo 46 y establece en su artículo 92 que "el Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos."[20]

1. Cultura jurídica y preparación de los operadores del Derecho.

En sentido general y no solo para los discapacitados, no existen políticas públicas eficaces para eliminar la llamada "pobreza legal" o desconocimiento de los derechos de que las personas son titulares. Ello es especialmente importante, debido a que se conoce de antiguo que el ejercicio de los derechos, y su reclamación cuando son vulnerados es una cuestión directamente proporcional con el conocimiento y la cultura en relación con los mismos.

A fuer de ser honestos con nosotros mismos, no es hasta fechas relativamente recientes que en los cursos de pregrado de la carrera de Derecho se introdujo con fuerza la temática de los derechos de las personas con discapacidad, por lo que un por ciento significativo de nuestros juristas apenas tocó alguno de los aspectos puntuales en asignaturas de la disciplina Derecho civil y en Derecho laboral y penal. En fecha relativamente reciente se ha introducido la impartición de cursos monográficos sobre la materia en la enseñanza pregraduada y en algunos cursos

17 https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf.

18 https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

19 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=DE.

20 *Vid.*, Torres-Cuevas, E., Suárez Suárez, R.: *El libro de las Constituciones*, Vol. I-III, Ediciones Imagen Contemporánea, La Habana, 2018.

de posgrado se toca el tema de manera tangencial. Ello trae como consecuencia la incomprensión del tema por los operadores jurídicos, con la consiguiente desprotección que acarrea el no poder enfocar el tema de la discapacidad de forma integral. El adecuado ejercicio profesional debe hacer acompañar a la imprescindible sensibilidad humana, la no menos imprescindible solvencia en los conocimientos relativos a nuestra profesión respecto de la discapacidad y su relevancia en el plano del Derecho.

Solo en los últimos años (2021/2022) se ha iniciado en ciertos territorios cubanos, identificados oportunamente por sus precarias condiciones materiales de vida y de vulnerabilidad de sus habitantes, un proceso que entre las acciones concretas que se ejecutan, tienden además a la reducción, en lo posible, de la así llamada pobreza legal. De igual forma, el proyecto de Código de las Familias – aun en discusión- hace énfasis en la lucha contra las distintas formas de discriminación y en la tutela concreta y efectiva, en el ámbito familiar, de las personas con discapacidad. Se trata, sin lugar a dudas, de esfuerzos loables, pero son, a nuestro juicio, manifestaciones aún insuficientes que preceden el abordaje sistemático y completo de la problemática estudiada.

2. Gratuidad de la representación letrada e información ex ante sobre el proceso.

Es claro que por las características de la oferta laboral a las personas discapacitadas y por los problemas que estas afrontan para trabajar, en la mayoría de las familias con miembros discapacitados el ingreso per capita es menor. Por ello, el acceso a la justicia en estos casos puede pasar también porque los costes del proceso sean accesibles al discapacitado.

En Cuba, los servicios de la abogacía los presta de manera exclusiva la Organización Nacional del Bufetes Colectivos (ONBC), que en el Decreto Ley número 81, de 8 de junio de 1984, sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, se define como una organización "de interés social". Con amparo en esta idea, en 1986 fue aprobado un acuerdo entre la ONBC y el extinto Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio) para brindarle servicios jurídicos exentos o con rebaja de pago a determinados sectores de la sociedad, con amparo en el artículo 48 del Reglamento del Decreto Ley 81, que se puso en vigor por la Resolución núm.142 de 18 de diciembre de 1984, que prescribe la posibilidad de la exención del pago de los servicios jurídicos. En fecha 2 de abril del 2010, la Junta Directiva Nacional de la ONBC, en su reunión ordinaria, adoptó el acuerdo número 1689, respecto a la exención de pago del servicio jurídico a personas naturales. Al respecto se dispone que la exención, de carácter excepcional, tiene lugar cuando el pago del servicio no pueda ser asumido por el interesado por carecer de recursos suficientes y no tener familiares convivientes obligados a la prestación de alimentos y siempre que

la insolvencia económica sea acreditada, preferiblemente de forma documental y por declaración jurada ante el director del Bufete.

Los Bufetes Colectivos en Cuba solo prestan servicios exentos de pago en los siguientes casos:

- Procesos sobre Filiación, Patria Potestad, reconocimiento de hijos menores de edad y los vinculados con la pensión alimenticia de éstos.

- Procesos especiales de divorcio por justa causa, cuando puedan ser afectados los intereses de los hijos menores habidos del matrimonio y cuando se litiga pensión para el cónyuge.

- Incidentes sobre Pensión alimenticia.

- Procesos administrativos por aplicación de la Ley General de la Vivienda.

- En aquellos casos que resulten lesionados intereses patrimoniales de menores de edad, o incapacitados.

- En los casos de interés técnico, o trascendencia social, previa autorización del Director Provincial.

La enumeración no parece ser taxativa, aunque sería oportuna una referencia a los discapacitados, pues la mención de la incapacidad se refiere únicamente a la judicialmente declarada, como es obvio. Sin embargo, su inclusión también se puede intentar por la vía de la trascendencia social, que evidentemente está presente, aunque sin dudas el procedimiento burocrático para la autorización es más engorroso. En todo caso, se echa de menos una solución intermedia entre los extremos del pago total de la tarifa establecida y la exención absoluta de pago, que pudiera consistir en tarifas diferenciadas para personas en situación de discapacidad que no son necesariamente insolventes, aunque sus ingresos son por norma sensiblemente menores que los del resto de los trabajadores. El hecho de que la norma comentada mencione solamente como atendibles para la exención los procesos que se generen a consecuencia de la lesión de intereses patrimoniales de los incapacitados, es reflejo de una visión limitada, directamente relacionada con la deficiente regulación en nuestra legislación civil de los derechos inherentes a la personalidad y el resarcimiento del daño moral.

Es significativo que no se incluyen en la exención de pago los asuntos en los cuales se pueda comparecer por derecho propio, norma que está pensada evidentemente para sujetos plenamente capaces y no contempla los casos en los que las características de la persona hacen que con independencia de que

la ley le franquee la posibilidad de comparecer al proceso por derecho propio, deban hacerlo siempre mediante representación letrada en razón, por ejemplo, de discapacidad intelectual. A todo ello se suma que no hay un adiestramiento específico a los abogados para comunicarse en lenguaje de señas en caso de clientes sordos e hipoacúsicos, y un número importante de bufetes, al menos en la Ciudad de la Habana, tienen barreras arquitectónicas que hacen sumamente difícil el acceso de personas con discapacidades motoras. Sin embargo, no todo son sombras, pues la información ex ante, es decir, todo lo relativo a los trámites a seguir, duración del proceso, cómputo de los plazos, consecuencias de los actos procesales, puede ser suministrada a los discapacitados por la vía de las consultas, las que son gratuitas en todos los Bufetes Colectivos. En el sistema de Tribunales existen departamentos de atención al público, pero las quejas sobre la actuación del Tribunal en la tramitación del proceso, se dirigen por escrito a dichos departamentos, y son contestadas por la Sala que tramita el asunto o por la vicepresidencia correspondiente, de igual manera.

En el caso de los Tribunales, pero también con un argumento válido para los bufetes de abogados, el lenguaje jurídico sigue siendo inaccesible para los no juristas, por lo que las providencias, autos y sentencias, no son entendibles para ellos, lo que refuerza la dependencia del discapacitado respecto de su representación letrada.

Como se ha afirmado anteriormente, una de las muestras de la concepción del discapacitado como objeto de protección y no como sujeto de Derecho es el hecho de que existiendo en la literatura científica un amplio abanico de discapacidades mentales, con su gravedad correspondiente, la incapacitación judicial en nuestros tribunales según la praxis de los últimos años es total, y priva por tanto totalmente de su capacidad de obrar al que es sometido al proceso con éxito. No hay medias tintas. En esto juega un papel fundamental el desconocimiento por parte de los profesionales del Derecho acerca de los diferentes tipos de discapacidad y sus características, ignorando muchas veces las diferencias subjetivas de cada caso, y los posibles derechos y actos que puedan ser ejercitados a pesar de la discapacidad. Afortunadamente, en los últimos años se ha abierto paso una visión menos reduccionista del fenómeno de la discapacidad y una comprensión de su esencia que la distingue de la clásica dicotomía –muchas veces arbitraria – entre la capacidad y la incapacidad, sin matices.

3. Problemas históricos alrededor de la incapacitación judicial y de la relación incapacitado – tutor. Hacia un nuevo paradigma.

Si seguimos la preceptiva del vigente Código de Familia, el tutor que se le nombre sustituirá al discapacitado en todas sus decisiones. No existe ninguna norma legal, ni es frecuente un pronunciamiento judicial que lo obligue a ejercer

su función tomando en cuenta, cuando esto sea posible y necesario, la voluntad del discapacitado. De hecho, la formulación del artículo 137 del Código de Familia, en su apartado segundo, plantea que la tutela tiene por objeto "la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido judicialmente incapacitados." Sin embargo, el propio Código parece abrir el camino al ejercicio de determinados actos por el tutelado, cuando en el artículo 151 expresa que el tutor representará al incapacitado en todos los actos civiles y administrativos, salvo en los que la ley disponga expresamente que el incapacitado puede realizarlos por sí mismo.

Queda claro que un respaldo legal para el ejercicio de la tutela teniendo en cuenta en cada caso que sea posible la voluntad del tutelado puede encontrarse de forma indirecta en la obligación del tutor de proveer a la recuperación o adquisición de la capacidad por el tutelado, aunque sin dudas lo correcto sería su inclusión expresa como norma de cumplimiento imperativo, a fin de que sea valorada por el Tribunal en la correspondiente rendición de cuentas. Por cierto, que sería útil pensar la forma de hacer rendir cuentas de su gestión de manera eficaz ante el Tribunal a los directores de establecimientos asistenciales que en virtud del artículo 150 en relación con el 147 del Código de Familia vigente, son tutores de los mayores de edad incapacitados internados en dichos establecimientos. Su condición particular no los exime de esta obligación.

En la misma línea de razonamiento, para los discapacitados que trabajan en el propio establecimiento asistencial, y siendo el director del establecimiento al mismo tiempo empleador y tutor, se crea un conflicto de intereses al que no parece que se le haya prestado suficiente atención y que amerita un control por parte de la Fiscalía y de los Tribunales.

La opinión del discapacitado debería tenerse en cuenta también en caso de que el tutor pretenda internarlo en un establecimiento asistencial, aunque la autorización del Tribunal requerida por la ley en su artículo 155, apartado primero, del vigente Código de Familia, garantiza que la decisión no sea unipersonal. De cualquier manera, sería conveniente establecer la obligatoriedad de la audiencia al incapacitado, cuando las características de su padecimiento lo permitan, no solo en las decisiones sobre su internamiento, sino también sobre el tratamiento que con él se seguirá, extremos que son tan importantes como los actos de dominio, en los que tradicionalmente se fija la atención del Tribunal, y para los que tampoco se regula la consulta a la voluntad del incapacitado. Pareciera que lo patrimonial preocupaba más al legislador, cuando el abuso y el maltrato en la esfera personal son por lo menos igual de importantes.

La regulación jurídica de la incapacitación en Cuba ha presentado, hasta fecha muy reciente, algunas de las siguientes problemáticas. Desde el punto de vista estrictamente procesal el tutor, según la preceptiva de la derogada Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, podía, con autorización del Tribunal, transigir o allanarse a demandas que se establecieran contra el incapacitado, lo que apoya la idea sabida de que el incapacitado lo era también para instar al órgano jurisdiccional, y no constituye excepción para ello el que hubiera recuperado su capacidad de facto, caso en el cual no podía él mismo promover la extinción de la tutela y la recuperación de iure de su capacidad de obrar, ni participar en la rendición de cuentas del tutor ante el Tribunal. La acción para recuperar la capacidad en este caso debía ejercitarla el tutor (con clara posibilidad de intereses contrapuestos por parte de quien quiere mantener el control sobre los bienes del incapacitado judicialmente), o el Fiscal.

De forma general, la incapacitación, que debería ser excepcional, era la regla que en los casos que se promovía con éxito, vedaba el acceso a la tutela judicial efectiva de los discapacitados que eran objeto de ella, con escasos medios de defensa propios ante el tutor que se les nombraba, quien los sustituía en todos los actos civiles y administrativos, y sobre el que no existe una norma que al menos lo incentive a tener en cuenta la voluntad del discapacitado. Esta situación se extendía claramente al ámbito procesal, y a pesar de que las decisiones como transigir o allanarse estaban sujetas a una autorización del Tribunal, el discapacitado declarado incapaz no podía actuar por sí[21], ni siquiera en los casos en que de facto hubiera recobrado la capacidad y pretendiera del Tribunal que desencadene las consecuencias jurídicas que de dicha recuperación dimanan, visto que el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), actualmente derogada, era clara en afirmar que solo son capaces para comparecer e instar al Tribunal quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y los que no, tendrán que hacerlo mediante sus representantes legales. Por lo cual, el que ha recuperado su capacidad (o bien nunca ha sido incapaz, y lo han declarado ignorándolo él mismo), o necesita un cambio de tratamiento por su mejoría, o quiere poner a consideración del tribunal su internamiento, en todo caso tendría que acudir al Fiscal, según preceptuaban de los artículos 46 y 47 de la LPCALE. Se echan de menos en esta reglamentación histórica, puede afirmarse, figuras más flexibles de protección que encuadran perfectamente en nuestra tradición jurídica, como la curatela, o bien el Betreuer alemán.

Es cierto que tomar en cuenta los deseos del discapacitado para la designación de la persona que ejercitará la protección, así como la definición casuística y

21 *Vid.* Artículo 78. 1 inciso b) del Código de Procesos de 2021 que reconoce como parte en el proceso de que se trate, a los apoyos intensos con facultades de representación de las personas con discapacidad que así lo requieran.

pormenorizada de los actos para los cuales resulta incapacitada la persona es una tarea que requiere de esfuerzo del Tribunal (es seguramente más fácil incapacitar de plano y totalmente), pero resulta estrictamente necesario. Además del control jurisdiccional, el discapacitado debe poder en todo momento reclamar contra la actuación del tutor o curador, cuyo metro de actuación diligente debe estar integrado sobre todo por los deseos e intereses del discapacitado, siempre que no sean perjudiciales para el mismo, claro está. La participación activa del discapacitado es un elemento principal en el control jurisdiccional sobre la actividad del tutor: la apropiación de los bienes por parte de este último es perfectamente posible, y es falsa la idea de que frecuentemente no hay patrimonio del que apropiarse, más bien es todo lo contrario (piénsese si no en los inmuebles del tutelado).

El Código de Procesos de 2021, que abrogó la precedente legislación procesal vigente en Cuba desde los años `70, introduce importantes modificaciones sobre el particular al regular los extremos relativos al Proceso Sumario sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la provisión de apoyos y salvaguardias. Así, el artículo 565.1 establece que en "los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica el tribunal puede valorar el alcance de las posibilidades de actuación de la persona, proveer o modificar el sistema de apoyos y sus medidas de control." El propio precepto, en su apartado 2, consagra que: "en este proceso, puede intervenir por sí, en defensa de sus intereses, la persona sobre la cual se solicita provisión de apoyos y salvaguardias."

En el momento en que se escribe el presente estudio el panorama legislativo cubano se encuentra a caballo entre el pasado y un futuro que aún no se cristaliza. La ley de trámites civiles de 1977 ha cedido paso a un Código de Procesos (Ley 141 de 2021) que se revela indudablemente como una legislación mucho más moderna, que recoge los avances indiscutibles que en materia de tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad se han sucedido en los últimos años a nivel internacional. Pese a ello, aún se encuentra en vigor el Código de Familia de 1975 que, en la materia que nos ocupa y fruto de un período histórico distinto, se presenta mucho más conservador. El proyecto de Código de las Familias (sometido actualmente a consulta popular) tiene una marcada vocación inclusiva[22] y de tutela efectiva de los derechos de las personas en situación de discapacidad, en el ámbito familiar y más allá de este. Pero debe afirmarse que en esta materia

22 Su artículo 3 establece los Principios que rigen el mismo, a saber: "1. Las relaciones que se desarrollan en el ámbito familiar se basan en la dignidad como valor supremo y se rigen por los principios siguientes: a) Igualdad y no discriminación; b) pluralidad; c) responsabilidad individual y compartida; d) solidaridad; e) búsqueda de la felicidad; f) favorabilidad; g) respeto; h) interés superior de niñas, niños y adolescentes; i) respeto a las voluntades y preferencias de las personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad; j) equilibrio entre orden público familiar y autonomía; k) realidad familiar." De igual forma proscribe, dentro de las formas de discriminación, las que tienen como origen la discapacidad (artículos 12 y 13) y regula un elenco de derechos de los que serían titulares las personas en situación de discapacidad en el esntorno familiar (artículos 430 y siguientes). *Vid.* Gaceta Oficial de 12 de enero de 2022, disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-ex4.pdf.

resulta urgente una reforma –y modernización- de todo el ordenamiento jurídico que, partiendo de la nueva Constitución, irradie sus efectos protectores de la persona de forma integral (en los ámbitos civiles, familiares, procesales, laborales, por solo citar los más significativos).

4. Celeridad de la justicia, medidas cautelares y ejecución de las sentencias.

En lo relativo a la celeridad de la justicia, aspecto sin dudas vital en materia de discapacidad, los períodos de duración de los procesos en materia civil y familiar son altamente satisfactorios en Cuba. El tiempo medio de duración de un proceso civil ordinario es de cuatro a seis meses, en dependencia de su complejidad, y los procesos de incapacitación han tenido una duración histórica media de dos meses. Este elemento se conecta lógicamente con la posibilidad de emplear medidas cautelares, posibilidad que se ensanchó con la incorporación de todo un elenco de ellas por vía de reforma de la (actualmente derogada) Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, aplicables al proceso civil en virtud de la Instrucción 191 del Tribunal Supremo. El Código de Procesos de 2021 incorpora una sección dedicada a las medidas cautelares relativas a las personas y las familias y, en ella, el artículo 283, inciso h), se refiere a la designación provisional de apoyo para personas con discapacidad, adultas mayores, víctimas de violencia o en situación de vulnerabilidad. Según la preceptiva del artículo 284 del Código de Procesos, el tribunal que conoce de la solicitud de medida cautelar convocará a una audiencia para escuchar a los involucrados (sic) y el destinatario de la medida puede oponerse a ella o interesar, a su vez, la adopción de otras de las medidas previstas en la propia sección ex artículo 283.

Es de destacar finalmente la atención esmerada que desde hace años ha puesto nuestro sistema de Tribunales en la ejecución de las sentencias dictadas en procesos civiles y contenciosos administrativos. Se puede afirmar que no es suficientemente comprendida a nivel social y por algunos operadores del Derecho en Cuba la importancia de la ejecución de las decisiones de los Tribunales: cuando esto no se logra el individuo no encuentra respuesta en el sistema de justicia para sus necesidades, pierde la confianza en éste, e intenta ejecutar lo fallado por sí mismo. En el caso de las personas en situación de vulnerabilidad, entre los que se encuentran los discapacitados y en general los ancianos y otras personas, por razones obvias es necesario poner especial énfasis en este componente imprescindible del derecho a la tutela judicial efectiva, brindándole todo el apoyo por parte del órgano jurisdiccional y las fuerzas del orden público.[23]

23 *Vid*. artículo 2.2 del Código de Procesos.

5. Oralidad, accesibilidad del lenguaje jurídico y condiciones de la sede del órgano jurisdiccional.

Toda la normativa internacional sobre la materia y en especial las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4 a 6 de marzo de 2008, coinciden en recomendar la oralidad como forma más beneficiosa de organizar el proceso para el justiciable discapacitado. Con independencia de las opiniones a favor y en contra respecto a si en definitiva la oralidad hace más expedito el proceso, queda claro que con la oralidad se fortalece el principio de inmediación, vital en la búsqueda de la verdad por el órgano jurisdiccional. Especialmente conveniente puede resultar también la aplicación de la conciliación como vía de solución al diferendo entre las partes, extremo que franqueaba el artículo 772 de la LPCALE que establecía la posibilidad de conciliar entre las partes, "... cuando el tribunal aprecie que se hace necesario o aconsejable que las partes alcancen mayor grado de comunicación al objeto de establecer, o resolver por sí mismas, algunos de los extremos asociados a las pretensiones deducidas." El Código de Procesos de 2021 establece en su artículo 3 que "el tribunal, en cualquier estado del proceso, procura conciliar los intereses de las partes en litigio o derivarlos a la mediación" con lo que se pone de manifiesto, también, un cambio de paradigma en esta materia.

Es conocida la necesidad de que las resoluciones judiciales se redacten en términos sencillos y accesibles, en justo equilibrio con el rigor técnico, pero en ambos aspectos es necesario aún trabajar, máxime cuando en los procesos intervengan como partes o testigos, personas discapacitadas. Tampoco se ha avanzado lo suficiente en facilitar el ejercicio de los derechos en los casos para los que no se requiere representación letrada, adoptando formularios de fácil manejo a los que tengan acceso especialmente las personas con discapacidad. Lo mismo sucede en la instancia administrativa, con trámites especialmente complejos y dilatados en materia de negocios de disposición sobre bienes inmuebles, que pueden frustrar el ejercicio de los derechos del público en general y de los discapacitados en particular.

Existen finalmente otras condiciones, que resultan ser vitales para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Entre ellas se cuentan la garantía de transporte adecuado para llegar a la sede del Tribunal, la eliminación de barreras arquitectónicas, y la presencia en los mismos de personal especializado (intérpretes, trabajadores sociales) que apoyen al discapacitado durante su intervención en el proceso, cuestión esta última perfectamente garantizable en nuestra realidad.

III. ¿POR QUÉ NO SE LITIGA EN CUBA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN O IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?

En Cuba, los litigios para reparar situaciones de discriminación o en general para defender la igualdad de las personas con discapacidad, no son frecuentes. Es obvio que la litigiosidad no es ni mucho menos imprescindible, sobre todo cuando sus bajos índices son el reflejo de un adecuado reconocimiento de los derechos de los discapacitados y de su ejercicio pleno en la sociedad. Sin embargo, esto no siempre sucede así, y en nuestro caso en particular entre las principales causas de este fenómeno se pueden citar:

- La actuación del Estado en la atención a los discapacitados, resultado de una política integral que en la gran mayoría de los casos es eficaz y soluciona un grupo de necesidades a nivel básico.

- La incultura individual y como grupo de la reclamación de sus derechos en la vía jurisdiccional, que se acompaña del derecho más comúnmente ejercitado de dirigir peticiones y quejas a las autoridades, reconocido en la Constitución en su artículo 61.

- La sustracción del ámbito judicial del control de constitucionalidad, que limita la posición de los jueces en un posible litigio en el que se violen los principios de igualdad y no discriminación reconocidos en los artículos 41 y 42 de la Constitución, ya sea por el actuar de la administración o por la promulgación de una disposición normativa.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Puede afirmarse sin lugar a dudas, que en Cuba existe, desde los años sesenta del pasado siglo, un esfuerzo permanente de las instituciones estatales para la promoción e inserción social plenas de las personas en situación de discapacidad. Estos indicadores –evidentes en esferas como la educación, la salud, la asociación de personas, su inserción laboral y social, sitúan a la mayor de las Antillas dentro de los estados pioneros en materia de protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad. No obstante, el paradigma imperante desde el pasado siglo y hasta los albores del presente ha sido el de la consideración de la minusvalía de la persona. Ha sido la ratificación de las Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, acaecida en Cuba en 2007[24], y un proceso posterior de armonización y adecuación social y normativa a la nueva consideración del fenómeno, los aspectos que han señalado un hito en esta materia.

24 *Vid.*, Gaceta Oficial de 17 de noviembre de 2008, disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/go_o_061_2008.pdf.

En el cambio de paradigma ha jugado un papel importantísimo la ciencia. Así, los estudios sobre discapacidad que desde la Medicina, la Psicología, la Sociología, la Bioética, el Derecho[25], por solo citar algunas de las ciencias con mayores aportes, han potenciado una sensibilidad nueva sobre el fenómeno y un abordaje multi y transdisciplinario necesario para la comprensión de un ámbito esencialmente complejo. El reflejo en los medios de comunicación masiva de tales estudios también ha contribuido al cambio de paradigma gradual al que nos hemos venido refiriendo.

En el ámbito jurídico se presenta, de igual forma, un cambio radical de paradigma en la protección efectiva de las personas con discapacidad a partir de la Constitución de 2019, el Código de Procesos y, en los últimos tiempos, el proceso legislativo que ha potenciado el proyecto de Código de las Familias. Pero resulta apremiante que esta regulación del fenómeno alcance en su totalidad al entero ordenamiento jurídico. El 23 de marzo de 2021, el Consejo de Ministros creaba la Comisión Nacional para el seguimiento y monitoreo de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante el Acuerdo 9040/2021, publicado en la Gaceta Oficial núm. 38 Ordinaria del 9 de abril. De esta forma, puede apreciarse no solo el compromiso estatal con la protección de las personas en situación de discapacidad sino, además, que la misma aún no es una labor acabada.

En Cuba el advenimiento de un nuevo sistema político a mediados del siglo pasado trajo como consecuencias un grupo de reivindicaciones en el orden social entre las que se encontraron también las de las personas discapacitadas. Sin embargo, se hace necesario trascender la concepción de que los discapacitados son objetos de protección por el Estado y la sociedad, para reconocer que son sujetos de derecho. Ello implica, hasta donde sea posible, la defensa de sus propios intereses, la actuación de sus propios derechos y la reclamación de los mismos cuando sean vulnerados. Si bien es totalmente inhumano un diseño social en el que el hombre sea el lobo del hombre, y cada uno cuide exclusivamente de sí mismo, tampoco es aconsejable uno en el que se coarte en demasía la actuación individual en aras del interés social. En este contexto se inscribe el derecho de

25 Aunque no es posible citar, no siquiera de modo sumanrio, los estudios más importantes que en ámbito jurídico se han desarrollado en Cuba en materia de discapacidad, pueden presentarse a modo ilustrativo los seguidos por: Delgado Vergara, T., Pereira Pérez, J. (Coordinadoras): *Una mirada en clave jurídica al envejecimiento poblacional en Cuba*, Editorial UH, La Habana, 2017; Pérez Gallardo, L.B.: "Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: Un intento de posibles respuestas", *Revista de Derecho*, núm. 17, 2014, pp. 153-183; "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano?", *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 2, 2009, pp. 377-419; "Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y establecimiento de apoyos en función de asistencia: la inédita solución, para Cuba, del Tribunal Supremo, que abre las puertas a la aplicación directa del artículo 12 de la CDPC (Comentarios a la Sentencia núm. 752/2016, de 30 de septiembre, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", en, *Personas con discapacidad: miradas jurídicas en clave convencional* (dirigido por L.B. Pérez Gallardo), Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pp. 171-198; Valdés Díaz, C.: "Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 26, 2010, pp. 39-68, entre otros.

acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Al reconocimiento de sus derechos, se deben sumar las condiciones materiales y humanas para su ejercicio, y para su reclamación cuando son vulnerados, procesos que deben comenzar con la toma de conciencia de que dichos derechos existen y que pueden y deben ser ejercitados.

La defensa de los derechos es en general, y no solo para los discapacitados, una cuestión de cultura. En un entorno social como el cubano, en el que el analfabetismo está erradicado, las tasas de escolaridad son significativamente altas, la educación y la salud son gratuitas y de amplio acceso para todos y la actuación judicial siempre ha propendido a la defensa de las personas más vulnerables, creemos que la garantía plena del derecho de acceso a la justicia de los discapacitados es una meta perfectamente lograble hacia la que ya se encaminan esfuerzos.

BIBLIOGRAFÍA

Bianca, C. M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.

De Castro Camero, C.: "El jurista romano y su labor de concreción de la justicia" *Persona y Derecho*, 2016/1, vol. 74, p. 128.

Delgado Vergara, T., J. Pereira Pérez (Coordinadoras): *Una mirada en clave jurídica al envejecimiento poblacional en Cuba*, Editorial UH, La Habana, 2017.

Errázuriz Eguiguren, M.: *Manual de Derecho Romano*, 2ª edición, tomo I – *Historia Externa de Roma. Del acto jurídico. De las personas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989. Franceschelli, V., *Diritto*, Egea, Milano, 2019.

Pérez Gallardo, L. B.: "Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: Un intento de posibles respuestas", *Revista de Derecho*, núm. 17, 2014, pp. 153-183.

Pérez Gallardo, L. B.: "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano?", *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 2, 2009, pp. 377-419.

Pérez Gallardo, L. B.: "Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y establecimiento de apoyos en función de asistencia: la inédita solución, para Cuba, del Tribunal Supremo, que abre las puertas a la aplicación directa del artículo 12 de la CDPC (Comentarios a la Sentencia núm. 752/2016, de 30 de septiembre, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", en L.B. Pérez Gallardo(director): *Personas con discapacidad: miradas jurídicas en clave convencional*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pp. 171-198.

Savigny, F. C.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la Ciencia del Derecho*, La España Moderna, Madrid, (s.a.) p. 44.

Torres-Cuevas, E., Suárez Suárez, R.: *El libro de las Constituciones*, Vol. I-III, Ediciones Imagen Contemporánea, La Habana, 2018.

Valdés Díaz, C. del C.: "Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 26, 2010, pp. 39-68.

Vettori, G.: "La efectividad de los derechos y de su protección en la Constitución cubana", F. A. Hung Gil (Traductor), *Revista Cubana de Derecho*, 2020, IV Época, núm. 56, julio-diciembre, pp. 237-250.

VETTORI, G.: "Effettività" en AA. VV.: *Le parole del Diritto. Scritti in Ononore di Carlo Castronovo*, tomo II, Jovene Editore, Napoli, 2018, p. 639.

VETTORI, G.: *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.

DISFUNCIONES EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL: EL RIESGO DE DUPLICIDAD VALORATIVA DEL "TRABAJO PARA LA CASA" EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES*

DYSFUNCTIONS IN THE JURISPRUDENTIAL INTERPRETATION OF ARTICLE 1438 OF THE CIVIL CODE: THE RISK OF EVALUATION DUPLICITY OF "HOUSEWORK" IN THE MARRIAGE ECONOMIC REGIME OF SEPARATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 538-599

* Estudio enmarcado en el Proyecto de Investigación "Discrecionalidad judicial y debido proceso", PID2019-105841RB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Programa estatal I+D+i Retos)

Pilar
GUTIÉRREZ
SANTIAGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Tras más de cuatro décadas desde que la Ley 11/1981 introdujera en el Código Civil el art. 1438, y a la luz de la profunda metamorfosis experimentada por nuestra sociedad en el orden económico, cultural y familiar (muy señaladamente, por mor de la incorporación de la mujer al mercado laboral), la regla de liquidación del régimen de separación de bienes que dicho precepto establece, amén de sumamente controvertida a nivel doctrinal, suscita no pocas perplejidades en su aplicación práctica. Su actual interpretación jurisprudencial –iniciada por el TS en sentencia de 14 julio 2011 y ulteriormente reiterada en muchas más (31 enero 2014, 26 marzo 2015, 26 abril 2017, 11 diciembre 2019 o 13 enero 2022, entre otras)- aboca a una enigmática *"duplicidad"* en la valoración del "trabajo para la casa": como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio y como título que crea, *per se* y al margen de toda exigencia de "sobreaportación", un derecho de crédito a favor de quien se ocupó de la llevanza del hogar. Además, la compatibilidad de esta compensación del art. 1438 *in fine* con la pensión por desequilibrio del art. 97 CC comporta, en determinadas situaciones, el riesgo de que la dedicación a la casa y la familia llegue a ser valorada, no ya doblemente, sino por partida *triple*. Si a lo anterior se suma la frágil fundamentación de la compensación económica por trabajo doméstico en la doctrina de la "pérdida de oportunidad", además de su difícil conciliación con el deber de corresponsabilidad del art. 68.2 CC y la manida suerte de "presunción" judicial de que el cónyuge que no trabajó "fuera de casa" trabajó *efectiva y realmente* para la casa –sin que ello sea a menudo objeto de la debida *prueba*-, cabe concluir que el art. 1438 es fuente de compensaciones verdaderamente "descompensadas" y germen de importantes disfunciones que, a la postre, vienen a distorsionar la esencia del régimen de separación.

PALABRAS CLAVE: Régimen económico matrimonial de separación de bienes; compensación económica; trabajo para la casa; pensión compensatoria por desequilibrio económico; pérdida de oportunidades profesionales; dedicación al hogar y la familia; levantamiento de las cargas del matrimonio; enriquecimiento injusto.

ABSTRACT: *The radical transformation of the socio-economic structure and cultural and family values (very notably, due to the incorporation of women into the labor market) since housework compensation was introduced by Law 11/1981 in the article 1438 of the Civil Code, more than four decades ago, makes this rule liquidation of the matrimonial regime of separation highly controversial at the doctrinal level and arouses many perplexities in its practical application. Its current jurisprudential interpretation of the Supreme Court -sitting in the leading ruling of July 14th 2011 and confirmed by many more (January 31st 2014, March 26th 2015, April 14th 2015, December 11th 2019 or January 13th 2022, among others)-, leads to an enigmatic "duplicity" in the valoration of "housework": as a contribution to then charges of marriage and as a formal title that, per se, creates a right credited to whom it was made, fully independently of the benefit or gain accrued to the spouse, and of the extent to which such a work represented a burden exceeding ("overcontribution") the share to be bore by that spouse (beyond its share in family responsibilities). In addition, the compatibility of this compensation of art. 1438 in fine with economic imbalance pension of art. 97 CC entails, in certain situations, the risk that dedication to home and family comes to be valued, not twice, but triple. If to the above is added the debatable foundation of economic compensation for domestic work in the doctrine of "missed career opportunities", its difficult reconciliation with the principle of joint responsibility for housework and childcare (art. 68.2 CC) and the sort of judicial "presumption" that the spouse who did not work "away from home" worked effectively and really for the home –with limited evidence supporting in the judicial practice-, it can be concluded that art. 1438 is a source of truly "unbalanced" compensation and the seed of important dysfunctions that, ultimately, come to distort the essence of the property separation regime.*

KEY WORDS: *separate property economic regime of marriage; economic compensation; household work; economic imbalance pension; missed career opportunities; dedication to domestic work and family; contribution to then charges of marriage; unjust enrichment.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO.- 1. Planteamiento del tema.- 2. "Solidaridad" postconyugal y discriminaciones por razón de sexo. II. ENRIQUECIMIENTOS Y EMPOBRECIMIENTOS EN ("*Y POR*") LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL TRABAJO DOMÉSTICO.- 1. Somero recordatorio de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 1438 CC.- 2. Primeros flecos en la interpretación del precepto por el Tribunal Supremo.- A). Sobre el "incremento patrimonial" del deudor y el riesgo de "duplicidad" valorativa del trabajo para la casa. – B). La (peligrosa) compatibilidad de la compensación del trabajo doméstico con la pensión por desequilibrio económico del art. 97 CC.- III. "SOBREAPORTACIÓN" O *EXCESO* DE CONTRIBUCIÓN MEDIANTE TRABAJO PARA LA CASA *VS.* EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS CÓNYUGES.- 1. A vueltas con el "enriquecimiento" del cónyuge deudor: la proporcionalidad en la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio y el cómputo del trabajo doméstico.- A) Alcance y límites del concepto de "trabajo para la casa".- B) Problemas probatorios de la efectiva realización del trabajo doméstico: carga de la prueba y abuso de las presunciones.- C) La traducción pecuniaria del trabajo doméstico: la objetividad del módulo salarial.- 2. La completa aplicación de todos los recursos del cónyuge deudor al levantamiento de las cargas familiares y la maltrecha filosofía "igualitaria" del art. 1438 *in fine* CC.- IV. LA TESIS DE LA "PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD" A DEBATE: SUS FRAGILIDADES COMO FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN DEL ART. 1438 CC.- 1. Las *expectativas* laborales o profesionales del cónyuge que trabaja para la casa: ¿realidad o mito?- 2. Igualdad de oportunidades de los cónyuges en el actual contexto social y familiar y autonomía de la voluntad: libertad y responsabilidad en la decisión de dedicarse a la casa y carácter opcional o electivo del régimen de separación de bienes en el Código Civil español.- V. A MODO DE COLOFÓN: EL CABAL SENTIDO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL ART. 1438 *IN FINE* CC.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO.

1. Planteamiento del tema.

Más de cuatro décadas han transcurrido desde que la Ley 13/1981, de 7 de julio, implantara el divorcio en España y el mismo tiempo nos distancia del momento en que viera la luz la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modificó el régimen económico matrimonial y se introdujo en el Código Civil patrio, en sede de separación de bienes, el artículo 1438 y con él, en su último inciso, la compensación económica del trabajo para la casa.

Los numerosos e importantes cambios económicos, políticos, culturales y de todo orden acaecidos desde aquellas ya lejanas fechas hasta nuestros días hacen que la realidad social en que actualmente se producen las crisis matrimoniales poco tenga que ver con la de la época en que fuera alumbrada la citada Ley del divorcio y que la economía del matrimonio esté hoy informada por patrones sociológicos, laborales y de mercado completamente distintos a los que, bajo la rémora de cuarenta años de franquismo y en un clima de rancio conservadurismo,

• Pilar Gutiérrez Santiago
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de León (España). Correo electrónico: mpguts@unileon.es.

imperaban cuando nació la norma contenida en el art. 1438 CC. Todo ello aconseja hacer balance de esta regla de liquidación del régimen de separación y plantearse seriamente, con el poso y la visión sosegada que ofrece tan prolongado periodo de tiempo, si continúan o no siendo válidas en la actualidad las razones que en su momento llevaron a nuestro legislador a instaurar ese singular sistema de compensación económica al cónyuge que trabajó para la casa, como mecanismo *igualador* de ambos consortes en todos los órdenes del matrimonio.

En íntima relación con lo anterior, y en atención a que la caída del modelo patriarcal de familia y la masiva incorporación de la mujer a la actividad económica han representado una extraordinaria mutación y diversificación de los tradicionales roles de cada uno de los cónyuges, se impone también cuestionar si, en pleno siglo XXI y en el presente marco social y laboral, la pretendida construcción de la compensación del trabajo doméstico al cobijo de la *pérdida de oportunidades profesionales* no se torna, en muchos casos, falaz.

Tampoco parece baldía una reflexión sobre la *compatibilidad* de dicha compensación del art. 1438 CC con la figura de la *pensión compensatoria* ni el consiguiente replanteamiento de la, a menudo, caprichosa forma de cohonestar -y a la postre, duplicar (o más bien, triplicar, como veremos)- la valoración del "trabajo para la casa" a que alude aquel precepto, con la prácticamente coincidente noción de "dedicación pasada a la familia" que establece el art. 97.4º como parámetro para apreciar el desequilibrio económico a paliar con la mencionada pensión.

Con todo, a través de una mirada retrospectiva acerca del funcionamiento del art. 1438 CC a lo largo de todos estos años, el objeto del presente estudio se destinará principalmente a poner sobre el tapete las aporías que, tanto a nivel dogmático como en su propia aplicación práctica, se producen al amparo de la consideración del trabajo doméstico de uno de los cónyuges como fuente o título formal que, por sí mismo, da derecho a la compensación; tesis de corte *objetivo* -consagrada jurisprudencialmente- que, desvinculada por completo de la exigencia de todo lucro o beneficio obtenido por el otro consorte merced a la dedicación hogareña de aquél, no se compadece bien con la obligación legal de ambos de contribuir al levantamiento de las cargas familiares (y con el cabal sentido de la regla de proporcionalidad que rige en la materia, *ex* art. 1438.1 y 2 CC) y, en buena lid, hasta peca de cierta incongruencia con el deber general de los cónyuges -cualquiera que sea su régimen económico matrimonial- de "compartir las responsabilidades domésticas", conforme a la dicción del art. 68.2 CC tras su reforma por la Ley 15/2005.

Si a los apuntados "defectos" de la hermenéutica del art. 1438 CC se suma la problemática de tipo probatorio que la compensación del trabajo doméstico encierra -y la suerte de "presunción", contraria a las reglas del *onus probandi* del

art. 217 LEC, de que el cónyuge sin trabajo remunerado fuera del hogar trabaja, *efectivamente*, para la casa y la familia-, parece posible sostener que la norma viene con frecuencia a generar *enriquecimientos* (y correlativos empobrecimientos) -ora del cónyuge deudor, ora del acreedor- susceptibles de ser tildados de verdaderamente *injustos*. De esta guisa, lejos de satisfacer las necesidades que el art. 1438 *in fine* está llamado a servir, una aplicación *automática* del mismo -que se pretenda inmune a las transformaciones sociales acontecidas desde los ya remotos años ochenta y eluda el canon de "la realidad social del tiempo en que [las leyes] han de ser aplicadas" (art. 3.1 CC)- conduce irremediablemente a consecuencias desmedidas: en contra de la *ratio* última de dicha compensación económica, el principio de igualdad entre los cónyuges sale maltrecho y, pese a la encubierta neutralidad normativa del precepto, su común interpretación viene a *perpetuar discriminaciones antiguas* y a *crear otras nuevas*.

A fin de mostrar todas esas disfunciones a que da lugar el concreto diseño (legal y, sobre todo, jurisprudencial) de la compensación del trabajo doméstico, se dejará constancia de los embates que la misma ha recibido desde algunos sectores doctrinales y se tomará partido en las diatribas en torno a su caracterización como pieza *anómala* (de signo *comunitario*) y de chirriante encaje en el engranaje del régimen de separación -de carácter *electivo*- que regula nuestro Código Civil. Si, por mor de dicha compensación, la idiosincrasia propia de este sistema económico matrimonial queda en entredicho y su esencia se deforma y desnaturaliza en buena medida (por las razones que mostraremos), no resulta exagerado afirmar que, en última instancia, el régimen de separación de bienes puede llegar a convertirse en pura quimera.

Esa perspectiva teórica del tema irá acompañada, como auténtico banco de pruebas de la visión realista de nuestro discurso, de un examen exhaustivo de la nutrida experiencia judicial relativa al art. 1438 CC, prestando especial atención a la controvertida *doctrina jurisdiccional* que acerca de dicha norma sentara el Tribunal Supremo en una importante Sentencia que data de 2011 -seguida y complementada con posterioridad por bastantes más que se han ido sucediendo, año tras año, desde 2014 hasta el momento presente, ya bien entrado el 2022-. Sumergidos en tan vasto repertorio de datos empíricos, podremos observar que las más de las veces nuestros jueces, dejando asomar reminiscencias ideológicas de antaño, ventilan los litigios con razonamientos y respuestas bastante simplistas, un tanto cómodas y nada acordes a la actual realidad socioeconómica y familiar.

Esperamos que esta invitación a la revisión y el planteamiento remozado de las consecuencias "compensatorias" que, en el seno del régimen de separación, deba hoy tener la dedicación de uno de los cónyuges al trabajo doméstico pueda contribuir a que, de un lado, *el legislador* sea consciente de que las concepciones

sociales y culturales de la época en que se fraguaron las normas que gobiernan la economía del matrimonio difieren sustancialmente de las que impregnan el tejido vivo de nuestra moderna sociedad contemporánea -donde el creciente individualismo, en un contexto marcadamente liberal, deja su impronta de forma especialmente acusada en el terreno de los efectos económicos de las rupturas conyugales-. De otra parte, y si cierto es que las leyes anticuadas vienen a ralentizar y poner trabas a la propia evolución social, confiamos asimismo en que el presente estudio sirva de acicate para que nuestros *tribunale*s, atentos y sensibles a la actual coyuntura social y laboral, traten de poner remedido al encadenamiento de absurdos y el sinfín de "soluciones" trasnochadas (y manifiestamente injustas) a que aboca una regulación normativa que fuera acuñada pensando en los matrimonios de hace casi medio siglo; y, de ese modo, la jurisprudencia, en lugar de ser rehén del pasado, se decante por acompasar a los tiempos la interpretación del art. 1438 CC.

Aunque albergar tales esperanzas sea, acaso, un tanto utópico, no nos resistimos a comenzar ilustrando la temática que será objeto de análisis con unas primeras pinceladas en las que, sin perder de vista los orígenes de la norma, ya se atisba la acuciante necesidad de abandonar toda filosofía paternalista del matrimonio, propia de mentalidades de hace cuarenta años, para poder así salvar el sentido razonable de la compensación económica del trabajo para la casa.

2. "Solidaridad" postconyugal y discriminaciones por razón de sexo.

Como es sabido, el art. 1438 –que permanece inalterado desde que fuera introducido en el CC por la Ley 11/1981- reza así: "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para 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".

A la luz de esta norma en materia de "liquidación" del régimen de separación, tenemos una jurisprudencia interpretativa de la misma (en particular, las SSTS de 14 julio 2011[1], 31 enero 2014[2] y 26 marzo 2015[3] sobre las que en breve ahondaremos, seguidas de las STS de 5 mayo 2016[4], 14 marzo 2017[5], 26 abril 2017[6], 11 diciembre

1 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).
2 STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813).
3 STS 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170).
4 STS 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219).
5 STS 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880).
6 STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720).

2019[7] o 13 enero 2022[8], entre otras más) que establece una compensación en favor del cónyuge que trabajó para la casa, sin requerir a tal fin ningún tipo de "enriquecimiento" o lucro del consorte (causalmente vinculado a la dedicación casera de la contraparte) -y en ocasiones, según refleja la praxis judicial cotidiana, sin certeza de ese efectivo trabajo en pro del hogar y la familia-.

En el momento actual, y dado que aún quedan resquicios de aquel desdichado sistema familiar de antaño en que la mujer parecía no haber nacido para otra cosa que no fuera atender al marido, la prole y los menesteres domésticos, lo que de beneficioso tiene ese régimen jurídico sigue aprovechando principalmente a las esposas que formalmente fueron amas de casa. Mas cuando, como ocurre a veces, no se exige cumplida prueba de lo real del trabajo, tanto beneficia la norma (y su aplicación judicial) a la abnegada mujer de clase baja o media que en verdad trabajó duramente -y este sigue siendo el caso de muchas- como a la que frecuentó de continuo centros de belleza y gimnasios, mientras una tropa de empleados del hogar se ocupó de la cocina, la plancha y los niños.

Así las cosas, preguntémonos con franqueza: una situación como la descrita, ¿favorece la igualdad de la mujer y contribuye a su justa y necesaria equiparación social y al anhelado fin de las discriminaciones o, más bien, consolida, refuerza y retroalimenta los viejos estereotipos? Como bien ha escrito en este último sentido Carrasco Perera, el art. 1438 CC, aun siendo una norma de contenido *neutral* que no se pronuncia en favor de un sexo determinado, se asienta sobre una histórica realidad social discriminatoria -que *la mujer* es el cónyuge que se ocupa de la casa, ajena al mercado de trabajo-; pero, al prever un derecho a compensación del trabajo doméstico, tal norma *"no tiende ni procura destruir la desigualdad real; al contrario, la perpetuará, gracias a "compensar" esa situación material de desventaja"*[9]. En esa misma dirección Santos Morón[10], tras hacerse eco de las críticas socio-jurídicas y de género expresadas doctrinalmente respecto al Derecho y la jurisprudencia británica sobre el particular[11], afirma que "imponer a los maridos la obligación de compensar, una vez finalizado el matrimonio, a las mujeres que optaron por asumir ese papel, *supone perpetuar la situación de dependencia de la mujer respecto del hombre, reforzando así el modelo tradicional de familia así como las desigualdades asociadas con él*". E igual criterio inspira también las palabras de Arrébola cuando más recientemente, al desarrollar los sesgos de género en

7 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

8 STS 13 enero 2022 (RJ 2022, 53).

9 *Vid.* Carrasco Perera, Á.: "El principio de no discriminación por razón de sexo", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12, 1991, p. 20.

10 Santos Morón, M.ª J.: "Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?", *InDret*, núm. 1, enero, 2015, p. 40.

11 *Cfr.* Diduck, A. y Kaganas, F.: *Family Law, Gender and the State: Texts, Cases and Materials*, Hart Publishing, 3ª ed., Oxford, 2012, 330-331; Herring, J.: *Family Law*, Longman-Pearson, 5ª ed., Harlow, 2011, p. 213.

la interpretación del régimen de separación de bienes, señala que el derecho a percibir una tentadora y sustanciosa compensación por el trabajo doméstico viene a representar para las mujeres *"un auténtico señuelo para devolverlas al interior de sus hogares y dar continuidad a los roles reproductivos que desde antiguo les fueron socialmente conferidos"*[12].

Desde la perspectiva apuntada, lo que nos planteamos, por tanto, es lo siguiente: ¿conviene (o hasta se debe) entender que lo que, en último término, da su sentido y razón de ser al art. 1438 *in fine* CC es evitar una suerte de aprovechamiento o "enriquecimiento" injustificado del cónyuge que *se benefició* del real y efectivo trabajo doméstico del otro? ¿O debemos asumir que estamos ante un larvado sistema de "indemnización" para el esposo o la esposa que optó por "quedarse en casa" (a menudo trabajando en efecto en ella, aunque otras veces poco o incluso nada), ya que con los ingresos del cónyuge se vivía holgada y sobradamente (y hasta había para pagar el servicio doméstico)?

Mi opinión, como resulta fácil adivinar, es favorable a la primera alternativa mencionada (con los oportunos matices de que se irá dando cuenta). En primer lugar, por consideraciones generales de justicia para mujeres y hombres; y en segundo lugar, y en la coyuntura actual -donde es ya irreal hablar del papel económicamente infecundo de la esposa o de su inferioridad apriorística para la generación de recursos-, porque considero que en la situación presente en la que todavía perduran huellas del pasado negativas para la mujer, debemos poner en solfa cualquier regulación (o jurisprudencia) que incite a pensar que el matrimonio pueda ser tratado como *"profesión remunerada"*, aun en ausencia de trabajo cierto para el matrimonio, y hemos de cuestionar -por reaccionaria y hoy día socialmente inadmisible- cualquier visión desenfocada de la vertiente material del *deber de socorro* entre los cónyuges que venga a asociar una mal entendida "solidaridad" matrimonial o incluso postconyugal con una especie de derecho, que se adquiriría al casarse, a ser *mantenido* por el otro *gratia et amore*. Como bien ha observado García Rubio, "*el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y su misma dignidad* imponen que... se deba partir del presupuesto de que cada persona es un ser autosuficiente y libre que, por ello mismo y como principio, *ha de satisfacer sus propias necesidades*. Sólo cuando circunstancialmente esta autosuficiencia sea inviable podrá recurrir a la solidaridad del grupo social en que se asienta"[13]. Y esa misma orientación se aprecia en las SSTS 4 mayo 2022[14] y 30 mayo 2022[15] cuando

12 *Vid.* Arrébola Blanco, A.: "Los sesgos de género en la interpretación del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *(Des)igualdad y violencia de género: el nudo gordiano de la sociedad globalizada* (dirs. Á. Figueruelo Burrieza y M. Del Pozo Pérez), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 53-64, en especial, p. 58.

13 García Rubio, M.ª P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 19.

14 STS 4 mayo 2022 (RJ 2022, 2159).

15 STS 30 mayo 2022 (JUR 2022, 203187).

aluden a que "el principio de dignidad del art. 10 CE debe servir de argumento para justificar *la independencia económica de los cónyuges*".

En resumidas cuentas, pues, compénsese el trabajo doméstico real del esposo o la esposa cuando sea efectiva y auténtica (léase, probada) la división de tareas y funciones dentro del matrimonio y cuando ello haya supuesto una "sobreaportación", exceso o demasía en el cumplimiento del imperativo deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares -esto es, expresado siquiera *grosso modo*, cuando se haya producido un "empobrecimiento" por tal razón en detrimento de quien desarrolló aquel trabajo, con el correlativo "enriquecimiento" o ventaja para el otro, derivada directamente de aquella dedicación doméstica-. En cambio, lo que ciertamente parece que repugna al tratamiento jurídico adecuado del matrimonio es que, tras su ruptura, alguien, hombre o mujer, sea compensado económicamente sin causa o motivo aparente.

Esbozada así la problemática que nos preocupa, intentaré seguidamente desentrañar sus entresijos y formular algunas propuestas de solución, ajustadas a la realidad social del tiempo en que vivimos, a través -principalmente y como hilo conductor de nuestro estudio- del análisis de las Sentencias anteriormente mencionadas en las que nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado de modo explícito sobre la "debida" interpretación del art. 1438 CC. Su examen conjunto nos permitirá poner en tela de juicio las consecuencias que se producen por obra de esa polémica *doctrina jurisdiccional* sobre la compensación del trabajo doméstico; figura ésta, de forzado acomodo en el régimen de separación en tanto anómala corrección *comunitaria* contraria al mismo (SAP Málaga 13 febrero 2014[16]), por mor de la cual la coherencia global de este sistema económico matrimonial se enturbia y distorsiona en gran medida[17]: a veces por aproximarse al régimen de participación en las ganancias (SAP Albacete 25 septiembre 2007[18]) y otras por brindar al cónyuge acreedor un trato más favorable incluso al que habría resultado de liquidar una hipotética sociedad de gananciales (SAP Las Palmas 6 junio 2014[19]) -piénsese en los casos en que el obligado al pago invirtió la totalidad de sus recursos en sostener las cargas familiares, sin el menor sobrante o excedente (SAP Asturias 31 marzo 2014[20])-.

16 SAP Málaga 13 febrero 2014 (JUR 2014, 278267). *Vid.* igualmente SAP Murcia 15 septiembre 2008 (JUR 2009, 108138).

17 *Vid.* en este sentido, Torres Lana, J. Á.: "Artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (eds. J. L. Albácar López y J. Santos Briz), t. IV, Trivium, Madrid, 1991, p. 1073.

18 SAP Albacete 25 septiembre 2007 (JUR 2008, 49766). *Vid.* asimismo SAP Murcia 6 noviembre 2006 (JUR 2006, 284978).

19 SAP Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015, 55126). *Vid.* en la misma línea, SAP A Coruña 17 enero 2014 (JUR 2014, 47686).

20 SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014, 119127).

II. ENRIQUECIMIENTOS Y EMPOBRECIMIENTOS EN ("Y POR") LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL TRABAJO DOMÉSTICO.

1. Somero recordatorio de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 1438 CC.

Tras ya algo más de diez años desde que la Sala 1ª del TS dictara la archiconocida Sentencia 534/2011 de 14 de julio[21] (de la que fue Ponente la Excma. Sra. Encarnación Roca i Trías), y no obstante haber recibido en su momento una gran atención doctrinal[22], tal resolución sigue suscitando arduas cuestiones que, en mi opinión, no cabe en absoluto dar por zanjadas; entre otras cosas, porque la *doctrina jurisprudencial* acerca del art. 1438 CC que en ella se sienta fue reproducida en las ulteriores SSTS de 31 enero 2015[23] y 26 marzo 2015[24] y volvió a reiterarse en las de 14 marzo 2017[25] y 26 abril 2017[26] o en las más recientes de 11 diciembre 2019[27] y 13 enero 2022[28].

Esa doctrina jurisprudencial, recordemos, es la siguiente: "El derecho a obtener la compensación por haber contribuido 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".

Al objeto de decantarse por esta tesis categóricamente *"objetiva"* -que *"no pueden tenerse en consideración... criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial"* del cónyuge que ha de abonar la compensación[29]-, explica el TS que en el art. 1438 CC no se hace ninguna referencia al requisito del *enriquecimiento* por parte de ese cónyuge y que si bien dicha condición "apareció en el Proyecto de reforma del Código Civil en 1981, desapareció en el texto definitivo". Ese argumento histórico, unido a uno muy peculiar de Derecho foral

21 STS 14 de julio 2011 (RJ 2011, 5122).

22 *Vid.* Moreno Torres-Herrera, M.ª L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil Español", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, diciembre, 2011, pp. 107-130; y Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 2012, pp. 276-290. Con posterioridad, *vid.* al respecto la omnicomprensiva y espléndida monografía de Arrébola Blanco, A.: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019 (en especial, pp. 209-292).

23 STS 31 enero 2015 (RJ 2014, 813).

24 STS 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170).
Vid. igualmente las SSTS 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528), 15 noviembre 2015 (RJ 2015, 5322) y 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414).

25 STS 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880).

26 STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720).

27 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

28 STS 13 enero 2022 (RJ 2022, 53).

29 *Cfr.* FD 5º de la STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122) y FD 2º.1 y Fallo de la STS 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170).

-se esgrime que dicha exigencia de enriquecimiento "se encontraba también en el Código de Familia catalán hasta la Ley 10/2010 [*sic* 25/2010], que aprobó el Libro segundo del Código Civil catalán"-, es el único "fundamento" que la Sentencia de 2011 aportó para optar por aquella interpretación.

Un mínimo comentario sobre uno y otro argumento. Cierto es que la versión originaria en el Proyecto de 14 septiembre 1979 decía que "El trabajo para la casa... dará derecho a obtener una compensación equitativa *si el otro cónyuge se hubiese enriquecido durante el matrimonio*" y que tal mención al enriquecimiento fue suprimida en la redacción final del art. 1438 CC. Con todo -y aun obviando la posibilidad de entender que la expulsión de la letra del precepto de la exigencia de enriquecimiento pudiera obedecer a que su plasmación expresa se juzgara innecesaria por reputarse *obvia*[30]-, no conviene olvidar que insignes civilistas mostraron pronto sus objeciones a dicha eliminación[31] o defendieron que, a pesar de aquella supresión nominal, la compensación sólo procedía si se había producido *un enriquecimiento injusto* del otro cónyuge[32]. Con posterioridad, son también muchos los autores que apuestan por la exigencia de enriquecimiento del deudor de la compensación del art. 1438 CC[33] e igualmente son numerosas las sentencias –ya de fecha posterior a la del TS de julio de 2011- en las que se sigue leyendo que la compensación económica prevista en dicho precepto persigue "*evitar el enriquecimiento injustificado de uno de los consortes* como consecuencia del trabajo no compensado del otro" (SSAP Pontevedra 11 marzo 2014[34], Almería 28 julio 2014[35] y Valencia 22 noviembre 2017[36], entre otras).

30 *Vid*. Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación", cit., p. 277; y Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 (1490/2015) y de 14 de abril de 2015 (1693/2015). Separación de bienes. Compensación económica del artículo 1438 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, v. 7 (año 2015), dir. M. Yzquierdo Tolsada, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado-Dykinson, 2016, p. 353.

31 *Vid*. Lacruz Berdejo, J. L.: "La economía del matrimonio", en Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J. y Rivero Hernández, F.: *El nuevo régimen de la familia*, t. II, Civitas, Madrid, 1981, p. 145.

32 *Vid*. Santos Briz, J.: *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, t. V, Edersa, Madrid, 1982, p. 263.

33 *Vid.* p.ej. Montés Penadés, V.: "Artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dirs. J. C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 866, 868-869; García Rubio, M.ª P.: "La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en memoria del Prof. José Manuel Lete del Río* (coord. M.ª P. García Rubio), Civitas, Madrid, 2009, pp. 346-347; Arroyo i Amayuelas, E.: "Comentario al artículo 1438 Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1573-1574; Moreno Torres-Herrera, M.ª L.: "La compensación", cit., pp. 110, 112, 114, 116, 120-123, 129; Cuena Casas, M.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 10122; Verdera Izquierdo, B.: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 227, 231, 237, 239, 242; Gete-Alonso y Calera, M.ª C. y Solé Resina, J.: "Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)", *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVII, fasc. III, julio-septiembre, 2014, pp. 862-866.

34 SAP Pontevedra 11 marzo 2014 (JUR 2014, 212720).

35 SAP Almería 28 julio 2014 (JUR 2014, 275445).

36 SAP Valencia 22 noviembre 2017 (JUR 2018, 56258).

En cuanto a la referida alusión del TS al Derecho catalán, interesa observar que, en efecto, el vigente art. 232-5.1 del Código Civil de Cataluña no emplea textualmente la expresión "enriquecimiento injusto" -a diferencia del art. 41 del hoy derogado Código de Familia catalán (aprobado por Ley 9/1998)-, pero sí exige de forma explícita, como presupuesto del derecho a la compensación por trabajo doméstico de uno de los cónyuges, *"que el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior"*; requisito que, a decir de la SAP Girona 11 octubre 2018[37] y como igualmente en la doctrina interpreta Asúa[38], reclama "que en el momento de la extinción del régimen una de las partes *se haya enriquecido* en mayor medida que la otra".

De cualquier modo, el art. 1438 CC rige para los matrimonios con régimen de separación de bienes sometidos al Derecho civil común. Sin embargo -según señala la STS 14 julio 2011 (FD 4º) y, más resumidamente, la 26 marzo 2015 (FD 2º.2)-, "el régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza. Así, en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo [doméstico][39] para contribuir a las cargas del matrimonio"[40]. Y como continuación de su (no del todo exacta) síntesis del estado legal de la cuestión en el plural Derecho civil español, recuerda finalmente el TS que la compensación del trabajo para la casa sí es contemplada -aunque de modo parcialmente disímil a la del más lacónico art. 1438 CC y con bastante mayor extensión y detalle que en éste- por los arts. 232-5 a 232-11 del Código Civil de Cataluña[41] y por los arts. 12 a 15 de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano –preceptos que no obstante, téngase en cuenta, han sido posteriormente declarados inconstitucionales y nulos por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 abril[42]-.

37 SAP Girona 11 octubre 2018 (JUR 2018, 275440).

38 *Vid*. Asúa González, C.: "El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dirs. M. Yzquierdo y M. Cuena Casas), v. IV, Aranzadi, 2011, p. 89, n. 193.

39 *Vid*. sin embargo, la diferente conclusión a la que, exceptuando el caso del Derecho aragonés, llega Arrébola Blanco, A.: *La compensación*, cit., p. 248 tras un análisis detenido de la compensación del trabajo doméstico en los referidos Derechos civiles autonómicos (pp. 114-128) -cuestión sobre la que, posteriormente, ha profundizado el autor en relación al Derecho navarro (*vid*. Arrébola Blanco, A.: "La compensación del trabajo doméstico en el régimen navarro de separación de bienes: el antes y el después de la modificación y actualización del Fuero Nuevo", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, 2022, pp. 61-100)-.

40 *Cfr*. no obstante, el explícito reconocimiento del derecho a compensación por trabajo doméstico en sede de *parejas de hecho*, tanto en el art. 310 Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 marzo) como en el art. 9.2 Ley balear 18/2001 (STSJ Islas Baleares 30 mayo 2019 [RJ 2020, 1919]).

41 Libro Segundo sobre "Persona y Familia", aprobado por Ley 25/2010, de 29 julio.

42 STC (Pleno) 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82).

2. Primeros flecos en la interpretación del precepto por el Tribunal Supremo.

A) Sobre el "incremento patrimonial" del deudor y el riesgo de "duplicidad" valorativa del trabajo para la casa.

Una vez hecho un sucinto repaso de la *doctrina jurisprudencial* anteriormente transcrita, tratemos de enjuiciar ahora su pretendida fundamentación. A tal propósito, es de relevancia comenzar con la mención por el Tribunal Supremo (STS 14 julio 2011) de las "tres reglas coordinadas" que en el art. 1438 CC se contienen y que "hay que tener en cuenta de forma conjunta al 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 la [sic] 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".

Antes de embarcarnos en el núcleo del problema, aceptemos como premisas del razonamiento las dos primeras "reglas" transcritas y veamos si casan pacíficamente con la tercera. Que ambos cónyuges tienen obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, sea cual sea el régimen económico matrimonial por el que se rijan, es mandato que sienta indubitadamente el Código Civil (art. 1318.1) y que exige el principio constitucional de igualdad, en los términos generales del art. 14 CE y en los específicos del art. 32 CE. Que el trabajo doméstico debe computarse como contribución al sostenimiento de tales cargas (art. 1438.3 CC y art. 231-6.1 CC catalán[43]) -como "una contribución *en especie susceptible de cuantificación económica*", según afirmación unánime de nuestras Audiencias[44]- es requerimiento elemental de justicia y nueva secuela del mandato de no discriminación: "*una manifestación más del principio de igualdad proclamado*

43 *Cfr.* también art. 12 Ley valenciana 10/2007, declarado inconstitucional y nulo por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82).

44 *Vid.* p.ej. SSAP Valencia 23 febrero 2015 (JUR 2015, 101606), Baleares 30 marzo 2015 (JUR 2015, 113102) y Albacete 29 febrero 2016 (JUR 2016, 64521).

en el art. 66 CC, que inspira toda la regulación de las relaciones conyugales", como apuntan las SSAP Castellón 19 febrero 2016[45] y 15 abril 2016[46]. Pero aquí ya surgen interesantísimas cuestiones a las que más adelante habré de referirme, como la de qué ocurre y qué tratamiento jurídico cabe en el caso de que uno de los cónyuges no aporte ni trabajo doméstico ni recursos de otro tipo, puesto que el "quedarse en casa" no ha de considerarse sinónimo de realizar el trabajo de la casa o atender las labores domésticas atinentes a la familia, y cualquier presunción que en tal sentido se aplique llevará aparejado un tufo discriminatorio y doblemente degradante: para el cónyuge, hombre o mujer, que aporta los recursos económicos con los que se sostienen las cargas familiares, incluidos los necesarios para pagar a los empleados del servicio doméstico, en su caso, y para el amo o ama de casa que sí labora duramente en el hogar y que se ve igualado al que está en el hogar sin "dar ni golpe". Pero retomemos ahora el hilo principal de nuestra argumentación conforme a la doctrina jurisprudencial establecida por la STS 14 julio 2011 y en la que, insisto, nuestro Alto Tribunal se viene reafirmando hasta nuestros días en el cúmulo de sentencias anteriormente citadas.

Quedamos en que los dos esposos tienen que "contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio". Al hacerlo así, sea mediante lo que en la vieja tradición se decía llevar a casa un jornal, sea con el efectivo trabajo hogareño, cada uno no hace más que cumplir con lo que, según el Código Civil, es su *obligación legal*. Esto es, el esposo o la esposa que se ocupa nada más que de las importantes labores domésticas no realiza una aportación graciosa ni regala un plus por amabilidad o amorosa consideración a la familia o a su cónyuge, sino que cumple con un *deber jurídico* perfectamente tasado[47]. El asunto capital, entonces, está en por qué ha de ser compensado quien así hace y aunque de esa división de trabajos o modos de aportar no se siga para el otro ningún "enriquecimiento" -entendido en un sentido lato y comprensivo, tanto de un eventual incremento patrimonial, como de cualquier lucro o provecho por merced del trabajo doméstico del consorte-. No perdamos de vista que hablamos de una norma, la del último inciso del art. 1438 CC, que solo rige en sede del régimen económico matrimonial de separación de bienes; y que, conforme al art. 1437 CC, en el régimen de separación cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiera durante el matrimonio por cualquier título.

Supóngase el siguiente caso –que, por ahora, nos limitamos a describir de forma muy simplificada y más adelante habremos de completar y matizar con nuevos detalles (en orden a concretar la regla de la "proporcionalidad" del art. 1438.2 CC)-. El cónyuge A, varón o mujer, no tiene trabajo exterior remunerado,

45 SAP Castellón 19 febrero 2016 (JUR 2016, 142086).

46 SAP Castellón 15 abril 2016 (JUR 2016, 144000).

47 *Cfr.* SSAP Zaragoza 3 marzo 2009 (JUR 2009, 236795) y Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014, 76247).

sea porque no lo consigue, sea porque no lo pretende, bien porque así es su voluntad, bien porque tal fue el acuerdo entre los esposos. Ese cónyuge A hace un trabajo doméstico probado y comprobado; trabajo que, con el patrón de cálculo que se adopte (por ejemplo el del salario medio de una empleada doméstica que, como luego veremos, da por bueno el TS), equivale a 600 € mensuales, esto es, 7.200 € al año. Imaginemos que el matrimonio duró diez años y nos saldrá una traducción monetaria de ese trabajo en 72.000 €. El cónyuge B, varón o mujer, cobra por su trabajo en una empresa un sueldo y de él aporta para sufragar las cargas del matrimonio… ¿cuánto? ¿Calculamos lo que ha destinado efectivamente, de ese dinero, a los gastos generales de la familia o contamos su sueldo completo y entero? Puesto que de este último extremo (y su vidrioso engarce con el sentido del régimen de separación) trataré más adelante –al hilo de la STS 31 enero 2014-, pensemos, por el momento, que su aportación al levantamiento de las cargas familiares es de 1.500 € mensuales y no nos importe ahora que eso sea todo lo que gane o que le sobre algo. Lo que queda acreditado es que no ha habido enriquecimiento de B gracias a que A se ha aplicado a los cometidos hogareños.

Ya tenemos a los esposos A y B cumpliendo cada uno con su obligación y ninguno se hace el remolón ni desatiende la familia y el hogar común. Al cabo de los diez años llega el divorcio y no se alcanza acuerdo para convenio. Echamos cuentas de la manera que se han echado en el caso de la STS 14 julio 2011 y resulta que, en aplicación del art. 1438 *in fine* CC, B tiene que darle a A una compensación de 72.000 €. En otras palabras, *B tiene que reintegrarle a A, en dinero, todo lo que A ha puesto en especie en cumplimiento de su obligación de aportar al levantamiento de las cargas familiares*. Lo cual quiere decir que, a la postre, dichas cargas a B le han supuesto 252.000 €: los 180 mil que B ha ido poniendo, a razón de 1.500 € al mes, más los 72.000 € que vale la aportación en especie, en trabajo doméstico, de A. Así que la compensación para A, conforme al art. 1438 CC interpretado al modo de la doctrina jurisprudencial sentada por el TS, consiste en devolverle todo lo que valía su contribución al mantenimiento de las cargas de la familia, devolución a cargo de su cónyuge, de B. ¿Es esa la filosofía *"igualitaria"* o el propósito que inspira el art. 1438? No se entiende si es que se quiere fomentar el oficio de amo de casa, si se trata de castigar al que se casa con amo o ama de casa o si será una manera subrepticia de disuadir del divorcio a los empleados. O tal vez se busca que el empleado que se casa con amo o ama de casa no caiga en la tentación de la separación de bienes.

De ahí que, en la línea que vengo anunciando, considere más próxima a mi visión del precepto la ofrecida por las SSAP Cádiz 18 julio 2016[48] y Jaén 12

48 SAP Cádiz 18 julio 2016 (JUR 2016, 223550). *Vid*. en idénticos términos, SAP Cádiz 24 junio 2013 (JUR 2013, 286362).

noviembre 2020[49], según las cuales "no debemos olvidar que conforme al artículo 1438 existe la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y que la separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir, pudiendo contribuir con el trabajo doméstico. Por tanto, *si el trabajo doméstico es una forma de contribuir a las cargas matrimoniales, la compensación* no puede extenderse a la totalidad del importe que un tercero cobraría por realizar ese trabajo del hogar, *ya que en ese caso no se habría contribuido en nada, sino que debe limitarse al exceso de la contribución que correspondería a cada cónyuge*"[50]. No en vano, también en la idea de que la prestación del trabajo doméstico constituya un "*exceso*" de cumplimiento del deber de contribución respecto a las aportaciones del otro cónyuge pone el acento la redacción del artículo 265-5 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil; precepto a tenor de cuyo primer punto "El trabajo realizado en el hogar por un cónyuge da derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen (…) *la realización de dicho trabajo determine un exceso en la contribución a las cargas del matrimonio, que a ese cónyuge corresponde, según la regla de la proporcionalidad*"[51].

Así, pues, y entramos ya en el núcleo de nuestras consideraciones críticas, cabe convenir con el TS -y solo en este punto es su doctrina digna de compartir- que no sea presupuesto imprescindible para que nazca el derecho a la compensación el *"incremento patrimonial" del cónyuge deudor*, si entendemos por tal que, a la liquidación del régimen de separación de bienes, debiera haber éste experimentado un auténtico aumento de patrimonio o riqueza (o un ahorro económico efectivo). Sin embargo, una cosa es que no tenga que supeditarse la compensación a que el cónyuge deudor haya logrado hacerse con una pequeña o gran fortuna o haya acrecentado sus bienes o ganancias -cosa que, por lo demás, dependerá de muy plurales factores, en gran medida ajenos al hecho de que su consorte realizara o no trabajo doméstico (la valía profesional de aquél, su mayor o menor éxito en el plano laboral, su pericia o suerte en la gestión de sus negocios...)-; y otra cosa bien distinta es que, según creo -y más tarde desarrollaré-, sí resulte indispensable exigir el *"enriquecimiento"* o provecho obtenido por ese cónyuge deudor, aparejado al "empobrecimiento" o perjuicio que supuso para quien realizó el trabajo doméstico haber contribuido por esta vía al proporcional sostenimiento

49 SAP Jaén 12 noviembre 2020 (JUR 2021, 49146).

50 *Vid.* igualmente, en defensa de la exigencia de una *"sobreaportación"* al sostenimiento de las cargas a través del trabajo doméstico, como presupuesto de la compensación del art. 1438 CC, las SSAP Santa Cruz de Tenerife 26 junio 2013 (JUR 2013, 321105), Vizcaya 12 febrero 2015 (JUR 2015, 102102), Navarra 9 abril 2015 (JUR 2015, 131133), Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015, 125317), Asturias 8 octubre 2021 (JUR 2021, 378664) y Valencia 21 marzo 2022 (JUR 2022, 194546).

51 *Vid.* Álvarez Olalla, P.: "Artículo 265-5. *Compensación por trabajo en el hogar o colaboración en las actividades económicas del otro cónyuge*", en AA.VV.: *Propuesta de Código Civil* (ed. Asociación de Profesores de Derecho Civil), Tecnos, Madrid, 2018.

de las cargas familiares en medida *excesiva*, comparativamente con la aportación del otro a dichas cargas.

De lo contrario -y en ello afinaré en la posterior referencia a la STS 31 enero 2014[52]-, entiendo que la consideración del trabajo para la casa como fuente o título formal que, *per se* y sin más, crea un derecho de crédito a favor de quien lo realizó -prescindiendo del beneficio del consorte a resultas de que ese trabajo doméstico implicara una *"sobrecontribución"* de aquél, una aportación *por encima* de lo que era propiamente su inexcusable obligación legal- entraña un evidente riesgo de *"duplicidad" valorativa* o cómputo del mismo concepto por partida doble[53] y *puede fácilmente desembocar,* como así lo han denunciado las SSAP Madrid 17 diciembre 2013[54] y 11 abril 2014[55] y algunos autores[56], *en un enriquecimiento* –verdaderamente *injusto o sin causa- del cónyuge acreedor de la compensación.*

En definitiva, cuanto se acaba de exponer sirve como crítica, que se quiere fundada, a la escasamente fundada doctrina jurisprudencial que impone el TS. Va de suyo, pues, que, a mi juicio y por cuanto antecede y se dirá, solo puede salvar el sentido razonable y acorde a los tiempos del art. 1438 *in fine* CC *una interpretación que compare el valor de las respectivas aportaciones de ambos cónyuges y requiera el "exceso" en la materializada por el trabajo para la casa;* o, en otros términos, una lectura del mismo *que ligue la compensación por el trabajo en la casa al "enriquecimiento" del otro cónyuge de resultas de las funciones que, a modo de "sobrecarga", la otra parte asumió y cumplió como amo/a de casa*[57].

52 STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813).

53 Así lo ha advertido Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. VI, Marcial Pons, 13ª ed., Madrid, 2014, p. 238.

54 SAP Madrid 17 diciembre 2013 (JUR 2014, 55207).

55 SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599).

56 *Vid.* García Rubio, M.ª P.: *Alimentos,* cit., pp. 168-169; Cuena Casas, M.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", cit., pp. 10115, 10121, 10122.

57 Entre los más firmes partidarios del *exceso* de contribución como fundamento de la compensación del art. 1438, *vid.* con acierto y lujo de argumentos, Ribera Blanes, B.: *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 129 y ss.; De Amunátegui Rodríguez, C.: "La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 259-262; y "Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿tiene sentido hablar de este modo?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 16 *bis*, junio, 2022, pp. 1020-1021; Asúa González, C.: "El régimen", cit., pp. 86, 91, 93-94; y Santos Morón, M.ª J.: "Prestación", cit., pp. 29, 32, 35, 38, 42-43.
También se decantan abiertamente por la tesis de la "sobrecontribución", p.ej. Álvarez Olalla, P.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021, p. 1831; Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación", cit., pp. 279-281 y 284; Moreno Velasco, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 72-77; Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 483-490, 547-550; y Estellés Peralta, P. M.ª: "La 'descompensación' de la doble jornada laboral *versus* el enriquecimiento injustificado del cónyuge 'doméstico': necesidad de un nuevo enfoque jurisprudencial del controvertido artículo 1438 CC", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 10 *bis*, junio, 2019, pp. 116-120.

B) La (peligrosa) compatibilidad de la compensación del trabajo doméstico con la pensión por desequilibrio económico del art. 97 CC.

Cambiando ligeramente de tercio y aunque no quepa aquí extenderse en el tema[58], no debe olvidarse que -como se vislumbra en el mismo caso de la STS 14 julio 2011[59]- la compensación del art. 1438 es *compatible* con la percepción de la pensión compensatoria del art. 97 CC cuando a uno de los cónyuges "la separación o el divorcio [le] produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio". Tal compatibilidad, consagrada normativamente en el art. 232-10 del CC catalán[60], ha sido expresamente reconocida por el propio TS –por ejemplo en las SSTS 11 diciembre 2015[61], 5 mayo 2016[62], 14 marzo 2017[63], 26 abril 2017[64] y 20 febrero 2018[65]- y es aceptada en la jurisprudencia menor por infinidad de decisiones judiciales[66] que proceden al otorgamiento simultáneo de *ambas* prestaciones económicas: entre ellas, las SSAP León 29 diciembre 2020[67], Málaga

58 *Vid*. al respecto, el espléndido y documentado estudio de Santos Morón, M.ª J.: "Prestación compensatoria", cit., pp. 1-50.

59 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).

60 *Cfr*. también art. 14.2 de la Ley valenciana 10/2007, declarado inconstitucional y nulo por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82).

61 STS 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414). Según esta Sentencia, el art. 1438 CC "se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que *no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación*". *Vid*. su comentario por Martínez Escribano, C.: "La autorregulación de la crisis conyugal en relación con la pensión por desequilibrio y la compensación del art. 1438 CC", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 2016, pp. 519-537; y por Calzadilla Medina, M.ª A.: "Alcance de los pactos del convenio regulador de separación matrimonial sobre pensión compensatoria: fijación de doctrina jurisprudencial. Momento para fijar la compensación prevista en el art. 1438 CC: Comentario a la STS de 11 diciembre 2015 (JUR 2015, 306777)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 39, 2016, pp. 373-384.

62 STS 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219). *Vid*. su comentario por Álvarez Olalla, P.: "La compensación por trabajo doméstico y el deber de contribución a las cargas del matrimonio en separación de bienes. Al hilo de la STS de 5 de mayo de 2016 y sus predecesoras", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016.

63 STS 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880).

64 STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720). A tenor de esta Sentencia, "es preciso distinguir la compensación del art. 1438 CC de la pensión compensatoria establecida en el art. 97 CC. Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la "dedicación pasada y futura a la familia". Por otro lado, la compensación del art. 1438 tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Por su parte, en base al art. 1438, solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del art. 97 se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico. Sin embargo, la compensación del art. 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo".

65 STS 20 febrero 2018 (RJ 2018, 568). *Vid*. su comentario por Arrébola Blanco, A.: "Luces y sombras acerca de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019, pp. 410-419.

66 Excepcionalmente en contra, *vid*. la SAP Navarra 9 abril 2015 (JUR 2015, 131133).

67 SAP León 29 diciembre 2020 (JUR 2021, 83717).

25 enero 2021[68] y Alicante 18 enero 2022[69] o la verdaderamente "escandalosa" –permítaseme el calificativo- SAP Madrid de 24 mayo 2018[70] que, además de conceder a la ex mujer una pensión compensatoria de 75.000 euros al mes por cinco años, estableció en su favor una compensación económica del art. 1438 CC de 6.000.000 €. Sí, no me he equivocado al escribir esas cifras ni he puesto más ceros de la cuenta: fueron ¡6 millones de euros! de compensación por trabajo doméstico y, por añadidura, ¡75.000 €/mes! durante un lustro (es decir, ¡cuatro millones y medio!) de pensión por desequilibrio económico[71]; si bien debe tenerse en cuenta que esta sentencia fue casada parcialmente por la STS 11 diciembre 2019[72] (de la que fue Ponente el Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg) que, aun manteniendo el mismo importe a la pensión compensatoria, al menos rebajó sustancialmente –a 840.000 euros- la cuantía de la compensación por "trabajo doméstico"[73].

Pues bien, especialmente interesa recordar que uno de los parámetros que el citado art. 97 CC señala para apreciar la existencia de dicho "desequilibrio", otorgar el derecho a pensión y concretar su importe (y duración) es *"la*

68 SAP Málaga 25 enero 2021 (JUR 2021, 180445).

69 SAP Alicante 18 enero 2022 (JUR 2022, 180792).
Vid. también, p.ej. SSAP Jaén 19 octubre 2016 (JUR 2017, 5806), Córdoba 2 junio 2017 (JUR 2017, 220190), Murcia 8 junio 2017 (JUR 2017, 203233), A Coruña 13 abril 2018 (JUR 2018, 149367), Almería 10 julio 2018 (JUR 2020, 52906), Vizcaya 26 septiembre 2019 (JUR 2020, 5513), Valencia 4 mayo 2020 (JUR 2020, 212004), Palencia 24 junio 2020 (JUR 2020, 246704), Madrid 28 diciembre 2020 (JUR 2021, 99720), León 25 febrero 2021 (JUR 2021, 140893), Alicante 2 junio 2021 (JUR 2022, 159426) y 12 enero 2022 (JUR 2022, 191208) y Pontevedra 30 septiembre 2021 (JUR 2021, 364886), 21 octubre 2021 (JUR 2022, 31637) y 3 febrero 2022 (JUR 2022, 163835).

70 SAP Madrid 24 mayo 2018 (JUR 2018, 229294).

71 No extraña, pues, que esta sentencia –además de contar con el voto particular de uno de los magistrados de la Audiencia, que se manifestó en contra del establecimiento en favor de la esposa de la compensación del art. 1438 CC- haya recibido muy severas críticas de las más agudas voces doctrinales (*vid*. García Amado, J. A.: "Sobre un Derecho matrimonial retrógrado y unos jueces que no lo mejoran. A propósito de la sentencia 531/2018 de la AP de Madrid", *Almacén de Derecho*, 27-1-2019).

72 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090). Esta sentencia ha sido comentada por Ordás Alonso, M.: "La cuantificación de la compensación por trabajo doméstico *ex* art. 1438 CC. La calificación de la coordinación del personal doméstico como trabajo cualificado y especialmente remunerado (7000 euros netos/mes)", *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 331-366; y De Verda y Beamonte, J. R.: "En torno a la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC. Comentario a la STS de España, núm. 658/2019, de 11 diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio, 2020, pp. 746-757.

73 En el recurso de casación interpuesto por el marido, atacó este la cuantificación de la compensación por trabajo doméstico otorgada por la Audiencia, aduciendo con razón que, al fijarse la cuantía de dicha compensación, se había tomado en consideración un elemento -la pérdida de expectativas laborales de la mujer- que no se debía resarcir por vía del art. 1438 CC, sino a través de la pensión por desequilibrio económico del art. 97 CC (cosa que ya hacía la sentencia recurrida). Estimando parcialmente el recurso, el TS entendió que "una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante, durante los diez años del matrimonio, *a razón de unos 7000 euros netos al mes, arroja la suma final de 840.000 euros, que consideramos procedente como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes*, que regía el matrimonio de los litigantes, ponderando además los otros elementos de juicio antes considerados, como donaciones recibidas [durante el matrimonio] de unos tres millones de euros [con los que la mujer compró una casa, que reformó a costa del marido], nivel de vida que disfrutó y *pensión compensatoria de 75.000 euros al mes durante cinco años*, *para cuya fijación se valoraron también sus expectativas profesionales*".

dedicación pasada" a la familia (apartado 4º)[74]. De esta manera, en el ejemplo que estamos manejando (como en la propia STS 14 julio 2011[75] o en la muy sonada de 11 noviembre 2019[76] a que acabamos de referirnos), el cónyuge A tendrá derecho, muy probablemente, a percibir dos "compensaciones". Una, la pensión compensatoria, pues el desequilibrio económico se va a ver como evidente, ya que ese cónyuge no tiene ingresos propios y los 600 € que, por caso, vale al mes su trabajo doméstico no se van a contar como ingresos suyos ni como ingresos que podría hacer efectivos trabajando de igual manera y por cuenta ajena en otra casa donde se los pagasen, sino como gastos que se ahorró B. Y la otra compensación llegará por la vía del art. 1438, si hay separación de bienes, ya que a B se le condena a hacerse cargo *retroactivamente* de todas las cargas que el matrimonio tuvo: las que B ya financió con su aportación en dinero, las que puso con su trabajo en el hogar, si alguno hizo, y las que vale la dedicación familiar de A.

De esa forma, y si se piensa en algunos supuestos –no todos, obviamente- de concesión acumulada de compensación económica del art. 1438 CC y prestación compensatoria del art. 97, no es de extrañar que reputados especialistas en la materia -y también, justo es reconocerlo, algunas Audiencias (SSAP Castellón 16 abril 2014[77] y Asturias 31 marzo 2014[78])- se hayan percatado del eventual riesgo, no tan solo de "duplicidades", sino de que el "trabajo para la casa" llegue a ser valorado por partida *"triple"*. Según escribe en tal sentido Cabezuelo Arenas[79], "se nos computaría dicho trabajo como contribución a las cargas y, además, pretenderíamos obtener su indemnización [*ex* art. 1438]. Y aún más, se reconocería esta última y, con fundamento en el número 4 del art. 97 -'dedicación pasada a la familia'-, se concedería también la pensión por desequilibrio económico prevista en este artículo, lo que entrañaría, no ya un 'doble resarcimiento', sino *una triple forma de valorar lo mismo*"[80].

Desde esa óptica, pues, el *enriquecimiento* -injustísimo- de quien trabaja para la casa será palmario si, ante la renuencia del legislador para acometer reformas sobre el particular (ya por pereza o falta de valentía), los tribunales no reconsideran sistemáticamente la combinación de dicha compensación del art. 1438 y pensión

74 También tendría relevancia el criterio del apartado 5 del art. 97 ("la colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge") –en particular, a partir de la STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720) que, a los efectos del art. 1438 CC, declara, como luego se verá, que "*la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación*"-.

75 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).

76 STS 11 noviembre 2019 (RJ 2019, 5090).

77 SAP Castellón 16 abril 2014 (JUR 2014, 189143).

78 SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014, 119127).

79 Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación", cit., pp. 280-281.

80 *Vid.* igualmente, Verdera Izquierdo, B.: "Configuración", cit., p. 247; De Amunátegui Rodríguez, C.: "La libertad", cit., p. 260; Santos Morón, M.ª J.: "Prestación", cit., pp. 35, 43; Ordás Alonso, M.: *La cuantificación*, cit., pp. 383, 386, 488 y 526.

compensatoria del art. 97 y vienen a sopesar, para conjugar con seriedad ambas prestaciones en el caso concreto, que el menoscabo económico que causa el divorcio al ama/o de casa queda a menudo sobradamente *enjugado* con la compensación del 1438, por lo que -al amparo del aptdo. 9º del art. 97 cuando remite a la valoración de "*cualquier otra circunstancia relevante*", como sin duda lo es el *régimen económico matrimonial* preexistente[81]- será improcedente en ese caso imponer, además, pensión compensatoria. De lo contrario, si ya para la fijación de ésta uno de los criterios legalmente marcados es el de "la dedicación pasada" a la familia -entendiéndose que a más dedicación, mayor pensión para el cónyuge al que la separación o divorcio haya provocado "desequilibrio económico"- y si, tratándose de matrimonio con separación de bienes, esa dedicación, además de reputarse forma apta de contribuir al sostén de las cargas familiares, también se va a compensar *"objetivamente"* al finalizar el régimen -según la interpretación del art. 1438 efectuada por el TS en su doctrina jurisprudencial-, resulta evidente que un mismo concepto se valora y computa tres veces.

O de las sorprendentes ventajas del régimen de separación de bienes para el cónyuge que nada más que labora en casa (si es que labora).

Así las cosas, y como con buen criterio apunta la doctrina mayoritaria[82], frente a lo que es usual en la práctica habría primero de procederse, en un orden lógico, a liquidar el régimen económico matrimonial de separación y, una vez efectuada esa operación previa, sería el momento de enjuiciar la existencia o no de desequilibrio económico[83]. De esa manera, la compensación por trabajo doméstico concedida, en su caso, por virtud del art. 1438 CC podrá llegar, en especial si es sustanciosa, a *anular ex ante* todo posible desequilibrio y a reducir a la nada y eliminar, consiguientemente, el derecho a pensión (SSAP Ciudad Real 18 diciembre 2014[84] y Murcia 26 junio 2014[85]); o servirá al menos para "atenuar" dicho desequilibrio y minorar la cuantía de la pensión compensatoria (SSAP Valencia 12 diciembre 2019[86] y Guadalajara 3 febrero 2022[87]).

81 *Vid*. Marín López, M. J.: "Comentario a los artículos 68 y 97 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021, p. 247.

82 *Vid*. entre otros, Santos Morón, M.ª J.: "Prestación", cit., pp. 28-29; Asúa, C.: "El régimen", cit., p. 97; García Rubio, M.ª P.: "La prestación", cit., p. 347; 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 artículo 1438 CC", *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 11, marzo, 2012, p. 49; Guilarte Martín-Calero, C.: "De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, julio-septiembre, 2015, p. 4; Berrocal Lanzarot, A. I.: "La contribución a las cargas del matrimonio y la compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 753, enero-febrero, 20166, p. 469; Ordás Alonso, M.: *La cuantificación*, cit., pp. 351-352.

83 *Cfr.* art. 233-15.a) CC catalán y SAP Barcelona 15 enero 2015 (JUR 2015, 77304).

84 SAP Ciudad Real 18 diciembre 2014 (JUR 2015, 67205).

85 SAP Murcia 26 junio 2014 (JUR 2014, 279971).

86 SAP Valencia 12 diciembre 2019 (JUR 2019, 39505).

87 SAP Guadalajara 3 febrero 2022 (JUR 2022, 144242).

Aun con el mismo propósito de mitigar y evitar el temido solapamiento de prestaciones económicas, pero operando de forma inversa a la anterior, tampoco faltan algunas resoluciones judiciales que -en la línea preconizada doctrinalmente por RAGEL[88]- consideran total o parcialmente *embebida* la eventual compensación por trabajo doméstico dentro de la pensión compensatoria reconocida. En concreto, la SAP Córdoba 20 diciembre 2013[89] puso de relieve que "la dedicación de la esposa a la familia y el hogar *ya se ha tenido en cuenta como uno de los factores determinantes de la pensión compensatoria*" concedida, lo que, para *"excluir un doble cómputo"*, lleva a denegar la compensación del art. 1438 CC; y la SAP Madrid 11 noviembre 2021[90] resolvió que el reconocimiento a la esposa de una pensión compensatoria a cargo de su consorte, para lo que ha sido ya valorada "la dedicación pasada a la familia", hace aconsejable *minorar* (en un 50% en el caso de autos) "el *quantum* indemnizatorio prevenido en dicho art. 1438"[91].

III. "SOBREAPORTACIÓN" O EXCESO DE CONTRIBUCIÓN MEDIANTE TRABAJO PARA LA CASA *VS.* EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS CÓNYUGES.

1. A vueltas con el "enriquecimiento" del cónyuge deudor: la proporcionalidad en la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio y el cómputo del trabajo doméstico.

Pasados casi tres años desde que el TS se pronunciara sobre el art. 1438 *in fine* CC en la Sentencia de 2011 a que nos hemos referido, la Sala 1ª vino a ratificar la doctrina jurisprudencial que aquélla sentara y, en su Sentencia de 31 enero 2014[92] (de la que fue Ponente el Excmo. Sr. J.A. Seijas Quintana), abundando en la exclusión del requisito del "enriquecimiento" del cónyuge deudor, especificó a mayores un nuevo dato adicional: que resulta irrelevante y no obsta al reconocimiento del derecho a compensación que ese cónyuge deudor invirtiera la totalidad de su sueldo en el levantamiento de las cargas del matrimonio. Vaya por delante que, en el concreto asunto resuelto, comparto el fallo desestimatorio del recurso de casación interpuesto por la esposa y la consiguiente improcedencia del derecho de ésta a ser compensada; pero, en cambio, he de confesar que, por las razones que diré, disiento del *trasfondo* de la fundamentación jurídica empleada por el TS.

88 *Vid*. RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 426-427.

89 SAP Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014, 76247). *Vid*. igualmente las SSAP Madrid 16 septiembre 2011 (JUR 2011, 357045) y Valencia 15 mayo 2014 (JUR 2014, 173480).

90 SAP Madrid 11 noviembre 2021 (JUR 2022, 91770).

91 *Cfr.* en una línea similar las SSAP A Coruña 9 febrero 2021 (JUR 2021, 127456), Alicante 3 marzo 2021 (JUR 2021, 215624) y Valencia 2 diciembre 2021 (JUR 2022, 116768).

92 STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813).

A fin de mostrar los puntos flacos (y también algún aspecto loable) que presenta la interpretación jurisprudencial que del art. 1438 CC realiza nuestro Alto Tribunal, me parece esclarecedor ejemplificar con una situación "tipo" -bastante habitual y normal en el contexto de dicho precepto-, para cuya descripción llamaremos A y B a los cónyuges en un matrimonio con separación de bienes (prescindiendo, en el plano teórico, de si el uno o el otro son mujer o varón -o de si, como es posible tras la Ley de 1 julio 2005, se trata de dos mujeres o de dos hombres-, aunque en la realidad todos podamos reconocer que, aunque paulatinamente las tornas vayan cambiando, A suele ser mujer y B suele ser hombre). Tal situación –muy básica y elemental y que en absoluto agota, como es obvio, la rica y variadísima casuística existente- sería la siguiente: *A no tiene trabajo remunerado (ni como autónomo ni por cuenta ajena), carece de capital o patrimonio alguno y de toda fuente propia de ingresos y se ocupa del trabajo doméstico. B sí percibe ingresos por su trabajo (o industria)*.

Por imperativo del art. 1438.1 CC, A y B están ambos obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio (*ex* art. 1318.1) y, "a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos" (art. 1438.2)[93]. En la situación descrita, en principio B sostiene con sus ingresos el cien por cien de los gastos familiares. Pero, dado que "el trabajo para la casa" se computa como contribución a dichas cargas (art. 1438.3), todo intento de establecer la *proporción* en que A y B, en esta situación, han contribuido al levantamiento de tales cargas deberá tener en cuenta los tres siguientes aspectos:

- Como primera operación, se requerirá una delimitación cualitativa adecuada de cuáles sean las *"cargas del matrimonio"* que *aquí* cuentan: por ejemplo, los gastos ordinarios que sean de disfrute común y necesarios para la vida en conjunto de los cónyuges (vivienda, mobiliario y enseres varios, agua y electricidad…), así como los gastos de quienes de ambos dependan (vestido y alimentación de los hijos, educación, etc.). Sin embargo, y especialmente tratándose como aquí se trata del régimen de separación de bienes, se me antoja problemático, cuando menos, entender *a priori* incluidos determinados gastos puramente particulares de cada cónyuge que, lejos de sufragar sus necesidades personales (atenciones médicas, *v.gr.*), sirven a la satisfacción de sus apetencias "superfluas", más o menos suntuarias o extraordinarias, y no responden al "sostenimiento de la familia" (STS 31 mayo 2006[94]): ciertos cuidados corporales y de adorno (los "tratamientos de belleza y

93 Tal criterio de proporcionalidad, en defecto de pacto, es destacado tanto en la doctrina (*vid.* por todos, Costas Rodal, L.: "Comentario al artículo 1318 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021, p. 1719) como a nivel jurisprudencial (STS 5 noviembre 2019 [RJ 2019, 4466]).

94 STS 31 mayo 2006 (RJ 2006, 3502).

relajación" a que alude la sensata SAP Valladolid 6 abril 2015[95], cirugías estéticas...)[96], vacaciones y viajes de placer exclusivos suyos, diversiones individuales (*v.gr.* cenas en restaurantes caros con amigos suyos, entradas de teatro y ópera), etc. A este respecto interesa traer a colación la opinión de aquellos autores[97] para quienes no cabe extrapolar *mecánicamente* -como es usual en la doctrina- el elenco de gastos comprendidos en el art. 1362.1º CC (definitorio de "cargas de la sociedad de gananciales") a efectos de conceptuar el alcance de las *cargas del matrimonio* en el régimen de separación de bienes. Y asimismo conviene recordar el contenido del art. 231-5.3 *in fine* CC catalán cuando se ocupa de precisar que *no serán consideradas cargas familiares "los gastos que corresponden al interés exclusivo de uno de los cónyuges*"[98].

- En segundo término, deberá llevarse a cabo un cálculo cuantitativo aproximado del *montante total de dichas cargas*.

- Por último, habrá de efectuarse un *cálculo de la proporción* en que cada uno de los cónyuges ha satisfecho tales cargas familiares. Y es precisamente en este punto donde entra en juego la peculiaridad introducida por el art. 1438 CC y, por ende, lo que importa que desmenucemos con algún detenimiento.

En efecto -y recordemos que, en el supuesto que nos ocupa, el cónyuge A no tiene trabajo retribuido y se dedica al "trabajo para la casa"-, el art. 1438 dice dos cosas de no fácil encaje. Primero afirma, con carácter general, que la obligación contributiva de cada cónyuge ha de ser proporcional a sus respectivos recursos económicos -entendidos en su más amplio sentido (capitales, rendimientos y frutos de los bienes, ingresos provenientes del trabajo o industria...)[99]-. Y tras sentar esa

95 SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015, 125317).

96 Por su parte, la SAP A Coruña 4 octubre 2019 (JUR 2019, 305989) afirma que una intervención quirúrgica y asistencia oncológica (de más de 25.000 euros) en *un centro privado* "*es una opción personal, cuando se puede acudir a los servicios del Servicio Galego de Saúde*", por lo "*no puede interpretarse que sea una carga del matrimonio, a la que deba contribuir obligatoriamente el otro cónyuge, y menos cuando el régimen económico es de separación absoluta de bienes*. Establecer la posibilidad de un cónyuge pueda vincular los bienes del otro, porque se considera que los gastos médicos y hospitalarios tienen siempre la consideración de cargas del matrimonio, supondría que uno de los cónyuges asume un poder de decisión sobre el otro que actualmente no es aceptable. La sola voluntad de uno de los cónyuges obligaría a que bien los gananciales, bien el patrimonio del cónyuge en separación de bienes, tuviesen que sufragar ese importante gasto, sin consulta alguna ni posibilidad de oposición. *No es un gasto que pueda calificarse como carga del matrimonio*".

97 *Vid*. Pérez Martín, A. J.: *Tratado de Derecho de Familia*, t. V, v. 2, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 1559; Alejándrez Peña, P.: "Comentario al artículo 1318 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1449-1450.

98 El mismo tenor tenía el art. 9.4 *in fine* de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, declarado inconstitucional y nulo por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 abril (RTC 2016, 82); y en sede de parejas de hecho, el art. 8.2 *in fine* de la Ley 5/2012 de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana, igualmente declarado inconstitucional y nulo por la STC (Pleno) 110/2016, de 9 junio (RTC 2016, 110).

99 *Vid*. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la STS 11 febrero 2005 (RJ 2005, 1407). Régimen de separación de bienes: compensación al cónyuge que trabajó para la casa a la extinción del mismo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, enero-abril, 2006, pp. 147-148; y Álvarez Olalla, P.: "Comentario", cit., p. 1830.

regla de proporcionalidad -subsidiaria según el sentir doctrinal abrumadoramente mayoritario[100]-, añade a renglón seguido el importante matiz de que el trabajo doméstico constituye una de las modalidades posibles de contribuir a las cargas del matrimonio y como tal se computa. En consecuencia, y partiendo de lo anterior, si la proporción en que cada uno de los cónyuges contribuye importa (y tiene que importar si no queremos diluir la especificidad del régimen de separación de bienes) ha de poder calcularse o tasarse, aunque sea por estimación, *el valor pecuniario de la contribución de A mediante su "trabajo para la casa"*[101]. Ello requiere necesariamente dos premisas -la primera, delimitar qué sea "*trabajo para la casa*" y la segunda, en íntima relación con la anterior, *probar* qué trabajo se ha hecho para la casa- y también exige la adopción de un *criterio* o *baremo* apto para traducir a dinero el trabajo doméstico efectivamente realizado; cuestiones, todas ellas, sobre las que, siquiera en apretada síntesis, se hace preciso efectuar a continuación algunas consideraciones.

A) Alcance y límites del concepto de "trabajo para la casa".

A efectos de acotar, muy resumidamente, qué sea "*trabajo para la casa*"[102], ha de partirse de que el contenido de esta locución en el contexto del art. 1438 CC incluye obviamente las labores domésticas de tipo material (limpieza del hogar, hacer la comida, lavar y planchar la ropa...), así como el cuidado y crianza de los hijos (su aseo, llevarlos al colegio y a actividades extraescolares, al médico...); pero también abarca -como señala la generalidad de los autores[103] y admiten nuestros tribunales (SAP Madrid 28 noviembre 2014[104])- tareas y gestiones administrativas o burocráticas realizadas *fuera del hogar* (contratar el suministro de agua o luz, pagar el IRPF, gestiones bancarias, etc.).

Igualmente suele la doctrina englobar dentro del trabajo para la casa "la labor de dirección y organización familiar"[105] o la "dirección y responsabilidad" del trabajo doméstico "aunque éste no se ejecute materialmente"[106]. Con todo,

100 En contra, García Rubio, M.ª P.: *Alimentos*, cit., pp. 45-48.

101 *Vid.* igualmente Benavente Moreda, P.: "Algunas consideraciones en torno al valor del capital humano en el régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Díez Picazo*, t. III, Civitas, Madrid, 2003, p. 4436.

102 *Cfr. mutatis mutandis*, art. 1.4 RD 1620/2011 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar.

103 *Vid.* p.ej. González del Pozo, J. P.: "La compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil", en González del Pozo, J. P. y Torres López, G.: *El Derecho de familia en expansión*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 140.

104 SAP Madrid 28 noviembre 2014 (JUR 2015, 19455).

105 *Vid.* en este sentido, Ribera Blanes, B.: "Capítulo VI. Del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil)* (coords. J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 898-899.

106 *Vid.* Moreno Velasco, V.: *Autonomía*, cit., p. 73, quien llega incluso a incluir, además del "mero control del servicio doméstico, *las atenciones a las relaciones sociales de la familia* en según qué casos (grandes fortunas)" (p. 74).

creo que conviene ser comedido[107] respecto al alcance de dichas expresiones y considerar, como entienden las SSAP Madrid 11 abril 2014[108] y 19 mayo 2014[109], que el limitarse e*xclusivamente* a realizar encargos o *dar órdenes al personal de servicio doméstico* "no implica una dedicación sensible al hogar y a la familia" y no debería *a priori* ser susceptible de compensación[110]. Aun con la singularidad que presentaba el caso –pues el matrimonio litigante había contado con once empleados domésticos-, no fue aquel, desde luego, el criterio seguido por la SAP Madrid 24 mayo 2018[111] que, a fin de otorgar a la ex mujer la escalofriante cifra de 6 millones de euros como compensación económica del art. 1438 CC (más 75.000 mensuales durante cinco años como pensión compensatoria del art. 97), declaró sin tapujos que la esposa había "contribuido a las cargas del matrimonio con carácter cotidiano, diario y exclusivo, *realizando las funciones de ordenación, dirección, organización y control de la vida familiar*[112], dado que la ejecución material del trabajo doméstico lo realizó el numeroso servicio doméstico contratado, dado el nivel económico y social de la familia y las distintas casas abiertas en distintas y distantes ciudades además de la vivienda familiar"[113]. Si bien rebajó (a 840.000 euros) el importe de la compensación por trabajo doméstico, la STS 11 diciembre 2019[114] confirmó el derecho de la mujer a percibir la compensación al entender

107 Desde otra óptica diferente, y por abocar a una noción desmesuradamente amplia de "trabajo doméstico", tampoco merecen, a mi juicio, ser catalogadas propiamente como tal las tareas que más bien deben reputarse aficiones, pasatiempos o formas de ocio del cónyuge que las realiza (hacer bordados o manualidades, pasear mascotas, etc.). En contra, con matices, *vid*. Pastor Álvarez, M.ª C.: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1988, p. 255.

108 SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599).

109 SAP Madrid 19 mayo 2014 (JUR 2014, 167678).

110 *Vid*. también Verdera Izquierdo, B.: "Configuración", cit., p. 238; Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil*, t. IV, Edisofer, 12ª ed., Madrid, 2013, p. 188; Ordás Alonso, M.: *La cuantificación*, cit., pp. 496, 516; Estellés Peralta, P. M.ª: "La descompensación", cit., pp. 121-122; y "La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019, pp. 120-121.

111 SAP Madrid 24 mayo 2018 (JUR 2018, 229294).

112 En primera instancia se había negado la compensación a la ex mujer, por entenderse que "*en ningún caso constaba que la esposa se hubiera dedicado, de modo directo, único y exclusivo, a los trabajos de la casa, dado que contaba, para la ejecución de dichas tareas, con 11 empleados, ocupados en actividades tales como jardinería, mantenimiento, limpieza, cocina, chóferes enseñanza de idiomas, profesores particulares*; así como que ambos cónyuges han colaborado, en la medida de sus posibilidades, en el cuidado y atención de las hijas".

113 A propósito de esta sentencia, escribe con total ironía García Amado, J. A.: "Sobre un Derecho matrimonial retrógrado y unos jueces que no lo mejoran", cit., que "debió de ser tan esforzada esa labor gestora y de *management* hogareño, que si dividimos los seis millones de euros entre los aproximadamente diez años que el matrimonio duró, nos sale la siguiente valoración de ese trabajo: seiscientos mil euros por año, cincuenta mil al mes, mil setecientos al día". Sirviéndonos de las muy gráficas cuentas que el autor echa y de los elocuentes ejemplos comparativos que pone, cabría decir, parafraseando sus palabras, que "no sé en cuantos trabajos se ganarán seis millones de euros en diez años (diez años duró el matrimonio), pero tengo para mí que en bien pocos. Yo, que soy catedrático de universidad y tengo mis trienios, quinquenios, sexenios y de todo, no los percibiría ni en cien años, de lo que se deduce que lo que hago… se cotiza, desde luego, mucho menos que lo que la ex mujer del caso de esa sentencia hacía al organizar y dirigir las labores del servicio doméstico. Insisto –afirma García Amado-, queda clarísimo que es mucha mejor inversión casar rico y dirigir mucamas y mayordomos que hacerse catedrático y dirigir tesis doctorales o lidiar con becarios. También se aprecia que se paga mejor la dirección de personal doméstico que la dirección de orquesta, pues dudo de que al director de la Filarmónica de Berlín, pongamos por caso, le paguen seis millones por diez años".

114 STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090).

que, aunque "la posición social que le brindó el matrimonio le dispensaba de la ejecución material de tan dignos trabajos", "*sí abordó las funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar*, durante la vigencia del matrimonio, así como la atención personalizada a las hijas comunes". "El trabajo para la casa –recordó el TS- no es excluyente en el sentido de que impida beneficiarse de la compensación económica del art. 1438 por la circunstancia de que se cuente *con ayuda externa*", a lo que añadió que "no es precisa la ejecución material del trabajo doméstico. Cuestión distinta es la forma de llevar a efecto la valoración de tal compensación".

Una mención particular merece, siquiera de rondón, el supuesto de *colaboración de un cónyuge en la actividad profesional, industrial o empresarial del otro.* Nótese que, a diferencia de la expresa referencia legal a dicha circunstancia en sede de pensión compensatoria (art. 97.5º CC), el art. 1438 guarda silencio al respecto. Por tal razón, cabe la duda de si puede o no reputarse "trabajo doméstico" el desarrollado, por ejemplo, por mujeres que, no puntual u ocasionalmente, sino de forma continuada y regular, ayudan a la pareja en su profesión o empresa, haciendo "desinteresadamente" -*rectius*, sin retribución o con una retribución insuficiente (pues, obviamente, si perciben un sueldo ajustado a las tareas desempeñadas no ha lugar el problema[115])- labores de dependienta, recepcionista, secretaria, etc. Ante el dilema, doctrina y tribunales han basculado entre dos posiciones básicas.

Una de ellas ha considerado que no cabe subsumir dichos casos en el supuesto de hecho del art. 1438 CC. Así lo han entendido, entre otras, la SAP Alicante 10 abril 2019[116], o la SAP Cádiz 24 junio 2013[117] que, con un punto de ironía, afirmó que no puede "tenerse en cuenta la alegación de la esposa de que ha contribuido con su trabajo en los negocios hosteleros del marido, ya que lo único que contempla el art. 1438 es el trabajo doméstico, y *manifestar que trabajaba en el bar, significa que no lo hacía en casa, al menos durante el tiempo que estaba en el bar*". De similar opinión son aquellos autores[118] para quienes tales trabajos (extradomésticos) no remunerados en favor del otro cónyuge no darán derecho a compensación, si bien podrían calificarse como un *enriquecimiento sin causa*[119].

115 *Vid.* como muestra de ello, p.ej. las SSAP Valencia 19 enero 2015 (JUR 2015, 95218), Barcelona 15 enero 2015 (JUR 2015, 77304) y Murcia 18 noviembre 2014 (JUR 2015, 50857), o la STS 29 septiembre 2020 (RJ 2020, 3770) –que denegó la compensación del art. 1438 CC al ex marido porque, además de no constar que hubiese trabajado para la casa más que su esposa, "*el trabajo desarrollado por el Sr. Benjamín en la farmacia de su mujer fue bajo un salario adecuado*, y similar al que luego obtuvo en las otras farmacias que lo contrataron después de la ruptura conyugal"-.

116 SAP Alicante 10 abril 2019 (JUR 2019, 197797). *Vid.* igualmente, con anterioridad, la SAP Valencia 6 septiembre 2007 (JUR 2007, 340307).

117 SAP Cádiz 24 junio 2013 (JUR 2013, 286362).

118 Entre los más clásicos, *vid.* Rebolledo Varela, Á.: *Separación de bienes en el matrimonio,* Montecorvo, 1983, p. 441; y más recientemente, p.ej. Arroyo i Amayuelas, E.: "Comentario", cit., p. 1573; Cuena Casas, M.: "Comentario", cit., p. 10118; y Álvarez Olalla, P.: "Comentario", cit., p. 1831.

119 *Vid.* expresamente en este sentido, p.ej. la SAP Las Palmas 30 junio 2005 (JUR 2005, 186060).

La otra postura, por el contrario, consiste en admitir la *aplicación analógica* del art. 1438 CC a los supuestos mencionados[120]. Y así lo hizo, entre otras, la SAP Madrid 27 julio 2011[121], que compensó a la esposa que había realizado tareas de guardarropa y camarera en el restaurante del marido; o la SAP Pontevedra 5 noviembre 2014[122] que, junto a la "dedicación principalísima de la mujer a la familia", compensó su "*contribución al negocio familiar (estanco) sin remuneración, 'ayudando' tres o cuatro horas al día*". Por su parte, la SAP Madrid 17 febrero 2012[123] -que confirmó la compensación de más de 100.000 € a la ex mujer que se había dedicado de lleno (sin ayuda alguna de servicio doméstico) a la casa, los hijos y su marido (a menudo enfermo)- tuvo en cuenta que "a mayor abundamiento, la esposa colaboró con el recurrente en su trabajo como autónomo, en *labores de gestoría, administrativas, etc.*".

Pues bien, en pro de esta segunda corriente que se ha expuesto cabría traer a colación el *amplio* concepto de "trabajo doméstico", acuñado por el legislador catalán ya en el primitivo art. 41 del Código de Familia, que hoy acoge el vigente art. 232-5.2 CC de Cataluña; norma autonómica que, *expressis verbis*, considera trabajo para la casa la colaboración, no retribuida o insuficientemente retribuida, que un cónyuge preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional (STSJ Cataluña 21 junio 2018)[124]. Pero, sobre todo, y aparte de orientarse en esa dirección la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (art. 265-5[125]), interesa destacar que el propio Tribunal Supremo –que tibiamente había aludido a la cuestión en la Sentencia 26 marzo 2015[126]-

120 Esta la opinión de, entre otros, Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, Dykinson, 4ª ed., Madrid, 2010, p. 262; De los Mozos y de los Mozos, J. L.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), t. XVIII, v. 3º, Edersa, Madrid, 1985, p. 380; Montés Penadés, V.: "Artículo 1438 del Código Civil", cit., p. 869; García Rubio, M.ª P.: "La prestación", cit., pp. 347 y 357; Guillem Carrau, J.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), v. III, Civitas, Madrid, 2011, p. 1298; Cabanillas Sánchez, A.: "La separación de bienes", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. G. Díez-Picazo Giménez), Civitas, Madrid, 2012, p. 1230; Moreno Velasco, V.: *Autonomía*, cit., pp. 75-76.

121 SAP Madrid 27 julio 2011 (AC 2011, 2120).

122 SAP Pontevedra 5 noviembre 2014 (JUR 2015, 61339).

123 SAP Madrid 17 febrero 2012 (JUR 2012, 109942).

124 *Vid*. asimismo las SSTSJ Cataluña 9 enero 2012 (RJ 2012, 4203) y 19 diciembre 2011 (RJ 2012, 2768).

125 A tenor del apartado 6 de este artículo, "En caso de *trabajo realizado por un cónyuge en las actividades empresariales o profesionales del otro cónyuge, sin retribución o con retribución insuficiente*, ello da lugar a una compensación proporcional al trabajo realizado, al margen de los reembolsos debidos por excesos en el deber de contribución a las cargas del matrimonio".

126 STS 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170). En el FD 2º.2 de esta Sentencia el TS contrapuso, por un lado, la explícita consideración como trabajo doméstico de la colaboración, no retribuida o insuficientemente retribuida, de un cónyuge en la actividad empresarial o profesional que contemplaba el legislador valenciano (concretamente en el art. 12.3 de la Ley 10/2007, hoy declarado inconstitucional y nulo por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 abril [RTC 2016, 82]) y, por otro lado, la orfandad de regulación de ese supuesto en el Código Civil estatal. De ese modo, al destacar precisamente tal *diferenciación* en ese punto, parece que el TS, siquiera de forma indirecta, se inclinaba más bien por la posición según la cual aquella hipótesis no sería subsumible bajo la órbita del art. 1438 CC. Pero, con todo, lo cierto es que el Supremo (que vino a denegar en el caso la compensación) no llegó a pronunciarse abiertamente sobre el tema, ya que -según se ocupa de

ha abordado ya directamente esta problemática en la Sentencia 26 abril 2017[127], donde, apostando por una amplia interpretación del concepto de "trabajo para la casa"[128], se decantó *a favor de la aplicabilidad del art. 1438 CC en los casos de colaboración, en condiciones laborales precarias, en la actividad comercial o profesional del otro cónyuge*[129].

destacar la Sentencia (FD 2º.3)-, si bien la mujer *había trabajado para la empresa del esposo* (Rioja Selección) hasta que se cerró, en el caso de autos no había quedado suficientemente aclarado en la instancia "*si tal empleo fue o no retribuido* durante todo el tiempo que lo desempeñó, o solo durante parte de ese tiempo".

127 STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720).

128 A efectos de interpretar la expresión "trabajo para la casa" del art. 1438 CC, el TS llevó a cabo la siguiente argumentación: "En la sentencia recurrida se entiende que el trabajo efectuado por la esposa colaborando en la empresa regentada por el marido, en régimen de autónomo y con un salario de 600 euros, puede equipararse al 'trabajo en el hogar', si bien dado que en otros períodos trabajó ella 'por cuenta ajena', pondera la indemnización a conceder declarando: 'Valorando que la esposa ha trabajado y compatibilizado las labores del hogar hasta 2005, plenamente desde 2005 hasta el 2007 y parcialmente desde 2007 aunque haya figurado como autónoma en el negocio familiar resulta obvio que con el trabajo en el hogar ha contribuido a las cargas del matrimonio, se calcula ponderadamente durante aproximadamente 7 años y medio dado que la dedicación durante varios periodos era parcial en función de las circunstancias concurrentes (aproximadamente 90 meses a razón de una compensación de 300 euros mensuales), procediendo fijar dicha indemnización en la suma total de 27.000 euros'. Cuando se introduce el último apartado del art. 1438 en el Código Civil, se hace bajo la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, que plasma el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE) y ello para evitar cualquier desequilibrio relacional en el sistema matrimonial. La regla sobre compensación contenida en el art. 1438 CC, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. En la realidad social actual (art. 3.1 CC), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia. En el presente caso, es relevante que la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por tanto, esta sala debe declarar que *la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión* '*trabajo para la casa*' *contenida en el art. 1438 CC*, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de esta sala, recogida entre otras en sentencias 534/2011 (RJ 2011, 5122) y 135/2015 (RJ 2015, 1170), al presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero (RJ 2017, 673) que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado por cuenta ajena".

Con posterioridad a la STS 26 abril 2017 reproduce su doctrina la STS 29 septiembre 2020 (RJ 2020, 3770) y hacen aplicación de la misma, en sede de Audiencias, p.ej. las SSAP Jaén 3 mayo 2019 (JUR 2019, 238596), Valencia 12 noviembre 2021 (JUR 2022, 51406), Alicante 18 enero 2022 (JUR 2022, 180792) y Málaga 14 octubre 2021 (JUR 2022, 48357) y 25 enero 2022 (JUR 2022, 162513).

129 Aunque dicha sentencia ha sido saludada con parabienes por un amplio sector doctrinal, ello no obsta a que algunos autores sigan opinando que el ámbito de aplicación del art. 1438 CC no abarca en rigor lo que se ha venido a denominar "trabajo para el otro" (Ordás Alonso, M.: *La cuantificación*, cit., p. 385; Moreno Flórez, R. M.ª: "El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes. ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre, 2018, pp. 266-267) y hay quienes, lejos de considerar esa nueva jurisprudencia como un avance, la miran con recelo y espíritu crítico y consideran que, "respondiendo, quizá, a *un equivocado interés de las mujeres*", "*ha forzado" el concepto de trabajo para la casa* con el propósito de reconocer también el derecho a compensación a aquellas que colaboren en las actividades profesionales o empresariales de sus maridos, además de ocuparse de los cometidos estrictamente domésticos (Arrébola Blanco, A.: "Los sesgos de género", cit., pp. 59-60; *La compensación*, cit., pp. 441-447; y en particular, del mismo autor, Arrébola Blanco, A.: "¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?", *Diario La Ley*, núm. 9020, 2017). Una crítica a la jurisprudencia del TS que considera como "trabajo para la casa" el trabajo o colaboración en el negocio del otro cónyuge en

Dejando de lado ese supuesto particular, ciñéndonos ahora al trabajo doméstico en su vertiente más genuina, y dicho lo anterior, resulta indudable que "estar en casa", en el sentido de no tener trabajo remunerado fuera (o desde la propia casa, por ejemplo como autónomo o como "trabajo a distancia"), no puede equipararse, sin más, a trabajar para la casa -como bien destaca la SAP Valladolid 6 abril 2015[130]-. *Ni todo el que no tiene trabajo trabaja para la casa, ni todo el que lo tiene deja por eso de trabajar para la casa.* Va siendo, pues, hora de que se haga una interpretación social, actualizadora y acorde con los tiempos, de ese concepto, un tanto vago e indeterminado, de *"trabajo para la casa"* (o del análogo de *"dedicación a la familia"* del art. 97.4º CC en sede de pensión compensatoria). Y así, convendría que se fuera eliminando una especie de *tácita presunción*: la de que el cónyuge que no trabaja "fuera de casa" trabaja en casa en la llevanza del hogar y la familia. *Depende. Eso debe ser objeto de prueba.* De ahí que considere necesario realizar seguidamente unas rápidas observaciones sobre el controvertido *thema probandi* que el art. 1438 *in fine* CC encierra.

B) Problemas probatorios de la efectiva realización del trabajo doméstico: carga de la prueba y abuso de las presunciones.

Como acaba de apuntarse, a efectos de la compensación económica prevista en dicho precepto, es punto de partida obligado y deviene ineludible la tarea previa de *probar* el trabajo para la casa realmente desempeñado por el cónyuge solicitante de aquella compensación. Esta prueba tiene dos dimensiones, positiva y negativa: en nuestro ejemplo, de cuáles de los trabajos domésticos *sí* se ocupó el cónyuge A, y de cuáles *no* se ocupó A, bien porque los realizaba el otro cónyuge (B), bien porque los hacían terceras personas pagadas con los ingresos de B.

Antes de entrar propiamente en materia, interesa traer a colación un par de ideas generales de orden socio-económico. Hay una realidad sociológica incontestable, cual es que en el modelo clásico (y aún bastante habitual) de familia en España existe un reparto de roles que hace muchas esposas no desempeñen trabajo por cuenta ajena o en régimen de autónomos y asuman las duras tareas de atención a la casa y los hijos y se ocupen de la logística del hogar, mientras que el hombre trae un sueldo. Tradicionalmente y en las familias de recursos modestos así era, y así sigue siendo muchas veces. Sin embargo, en las familias con gran o, al menos, cierta potencia económica lo habitual suele ser la contratación, *con cargo al que aporta los ingresos, de personal que realiza las labores de cuidado de los niños y las tareas domésticas*. En tales ocasiones, y sin perjuicio de las mayores matizaciones

condiciones laborales precarias puede verse también en Chaparro Matamoros, P.: "La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes en el Derecho común: una revisión crítica de la interpretación jurisprudencial del art. 1438 *in fine* CC", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 24, 2019, pp. 1-21.

130 SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015, 125317).

que esto requeriría[131], no tiene por qué compensarse al cónyuge por los trabajos caseros que *no ha realizado él* y por los sacrificios para la familia que *no ha hecho*. Dicho de otro modo: aquel patrón sociológico más común no deja de tener sus excepciones, aun en los casos en que uno de los cónyuges, ya sea la mujer o, no tan infrecuentemente en nuestros días, ya sea el hombre, carece de percepciones económicas y, como vulgarmente se dice, se queda en casa. ¿Qué ocurre si ese esposo o esposa no atiende nada que no sea su bienestar, placer y descanso o el cultivo de su persona, bien porque tiene abundante servicio doméstico, que el otro paga, bien porque es el otro el que tiene doble ocupación, la laboral externa y los trabajos hogareños?

131 Aunque no vayamos a detenernos en ellas, sí conviene siquiera recordar que la STS 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170) -si bien mantuvo la, a mi entender, censurable exigencia de dedicación "exclusiva" a la casa (incompatible con todo trabajo retribuido fuera de ella)-, introdujo una meritoria puntualización respecto a lo que hubiera previamente expresado el TS en su Sentencia de 31 enero 2014 (RJ 2014, 813). Así como en ésta afirmó explícitamente la necesidad de que el cónyuge a compensar se hubiera "*encargado, de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa y de los trabajos domésticos habituales*" (FD 2º), en la citada Sentencia de 26 marzo 2015 –seguida por las SSTS 14 abril 2015 y 15 noviembre 2015- optó por deslindar ambos calificativos ("exclusivo" y "excluyente") a fin de especificar que la compensación del art. 1438 CC "exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, *no excluyente", lo que implica "no excluirla* [la compensación] cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza *con la colaboración ocasional del otro cónyuge*, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, *o con ayuda externa*, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento" (FD 2º.1).

Hagamos, no obstante, un breve comentario sobre esa cuestión. Ciertamente, contar con la *ayuda* de servicio doméstico no es *per se* causa impeditiva del derecho a compensación, pues resulta meridianamente claro que "no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido está normalmente el día entero ni todos los días" (SAP Girona 21 enero 2015 [JUR 2015, 80668]). De ahí que el auxilio o apoyo esporádico o por horas de dicho servicio doméstico en absoluto permita, *a priori*, desvirtuar la posible dedicación al hogar y los hijos por uno de los cónyuges (SSAP Valencia 25 julio 2018 [JUR 2018, 95495], Jaén 3 mayo 2019 [JUR 2019, 238596], Madrid 11 noviembre 2021 [JUR 2022, 91770], Sevilla 10 enero 2022 [JUR 2022, 93234]); y de ahí que disponer de una asistenta "un día a la semana" o "un par de tardes" a la semana no excluya la compensación del art. 1438 CC (SSAP Sevilla 12 noviembre 2014 [JUR 2015, 70508] y Asturias 30 julio 2018 [JUR 2018, 301480]).

Sin embargo, tampoco cabe afirmar que la existencia de servicio doméstico sea algo "indiferente" -como en cambio, dijo la STSJ Cataluña 31 octubre 2011 (RJ 2012, 2243)- pues, bien al contrario, deberá valorarse en cada caso particular la entidad de dicha "ayuda" doméstica externa a efectos de *computar económicamente* el mayor o menor (o nulo) grado de dedicación real a la casa por el cónyuge solicitante de la compensación -y también, de proceder ésta, a efectos de fijar su cuantía (como ya hemos dicho que señala la STS 26 marzo 2015)-. Así las cosas, *cuando el servicio doméstico se ocupa completamente o en su práctica totalidad de las tareas del hogar no parece que pueda apreciarse* –como poníamos de relieve en el texto- *la efectiva realización de "trabajo para la casa" por parte de uno de los cónyuges* y en nada, pues, habrá de compensársele -pues nada o apenas nada hizo y, para colmo, el servicio doméstico lo pagó el otro cónyuge-. Este criterio (aceptado por Verdera Izquierdo, B.: "Configuración", cit., p. 238; y Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación", cit., p. 286, entre otros) es también asumido por numerosas resoluciones que abordan pleitos sobre el art. 1438 CC -como las SSAP Madrid 19 mayo 2014 (JUR 2014, 167678) y Jaén 10 enero 2019 (JUR 2019, 67176)-, especialmente en el seno de familias pudientes (SAP Madrid 1 julio 2013 [JUR 2013, 263637]) que cuentan con internas o "*servicio doméstico a plena dedicación*" (SAP Madrid 20 julio 2011 [AC 2011, 2092]). A título de ejemplo, la SAP Alicante 10 junio 2010 (JUR 2010, 396982) denegó la compensación de ¡700.000 euros! solicitada por la mujer de un famoso torero -la cual alegaba que su trabajo para la casa y el haberse sacrificado por su marido habían constituido una barrera a su vida profesional-; desestimación de la pretensión económica de la esposa que la AP fundó, entre otras razones, en *la existencia de servicio doméstico interno y de forma continuada*, junto al dato de que ambos cónyuges se habían ocupado efectivamente de la educación y cuidado de los hijos. Y otro tanto sucedió, en fin, en el caso de la SAP Madrid 3 junio 2009 (JUR 2009, 22438) que, al objeto de denegar la compensación del art. 1438 interesada por la ex mujer -quien invocaba su renuncia a su previa actividad como pintora-, tuvo en buena consideración que el matrimonio había dispuesto en todo momento de *dos empleadas del hogar (una de ellas, interna*), que realizaban todas las labores domésticas. Como es fácil observar, falta en estos asuntos -y otros similares (SAP Madrid 22 febrero 2021 [JUR 2021, 147570])- *la más mínima prueba de la efectiva realización de trabajo para la casa por parte del cónyuge solicitante de la compensación*.

Esta situación que acaba de describirse no es ficticia ni una pura hipótesis de laboratorio, sino que todos conocemos casos como el que aparece retratado casi al pie de la letra en la SAP Madrid 11 abril 2014[132] -donde, cabalmente, se denegó a la ex mujer la compensación del art. 1438 CC reclamada-. Según narra la sentencia, "constante la convivencia, esta familia ha contado siempre con los servicios de una *interna*, quien se ocupaba de realizar todas las tareas domésticas cotidianas (planchado, cocina, limpieza, etc.) y de llevar y traer a las hijas de casa al colegio; y, de no poder ésta llevarlo a cabo, padre y madre *por igual*, lo efectuaban. Tampoco se discute que para las hijas se empleaban los servicios de comedor escolar, así como que a lo largo de la tarde realizaban diversas actividades extraescolares, de donde *la progenitora disponía de tiempo libre considerable, que dedicaba a sí misma*". Igualmente la SAP Madrid 28 noviembre 2014[133] concluyó que "la dedicación pasada de D.ª Leonor a los hijos y al hogar no se evidencia intensa, o significativamente superior a la del ex marido, pues ...constante el matrimonio, la mujer *se dedicó tiempo a sí misma, a ocio y formación*". Y también la SAP Sevilla 27 abril 2007[134] denegó el derecho a compensación del art. 1438 a la demandante, teniendo en cuenta que el matrimonio, de un alto nivel económico, había siempre contado con servicio doméstico fijo (tanto en la vivienda habitual como en sus segundas residencias) y que la mujer había dejado el trabajo que desempeñaba antes de casarse, porque sus ingresos eran innecesarios habida cuenta de los del esposo, lo que hizo "no para atender el hogar sino *para llevar una vida más confortable y apacible*".

Como ya anteriormente apunté, tampoco es hoy del todo inusual que en tal tesitura o posición pasiva se hallen *varones* que no tienen empleo, porque no lo encuentran o no lo quieren, ni se hacen cargo mayormente de las tareas domésticas y familiares, mientras que son sus parejas -por lo general mujeres, aunque desde la Ley 13/2005 del llamado "matrimonio homosexual" pudieran igualmente ser otros hombres (art. 44 CC)- las que contribuyen por las dos vías al sostén de la familia[135]. ¿Les damos compensación por "el trabajo para la casa" del que habla el art. 1438, si el régimen es de separación de bienes (y adicionalmente una pensión por desequilibrio económico)? Pues sí, según la insólita SAP Asturias 31 marzo 2014[136] que, además de conceder a D. Darío una pensión compensatoria vitalicia de 500 € mensuales, revocó la sentencia de 1ª instancia -denegatoria de la compensación por trabajo doméstico- y le reconoció un crédito de 20.000 € frente a D.ª Marta, pese a que el ex marido -con estudios de maestro industrial, delineante y auxiliar de topografía- dejó "de forma totalmente voluntaria" su trabajo

132 SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599).

133 SAP Madrid 28 noviembre 2014 (JUR 2015, 19455).

134 SAP Sevilla 27 abril 2007 (JUR 2008, 26441).

135 *Vid*. STSJ Cataluña 6 octubre 2011 (RJ 2011, 699) y SAP Asturias 15 noviembre 2013 (JUR 2013, 374202).

136 SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014, 119127).

dos meses después de contraer matrimonio y, a lo largo de toda la convivencia conyugal, vivió de los ingresos de su mujer quien, precisamente, había instado repetidamente a aquél a que accediese a un puesto de trabajo -hasta el punto de que el hecho de que ni lo intentase había sido uno de los motivos alegados por la esposa al formular en su día la previa demanda de separación-. Para más inri, quedó acreditado que la mujer colaboraba igualmente en los quehaceres de la casa; tareas que, por lo demás, "no implicaban un notable esfuerzo teniendo en cuenta las dimensiones de la vivienda (un pequeño piso de 65 ms.), que el matrimonio tenía un solo hijo, que habitualmente comía en el centro escolar" y, en especial, la contratación de una empleada del hogar que se ocupaba de los trabajos domésticos, remunerada obviamente con el dinero de la esposa -la cual, interesa además destacar, invirtió la totalidad de sus retribuciones, sin sobrante alguno ni posibilidad de adquisición de bienes privativos, en subvenir todas las cargas familiares a lo largo del matrimonio-. Por mi parte, ahorro los epítetos, pues el suceso se califica por sí mismo.

Cerrado este breve paréntesis, y como vengo diciendo, el tema naturalmente se aboca a una cuestión de prueba. Y me acechan en este plano no pocas dudas. ¿Están los tribunales requiriendo prueba efectiva de lo que cada cónyuge trabajó en la morada o con la familia o aplican más bien una presunción? ¿De qué tipo es esa presunción? ¿Se invierte la carga de la prueba o no hay prueba que valga? Hágase cuenta –aunque en esto abundaremos más adelante- de que *la pérdida de expectativas u oportunidades profesionales* para quien *escoge* ser amo o ama de casa podrá, quizá, tomarse en consideración a la hora de justificar en abstracto la pensión compensatoria del art. 97 CC (*ex* aptdo. 3º), pero, en puridad, no puede servir de justificación para la compensación del 1438[137], dado que este precepto nada más que hace mención al trabajo en la casa y su remuneración retroactiva. Pues si es trabajo y no otra cosa, habrá que probarlo, y bien que se podrá probar en la mayoría de los casos. En otros, no, pues no lo hubo o fue muy escaso.

Adentrémonos ya, pues, en el meollo de la acreditación del trabajo doméstico: la carga de la prueba y el uso -a menudo, muy poco racional y del todo alejado de las reglas de la lógica y el sano criterio- del manido recurso a las presunciones.

Ciertamente, en algunos asuntos -si no excepcionales, de momento sí en ligera minoría- los tribunales se esmeran en resaltar que, *so pena de conculcar el sentido del art. 1438 CC y "en orden a evitar el abuso del derecho y el enriquecimiento injusto" del perceptor de la compensación*, resulta imprescindible la prueba por éste de su efectiva dedicación a las tareas del hogar, como presupuesto de dicha prestación

137 *Vid.* Carrasco Perera, Á.: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, 2006, p. 135; Cuena Casas, M.: "Comentario", cit., p. 10123; Arrébola Blanco, A.: *La compensación*, cit., p. 258.

económica (SSAP Alicante 17 marzo 2015[138] y Valladolid 7 mayo 2018[139]). Desde esta óptica, se ha subrayado también la plena aplicabilidad del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la necesidad de una "cumplida demostración" por el cónyuge demandante de la compensación de que realmente realizó el trabajo doméstico a compensar (SSAP Madrid 29 junio 2018[140] y Valencia 2 julio 2019[141])[142]. Así lo hace la ya citada SAP Madrid 11 abril 2014[143] que, tras destacar que, conforme a dicho precepto procesal, es *en quien solicita el derecho a compensación "en quien recae la carga de la prueba" de que en verdad se ocupó de los trabajos domésticos*, acordó dejar sin efecto el crédito de 75.000 € reconocido en 1ª instancia a favor de la esposa, al no haber logrado ésta acreditar tal dedicación al hogar. Con buen criterio, se muestra esta Sentencia contraria a la "presunción" de que quien no trabaja fuera, realmente trabaja para la casa[144]; y así -afirma-, "el mero hecho de que la Sra. Tamara tuviera una mayor disponibilidad horaria para dedicarlo a las hijas y a la familia, *no nos permite presuponer sin más que, en efecto, lo efectuara*, pues al respecto, más allá de sus propias manifestaciones interesadas, no existe elemento probatorio alguno riguroso y serio, cuando a ella incumbe el *onus probandi* (art. 217 de la LEC 1/2000)".

Particularmente detallada y profusa en el examen de las cuestiones procesales probatorias atinentes al "trabajo para la casa" del art. 1438 CC es la SAP Madrid 1 julio 2013[145] que, además de desestimar la invocada nulidad de actuaciones por falta de motivación de la sentencia impugnada -denegatoria de la compensación de 733.056 € que la esposa había solicitado-, se ocupa pormenorizadamente de ir desgranando las diversas pruebas obrantes en las actuaciones. Prestando especial atención a la prueba testifical (chófer, secretaria, etc.)[146], rechazó aquí la Audiencia que, frente a lo alegado por la apelante, el juez *a quo* hubiera efectuado *una errónea valoración de la prueba practicada* y, sobre esta base, acordó confirmar la improcedencia de conceder a aquélla compensación alguna pues, conforme a *la realidad plenamente acreditada*, la más que desahogada posición económica

138 SAP Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015, 149487).

139 SAP Valladolid 7 mayo 2018 (JUR 2018, 189226).

140 SAP Madrid 29 junio 2018 (JUR 2018, 237366).

141 SAP Valencia 2 julio 2019 (JUR 2019, 255269).

142 *Vid*. igualmente, p.ej. SSAP Pontevedra 12 febrero 2015 (JUR 2015, 80720), Córdoba 11 octubre 2016 (JUR 2016, 263431), Cádiz 17 diciembre 2020 (JUR 2021, 95964), León 23 junio 2021 (JUR 2021, 282279) y Madrid 11 diciembre 2016 (JUR 2016, 274913), 3 octubre 2017 (JUR 2017, 279691) y 28 febrero 2022 (JUR 2022, 186898).

143 SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599).

144 *Vid*. igualmente la SAP Madrid 10 mayo 2021 (JUR 2021, 234895), que deniega a la ex mujer la compensación del art. 1438 CC teniendo en cuenta, entre otras cosas, "que no consta acreditado de forma cabal y rigurosa, conforme a las exigencias del art. 217 de la LEC, que la recurrente se hubiera dedicado al cuidado de la familia, *por más que no hubiera tenido actividad laboral concreta fuera del ámbito doméstico, dado que destinó y aplicó buena parte del tiempo a su propia formación y preparación*".

145 SAP Madrid 1 julio 2013 (JUR 2013, 263637).

146 Sobre las luces y sombras que, en relación con el trabajo doméstico del art. 1438 CC, presenta la prueba procedente de declaraciones testificales, *vid*. Arrébola Blanco, A.: *La compensación*, cit., pp. 244-245.

del matrimonio litigante permitió que hubieran contado en todo momento con *servicio doméstico fijo (de dos o tres empleadas*) para atender el cuidado de los hijos y las labores domésticas del chalé de lujo en que vivían y, en consecuencia, no cabía considerar acreditado que la esposa se hubiera en verdad dedicado al hogar.

De todos modos, frente a esa acertada corriente que, por fortuna, comienza a ir progresivamente en ascenso (como se verá en breve al hilo de la STS 31 enero 2014), todavía siguen siendo muchos los pleitos en que parece bastar el alegato del cónyuge solicitante de la compensación de que no trabajó fuera, sino que se quedó en casa, para inferir sin más de ello, con escasísimo o nulo soporte probatorio, que efectiva y realmente trabajó en la casa -sin que obren en tal sentido *datos objetivos, sólidos y relevantes,* y al socaire de meras *conjeturas, especulaciones o suposiciones* sin fundamento cierto, que en absoluto alcanzan la categoría de *indicios* en base a los que articular racionalmente el proceso deductivo propio de las presunciones judiciales, conforme a su regulación por el art. 386.1 LEC-. Muestra de ello es, a modo de ejemplo y entre otros casos[147], la SAP Vizcaya 3 abril 2013[148] que otorgó a la esposa la muy respetable cantidad de 100.000 € en concepto de compensación del art. 1438 CC, pese a brillar por su ausencia toda acreditación del invocado trabajo doméstico que desvirtuara la alegación del marido de que "durante el matrimonio la Sra. Margarita sólo se había dedicado a cursar la carrera de piano, formarse en el arte de la pintura y realizar exposiciones, impartiendo clases de inglés y piano".

Nótese que en la propia STS de 14 julio 2011, que líneas atrás comentábamos, *se da por sentado*, en el resumen de "*hechos probados*", que como "la esposa, D.ª Macarena, a pesar de ser licenciada en Derecho *nunca había ejercido la profesión* ni había llevado a cabo ningún tipo de actividad remunerada, *por tanto* se había dedicado al trabajo del hogar durante la convivencia". Y repito, así sería en ese concreto asunto y así es en la mayoría de los casos, pero no en otros.

En suma, pues, como premisa inexcusable para que sea pertinente aplicar el art. 1438 *in fine* CC resulta preciso que el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges quede debidamente probado –tanto en su existencia y realidad como en la vertiente de la intensidad (y duración) del mismo, a efectos de su necesaria valoración monetaria-. Solo a partir de esa cumplida acreditación podrá calibrarse –según ya se apuntó y se repetirá más adelante- el respeto o, por el contrario, la quiebra de la regla de la "proporcionalidad" en las respectivas aportaciones de ambos consortes a las cargas familiares; y solo así cabrá apreciar, en su caso, el exceso de contribución de uno de ellos mediante el trabajo doméstico, que

147 *Vid.* p.ej. SAP Murcia 26 junio 2014 (JUR 2014, 279971).

148 SAP Vizcaya 3 abril 2013 (JUR 2014, 147708).

legitime su derecho a compensación, y efectuar un cálculo ajustado del *quantum* en que la misma deba concretarse.

De lo contrario, de adoptarse una postura extremadamente laxa en materia de prueba del trabajo efectivo para la casa, ¿qué le estaríamos insinuando, tal y como a veces se interpreta y aplica el art. 1438 *in fine*, al cónyuge con sueldo o ingresos de cualquier tipo cuya pareja no los tiene, cuando hay separación de bienes? Pues que se abstenga de colaborar en las tareas familiares, ya que si un día llega el divorcio (o, por otra causa, se extingue el régimen de separación y procede liquidarlo) tendrá que pagar al otro como si todo lo hubiera hecho ese otro en la casa. Y obviamente, no es esa la mejor manera de cumplir con el mandato del art. 68.2 CC cuando, tras su nueva redacción por la Ley 15/2005, dispone que los cónyuges -cualquiera que sea su régimen económico matrimonial- deberán "compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo". ¿Compartir para que luego los jueces -algunos- apliquen la "presunción" de que no se compartió?

Expresado de otro modo -al hilo del supuesto que como ejemplo vengo manejando-: ¿qué ocurriría si el mero "estar en casa" de A se computara como contribución a las cargas del matrimonio proporcionada, idéntica en valor, a la de B, o si no se admitiera someter a prueba la medida en que A efectivamente llevó a cabo los trabajos de la casa? Pues equivaldría ni más ni menos que a fomentar un doble fraude de ley, ya que al cónyuge *que ni procura recursos económicos para el sostén de la familia ni asume labores domésticas y de atención familiar* se le estaría *de facto* permitiendo que incumpliera tanto la obligación impuesta por el art. 1438.1 CC ("Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio"), pues no habría efectiva contribución de ese cónyuge, como el deber -formalmente "legal", por curioso o de dudoso acierto que pueda considerarse su inclusión en el Código[149]- que establece el citado art. 68.2, según el cual los cónyuges *deberán "compartir las responsabilidades domésticas..."*. Precisamente desde esta última perspectiva, ya otros autores han alertado sobre el posible "choque" o "incoherencia" entre este deber conyugal de "compartir" del art. 68.2 y el contenido del art. 1438[150]; y en honor a la verdad, también algunas resoluciones judiciales han puesto de relieve que "el art. 1438 resulta ser un precepto *contradictorio* e *incongruente* con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada" por la que se introdujo en el art. 68 CC la obligación de ambos

149 *Vid*. en este sentido, por todos Marín López, M. J.: "Comentario", cit., p. 205.

150 *Vid*. en esa línea García Rubio, M.ª P.: "La prestación", cit., pp. 346-347; De Amunátegui Rodríguez, C.: "La libertad", cit., pp. 133, n. 32, 242-243, 261; Moreno Torres-Herrera, M.ª L.: "La compensación", cit., pp. 127-128; Ordás Alonso, M.: *La cuantificación*, cit., p. 481.

cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas (SSAP Madrid 3 octubre 2017[151] y 29 junio 2018[152]).

C) La traducción pecuniaria del trabajo doméstico: la objetividad del módulo salarial.

Una vez probado cumplidamente el trabajo doméstico realizado en efecto por uno de los cónyuges, el paso lógico ulterior será -como se dijo- calcular su valor económico, traducirlo, siquiera por aproximación, a términos monetarios.

Para abordar esta cuestión, retomemos nuevamente la STS 14 julio 2011[153] que, recordemos, estimó el recurso de casación interpuesto por la esposa y, revocando la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, repuso la del Juzgado: en concreto, la decisión de éste de que el marido debía abonar a su ex mujer 108.000 €, en concepto de indemnización derivada del art. 1438 CC. Esa cantidad fue el resultado del siguiente criterio de cálculo, que el TS reproduce en los términos literales en que aparece en la resolución *a quo*: *"en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar"*.

A fin de respaldar tal parámetro, comienza el Alto Tribunal destacando que, a efectos de concretar la compensación por trabajo doméstico en la liquidación del régimen de separación de bienes, el art. 1438 *in fine* "se remite al convenio, o sea, que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la cantidad debida y la forma de pagarla. Sin embargo, en este caso no se utilizó esa opción y entonces *será el juez quien deba fijarla*, *para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación*" -a diferencia de las detalladas reglas para su cálculo (y forma de pago) que suministra el CC de Cataluña (arts. 232-6 y 232-8)[154]-. Desde esta premisa, la STS 14 julio 2011 considera que el módulo salarial aquí empleado es un método tan válido como otros, pues "esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite en esta sentencia". Concretamente, la referida cifra de 108.000 € *"resultó de multiplicar 600 €, que costaría una empleada del hogar al mes, por doce meses, y multiplicado por los 15 años de duración del matrimonio"*.

151 SAP Madrid 3 octubre 2017 (JUR 2017, 279691).

152 SAP Madrid 29 junio 2018 (JUR 2018, 237366).

153 STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).

154 *Cfr.* también los diversos "criterios orientativos de valoración del trabajo para la casa" que a efectos de concretar la cuantía de su compensación establecían los arts. 13.1, 13.2 y 15.1 de la Ley valenciana 10/2007, hoy declarados inconstitucionales y nulos por la STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82).

Pues bien, al objeto de enjuiciar la mayor o menor bondad de ese criterio del salario de un empleado doméstico, hemos de comenzar advirtiendo que el mismo no cuenta con el predicamento unánime ni de la doctrina ni de la jurisprudencia menor. Ciertamente, y aunque apenas ahondaremos aquí en el debate, cabría elucubrar acerca de si el valor de ese trabajo del ama de casa que lo es, y hasta su dignidad, no se degradan o subestiman en cierta medida cuando aquél se valora pura y fríamente en términos de lo que cobraría mensualmente una "asistenta". Según apunta críticamente en esta línea la SAP Asturias 31 marzo 2014[155], "parece entonces que lo que se retribuye es en exclusiva *una especie de trabajo de un empleado o empleada doméstica, un salario, lo que es contrario a la sistemática del régimen matrimonial, a la comunidad de vida y a los deberes inherentes al matrimonio*". De igual modo a nivel doctrinal, ha aludido Aguilera[156] al trabajo en el hogar como "una *contribución inconmensurable al bienestar de la familia*", por lo que, a su juicio, "no es realista tratar el cuidado que se lleva a cabo en el contexto de una relación familiar como si se tratara de una relación laboral entre extraños, pues es *el vínculo existente entre las personas el que le otorga un valor especial*". Hasta llegó a argumentar la autora -lo que es harto discutible, un tanto desfasado y retrógrado, a mi modo de ver, y daría para grandes reflexiones sociológicas- que "en la medida en que una de las diferencias claves entre hombres y mujeres es que la mujer suele cuidar y el hombre suele ser cuidado, *el mayor bienestar de los hombres casados frente a los solteros pone de relieve que no es lo mismo ser cuidado por la propia esposa que por una trabajadora del hogar*"; todo lo cual, en su opinión, debería impedir valorar meramente dicho trabajo por su precio de mercado y en función del sueldo que cobraría un trabajador doméstico. Por su parte, Verdera[157], aunque en principio admite la posibilidad de utilizar el sueldo medio de una asistenta como baremo orientativo a los efectos del art. 1438, por otro lado no deja de apuntar que "la idea de un 'salario' es contraria a los postulados de los regímenes económico-matrimoniales", en base a lo cual termina por propugnar que aquel criterio salarial debe ser modulado al alza en atención a que "*no realiza dichas labores con el mismo cariño, dedicación y apego una asistenta que una madre*".

Pues bien, tomando ya partido en tan delicado asunto -no ajeno al Derecho de daños[158]-, creo que debe asumirse que, palabrería hueca aparte, nada tiene en verdad de ofensivo, insultante o denigrante operar objetivamente con el referido parámetro salarial. Como en vehemente defensa de esta idea afirma Cabezuelo,

155 SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014, 119127).

156 *Vid.* Aguilera Rull, A.: "La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3, junio, 2012, pp. 36, 40-41.

157 *Vid.* Verdera Izquierdo, B.: "Configuración", cit., pp. 217, 242-243.

158 *Cfr.* al respecto, Del Olmo García, P.: "El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños", *InDret*, núm. 4, octubre, 2013, pp. 1-54; y "El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. L. Díez-Picazo y Ponce de León), t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1079-1105.

"todo eso de que el trabajo de una madre dilecta y esposa abnegada no puede equipararse al de individuos a los que sólo mueve el vil metal... no dejan de ser discursos grandilocuentes que, bajo la apariencia de velar por encumbrar a las amas de casa, lo que realmente persiguen o, por lo menos consiguen, es... ¿por qué no decirlo? escamotear sus derechos. ¿Qué hay de indigno en que a un ama de casa se le pague aproximadamente como a una persona del servicio doméstico si ha trabajado como tal?"[159].

Así las cosas, ha de reconocerse que el grueso de la doctrina -aunque de forma más desapasionada y aséptica y aun sin entrar a rebatir directamente los endebles argumentos esgrimidos por los detractores del llamado módulo salarial- se manifiesta a favor de este patrón de cálculo[160]. Y también es *"el sueldo que cobraría por realizar el trabajo doméstico una tercera persona"* el criterio que, por su contrastada ecuanimidad, triunfa en la praxis judicial para cuantificar económicamente el trabajo desarrollado en la casa por uno de los cónyuges (SAP Sevilla 12 noviembre 2014[161]), oscilando las sentencias entre su tasación conforme al "*salario mínimo interprofesional*" (SAP León 29 diciembre 2020[162]) o con arreglo al "*salario medio",* en precios de mercado, de una empleada del hogar (SAP Málaga 25 enero 2021[163]).

En definitiva, pues, el salario de un tercero constituye un índice -bendecido por el TS desde su Sentencia 14 julio 2011[164]- que, por su carácter *objetivo*, resulta idóneo para valorar pecuniariamente el trabajo doméstico; baremo de cálculo cuyo *quantum* resultante no tiene por qué, en mi opinión, ser corregido al alza y elevarse so pretexto de consideraciones puramente subjetivas (como el mayor cariño, abnegación y entrega con que una buena esposa presta tales servicios, en comparación con un empleado externo). Pero, además, entiéndase bien –y esto es de máxima importancia-: a mi juicio, el módulo salarial ha de servir, en rigor, única y exclusivamente para *traducir a dinero el valor del trabajo doméstico*, lo que no significa, en absoluto, que dicho módulo deba conducir, *automáticamente y por sí solo,* a determinar el importe de la compensación -como con gran frecuencia,

159 *Vid*. Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación", cit., p. 289.

160 *Vid*. entre otros, Montés Penadés, V.: "Artículo 1438 del Código Civil", cit., p. 868; Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario", cit., pp. 152-153; Albaladejo García, M.: *Curso*, cit., p. 188; Álvarez Olalla, P.: *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 103; Asúa González, C.: "El régimen", cit., p. 85; O'Callaghan Muñoz, X.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley-Wolters Kluwer, 9ª ed., Madrid, 2019, p. 1467.

161 SAP Sevilla 12 noviembre 2014 (JUR 2015, 70508).

162 SAP León 29 diciembre 2020 (JUR 2021, 83717).
Vid. igualmente SSAP Jaén 12 noviembre 2020 (JUR 2021, 49146), Sevilla 6 abril 2021 (JUR 2021, 329057), Pontevedra 21 octubre 2021 (JUR 2022, 31637), Alicante 18 enero 2022 (JUR 2022, 180792) y Badajoz 8 abril 2022 (JUR 2022, 220529).

163 SAP Málaga 25 enero 2021 (JUR 2021, 180445).

164 *Vid*. con posterioridad, las citadas SSTS 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 53) y 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219), así como la STS 13 enero 2022 (RJ 2022, 53).

en craso error, aprecian nuestros tribunales (SSAP Córdoba 3 diciembre 2019[165] y Valencia 23 febrero 2015[166])-. Esto es, una vez computado en valor monetario el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges (cómputo para el que, sin duda, será apto el referido parámetro salarial), habrá entonces de procederse a discernir, a través de la oportuna *comparación* de las respectivas contribuciones (dinerarias y en especie) de cada uno de ambos consortes, si se ha respetado o no la regla de proporcionalidad en el levantamiento de las cargas familiares; balance final -que arrojará (o no) un "saldo" positivo para el miembro de la pareja que desarrolló el trabajo doméstico e implicará, en su caso, una demasía o exceso en su aportación, merecedora de la compensación del art. 1438 CC[167]- al que solo podrá llegarse tras efectuar una serie de deducciones y manejar otras variables y circunstancias, a las que aludiremos con brevedad al final de nuestro. Así, como anticipo de lo que se dirá, y a título de ejemplo, cabe advertir que el trabajo para la casa ejecutado por uno de los cónyuges, aunque es realizado en pro de toda la familia, también redunda *en interés del propio cónyuge* que lo hizo[168]; y de ahí que, a veces los tribunales, aun partiendo del módulo de la retribución que habría percibido un empleado doméstico, *corrijan* a la baja la cifra así resultante, acordando -como hizo la SAP Málaga 25 enero 2021[169]- que "tal importe se *divida entre dos, puesto que del trabajo de la esposa se beneficiaban ambos cónyuges, no sólo el marido*"[170], o resuelvan que debe "*reducirse proporcionalmente*, en la medida en que la actividad de la esposa, dedicada al cuidado de la familia -sin servicio doméstico permanente-, ha contribuido así al levantamiento de las cargas del matrimonio, pero *también a las necesidades propias y personales, por lo que esa actividad ha redundado en su propio interés*" (SAP Pontevedra 11 marzo 2014[171]).

2. La completa aplicación de todos los recursos del cónyuge deudor al levantamiento de las cargas familiares y la maltrecha filosofía "igualitaria" del art. 1438 *in fine* CC.

En efecto, partiendo de la debida acreditación del trabajo doméstico realizado por uno de los cónyuges y calculado su valor pecuniario, si el matrimonio con separación de bienes no ha de ser campo abonado para la iniquidad, al extinguirse

165 SAP Córdoba 3 diciembre 2019 (AC 2020, 718).

166 SAP Valencia 23 febrero 2015 (JUR 2015, 101606).
Vid. también SSAP Vizcaya 3 abril 2013 (JUR 2014, 147708) y Córdoba 9 diciembre 2014 (JUR 2015, 82269).

167 *Vid.* SSAP Álava 14 mayo 2014 (JUR 2014, 233184) y Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015, 55126).

168 *Vid.* al respecto, Ribera Blanes, B.: "Capítulo VI", cit., p. 899; Cuena Casas, M.: "Comentario", cit., p. 10122.

169 SAP Málaga 25 enero 2021 (JUR 2021, 180445).

170 Asimismo la SAP Cantabria 23 enero 2017 (JUR 2017, 143160), a fin de realizar el cálculo de la compensación económica a percibir por la ex mujer (concretamente, 23.628,49 €), tuvo en cuenta el SMI pero con *una reducción del 50%, en la medida en que el trabajo doméstico que aquella había realizado también cubrió sus propias necesidades*. *Vid.* también las SSAP Jaén 12 noviembre 2020 (JUR 2021, 49146) y Málaga 14 octubre 2021 (JUR 2022, 48357), o la SAP A Coruña 11 julio 2019 (JUR 2019, 262791) (que lo redujo no a la mitad, sino a dos tercios).

171 SAP Pontevedra 11 marzo 2014 (JUR 2014, 212720).

dicho régimen habrá de quedar establecida la proporción aproximada que se buscaba entre las aportaciones de uno y otro cónyuge al sostenimiento de la familia. En consecuencia -y recuérdese que estamos manejando el supuesto de aquel matrimonio en el que A, sin ingresos u otros recursos, labora para la casa y B aporta los que obtiene con su trabajo-, según el caso habrá sido mayor la contribución de A (con su trabajo hogareño) o de B (con su dinero) o se podrán considerar iguales. Puesto que el art. 1438 CC establece que la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio deberá ser proporcional a sus recursos económicos, la existencia o no de *desproporción habrá de ser*, sin duda, *dato relevante a la hora de ver cuándo nace, si nace, el derecho a compensación por el trabajo para la casa*.

Vayamos, entonces, propiamente con esa *compensación* por el trabajo doméstico en el art. 1438 *in fine*. A tenor del mismo, "el trabajo para 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". El Tribunal Supremo, por su parte, lo que recalca en la doctrina jurisprudencial que sienta sobre el citado precepto es que "*el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución [al levantamiento de las cargas del matrimonio], sino que [además] constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen*" -SSTS 14 julio 2011 (FD 3º), 31 enero 2014 (FD 2º) y 26 marzo 2015 (FD 2º.1)-.

Concretamente en la Sentencia de 31 enero 2014[172], el TS da por buena la denegación a la ex mujer de la compensación en cuestión, debido a que *no resultó probado* que "se hubiera encargado... 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". Como habíamos anticipado, se constata en esta STS 31 enero 2014 un paso adelante, cual es desterrar aquella especie de *presunción*, obrante en favor del cónyuge "casero", de que si no tiene trabajo retribuido es porque trabaja para la casa. Pero, sin perjuicio de este punto a elogiar -la exigencia de la cumplida *prueba*, a cargo del demandante de la compensación (*ex* art. 217 LEC), del trabajo doméstico que *efectivamente* realizó-, queda aún un largo trecho para que el art. 1438 CC no sea fuente de consecuencias inicuas en más de un caso.

Partiendo -en nuestro ejemplo- de que en el proceso ha quedado debidamente acreditado que el cónyuge A trabajó en efecto en las labores hogareñas, según el TS nacería de esa sola circunstancia "objetiva" su derecho a la compensación por trabajo para la casa al extinguirse el régimen de separación de bienes. Sobre esta base, la citada Sentencia de 2014 señala explícitamente dos circunstancias (o una

172 STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813).

sola, vista desde dos puntos de vista) que *en modo alguno son impeditivas* de que surja ese derecho de A a la compensación: a saber, se hará este cónyuge acreedor de tal derecho y no podrá negársele, ni aunque el cónyuge B haya *destinado todos sus emolumentos, el 100% de su salario, al levantamiento de las cargas familiares*; ni aunque B *no se haya beneficiado a expensas o enriquecido gracias al trabajo doméstico* de A, aprovechando su mayor disponibilidad para prosperar y hacerse con una fortuna o un patrimonio que habrían sido suyos en exclusiva, en virtud del régimen de separación (art. 1437 CC).

Esta doble afirmación del TS no deja de provocar cierta perplejidad y suscita un interrogante fundamental. La perplejidad proviene de que, en tal situación, a B le surgirá una deuda frente a A, pero seguramente no tendrá con qué pagarla, pues, una vez que todos sus recursos los fue empleando para sostener las cargas familiares, nada le ha sobrado. Supongamos que se da por sentado que es el mismo el valor de lo que B ha aportado y del trabajo de A para la casa. Razonablemente pensaríamos entonces que quedan perfectamente equiparados y que en nada debe compensar el uno al otro o el otro al uno. Y aquí surge aquella pregunta crucial: ¿por qué debe compensar B a A? Es más, hasta podríamos plantearnos por qué, ya puestos, no debería compensar A a B en caso de que se determinara que el monto de lo aportado por B es superior al valor de lo que A trabajó para la casa. Bastaría imaginar un caso en el que B hubiera pagado una vivienda de grandísima calidad y con lujoso mobiliario y decoración, una muy selecta y cara educación para los hijos en colegios buenísimos, vacaciones familiares en los más exclusivos y caros lugares, etc., sin que todo ello hubiera significado un incremento en la cantidad de trabajo que A hubiera tenido que afrontar, en comparación con el que habría tenido con un nivel de vida más modesto y en un hogar austero y presidido por el ahorro. Esto es, si B se hubiera ahorrado una buena parte de ese dinero que gastó con la familia y su cónyuge para mantenerlos a cuerpo de rey, ahora, tras el divorcio, ese capital sería suyo; pero nada se guardó para sí y ahora, además, debe compensar a A por el trabajo para la casa. Todo eso sin contar que cuanto más elevado haya sido el tren de vida a su cargo, mayor será la pensión compensatoria (del art. 97 CC) que habrá de abonar por ser mayor el desequilibrio y empeoramiento económico que la ruptura matrimonial provoca en A. Lo dicho, cuanto más generoso el cónyuge con posibles, más ruinoso su matrimonio.

Ante esa última pregunta incidental, alguien podría contestar que cómo le vamos a imputar a A una obligación de compensar a B, si resulta que A carece de recursos económicos, no tiene con qué. Mas así volvemos a donde estábamos: ¿no sostiene el TS que la obligación para B de compensar nace aunque ni un euro le haya sobrado después de haber corrido con las cargas del matrimonio?, ¿no obligan nuestros jueces a cónyuges como B a abonar compensaciones por trabajo

doméstico de veinte, cincuenta, cien mil euros o más[173], aun en los casos en que el sostenimiento de las cargas familiares haya absorbido por completo el salario y retribuciones percibidas por aquél durante la vigencia del matrimonio? Llegados a este punto, choca recordar aquello de que "Los cónyuges son iguales en derechos y deberes", como dispone el art. 66 CC.

Toca ahora afrontar la cuestión central, la de por qué –según nuestro Supremo Tribunal- debe compensar B a A aunque no se haya lucrado o "enriquecido" a costa o a consecuencia del trabajo doméstico de este último (incluso cuando, lejos de incrementar un ápice su patrimonio, haya aquél aplicado todos sus ingresos a costear las cargas familiares sin registrarse sobrante alguno). Nada me sorprende que no alcancen en absoluto a comprenderlo ni la SAP Valladolid 6 abril 2015[174] ni tampoco la SAP Las Palmas 6 junio 2014[175] que, tras manifestar de forma expresa su discrepancia con esa doctrina de la STS 31 enero 2014, ve completamente ilógico "que, siendo la obligación de ambos cónyuges contribuir a las cargas matrimoniales en función de sus recursos (art. 1438.1º CC), si uno de los cónyuges ha dedicado todos sus escasos recursos al levantamiento de las cargas matrimoniales, y el otro se ha dedicado al cuidado del hogar, en un normal reparto de los roles domésticos, el que ha permanecido en el hogar tenga derecho a una compensación, ya que la situación ha sido exactamente igual a la que se hubiera producido por ejemplo en un sistema de gananciales: *agotados todos los recursos del matrimonio en el levantamiento de las cargas, nada habría que repartir ni compensar*".

Pese a ese modo de entender las cosas con el que simpatizo plenamente, retomemos el "porqué" de aquel deber de compensar que, en cambio, impone la doctrina jurisprudencial del TS y tratemos de ver a continuación si hay respuesta convincente –que mucho me temo que no- que pueda fundamentar razonablemente tal intelección del art. 1438 CC.

IV. LA TESIS DE LA "PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD" A DEBATE: SUS FRAGILIDADES COMO FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN DEL ART. 1438 CC.

No pocos civilistas[176] y nuestra propia jurisprudencia acostumbran a ofrecer como pretendida fundamentación una muy peculiar y problemática doctrina de

173 P.ej. los 650.000 euros concedidos por la SAP Murcia 6 noviembre 2006 (JUR 2006, 284978), o los 500.000 de la STSJ Cataluña 6 octubre 2011 (RJ 2011, 699).

174 SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015, 125317).
Asimismo puede leerse en la SAP Valladolid 7 mayo 2018 (JUR 2018, 189226) que "entiende esta Sala de apelación que si de acuerdo con la tesis del Tribunal Supremo no es necesario que el otro cónyuge se enriquezca también *será necesario que el derecho de compensación a satisfacer no le suponga pérdidas o un empobrecimiento*". *Vid.* en una línea similar la SAP León 11 junio 2020 (JUR 2020, 229883).

175 SAP Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015, 55126).

176 *Vid.* p.ej. Aguilera Rull, A.: "La configuración", cit., pp. 36, 40, 42; Belío Pascual, A. C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 63.

la "pérdida de oportunidad". Según se desprende diáfanamente de la lectura de la Sentencia de 31 enero 2014[177] -que reitera en este punto lo ya afirmado por la STS 14 julio 2011-, el Tribunal Supremo hace hincapié en la circunstancia de que la dedicación a la familia y la casa haya vedado o *"impedido la propia proyección personal"* del cónyuge que realizó el trabajo doméstico, con la consiguiente *"pérdida de expectativas laborales o profesionales"*[178]. En nuestro ejemplo, por tanto, el cónyuge A debería ser compensado, en aplicación del art. 1438 *in fine* CC, porque al haberse dedicado al hogar y la familia perdió sus oportunidades para labrarse una vida profesional, quién sabe si exitosa, y hacerse con una situación económica independiente y quién sabe si próspera y boyante.

1. Las *expectativas* laborales o profesionales del cónyuge que trabaja para la casa: ¿realidad o mito?

A mi juicio, sin embargo, sostener que *todo* el que no tiene trabajo remunerado está perdiendo la oportunidad de progresar en un trabajo remunerado es, *a priori*, una falacia. *Dependerá del caso.*

En primer lugar, no deberíamos confundir la doctrina de la pérdida de oportunidad con el "cuento de la lechera". En verdad, no se pierden más oportunidades que las que se tienen, y las oportunidades que se tienen son las oportunidades reales, no las virtuales, imaginarias o meramente presuntas. Suscribo, pues, las palabras de Verdera cuando escribe que la proyección laboral de quien en su matrimonio se dedica a la casa "no se debe tratar como *una simple expectativa* o... un *mero futurible*"[179]. De hecho, no es infrecuente -aunque casos hay de todos los colores- que el cónyuge que se queda en casa (y supuesta o realmente, trabaja en ella) *no haya con ello entorpecido, truncado o frustrado realmente ninguna carrera profesional, ya iniciada o en proyección*[180]; y así, declaró la SAP Madrid 11 abril 2014[181] que, en el caso, la demandante "*no perdió una relación contractual consolidada o de entidad ni prescindió de importante volumen de negocios*". En algún asunto, se da la particular circunstancia de que ese cónyuge, ya antes de casarse, "tenía reconocida administrativamente una *discapacidad* del 60%", por lo que, sin desmerecer sus esfuerzos en la atención a la familia -afirmó la SAP Córdoba 20 diciembre 2013[182] para denegarle la compensación-, *no puede*

177 STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813).

178 Igual declaración hacen, en sede de Audiencias, por ejemplo y entre muchas otras, las SSAP Alicante 5 marzo 2014 (JUR 2014, 120318), Pontevedra 11 marzo 2014 (JUR 2014, 212720) y Valencia 20 abril 2015 (JUR 2015, 145600).

179 *Vid.* Verdera Izquierdo, B.: "Configuración", cit., pp. 222-223.

180 Ejemplos de ello ofrecen las SSAP Córdoba 11 octubre 2016 (JUR 2016, 263431), Santa Cruz de Tenerife 7 junio 2018 (JUR 2018, 270313) y 14 junio 2018 (JUR 2018, 271075), Badajoz 13 febrero 2020 (JUR 2020, 133475), Jaén 18 noviembre 2020 (JUR 2020, 62211) y Cádiz 17 diciembre 2020 (JUR 2021, 95964).

181 SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599).

182 SAP Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014, 76247).

afirmarse que ello "limitara sus posibilidades de trabajo", habida cuenta de que "sus expectativas laborales o profesionales,... por su situación de discapacidad, habían de estar muy limitadas (no se han probado, en realidad)"[183].

Por otro lado, en segundo lugar, hay oportunidades que se pierden "ventajosamente" –podríamos decir-[184]. Y es que si de oportunidades y de "comportamientos oportunistas" hablamos, hay mucho que hablar[185]. Lejos de ser anecdóticos, no faltan casos en que el cónyuge que abandona su puesto laboral al casarse lo hace porque "*su trabajo no le gustaba*", como con todo descaro confesó la mujer, abogada de profesión hasta encontrar marido pudiente, en el pleito que resolvió la SAP Madrid de 16 mayo 2014[186]. Un ejemplo real más ofrece la SAP A Coruña 17 enero 2014[187] que, a fin de conceder la compensación en el concreto asunto litigioso, desatendió la alegación del letrado del ex marido demandado

183 Sin embargo, la STS 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880) vino a sostener que, para obtener la compensación del art. 1438 CC, no es necesario que exista una imposibilidad de trabajar fuera de casa. En el caso, la ex mujer –que al casarse había dejado su trabajo como patronista de moda infantil- solicitó una compensación de 151.200 euros por sus veintiún años de trabajo doméstico (sin haber contado con empleada del hogar). La AP de Málaga había denegado dicha compensación al *no comprender que "la esposa hubiese dejado su trabajo como imposición del esposo al contraer matrimonio"* y que, *en cualquier caso, bien podría haber comenzado a trabajar o intentado desplegar alguna actividad profesional a partir del momento en que los hijos adquirieron cierta autonomía personal (hacia los once o doce años)*. El TS, en cambio, corrigió tal decisión argumentando que "*en ningún caso el art. 1438 CC exige una imposibilidad probada y manifiesta para poder trabajar fuera de casa, por parte del cónyuge que solicita la compensación*".

184 Imaginemos la siguiente hipótesis (tal vez un poco extravagante, pero no irreal y sí bien ilustrativa). Si Z a los diecisiete años dejó voluntariamente de estudiar y formarse, si de los diecisiete a los veinticinco no buscó empleo y vivió tranquilamente de sus padres y si de los veinticinco a los sesenta estuvo casado (en régimen de separación de bienes) con una notaria con notaría en la calle Serrano de Madrid y se ocupó de la espléndida casa que ella pagó y con una vida placentera, aun cuando en verdad realizara bastantes tareas domésticas -cosa ya en sí poco probable- no perdió sus oportunidades, sino que *las aprovechó muy convenientemente*. Sin olvidar que cuando a sus sesenta se divorcien la notaria y Z, éste va a percibir sin duda ninguna -por el evidente desequilibrio económico que el divorcio le causa- una muy suculenta pensión compensatoria, con casi toda seguridad hasta el fin de sus días (y más allá de los de aquélla si acaban antes -*ex* art. 97.3 CC). Que además deba compensársele por su trabajo doméstico -y generosamente (pues son 35 años de trabajo suyo para la casa)- por razón *de lo que "dejó de ser y de ganar*" por haberse casado con ella y no haber trabajado fuera de casa, *no se cohonesta bien con ninguna pérdida real de oportunidad*. Se alegará que suena a escarnio este ejemplo anterior, pero no así otros. Y ciertamente, no estoy afirmando que en todos los supuestos, ni mucho menos, resulte escarnecedora la compensación del art. 1438 CC, sino que la aplicación puramente "objetiva" que como doctrina jurisprudencial ha estipulado el TS da pie a casos que rozan lo esperpéntico -la ya citada SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014, 119127) es prueba fehaciente de ello-.

185 Valga de nuevo como muestra la SAP Madrid 24 mayo 2018 (JUR 2018, 229294) que, a la hora de fijar a favor de la ex mujer un importe de 6.000.000 de euros como compensación por trabajo doméstico, se centró en la "*renuncia a sus perspectivas profesionales* después de una exitosa vida profesional, con interrupción definitiva de su actividad por el matrimonio". Tal es la relevancia que la Audiencia atribuyó en este asunto a la referida tesis de la pérdida de oportunidad que, a fin de alcanzar tan exorbitante cifra, en lugar de manejar el habitual criterio del salario medio de una empleada del hogar –que ni de lejos se habría aproximado a tan astronómica cantidad-, atendió a "*la suma de los ingresos dejados de percibir* y su capitalización por los diez años de vigencia del matrimonio y por ende del régimen de separación de bienes". Recordemos nuevamente que esta sentencia fue casada parcialmente por la STS 11 diciembre 2019 (RJ 2019, 5090) que, al objeto de rebajar dicha cantidad a 840.000 euros, tuvo en consideración, entre extremos a valorar, la alegación del marido de que la pérdida de las expectativas profesionales de la ex mujer era un aspecto no resarcible por medio de la compensación del art. 1438 CC, sino mediante la pensión compensatoria del art. 97 CC y concretamente ya se le había concedido una *"pensión compensatoria de 75.000 euros al mes durante cinco años, para cuya fijación se valoraron también sus expectativas profesionales"*.

186 SAP Madrid de 16 mayo 2014 (JUR 2014, 167420). *Vid.* también SAP Málaga 20 marzo 2018 (JUR 2019, 167443).

187 SAP A Coruña 17 enero 2014 (JUR 2014, 47686).

de que, si bien la actora había abandonado su vida laboral, ello fue "*una decisión unilateral de la esposa* que, dada *la desahogada posición económica del matrimonio* dimanante de los ingresos salariales de mi representado, decidió en todo momento no acceder al mercado laboral aun a pesar de las continuas recomendaciones de mi representado, quien siempre le instó a ello, recomendándola para trabajos y buscándole salidas laborales en el sector para el que hasta el año 2.000 había estado trabajando y para el que estaba y está plenamente formada".

Tampoco cabe obviar, en tercer lugar, que hablar de "pérdida de oportunidad" en sede de compensación del art. 1438 CC puede tomarse como imagen gráfica o metafórica, pero sin que en rigor se identifique o guarde propiamente relación con la doctrina jurídica de la pérdida de oportunidad, tal como se aplica en el ámbito de la responsabilidad por daños[188]. Quien encarga a su abogado que recurra una sentencia y se encuentra con que éste dejó pasar el plazo correspondiente, pierde la oportunidad de ganar su pleito. Quien se casa no pierde más oportunidad -permítaseme la ironía- que la de seguir soltero, a no ser que pruebe que el cónyuge efectivamente *le impidió* acceder a los trabajos o estudios que pretendía; pero entonces se abriría, en su caso, una puerta para indemnizar por daño, no (necesariamente) por trabajo doméstico. Asimismo debe tenerse en cuenta que si el cálculo de la indemnización en los supuestos de pérdida de oportunidad en Derecho de daños presenta ya la dificultad de cuantificar meras probabilidades estadísticas (*v.gr.* de curación o supervivencia en la responsabilidad médico-sanitaria), proyectar esa doctrina a la compensación del trabajo para la casa plantearía el problema añadido de tener que *aventurar* respecto del cónyuge que lo desarrolló, en aproximado paralelismo al cálculo de una suerte de lucro cesante con origen en una causa remota compleja, "*lo que podría haber sido* (y ganado) *y no fue*" de no haberse dedicado al hogar[189]. A este respecto, cabe rescatar las palabras de Carrasco[190] cuando con carácter general ha advertido que el coste de calcular el llamado "interés de confianza" -aquello a lo que un cónyuge renunció al decidir emprender una vida común, por ejemplo mujeres que hubieran renunciado con el matrimonio a posibles oportunidades favorables- "es muy alto, *al precisarse de juicios hipotéticos sobre cursos históricos pasados que ya no se pueden reproducir ni replicar*".

188 *Vid*. por todos Medina Alcoz, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

189 *Vid*. también al respecto Arrébola Blanco, A.: *La compensación*, cit., pp. 257-258.

190 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de Familia*, cit., pp. 130-131.

2. Igualdad de oportunidades de los cónyuges en el actual contexto social y familiar y autonomía de la voluntad: libertad y responsabilidad en la decisión de dedicarse a la casa y carácter opcional o electivo del régimen de separación de bienes en el Código Civil español.

Además de las antedichas existen otras razones, a mi entender de especial contundencia, que vienen a desvirtuar la doctrina de la pérdida de oportunidad como fundamento último de la compensación económica del art. 1438 *in fine* CC, al modo que lo interpreta la doctrina jurisprudencial del TS con arreglo a su tesis "objetiva".

En efecto, parece que se presume una cierta debilidad de carácter del cónyuge que opta por trabajar en la casa (si es que en verdad tuvo o tiene alguna oportunidad de hacerlo fuera), de manera que en realidad no es responsable de sus propias decisiones y debe "indemnizarlo" quien, aprovechándose de su inferioridad o vulnerabilidad, así lo *persuadió* para entregarse al hogar -y acaso, también, para *pactar el régimen de separación de bienes*-. Si una persona decide que no trabaja porque le gusta más (o no tiene otro remedio que) estar en casa y atender a sus padres, nadie la indemniza. Pero si en lugar de ser el padre es el cónyuge, lo tiene que compensar éste. ¿Porque se lucró de su trabajo doméstico? No, aunque no haya habido beneficio, tal como expresamente tiene dicho nuestro Alto Tribunal (SSTS 14 julio 2011 y 26 marzo 2015). ¿Aunque este cónyuge que paga haya salido perjudicado, a la hora de la verdad, de diversas maneras, incluida la económica? Incluso en ese caso, según entiende la STS 31 enero 2014.

Ciertamente hubo tiempos, ya en lontananza, en que las mujeres (comúnmente con escasa o nula formación) eran social y familiarmente "forzadas" a dedicarse a la casa, el marido y los hijos, a trabajar de sol a sol en el hogar y cuidando de una prole numerosa, sin alternativa, sin ayudas y sin que su trabajo apenas se valorase. En la actualidad, sin embargo, salvo en ciertos círculos culturales las mujeres españolas han tomado con ventaja el tren del estudio, la cualificación profesional y los más variados y mejor considerados oficios. Por fortuna, se casa la que quiere casarse y es de cada una la decisión de trabajar, si hay en qué, o de quedarse en casa y ocuparse de las labores domésticas -por temeraria que pueda reputarse esta determinación, como personalmente pienso-. Y cada vez son más los maridos que se dedican al hogar, porque no encuentran otro trabajo o porque así se acuerda en la pareja. Así, pues, superada la presión social que al respecto acuciaba a la esposa en tiempos de nuestras abuelas -fruto de los esquemas del arquetipo familiar de estructura patriarcal imperante antaño-, no hay hoy en día razones para presuponer, como regla, que la dedicación a la casa sea *una circunstancia "impuesta"* como consecuencia de la relación conyugal ni que derive de un acto de obediencia o de sumisión a la posición preeminente o de prevalencia de un

consorte sobre el otro. Felizmente, van quedando pocas personas para las que el matrimonio sea la única salida socialmente admitida. Hoy los ciudadanos, mujeres y varones, pueden considerarse básicamente *libres y responsables de sus decisiones*, con la única limitación que obviamente se desprende de las servidumbres de la economía y el mercado de trabajo[191]. Pero esas limitaciones y servidumbres tienden a ser comunes y cada vez más iguales para ellas y ellos. Las *oportunidades* van siendo también las mismas y cada uno gestiona autónomamente las suyas.

He de disentir, pues, de quienes opinan que al trabajo efectivo en la casa de un cónyuge "debe equipararse -y compensarse- el caso en que, aun no trabajando para la casa y desocupado así, *no se trabaje fuera por deseo del otro esposo*"[192]. Y me adhiero, en cambio, al criterio de algunas resoluciones judiciales, como la citada SAP Madrid 1 julio 2013[193], que, a fin de denegar a la esposa la desorbitada suma de 733.056 € que había reclamado en concepto de compensación del art. 1438 CC –denegación fundada primordialmente en que, gracias al gran éxito profesional y los cuantiosos ingresos de su marido, contaba con tres internas fijas, chófer, etc., sin que obrase prueba alguna de su más mínima "dedicación a la casa"-, realzó también el dato de que, ya dos años antes de casarse, la mujer adoptó por sí misma "*la decisión personal de no trabajar*" y *que el matrimonio no fue traba alguna para que desarrollase una faceta laboral, si hubiera querido*, desoyendo así el tribunal la alegación de la mujer de que *tal decisión de no trabajar "fue a sugerencia del marido*"[194].

En efecto, salvedad hecha de las hipótesis excepcionales en que se acreditara la existencia de dolo, engaño, coacciones o intimidación o que ha habido una patente captación de la voluntad de uno de los cónyuges por parte del otro, prevaliéndose de las particulares circunstancias concurrentes en el caso -supuestos, en absoluto generalizables, y más bien vinculados, como apunta Santos Morón, a "situaciones propias de violencia de género, que requerirían una respuesta específica"[195]-, ha de entenderse que hoy día la dedicación a las labores domésticas es fruto de una decisión que -ya adoptada unilateralmente como elección personal del cónyuge que las asume, ya consensuada con el otro cónyuge- ha sido tomada libre y voluntariamente, sin concurrencia de vicio alguno en el consentimiento, y con plena capacidad para hacerlo. Aun a riesgo de ser reiterativa, vuelvo a

191 Y, sin embargo, como atinadamente observa Arrébola Blanco, A.: "Los sesgos de género", cit., pp. 57-58, cuando no se den las mejores o más óptimas condiciones en el mercado de trabajo, y habida cuenta de que son las mujeres quienes han venido ocupándose tradicionalmente de los menesteres domésticos, la compensación económica del art. 1438 CC "representa una apetitosa tentación" y "no es difícil imaginar que quedarse en casa, para atender y cuidar de hijos y/o del hogar, sea la opción más rentable en la medida en que quepa esperar mayores réditos de una compensación a cargo del consorte que del desarrollo de una actividad remunerada fuera del ámbito doméstico".

192 Así lo entiende Albaladejo García, M.: *Curso*, cit., p. 190.

193 SAP Madrid 1 julio 2013 (JUR 2013, 263637).

194 *Vid*. igualmente, SAP León 26 septiembre 2013 (JUR 2013, 312928).

195 *Vid*. Santos Morón, M.ª J.: "Prestación", cit., p. 23, n. 87.

recalcarlo: es momento de dejar de considerar que el matrimonio genera en la persona que lo contrae una suerte de "minoría de edad o de incapacidad" -que, al parecer, limita la libertad y capacidad de libre decisión y libre voluntad- y es hora de que, soltero o casado, cada cual sea responsable de las decisiones que tome en la vida y asuma las consecuencias -también patrimoniales- de las mismas. Si un licenciado en Derecho, con brillantes calificaciones en su carrera, decide no preparar oposiciones de notario (con el descomunal esfuerzo que ello implica y el punto de azar que pueda reclamar el éxito en la obtención de la plaza) y se dedica a las labores de su casa, en el caso de estar soltero él y solo él asumirá las consecuencias de tal decisión y nadie obviamente le va a compensar de que por razón de tal decisión carezca de aquel trabajo remunerado y de los emolumentos que por su desempeño obtendría. ¿Por qué otra vara de medir en caso de que esa persona, adulta y dotada de plena madurez, esté casada (y en régimen de separación de bienes)?

Si a lo anteriormente dicho se añade el importante dato de que en el Código Civil español el régimen económico de separación de bienes (al que ciñe su operatividad el art. 1438 *in fine*) no constituye el régimen legal supletorio, sino que es de carácter *opcional* y fruto del acuerdo de los esposos que a través de la elección del mismo hacen así ejercicio de su *autonomía de la voluntad*, nos topamos con una prueba más de que en la inspiración del derecho a compensación por trabajo doméstico "en la pérdida de expectativas profesionales *se percibe una perspectiva tuitiva y de cierta irresponsabilidad que no conviene alimentar*"; y es que -como bien señala Asúa[196] en esa línea- *"quien acepta pactar el régimen de separación -que en el Código Civil es electivo- y decide dedicarse en exclusiva o fundamentalmente al hogar en detrimento de una actividad externa remunerada, debe asumir el riesgo de semejante opción"*[197].

En suma, como advierten la SSAP Alicante 17 marzo 2015[198] y de Madrid 15 septiembre 2017[199] y 29 junio 2018[200], el art. 1438 CC fue introducido por la Ley de 13 mayo 1981 teniendo en cuenta sin duda el mandato de no discriminación derivado del principio de igualdad (arts. 14 y 32 CE), pero tal precepto, hoy envejecido y que *pudo tener acomodo en épocas "en las que un cónyuge prevalecía sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento*

196 Asúa González, C.: "El régimen de separación", cit., pp. 89, 91.

197 *Vid.* en la misma línea, contraria de la compensación de la pérdida de oportunidades profesionales como *ratio* del art. 1438 CC, Cuena Casas, M.: "Comentario", cit., 2013, p. 10121; y "Las 'sorpresas' del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico", *¿Hay Derecho?*, 5-1-2016; Santos Morón, M.ª J.: "Prestación", cit., pp. 5, 15, 31, 37-38; Moreno Velasco, V.: *Autonomía*, cit., p. 77; Moreno Torres-Herrera, M.ª L.: "La compensación", cit., pp. 116 y 128.

198 SSAP Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015, 149487).

199 SAP Madrid 15 septiembre 2017 (JUR 2017, 25828).

200 SAP Madrid 29 junio 2018 (JUR 2018, 237366).
Vid. igualmente SSAP Madrid 11 diciembre 2016 (JUR 2016, 274913) y 13 octubre 2017 (JUR 2017, 279691).

jurídico" -al menos, cabría apostillar, en los términos "objetivos" y mecanicistas en que nuestra Jurisprudencia lo interpreta y aplica-.

V. A MODO DE COLOFÓN: EL CABAL SENTIDO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL ART. 1438 *IN FINE* CC.

En aras a la prudente dimensión de este estudio, y concretando el asunto esencial: ¿cómo cabría interpretar y aplicar el último inciso del art. 1438 CC, razonablemente y *sin prejuicios antiguos ni discriminaciones nuevas*?

Que el art. 1438 *in fine* sienta una obligación de compensar es innegable (sin perjuicio de que la generalidad de la doctrina[201] suela considerar admisibles los pactos previos de *renuncia*)[202] y ese dato no podemos obviarlo si somos respetuosos con la norma legal. Lo que no parece insoslayable es que haya que entender –como hace el Tribunal Supremo- que el derecho a dicha compensación nazca, *ipso iure* y automáticamente, con solo que se pruebe que uno de los cónyuges asumió el trabajo de la casa[203]. En mi opinión, este precepto debería interpretarse tratando de evitar, entre otros efectos indeseables en que puede desembocar, lo que gráficamente cabría llamar "*compensaciones descompensadas*".

Éstas acontecerán al aplicar a rajatabla la consolidada (y a mi juicio, errada) doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con arreglo a la cual la compensación "resulta de una forma *objetiva* por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido con el trabajo realizado para la casa" (STS 31 enero 2014, FD 2º), *con total independencia de que el otro cónyuge haya tenido o no "enriquecimiento" o*

201 *Vid*. por todos, Ordás Alonso, M.: *La cuantificación*, cit., p. 493; o Guilarte Martín-Calero, C.: "De nuevo", cit., p. 19; y a nivel judicial la SAP Murcia 29 octubre 2002.
En contra, *vid*. p.ej. Álvarez Olalla, P.: "Comentario", cit., p. 1831.

202 *Cfr*. art. 232-7 CC catalán.

203 Desde luego, no lo entienden así aquellos civilistas que, con una visión del asunto situada en las antípodas de la que actualmente sostiene nuestra jurisprudencia, han advertido –como hiciera Lacruz Berdejo, J.L.: "La economía", cit., pp. 145 y 146- que, junto al trabajo doméstico prestado por uno de los cónyuges, también "habrá de valorarse *el contravalor* que representa el mantenimiento de la esposa (o el esposo) en el hogar: el nivel de satisfacción de sus atenciones personales, espectáculos y esparcimiento, viajes, vacaciones, vehículos, etc., todo lo cual en las familias acomodadas puede rebajar del todo o en gran parte las peticiones" compensatorias de aquel cónyuge.
Tras verter demoledoras críticas contra el art. 1438 *in fine* CC y tachar a esta norma de "altamente perturbadora e inaceptable en su interpretación literal", especialmente beligerante es la posición de Ragel Sánchez, L. F.: *Estudio legislativo*, cit., pp. 425-428, cuando afirma que "el cónyuge que se dedicó a las labores domésticas *ya tuvo su contrapartida* en el momento oportuno, pues se benefició del dinero que aportó su consorte al fondo común y que se invirtió en comida, regalos, vacaciones, mobiliario y comodidades para la casa, servicio doméstico, vestido, gastos médicos, etc.". Por ello –concluye el autor-, de aceptarse la eventual posibilidad de compensar económicamente el trabajo para la casa, se debe también entrar a valorar, para *descontar*, "cuánto le hubiera costado al cónyuge que se dedicó a las tareas domésticas haber vivido con el mismo tren de vida que ha llevado durante los años en que se dedicó a las mismas".
Aun en tono más prudente, tampoco falta alguna resolución judicial -como la SAP Córdoba 20 junio 2013 (JUR 2013, 286726)- que, a la hora de apreciar el derecho a compensación del trabajo para la casa desempeñado por la esposa durante la vigencia del régimen de separación y de cuantificar su importe, destacó la necesidad de ponderar el dato de que a lo largo del matrimonio la esposa tuvo ya "*cubiertas todas sus otras necesidades diarias por las ganancias de su marido*".

aprovechamiento alguno de resultas de tal división de tareas y aportaciones. Habrá en concreto compensación descompensada -compensación opuesta a la idea de proporcionalidad en la contribución de cada cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares (art. 1438.2 CC)- cuando por virtud de la compensación decretada *el cónyuge beneficiario reciba más de lo que le correspondería una vez que se pone en valor monetario su trabajo doméstico*, por una parte, y, por otra, en el otro lado de la balanza, *también lo que del otro percibió durante el matrimonio para gastos "privativos" suyos* que, por rebasar sus necesidades personales, no pudieran contar como gastos o cargas del matrimonio[204], además de *lo que aquel otro cónyuge pagó como costes del servicio doméstico, si lo hubiera habido*[205]. Si de compensación hemos

204 En efecto. ¿Cómo computamos lo que con dinero aportado por B (no olvidemos que estamos en el régimen de separación de bienes) pagó A por cosas tales como ciertos cuidados corporales y de adorno extraordinarios, viajes de placer exclusivos suyos, entradas de teatro, comidas en restaurantes caros, etc., etc.? Si lo vemos como "donativos" de B a A, ¿por qué no podría pensarse que A correspondía donando a B su trabajo para la casa o la parte del mismo equivalente en valor a tales gastos?
Imaginemos que B tiene un salario de treinta mil euros anuales y A carece de recursos económicos e ingresos propios. Puesto que a A le gusta mucho el esquí, cada mes de febrero B le paga a A dos semanas de alojamiento y esquí en una buena estación invernal en los Alpes suizos, y así durante los veinte años que duró el matrimonio antes de que llegara el divorcio. ¿En ningún momento y de ninguna manera va a computar ese gasto de B a la hora de calcular si A tiene o no derecho a la compensación por "trabajo para la casa" del art. 1438? ¿Ni siquiera van a computar como de "no trabajo para la casa" los doscientos ochenta días (14 días anuales x 20 años) que A pasó fuera de casa? De no tomarse en consideración esos gastos suntuarios de A que ha sufragado B con sus dineros a efectos de discernir la procedencia o no en favor de A de una compensación por trabajo doméstico (y en su caso, para concretar su importe), nos daríamos de bruces con conclusiones bien preocupantes: que económicamente es muy arriesgado y poco "rentable" casarse con quien ni trabaje ni posea riqueza propia -todo ello, por supuesto, sea hombre o mujer-; y que cuando uno de los cónyuges carece de recursos económicos, es muy mal "negocio" para el otro el régimen de separación de bienes.

205 Supóngase el siguiente caso. El cónyuge A (que carece de empleo y recursos económicos) y el cónyuge B tienen seis hijos y una casa grande, lo que, como es lógico, da bastante que hacer. A trabaja mucho en la casa y para la familia, pero para que tenga algo de ayuda se contrata a una asistenta por horas, tres horas al día cinco días a la semana; asistenta que es remunerada con dinero de B. ¿No se computará el mucho trabajo en el hogar de A porque tenga esa pequeña ayuda doméstica? No parece justo y veríamos falta de compensación. En el art. 1438 CC no está -y esto sí lo capta, como ya se dijo, la STS 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170)- la exigencia de que el trabajo doméstico que se compensa tenga que ser el trabajo doméstico al completo y sin ayuda: como certeramente en este punto declaró esa STS 26 marzo 2015 al interpretar que la expresión "solo con el trabajo para la casa" *no comporta una dedicación "excluyente"*, ello significa que "no es óbice al derecho a compensación que en esa tarea doméstica el cónyuge *se auxilie de terceras personas a su servicio*"-criterio que reproducen las SSTS 14 abril 2015, 15 noviembre 2015, 14 marzo 2017 y 11 diciembre 2019-. Quedamos, pues, en que ese trabajo doméstico de A, aun con ayuda externa, debe ser compensado. ¿Pero compensamos sin considerar el valor de lo pagado por B a la asistenta y que no era trabajo solamente en pro de B, sino de los dos cónyuges? ¿O compensamos solamente por la diferencia? Así habrá de ser si se quiere evitar una palmaria compensación descompensada. Y las propias Sentencias del Supremo citadas se hacen eco de que una cosa es que el auxilio de terceros no impida obtener la compensación y otra cosa muy distinta que sí deba tomarse en cuenta dicha circunstancia para *cuantificar* su importe.
No en vano, entre las diversas variables manejadas por nuestros tribunales para valorar la procedencia de compensar a uno de los cónyuges por el trabajo para la casa y, en su caso, fijar el *quantum* de dicha compensación, en ocasiones se considera procedente *restar lo efectivamente abonado, por el otro cónyuge, al servicio doméstico* con cuya ayuda se contó. Así lo hizo la SAP Sevilla 29 julio 2013 (JUR 2013, 380054) que, tras calcular el trabajo para la casa realizado por la esposa conforme al sueldo medio de una empleada del hogar -lo que arrojaba un importe de 38.000 €-, estimó que "a dicha suma habría que *descontarle la cantidad invertida en una asistenta* que, durante las 342 semanas que duró el matrimonio, trabajó en la casa un día a la semana durante 6 horas a razón de 8 €/hora, cantidad ascendente a 16.416 €" y que, oportunamente descontada, llevó a la AP a conceder a la esposa 21.584 € en concepto de compensación. La misma fórmula fue empleada por la SAP Sevilla 16 julio 2014 (JUR 2014, 283207) e igualmente las SSAP Valencia 20 abril 2015 (JUR 2015, 145600), Asturias 6 marzo 2018 (JUR 2018, 116844) y Sevilla 8 noviembre 2021 (JUR 2022, 87330) tomaron en cuenta, a efectos de *aminorar* la cuantía de la compensación a la esposa, que "en el cuidado de la casa era ayudada algunos días por terceras personas".

de hablar con propiedad, esta tiene que ser la salida, pues de lo contrario, y vista la actual interpretación del art. 1438 CC por parte del TS, lo más inteligente para el cónyuge con ingresos será no casarse o casarse nada más que con quien tenga trabajo o dinero propio.

Así, pues, a modo de corolario de todo lo dicho, propongo que una recta aplicación del art. 1438 *in fine* CC debería guiarse por las siguiente pautas -en principio, y al menos teóricamente, de formulación bastante sencilla-:

Primero. El trabajo doméstico (real y probado) tiene que ser compensado siempre que y únicamente cuando su valor, adecuadamente traducido en términos monetarios -a través de un patrón objetivo, cual pudiera ser el módulo salarial-, sea *mayor* que la suma de lo puesto por el cónyuge con recursos para:

- El sostenimiento del resto de las cargas del matrimonio -incluido el pago a terceros por colaboración o ayuda en el trabajo doméstico-.

- La posible contribución de ese otro cónyuge, de ser significativa, al propio trabajo para la casa.

- El valor aproximado de lo que ese otro cónyuge aportó para gastos individuales y particulares (situados extramuros de las cargas familiares) que respondieran al exclusivo interés personal del cónyuge que se dedicaba al trabajo en la casa.

Segundo. Dándose las condiciones anteriores, el trabajo doméstico tiene que ser compensado, en la proporción que corresponda, aun cuando:

- El que realizó el trabajo doméstico hubiera tenido alguna ayuda para el mismo, sea de personal contratado por cuenta del otro cónyuge, sea de este otro cónyuge mismo, siempre que, naturalmente, resulte mayor el trabajo del cónyuge perceptor y por la diferencia correspondiente.

- Y, por supuesto, aunque el que realizó el trabajo doméstico tuviera adicionalmente un empleo remunerado -caso en el que, cumplida la premisa de la sobreaportación, habría de ser compensado con más razón, si cabe[206]-.

206 Sobre esta concreta situación -por lo demás, bastante extendida en nuestra sociedad- no me he detenido en el presente estudio y me remito a lo que al respecto escribí en otro lugar en 2016 (*vid*. Gutiérrez Santiago, P.: "Relaciones patrimoniales en el matrimonio e igualdad entre los cónyuges. Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Razonar sobre derechos* [coord. J. A. García Amado], Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 649-668). Allí puse en evidencia las paradojas difícilmente explicables y las consecuencias manifiestamente injustas que suponía la adición, nuevamente por vía jurisprudencial (concretamente en las SSTS 14 julio 2011 [RJ 2011, 5122] y 31 enero 2014 [RJ 2014, 813]), de un presupuesto para la compensación -que, en rigor, la letra del art. 1438 CC no reclama-, cual es la necesidad de que se haya contribuido *"solo"* con el trabajo para la casa. Tal requerimiento de que la dedicación a las tareas domésticas hubiese sido *"exclusiva"* –que el TS ratificó, erre que erre, en la STS 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170), manteniéndose también en sus trece en las SSTS 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528), 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 53), 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414), 5 mayo 2016 (RJ

La precedente síntesis interpretativa del art. 1438 del Código Civil, amén de

2016, 2219), 28 febrero 2017 (RJ 2017, 673) y 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880)- "impide reconocer el derecho a la compensación –a decir de esas sentencias- en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa". Tan desconcertante y censurable exigencia de "exclusividad" -criticada por la inmensa mayoría de la doctrina (Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación", cit., pp. 278-285; Asúa González, C.: "El régimen", cit., pp. 92-93; Aguilera Rull, A.: "La configuración", cit., p. 32; Verdera Izquierdo, B.: "Configuración", cit., pp. 212, 236, 241; Santos Morón, M.ª J.: "Prestación", cit., pp. 32, 38, 43; Ribera Blanes, B.: "Capítulo VI", cit., p. 901; Cuena Casas, M.: "Comentario", cit., pp. 10119, 10123; De Amunátegui Rodríguez, C.: "La libertad", cit., p. 261; Mijancos Gurruchaga, L.: "Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC", *InDret*, núm. 2, abril, 2015, pp. 15-16; Reyes Gallur, J. J.: "Consideraciones jurídicas sobre la compensación económica establecida en el art. 1438 CC", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 39, 2008, p. 299; Estellés, P. M.ª: "La descompensación", cit., pp. 127-128; y "La solidaridad forzada", cit., pp. 128-129)- produce efectos realmente perversos y, asombrosamente, viene a vetar el derecho a ser compensado a quien, *además de soportar el peso de las faenas del hogar y la crianza de los hijos*, *también trabajó fuera y aportó sus ingresos* -cuando, bien al contrario, será precisamente aquí más probable que ese cónyuge haya contribuido *en mayor medida y proporción superior a lo que le correspondía*-.

Ante el sinsentido de condicionar férreamente el derecho a compensación a que el cónyuge acreedor se hubiese dedicado de lleno a la casa sin realizar actividad retribuida alguna fuera del hogar, una sutil "modulación" o "correctivo" a tal condicionante se aprecia en la posterior STS (Pleno) 252/2017, de 26 abril (RJ 2017, 1720). Aunque algunos autores han querido ver en ella un auténtico cambio de doctrina jurisprudencial (negando, por fin, aquella exigencia de exclusividad) y el consiguiente visto bueno del TS para conceder una compensación por trabajo doméstico en supuestos de compatibilización del trabajo para la casa con un trabajo remunerado fuera de la misma (*vid.* Álvarez Olalla, P.: "Comentario", cit., p. 1831), lo cierto es que -observa Ordás Alonso, M.: *La cuantificación*, cit., pp. 491, 503, 508 y 509- "no es esa la cuestión que la Sentencia aborda y sobre la que se pronuncia". En ella, como en su momento vimos, el TS viene a poner fin al debate en torno a la asimilación al trabajo doméstico del trabajo desempeñado en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge -y además, no en todo caso, sino tan solo cuando se tratase de un trabajo precario, como acontecía en la litis en cuestión- (*vid.* al respecto, De Verda y Beamonte, J. R.: "La colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias y en régimen de autónomo, ahora sí puede considerarse como trabajo para la casa, que da derecho a una compensación al tiempo de disolución del régimen de separación", *Tribuna IDIBE*, 23-8-2017). Pero –y he aquí la clave, recalca Ordás- "*no lo extiende al trabajo por cuenta ajena*, tal y como algunos han querido entender". Así, pues, la citada STS 26 abril 2017 se limita a establecer *como única excepción permitida* –frente a la exigencia general de no haber simultaneado el trabajo para la casa con cualquier actividad laboral fuera del hogar- el caso de que esta última represente *una colaboración profesional o negocial* (*precaria*) *en la del otro consorte* -de hecho, la STS 29 septiembre 2020 (RJ 2020, 3770), si bien reproduce el criterio de la de 26 abril 2017, denegó la compensación al ex marido que había trabajado en la farmacia de su mujer pues, además de que ambos cónyuges habían tenido una dedicación similar al trabajo doméstico, "*no fue retribuido precariamente*"-. Y es obvio que la admisión de aquel concreto supuesto sigue siendo insuficiente para erradicar completamente el despropósito que supone reclamar la dedicación exclusiva a los quehaceres domésticos; insuficiencia que certeramente ha sido ya destacada en la doctrina (Cabezuelo Arenas, A. L.: "¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia la vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida?: La insuficiencia de la STS de 26 de abril de 2017 para desterrar radicalmente la 'exclusividad' del art. 1438 CC", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, noviembre, 2017, p. 73-93; Álvarez Olalla, P.: "El Tribunal Supremo concede el derecho a la compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, aunque la dedicación al hogar del cónyuge que la solicita no sea exclusiva, por haber colaborado en la empresa de su consorte", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2017; Moreno Flórez, R. M.ª: "El trabajo", cit., pp. 260-273; Ordás Alonso, M.: "El trabajo exclusivo, no excluyente, como presupuesto de la compensación por trabajo doméstico *ex* art. 1438 CC: crítica a la doctrina jurisprudencial", en AA.VV.: *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez* (dirs. A. Marín Velarde, A. L. Cabezuelo Arenas y F. Moreno Pozo), Reus, Madrid, 2021, pp. 483-506).

A ese tímido paso adelante ha de sumarse, no obstante, el que ha dado la STS 13 enero 2022 (RJ 2022, 53) que, avanzando en la senda de mitigar la originariamente inflexible exigencia de dedicación exclusiva al trabajo doméstico, viene a aceptar que *actividades retribuidas de escasa trascendencia y duración* desplegadas en cualquier sector no obsten al reconocimiento de la compensación del art. 1438 CC (*vid.* el comentario a esta sentencia por Cabezuelo Arenas, A. L.: "Otro paso crucial en la superación de la exclusividad en el art. 1438 CC: trabajar un periodo insignificante fuera del hogar reduce la compensación, pero no excluye el derecho", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2022). Con todo, nuestro Alto Tribunal se sigue quedando corto en este punto y sería deseable que, a la mayor brevedad, diese el salto cualitativo para estimar que, a la luz de la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, *toda compatibilización del trabajo doméstico con un trabajo remunerado fuera del hogar familiar (ya sea a tiempo parcial o completo, ya por cuenta ajena o en régimen de autónomo) es merecedora de percibir*

compatible con su tenor literal y ajustada al presente contexto social, familiar, laboral y económico en que la norma se aplica, resulta idónea, a mi entender, para evitar enriquecimientos injustos, abusos del derecho, fraudes y tergiversaciones del juego del régimen económico de separación de bienes, al tiempo que se adecúa perfectamente a los más elementales dictados de la justicia y del principio de igualdad entre los cónyuges constitucionalmente consagrado.

una compensación con base en el art. 1438 (siempre y cuando, insisto, pueda apreciarse la existencia de una sobreaportación a las cargas familiares).

A la espera de que llegue ese momento, hay que felicitarse de que algunas resoluciones en la jurisprudencia menor –como, por caso, la SAP Pontevedra 25 junio 2015 (JUR 2015, 175680)- no hayan tenido reparos en compensar por su dedicación probada al hogar y la familia a la esposa que, a lo largo del matrimonio, había compaginado ese trabajo doméstico con su actividad laboral por cuenta ajena (en concreto como empleada del hogar –de otro hogar distinto al suyo, huelga aclarar)-. En la línea apuntada, son no pocas las sentencias que han concedido compensación a la esposa que "aun dedicada principalmente al cuidado de los hijos, *también accedió al mercado laboral*" *durante algunos años* de su matrimonio (SAP Álava 14 mayo 2014 [JUR 2014, 233184]) o que, además de realizar trabajo doméstico, "trabajó por cuenta ajena *de forma no continuada*" (SAP Toledo 10 marzo 2014 [JUR 2014, 99672]), "*desarrolló ocasionalmente ciertos trabajos*" o "*trabajó en jornada reducida*" (SAP Albacete 11 noviembre 2014 [JUR 2015, 46951]). Pero incluso fuera de esos casos de trabajos coyunturales o a tiempo parcial, y bajo la premisa de que "el trabajo fuera del hogar no excluye *per se* la prestación" del art. 1438 (SAP Córdoba 11 noviembre 2002 [AC 2002, 1767]), también se ha llegado a compensar el trabajo doméstico (probado) de la mujer que, *de forma permanente a lo largo de todo el matrimonio*, había desarrollado -*además*- trabajo *retribuido a plena jornada* (SSAP Córdoba 9 diciembre 2014 [JUR 2015, 82269] y Sevilla 18 diciembre 2014 [JUR 2015, 105009]). Ese es el camino –siempre y cuando, claro está, haya habido "sobreaportación"-.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Rull, A.: "La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3, junio, 2012.

Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil*, t. IV, Edisofer, 12ª ed., Madrid, 2013.

Alejándrez Peña, P.: "Comentario al artículo 1318 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.

Álvarez Olalla, P.: "La compensación por trabajo doméstico y el deber de contribución a las cargas del matrimonio en separación de bienes. Al hilo de la STS 5 mayo 2016 y sus predecesoras", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016.

Álvarez Olalla, P.: "El Tribunal Supremo concede el derecho a la compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, aunque la dedicación al hogar del cónyuge que la solicita no sea exclusiva, por haber colaborado en la empresa de su consorte. Comentario a la STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2017.

Álvarez Olalla, P.: "Artículo 265-5. *Compensación por trabajo en el hogar o colaboración en las actividades económicas del otro cónyuge",* en AA.VV.: *Propuesta de Código Civil* (ed. Asociación de Profesores de Derecho Civil), Tecnos, Madrid, 2018.

Álvarez Olalla, P.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021.

Álvarez Olalla, P.: *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

Arrébola Blanco, A.: "¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?", *Diario La Ley*, núm. 9020, 13 julio 2017.

Arrébola Blanco, A.: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019.

Arrébola Blanco, A.: "Luces y sombras acerca de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes. Comentario a la

STS de España, núm. 94/2018, de 20 febrero", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019.

Arrébola Blanco, A.: "Los sesgos de género en la interpretación del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *(Des)igualdad y violencia de género: el nudo gordiano de la sociedad globalizada* (dirs. Á. Figueruelo Burrieza y M. Del Pozo Pérez), Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Arrébola Blanco, A.: "La compensación del trabajo doméstico en el régimen navarro de separación de bienes: el antes y el después de la modificación y actualización del Fuero Nuevo", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, 2022.

Arroyo i Amayuelas, E.: "Comentario al artículo 1438 Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.

Asúa González, C.: "El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dirs. Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M.), v. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

Belío Pascual, A.C.: *La pensión compensatoria (Ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Benavente Moreda, P.: "Algunas consideraciones en torno al valor del capital humano en el régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez Picazo*, t. III, Civitas, Madrid, 2003.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1407). Régimen de separación de bienes: compensación al cónyuge que trabajó para la casa a la extinción del mismo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, enero-abril, 2006.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "La contribución a las cargas del matrimonio y la compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 753, enero-febrero, 2016.

Cabanillas Sánchez, A.: "La separación de bienes", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. G. Díez-Picazo Giménez), Civitas, Madrid, 2012.

Cabezuelo Arenas, A. L.: "Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor (STS 14 julio de 2011)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 2012.

Cabezuelo Arenas, A. L.: "¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia la vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida?: La insuficiencia de la STS de 26 de abril de 2017 para desterrar radicalmente la 'exclusividad' del art. 1438 CC", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, noviembre, 2017.

Cabezuelo Arenas, A. L.: "Otro paso crucial en la superación de la exclusividad en el art. 1438 CC: trabajar un periodo insignificante fuera del hogar reduce la compensación, pero no excluye el derecho (A propósito de la STS de 13 de enero de 2022, RJ 2022, 53)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2022.

Calzadilla Medina, M.ª A.: "Alcance de los pactos del convenio regulador de separación matrimonial sobre pensión compensatoria: fijación de doctrina jurisprudencial. Momento para fijar la compensación prevista en el art. 1438 CC: Comentario a la STS de 11 diciembre 2015 (JUR 2015, 306777)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 39, 2016.

Carrasco Perera, Á.: "El principio de no discriminación por razón de sexo", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12, enero-agosto 1991.

Carrasco Perera, Á.: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006.

Chaparro Matamoros, P.: "La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes en el Derecho común: una revisión crítica de la interpretación jurisprudencial del art. 1438 *in fine* CC", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 24 (Ejemplar dedicado a: Aspectos económicos de las crisis matrimoniales), 2019.

Costas Rodal, L.: "Compensación al cónyuge dedicado al trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes. Requisitos y cuantificación en la reciente jurisprudencia del TS", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2015.

Costas Rodal, L.: "Comentario al artículo 1318 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021.

Cuena Casas, M.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Cuena Casas, M.: "Las 'sorpresas' del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico", *¿Hay Derecho?* (El blog sobre la actualidad jurídica y política), 5 enero 2016.

De Amunátegui Rodríguez, C.: "La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2009.

De Amunátegui Rodríguez, C.: "Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿tiene sentido hablar de este modo?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 16 *bis*, junio, 2022.

De los Mozos y de los Mozos, J. L.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), t. XVIII, v. 3º, Edersa, Madrid, 1985.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias y en régimen de autónomo, ahora sí puede considerarse como trabajo para la casa, que da derecho a una compensación al tiempo de disolución del régimen de separación", *Tribuna Instituto de Derecho Iberoamericano*, 23 agosto 2017.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La compensación del art. 1438 CC: un estudio en clave jurisprudencial", *Tribuna Instituto de Derecho Iberoamericano*, 18 febrero 2020.

De Verda y Beamonte, J. R.: "En torno a la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC. Comentario a la STS de España, núm. 658/2019, de 11 diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio, 2020.

Del Olmo García, P.: "El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños", *InDret*, núm. 4, octubre, 2013.

Del Olmo García, P.: "El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. L. Díez-Picazo y Ponce de León), t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Diduck, A. y Kaganas, F.: *Family Law, Gender and the State: Texts, Cases and Materials*, Hart Publishing, 3ª ed., Oxford, 2012.

Estellés Peralta, P. M.ª: "La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019.

Estellés Peralta, P. M.ª: "La 'descompensación' de la doble jornada laboral *versus* el enriquecimiento injustificado del cónyuge 'doméstico': necesidad de un nuevo enfoque jurisprudencial del controvertido artículo 1438 CC", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 10 *bis*, junio, 2019.

García Amado, J. A.: "Sobre un Derecho matrimonial retrógrado y unos jueces que no lo mejoran. A propósito de la sentencia 531/2018 de la AP de Madrid", *Almacén de Derecho*, 27 enero 2019.

García Rubio, M.ª P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.

García Rubio, M.ª P.: "La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en memoria del Prof. José Manuel Lete del Río* (coord. M.ª P. García Rubio), Civitas, Madrid, 2009.

Gete-Alonso y Calera, M.ª C. y Solé Resina, J.: "Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)", *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVII, fasc. III, julio-septiembre, 2014.

González del Pozo, J. P.: "La compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil", en González del Pozo, J. P. y Torres López, G.: *El Derecho de familia en expansión*, Dykinson, Madrid, 2009.

Guilarte Martín-Calero, C.: "De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, julio-septiembre, 2015.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 (1490/2015) y de 14 de abril de 2015 (1693/2015). Separación de bienes. Compensación económica del artículo 1438 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, v. 7º (año 2015), dir. M. Yzquierdo Tolsada, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado-Dykinson, Madrid, 2016.

Guillem Carrau, J.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), v. III, Civitas, Madrid, 2011.

Gutiérrez Santiago, P.: "Relaciones patrimoniales en el matrimonio e igualdad entre los cónyuges (Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil)", en AA.VV.: *Razonar sobre derechos* (coord. J. A. García Amado), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Herring, J.: *Family Law*, Longman-Pearson, 5ª ed., Harlow, 2011.

Lacruz Berdejo, J. L.: "La economía del matrimonio", en Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J. y Rivero Hernández, F.: *El nuevo régimen de la familia*, t. II, Civitas, Madrid, 1981.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, Dykinson, 4ª ed., Madrid, 2010.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. VI, Marcial Pons, 13ª ed., Madrid, 2014.

Marín López, M. J.: "Comentario a los artículos 68 y 97 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021.

Martínez Escribano, C.: "La autorregulación de la crisis conyugal en relación con la pensión por desequilibrio y la compensación del art. 1438 CC. Comentario a la STS 11 diciembre 2015", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 2016.

Medina Alcoz, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad; estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

Mijancos Gurruchaga, L.: "Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC", *InDret*, núm. 2, abril, 2015.

Montés Penadés, V.: "Artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dirs. J. C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Moreno Flórez, R. M.ª: "El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes. ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre, 2018.

Moreno Torres-Herrera, M.ª L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil Español", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, diciembre, 2011.

Moreno Velasco, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Civitas, Cizur Menor, 2013.

O'Callaghan Muñoz, X.: "Comentario al artículo 1438 del Código Civil", en *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley-Wolters Kluwer, 9ª ed., Madrid, 2019.

Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017.

Ordás Alonso, M.: "La cuantificación de la compensación por trabajo doméstico *ex* art. 1438 CC. La calificación de la coordinación del personal doméstico como trabajo cualificado y especialmente remunerado (7000 euros netos/mes). Comentario a la STS (Sala de lo Civil) Núm. 658/2019 de 11 de diciembre", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 113, 2020.

Ordás Alonso, M.: "El trabajo exclusivo, no excluyente, como presupuesto de la compensación por trabajo doméstico *ex* art. 1438 CC: crítica a la doctrina jurisprudencial", en AA.VV.: *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez* (dirs. A. Marín Velarde, A. L. Cabezuelo Arenas y F. Moreno Pozo), Reus, Madrid, 2021.

Pastor Álvarez, M.ª C.: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1988.

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 artículo 1438 CC", *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 11, marzo, 2012.

Pérez Martín, A. J.: *Tratado de Derecho de Familia*, t. V, v. 2, Lex Nova, Valladolid, 2009.

Ragel Sánchez, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001.

Rebolledo Varela, Á. L.: *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil),* Montecorvo, Madrid, 1983.

Reyes Gallur, J. J.: "Consideraciones jurídicas sobre la compensación económica establecida en el art. 1438 CC", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 39, 2008.

Reyes Gallur, J. J.: *La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes: aspectos procesales y sustantivos*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

Ribera Blanes, B.: *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Ribera Blanes, B.: "Capítulo VI. Del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil)* (coords. J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2005.

Santos Briz, J.: *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, t. V, Edersa, Madrid, 1982.

Santos Morón, M.ª J.: "Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?", *InDret*, núm. 1, enero, 2015.

Torres Lana, J. Á.: "Artículo 1438 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (eds. J. L. Albácar López y J. Santos Briz), t. IV, Trivium, Madrid, 1991.

Verdera Izquierdo, B.: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013.

PÉRDIDA DEL "BENEFICIO DE INVENTARIO" E INOPONIBILIDAD DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES A LA LUZ DE UNA RECIENTE JURISPRUDENCIA*

LOSS OF THE "BENEFIT OF INVENTORY" AND UNENFORCEABILITY OF MARRIAGE CONTRACTS IN THE LIGHT OF RECENT CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 600-641

* Este trabajo se enmarca en el ámbito del Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico "Ejes de la Justicia en tiempos de cambio", del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-100, desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 30 de agosto de 2024 (IP1: Sonia Calaza López).

Fátima YÁÑEZ VIVERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Son dos sentencias recientes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo las que arrojan una nueva luz sobre el fenómeno del perjuicio crediticio provocado por las capitulaciones matrimoniales. Una figura – la del beneficio de inventario – concebida primigeniamente en sede de derecho sucesorio no tiene por qué ser aplicada de modo exclusivamente supletorio en el ámbito de la liquidación de los gananciales. El replanteamiento que del beneficio de inventario realiza la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 permite, a juicio de la autora, sancionar ilícitos civiles como el de la omisión – no solo de bienes – sino también de deudas en la liquidación de un patrimonio responsable.

PALABRAS CLAVE: Capitulaciones matrimoniales; deudas gananciales; liquidación del patrimonio ganancial; pérdida del beneficio de inventario; responsabilidad *ultra vires* del cónyuge.

ABSTRACT: *Two recent judgments of the Administrative Chamber of the Supreme Court shed new light on the phenomenon of the credit loss caused by marital contracts. A figure - that of the benefit of inventory - originally conceived in inheritance law does not necessarily have to be applied in an exclusively supplementary manner in the field of the liquidation of marital property. In the author's opinion, the rethinking of the benefit of inventory in the 2015 Spanish Law on Voluntary Jurisdiction makes it possible to sanction civil wrongdoings such as the omission - not only of assets - but also of debts in the liquidation of a responsible estate.*

KEY WORDS: *marital contracts; marital debts; liquidation of marital assets; loss of benefit of inventory, ultra vires liability of the spouse.*

SUMARIO.- I. EL ESCENARIO FÁCTICO Y EL PRESUPUESTO DE ESTE ESTUDIO.- 1. La STS 4195/2020, de 14 de diciembre.- 2. La STS 3129/2021, de 19 de julio.- II. LOS LÍMITES A LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y LA NULIDAD DE LAS CAPITULACIONES.- III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS DEUDAS DERIVADAS DE RELACIONES LABORALES Y DE LAS DEUDAS FISCALES.- IV. EL PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO Y SU FALTA DE ADECUACIÓN PARA FIJAR LA NATURALEZA DE LA DEUDA Y DE SU RESPONSABILIDAD.- V. LA MAL DENOMINADA INOPONIBILIDAD DEL CAMBIO DE RÉGIMEN Y LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE NO DEUDOR POR DEUDAS LABORALES Y FISCALES.- VI. LA PÉRDIDA DEL LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD INTRA VIRES POR UNA DEFECTUOSA REALIZACIÓN DEL INVENTARIO O ANTE LA ASUSENCIA DEL MISMO.- 1. Significado del "beneficio de inventario" en la aceptación de la herencia y su extrapolación a los casos de división de los gananciales.- 2. Significado de la "pérdida del beneficio de inventario"

"- ¡Dichoso usted que heredó más de un millón de dólares! ¡Y un millón de ideas! Los Lucero no aceptamos la herencia como nuestros exsocios, a beneficio de inventario"

M. A. Asturias, *El Papa verde* (1954)[1]

I. EL ESCENARIO FÁCTICO Y EL PRESUPUESTO DE ESTE ESTUDIO.

Volver a los orígenes académicos y universitarios es no solo satisfactorio sino, a veces, muy necesario. En mi caso, "revisitar" el contenido del art. 1317 CC ha sido propiciado por unas recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que me han permitido apreciar que "veinte años no es nada" y que los problemas siguen estando muy latentes y presentes en la realidad, si bien, desde mi humilde opinión, enfocados o enjuiciados de otro modo[2]. Porque el expediente del "beneficio de inventario", regulado y empleado en el ámbito de la aceptación de la herencia, pudiera extenderse, también, a aquellas liquidaciones defectuosas de la sociedad de gananciales en las que, ante una elaboración deliberadamente incompleta del inventario, el cónyuge no deudor se vea abocado a perder el beneficio de limitación de responsabilidad frente a ciertos acreedores.

1 El escritor guatemalteco emplea el término "beneficio de inventario" aludiendo, en sentido figurado, al hecho de aceptar algo siempre que las pérdidas no sean mayores que los beneficios, o tomando únicamente los beneficios, y no los compromisos u obligaciones que comporta. Así lo expresa el Diccionario Panhispánico de Dudas, de la Real Academia de la Lengua. *Vid. https://www.rae.es/dpd/beneficio%20de%20inventario* Fecha de consulta: 25 de marzo de 2022.

2 Por primera vez me ocupé de esta cuestión hace casi una veintena de años, en la monografía *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes exgananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003.

• Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil, UNED. Correo electrónico: fyanez@der.uned.es.

Como, en sentido figurado, se desprende del extracto de la obra literaria que encabeza este trabajo, una liquidación del patrimonio común así realizada podría conllevar la asunción de compromisos y pérdidas, o asunción de obligaciones para el copartícipe (cónyuge no deudor en nuestro caso), que no se hubieran producido de haber hecho las cosas de otro modo.

Cuando el Profesor Lacruz Berdejo afirmaba que el fundamento de la regla de la inmutabilidad era el de evitar que sirviera de instrumento al fraude de terceros y que ese fundamento representaba un "temor injustificado, pues según ha demostrado la experiencia en los países donde se autoriza la novación de capítulos, ésta no presenta tal inconveniente"[3], seguramente no se podía imaginar que 40 años después, en la mente de muchos deudores casados en gananciales se seguía forjando la idea de utilizar la libertad capitular para liquidar irregularmente la sociedad de gananciales; y que el fenómeno del fraude capitular iba a estar en pleno auge hasta el punto de que no solo la Sala Civil del Tribunal Supremo, sino también la Sala de lo Contencioso administrativo iba a verse obligada a enfrentarse a esta situación.

Recientemente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, en dos ocasiones, sobre si es procedente embargar bienes, ahora pertenecientes al cónyuge no deudor tras la disolución de la sociedad de gananciales, por deudas gananciales contraídas por el otro cónyuge.

1. La STS 4195/2020, de 14 de diciembre.

La primera de las resoluciones que sirven para delimitar el escenario fáctico y jurídico de este trabajo es la STS 14 diciembre 2020[4]. El origen de este recurso de casación residía en el enfrentamiento entre la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Doña Sara, esposa del administrador único de una empresa alimentaria, quien, por derivación de responsabilidad a los administradores, debía cierto dinero a la Tesorería.

La Dirección Provincial de Málaga de esta Tesorería dictó diligencia de embargo de los salarios de Doña Sara para el pago de la deuda mantenida por su cónyuge. La esposa interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la anterior resolución de la Dirección Provincial y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, a través de la sección primera de la Sala de lo Contencioso (sentencia de 26 de marzo de 2018) estima el recurso, dando, pues, razón a Doña Sara, dejando sin efecto el acto administrativo impugnado

3 *Vid.* Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F.: *Derecho de Familia, I,* Bosch, Barcelona, 1978, 3ª ed., p. 150.

4 STS 14 diciembre 2020 (ROJ STS 4195/2020- ECLI:ES:TS:2020:4195).

y declarando el derecho de la recurrente a que le sean devueltas las cantidades embargadas con los correspondiente intereses legales.

La Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso de casación, sosteniendo, además, que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la cuestión de su procede el embargo de los sueldos y salarios del cónyuge no deudor respecto de deudas de la Seguridad Social generadas durante la vigencia del régimen económico de gananciales, "cuando se ha disuelto, pero no se ha liquidado la soci: edad de gananciales". La expresión entrecomillada tiene una gran trascendencia porque, como luego veremos, no responde a la realidad de los hechos.

El Tribunal Supremo admite a trámite el recurso, dando traslado a la representación procesal de Doña Sara, quien solicita que "se dicte sentencia declarando que no procede el embargo de sueldos y salarios del cónyuge no deudor, respecto de deudas de la Seguridad Social generadas durante la vigencia del régimen económico de gananciales, cuando se ha disuelto pero no liquidado la sociedad de gananciales, pues al no producirse adjudicación de bienes no se ha producido confusión alguna entre el patrimonio del cónyuge no deudor y la masa patrimonial postganancial y, en consecuencia, declare no haber lugar al recurso interpuesto (…)". Por su parte, la Tesorería General de la Seguridad Social considera que "hay que estar al art. 1401 CC según el cual el acreedor conserva su acción para dirigirse contra los bienes gananciales aun después de haber sido adjudicados a uno de los cónyuges". La TGSS va más allá y sostiene que ese precepto permite la responsabilidad ilimitada del cónyuge no deudor, respondiendo con sus propios bienes, si el inventario no se ha formulado debidamente y se han adjudicado bienes gananciales, que se confunden con los propios. De no realizarse inventario la responsabilidad, insiste en ello la TGSS, será *ultra vire*s, alcanzado a los bienes propios. En apoyo de todo ello, la Tesorería invoca los arts. 1399, 1401, 1402, 1403, 1404 y normas de la sucesión hereditaria (supletorias), como la del art. 1084 CC.

La esposa recurrida, en la oposición a lo invocado por la TGSS, alega que no se puede hacer depender todo de que haya o no inventario. La clave, según la recurrida, reside en el hecho de que la sociedad de gananciales está disuelta pero no liquidada y, al no haber liquidación, no hay adjudicación de bienes gananciales a los cónyuges. Si no ha habido liquidación, continúa alegando la parte recurrida, la comunidad ganancial se convierte en comunidad postganancial donde cabe la responsabilidad *ob rem* del cónyuge no deudor por deudas gananciales del otro, pero como no ha habido adjudicación no hay confusión de patrimonios y, por tanto, según esta postura, tampoco responsabilidad ilimitada del cónyuge no deudor. En conclusión, según la recurrida, "el artículo 1401 no permite afectar a tal responsabilidad a los bienes propios del cónyuge no deudor que ya no son

gananciales. Si el salario es un bien propio no cabe embargarlo para responder de la deuda de una sociedad ya disuelta, pero no liquidada (…)".

Craso error, a mi juicio, el de considerar – como hace la recurrida - que si no hay adjudicación de bienes no hay confusión entre esos bienes gananciales y los privativos del adjudicatario, lo que llevaría, *sensu contrario,* a considerar que si hay adjudicación se desencadena confusión patrimonial y el adjudicatario perdería el beneficio de limitación de responsabilidad a los bienes adjudicados. Tal beneficio dependerá de si, cuando deba haber hecho inventario, este se haya hecho y se haya hecho correctamente, pero no del hecho de la adjudicación de bienes. Porque la adjudicación de bienes no genera confusión en la medida en que la responsabilidad del patrimonio sujeto a garantía permanece, en mi opinión, individualizada y separada de la responsabilidad que, de modo concurrente o no, pueda corresponder a otros patrimonios.

El TS da por probado que el 29 de noviembre de 2011 los cónyuges otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales, a través de la cual se pacta la sustitución del régimen de gananciales por el de separación de bienes, sin que se produzca adjudicación alguna de bienes gananciales. De acuerdo con la resolución de 30 de abril de 2014 de la TGSS, la empresa mercantil, de la que el marido era administrador único, mantenía descubiertos con la Seguridad Social por varias anualidades, si bien la TGSS restringe su acción recaudatoria a los descubiertos litigiosos, es decir, a los comprendidos entre marzo y octubre de 2011. Parece dar por probado, también el Supremo, que la naturaleza "incuestionada" de tal deuda es ganancial y que, además, el marido es, como administrador de la mercantil, responsable solidario de tal deuda. El embargo de ciertos salarios, pensiones y prestaciones económicas de la esposa se lleva a cabo en 2015, fecha posterior a las capitulaciones de disolución de la sociedad de gananciales y, por tanto, se embargan bienes que ya son propios de aquella.

Sin embargo, y de modo curioso, la sentencia recurrida ante el Supremo omite un dato absolutamente relevante que el Supremo invoca y es el relativo a unas capitulaciones matrimoniales en cuyo apartado titulado "Inventario" se establece que los cónyuges "manifiestan igualmente que no existen bienes ni deudas de carácter ganancial, ni proceden reintegros o reembolsos entre la sociedad y los cónyuges. Sin perjuicio de que en lo sucesivo, hubiera algún bien de carácter ganancial, siendo así, será propiedad de los cónyuges, al cincuenta por ciento".

Esta apreciación, por parte de nuestro Alto Tribunal, respecto a la referencia al inventario contenida en las capitulaciones matrimoniales, le lleva a considerar que las operaciones de liquidación de una sociedad de gananciales comienzan con la elaboración del inventario del activo y pasivo de la sociedad de gananciales. El problema es que, según aprecia el Supremo, en ese inventario no se incluyó ni

activo ni pasivo, pese a la existencia de unas deudas gananciales que empezaron a generarse ocho meses antes de la disolución. El problema no es, como sostiene la esposa, que no hubiera adjudicación de bienes entre los cónyuges para generar la responsabilidad ilimitada del cónyuge no deudor.

Nos encontramos, por tanto, ante una elaboración defectuosa del inventario de la sociedad de gananciales omitiendo tanto posibles bienes como – lo que ahora es más relevante – deudas "cuya naturaleza ganancial es incuestionada", según establece la sentencia impugnada.

Como pilares para su argumentación jurídica, el Tribunal Supremo invoca el articulado del Código Civil comprendido entre los arts. 1396 a 1410, para sostener, en primer lugar, que hubo liquidación en el presente caso y que, por tanto, no nos encontramos ante una comunidad postganancial a la que se refieren tanto la parte recurrente (TGSS) como la recurrida (la esposa del cónyuge deudor).

Partiendo de esa idea, el Supremo invoca, en diferentes ocasiones, aquellos preceptos (art. 1317, 1401 y 1402 CC) que "concretan las garantías de los acreedores gananciales en la liquidación de la sociedad de gananciales (…) y en especial el art. 1401 que despliega sus efectos ante la posibilidad de que los cónyuges sustraigan bienes gananciales de la acción de esos acreedores" (Fundamento de Derecho Cuarto)

La garantía que tienen los acreedores gananciales para satisfacer sus créditos se extiende también al cónyuge no deudor que responderá solo con los bienes gananciales que se le adjudiquen si el inventario realizado es correcto. Pero de no hacerse inventario o de hacerse mal – como parece ser ocurrir en el escenario que presentamos – y no ser reflejo "fiel y exacto" de la realidad, sea porque se excluyan bienes gananciales, sea porque las deudas gananciales no se incluyan de modo explícito, se producirán consecuencias gravosas para el cónyuge no deudor, perdiendo el límite que para su responsabilidad le confiere el art. 1401 en su regla explícita.

Apreciando la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, el Supremo considera que, respecto a las deudas con la Seguridad Social generadas durante la vigencia del régimen de gananciales, cabe el embargo de sueldos y salarios del cónyuge no deudor adquiridos tras la disolución de la sociedad de gananciales, cuando disuelta esa sociedad el inventario deviene defectuoso.

2. La STS 3129/2021, de 19 de julio.

La segunda de las resoluciones del Supremo, en términos muy similares a la anterior, es la STS 19 julio 2021[5]. En este caso, la unidad de recaudación ejecutiva de la TGSS de Valencia dictó diligencia de embargo de sueldos, salarios y otras prestaciones económicas a Dª Zulima, cónyuge del deudor responsable solidario, en su calidad de administrador mancomunado de una sociedad mercantil. La esposa interpone recurso frente a esta diligencia de embargo y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Valencia dictó sentencia estimatoria, anulando la resolución de la TGSS. Frente a la sentencia de instancia, el representante de la Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso de Apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que fue resuelta por sentencia estimatoria.

A diferencia del caso que da lugar a la resolución del Supremo anteriormente reflejada, en este, la esposa es la recurrente en casación ante una decisión que no le resulta satisfactoria. El Supremo admite a trámite el recurso y, del mismo modo que en la resolución precedente, se acuerda "precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si, procede el embargo de los bienes y, en concreto, sueldos y salarios, del cónyuge no deudor, respecto de deudas de la Seguridad Social generadas durante la vigencia del régimen económico de gananciales, cuando se ha disuelto, pero no se ha liquidado la sociedad de gananciales". En el caso objeto de la STS de 2021, a diferencia de la de 2020, en efecto, no había llegado a efectuarse la liquidación de la sociedad de gananciales; sí, sin embargo, estaba disuelta por unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en 2013. Y este dato - disolución, pero no liquidación - constituye un elemento fáctico distintivo entre la resolución de 2021 y la de 2020, que, sin embargo, lleva al Supremo a idénticas conclusiones en ambos casos.

El *quid* de la cuestión, en esta STS de 2021, es la inexistencia misma de la liquidación de la sociedad ganancial, y del inventario que marca el inicio de la liquidación. En sus capitulaciones matrimoniales los cónyuges directamente alteran su régimen económico matrimonial que pasa de ser del de sociedad de gananciales al de separación de bienes, pero sin proceder a la correspondiente liquidación de la sociedad vigente hasta el momento (septiembre de 2013), y sin hacer la más mínima referencia – considera el Supremo – a la deuda anterior con la Tesorería de la Segurida6d Social; sin hacer, por tanto, manifestación sobre el activo ni el pasivo, pese a la existencia de unas deudas gananciales, que empezaron a generarse tres años antes de la disolución. Si no se liquida la sociedad de gananciales ni se elabora el inventario, la consecuencia es que "la recurrente ya no puede amparar

5 STS 19 julio 2021 (ROJ: STS 3129/2021 – ECLI:ES:TS:2021:3129).

su patrimonio propio debido a un régimen de separación de bienes sobrevenido, que rige para el futuro, pero que no liquida el anterior régimen en el que figuraban deudas gananciales a satisfacer" (Fundamento de Derecho Sexto).

No cabe entender – matiza el Supremo - que en supuestos de omisión del inventario en el que debió de figurar el pasivo, pueda operar el límite de responsabilidad para el cónyuge no deudor previsto en el art. 1401 CC para supuestos de adjudicación de bienes, que en este caso no tuvo lugar. Nos encontramos ante deudas pendientes a cargo de la sociedad de gananciales no liquidada que alcanza la responsabilidad del cónyuge no deudor. Se considera, pues, que respecto de las deudas para con la Seguridad Social generadas durante la vigencia del régimen económico de gananciales, "cabe el embargo de sueldos y salarios del cónyuge no deudor adquiridos tras la modificación de dicho régimen económico matrimonial cuando no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales, ni elaborado el correspondiente inventario" (Fundamento de Derecho Sexto).

Como apuntábamos, si bien los escenarios fácticos de la STS de 2020 y de la STS de 2021 no son totalmente idénticos, porque en el primero se inicia una liquidación a través de un inventario defectuoso que se omite por completo en el segundo escenario, la conclusión de la Sala de lo Contencioso del Supremo es la misma en ambas resoluciones. Y ello resulta, a mi juicio, bastante sorprendente porque, en la STS de 2021, los ingresos del cónyuge no deudor generados tras la disolución de la sociedad de gananciales se consideran también responsables de las deudas comunes, ante la falta de liquidación de la sociedad de gananciales. Y no creo, realmente, que sea ese el espíritu del art. 1401 CC.

Los casos objeto de estos recursos de casación exigen reflexionar sobre el uso – o abuso en algunos casos – de la libertad de los cónyuges para modificar el régimen económico de su matrimonio con la intención de alterar el ámbito de responsabilidad del patrimonio ganancial. Abordaremos, a continuación, las principales cuestiones que estas resoluciones judiciales suscitan.

II. LOS LÍMITES A LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y LA NULIDAD DE LAS CAPITULACIONES.

La libertad capitular no puede ser, como bien se sabe, absoluta y hemos de plantearnos en qué límites de la autonomía de la voluntad capitular puede ampararse el acreedor que se ha visto perjudicado por la modificación de régimen económico matrimonial y, en consecuencia, solicitar la nulidad o inobservancia de la estipulación o estipulaciones que conculquen esos límites.

La inobservancia de los límites establecidos en el art. 1328 CC no se produce tanto en la fase capitular propiamente dicha (acogimiento de los cónyuges a un régimen determinado) como en el acto liquidatorio derivado de la sustitución del régimen de gananciales por el de separación de bienes.

Es necesario, por lo tanto, diferenciar el acto estatutario del acto liquidatorio. En el primero, los cónyuges podrían alterar las reglas de responsabilidad de las diferentes masas patrimoniales y pactar, por ejemplo, que determinado bien común no responde de las deudas que con cargo a la sociedad contraiga cualquiera de los cónyuges[6]. Ahora bien, si ello perjudica al tercero que no puede cobrar su deuda porque no existen otros bienes gananciales, entonces se habrá conculcado un límite legal (art. 1911 CC y, en particular, los arts. 1317 ó 1319 si la deuda deriva del ejercicio de la potestad doméstica) y la referida cláusula de exoneración de responsabilidad será nula[7].

En el acto liquidatorio, el daño o perjuicio que se puede producir al acreedor puede ser mayor si tenemos en cuenta que la impugnación del acto lesivo (la liquidación de la sociedad de gananciales en la que no se hace constar la deuda y/o se adjudican al cónyuge no deudor los bienes embargables y al deudor bienes sobrevalorados pero que en realidad carecen de valor económico) exige la puesta en marcha de todo un mecanismo judicial que presenta ciertas complejidades. El acto liquidatorio de la sociedad de gananciales puede perjudicar a los acreedores por dos vías, bien porque conculque el límite *legal* de la preservación de los derechos adquiridos (art. 1317 CC), o bien porque no respete el límite de la "igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge". En relación con esto último, el problema que plantean los pactos que no respetan el principio de igualdad no es el del perjuicio al otro cónyuge porque, como señalaba Lacruz, sería peligroso que los cónyuges no pudiesen autolimitarse y, emitiendo libre y conscientemente su consentimiento, no pudiesen acordar que uno obtenga mayores ventajas que el otro. Asimismo, es válida la renuncia a la participación en los gananciales siempre que no atente contra los derechos de terceros[8]. En consecuencia, cuando no se

6 Los cónyuges podrían pactar, por ejemplo, que determinado bien inmueble donado por los padres del marido para la sociedad de gananciales y sin atribución de cuotas no responde de las deudas contraídas por la mujer en su exclusivo beneficio. Parece claro que si la finalidad que persiguen los cónyuges con una cláusula de este estilo es la de eludir la aplicación del art. 1373 CC (responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales sometida a la facultad del cónyuge no deudor de pedir la sustitución del embargo sobre bienes concretos por la parte que en la sociedad de gananciales ostenta el deudor) no lo conseguirán debido al carácter imperativo del citado precepto.

7 Ello suponiendo que el Notario autorizante permitiese la inclusión de una cláusula de este tipo.

8 El art. 6.2 CC permite la renuncia de derechos cuando ésta no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros. La renuncia a la sociedad de gananciales fue objeto, antes de la Ley de 13 de mayo de 1981, de varios estudios en los que se comentaba el entonces vigente art. 1364 CC (" Cuando los cónyuges, en virtud de lo establecido en el artículo 1315, hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren a dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el presente capítulo, y percibirá el marido, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan, todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad"). Campo Villegas, E. sintetiza en la nota núm. 5 del trabajo titulado

respeta la igualdad a la que se refiere el art. 1328 CC más que perjudicar a un cónyuge (que sí se le causa perjuicio, pero con su consentimiento, salvo prueba en contrario) se puede estar perjudicando a un tercero que sea titular de un derecho adquirido antes de los pactos capitulares o, más propiamente, antes de la eficacia frente a terceros de esos pactos.

Parece que esta cuestión admite un tratamiento diverso en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo. La STS 31 enero 1985[9] desestima la nulidad de unas capitulaciones matrimoniales por ilicitud de causa admitiendo la impugnación de las mismas cuando resulte probado que éstas no se han otorgado conforme "con la completa y auténtica situación económica del matrimonio (…) en orden a los bienes existentes, su exacta naturaleza y valor económico y el importe de las deudas de que realmente debiera responder la sociedad conyugal", así como cuando resulte acreditado que no ha habido "en la liquidación de gananciales una distribución igualitaria"[10]. Al amparo de estas consideraciones, el acreedor podría subrogarse en la posición del cónyuge deudor en la medida en que la inicua distribución de bienes que no respeta la genérica "igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge" a la que alude el art. 1328 CC le perjudica. No obstante, la referida sentencia utiliza el término impugnar, parece que refiriéndose a la rescisión por lesión y no a la nulidad parcial que sanciona el art. 1328.

Igualmente, la STS 7 noviembre 1997[11], en su Fundamento Jurídico Cuarto, no permite alegar la vulneración del art. 1328 CC para atacar una liquidación desigual del patrimonio ganancial porque el art. 1404 CC afecta a la simple igualdad distributiva de los bienes gananciales, mientras que el art. 1328 del Código se refiere a la igualdad de derechos como facultades inmanentes a la igualdad de

"En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes", *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 2, abril-junio 1977, pp. 10-11 las principales opiniones al respecto y se muestra en contra de Garrido de Palma, para quien parece ser válida la renuncia unilateral de un cónyuge a la sociedad de gananciales. Campo Villegas sostiene que una cosa es la renuncia a la sociedad de gananciales, inválida en su opinión, y otra diferente es la renuncia al patrimonio ganancial, de tal forma que es posible renunciar a la participación en el patrimonio, una vez que la sociedad se haya disuelto. Ésta es la interpretación que ha de darse, según este autor, al art. 1364 CC. En la actualidad, tras la reforma de 13 de mayo de 1981, no ofrece dudas la posibilidad de que los cónyuges excluyan de mutuo acuerdo el régimen de sociedad de gananciales, en cuyo caso regiría el régimen de separación de bienes (art. 1435.2º CC); sin embargo, no está regulada la renuncia unilateral del régimen de gananciales vigente éste. Sí parece posible, en cambio, la renuncia de un cónyuge a sus derechos en la comunidad, una vez disuelta o extinguida ésta, supuesto al que se refería el segundo inciso del antiguo art. 1364. Ahora bien, si el objeto de la renuncia de un cónyuge a su parte en los gananciales fuera la omisión del pago de una deuda y no tuviese bienes privativos con los que hacerle frente, tal renuncia sería ineficaz. Hoy no tiene sentido plantearse la renuncia a los gananciales por parte de la mujer para no hacer frente a las deudas de su marido porque si bien antes de la reforma de 1981 el patrimonio ganancial respondía directamente de las deudas de aquél (antiguo art. 1408 CC), después de la reforma la participación que la mujer tiene en la sociedad de gananciales no tiene por qué verse afectada por las deudas de su esposo, ya que puede hacer uso de la facultad que le confiere el vigente art. 1373 CC.

9 STS 31 enero 1985 (Repertorio Jurídico Aranzadi 31).

10 Puede verse el comentario que hace Rubio Torrano, E. a esta sentencia en "Capitulaciones matrimoniales; causa ilícita. La liquidación de la sociedad de gananciales. Principio de irretroactividad de las leyes", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 7, 1985, pp. 2363-2366.

11 STS 7 noviembre 1997 (ROJ: STS 6665/1997 – ECLI:ES:TS:1997:6665).

las personas y de los sexos que como tales les viene conferida por la propia naturaleza.

Particularmente, considero que el art. 1404 mantiene una estrecha conexión con el art. 1328 ya que aquél supone, como toda partición de un caudal común, la conversión del derecho a la cuota que anteriormente ostentaban los copartícipes en un derecho individual que recae sobre concretos y determinados bienes y derechos. La igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge a la que se refiere el art. 1328 afecta no sólo a las estipulaciones estatutarias sino también a las divisorias del haber común cuando el régimen económico al que estuvieron sometidos los cónyuges es el de la sociedad de gananciales[12]. Por ello, la irregular formación de los lotes (sobrevalorando, por ejemplo, un bien o derecho para que parezca que la división ha sido equitativa), o la omisión del pasivo ganancial liquidable, desencadenan una desigualdad de derechos que puede provocar un daño al acreedor del cónyuge al que, en realidad, se le ha adjudicado menos de lo que le correspondía. En definitiva, "la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge" a la que alude el poco preciso art. 1328 es algo más que la posibilidad de gestionar bienes y de actuar en el tráfico jurídico sin ninguna discriminación por razón de sexo. Puede admitir múltiples vertientes y, entre ellas, la de respetar el carácter vinculante del art. 1404 porque éste es la concreción de los paritarios derechos que tienen el marido y la mujer en el reparto del haber común.

De acuerdo con estas ideas no podemos compartir el criterio sostenido en la anteriormente citada STS 7 noviembre 1997 en contra del diferente contenido que tiene la "igualdad" del art. 1328 y la atribución por mitad del art. 1404. Otra cosa es que cuando el reparto no equitativo del remanente cause un perjuicio a un tercero titular de un derecho adquirido antes de la fecha de eficacia del negocio liquidatorio, existan remedios preferentes para reparar el perjuicio, sin acudir a la nulidad parcial sancionada en el art. 1328 CC.

Porque, en efecto, se cuestiona la operatividad de la nulidad parcial de la estipulación capitular que sea atentatoria de la ley imperativa, de las buenas costumbres o de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. ¿Es posible considerar válida una parte de las capitulaciones cuando los cónyuges han querido su contenido como un todo? ¿Puede declararse la nulidad de una parte, de tal forma que el resto pueda subsistir sin la parte declarada nula? En el caso de un acto complejo como son las capitulaciones matrimoniales, la respuesta a los anteriores interrogantes podría ser *a priori* positiva, pues si el contenido de las

12 No ofrece dudas que los cónyuges pueden estipular, al amparo de la autonomía de la voluntad capitular, que la distribución de las ganancias no se haga por mitad sino de acuerdo con las correspondientes aportaciones a los patrimonios de los cónyuges o conforme a otro criterio. Ahora bien, en este caso quedaría desnaturalizada la esencia y finalidad de la sociedad de gananciales y estaríamos ante un sistema de organización de la economía matrimonial diverso al de la comunidad ganancial.

capitulaciones matrimoniales consiste en la sustitución del régimen de gananciales por el de separación y en la consiguiente liquidación de la sociedad de gananciales, parece que, si la liquidación es declarada nula, el otro negocio no tiene por qué verse afectado por la nulidad de la liquidación. Sin embargo, no es tan clara la independencia entre la liquidación del patrimonio ganancial y la sustitución del régimen de gananciales por el de separación de bienes pues aquélla se lleva a cabo en la medida en que se produce un acto o un hecho que disuelve la sociedad de gananciales, sin el cual no se podría liquidar el régimen. Por lo tanto, existe una interconexión entre ambos actos que parece dificultar la conjunción de la anulación de uno y el mantenimiento del otro.

Reconstruyendo, pues, las ideas previamente esbozadas, nos encontramos con que el negocio particional en el que se distribuye de forma desigual el activo y/o pasivo de la sociedad de gananciales puede adoptar tres modalidades diferentes:

a) Fijación de cuotas desiguales y partición de acuerdo con ese negocio que podríamos llamar de transacción y, en algunos casos, de renuncia: se adjudica al cónyuge deudor una parte mínima o, incluso, no se le adjudica nada.

b) Fijación de cuotas iguales, pero adjudicación desigual simulando que es igualitaria (se sobrevalora el lote adjudicado al cónyuge deudor y se adjudica la mayor parte o la totalidad de los bienes embargables al cónyuge no deudor).

c) Omisión de activo o pasivo ganancial susceptible de liquidación. Este sería el supuesto al que se enfrenta la citada STS 14 diciembre 2020, que da origen a este trabajo, en el que se omite, en el inventario, el pasivo ganancial pendiente de pago.

Si consideramos que la regla de división por mitad del remanente (art. 1404 CC) constituye un supuesto de proyección de la norma general de respeto a la igualdad de los cónyuges (arts. 14 y 32 CE y art. 1328 CC), la vulneración explícita (letra a) anteriormente mencionada), o infracción menos explícita de esa regla (letras b) y c) constituiría una conculcación de norma imperativa y, como tal, sería nula.

Puesto que la nulidad de las cláusulas que establecen la liquidación y división del patrimonio ganancial puede conllevar la nulidad del negocio capitular y el de sus coligados si tenemos presente que la liquidación no existiría sin una previa disolución y que ésta se produce, entre otras causas, por las capitulaciones matrimoniales. Ante la ineficacia absoluta del negocio capitular habrá que plantearse la existencia de otros remedios específicamente establecidos por el legislador para permitir que el acreedor cobre su deuda manteniendo en lo posible la voluntad capitular. Y estos remedios, tradicionalmente aceptados por la doctrina, son el de la denominada "inoponibilidad" de la modificación de régimen económico matrimonial, al amparo

de los arts. 1317 y 1401 CC, y, de modo subsidiario, cuando no sea posible acudir a ese remedio, la acción pauliana o revocatoria por fraude de acreedores[13]. Nos referiremos a estos mecanismos de defensa en el epígrafe V.

III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS DEUDAS DERIVADAS DE RELACIONES LABORALES Y DE LAS DEUDAS FISCALES.

El Supremo, en las sentencias que dan origen a este estudio, parece defender la existencia de un privilegio de autotutela del que goza, como acreedor ganancial, una Administración pública, como la TGSS, para el ejercicio de su acción recaudatoria, dando por acreditado – siguiendo, así, el correspondiente pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia – que la deuda es ganancial, "incuestionada" naturaleza, según se puede leer en la STS 14 diciembre 2020. A mi juicio, no es esta – la de dar por "incuestionada" la naturaleza de esta deuda - una cuestión exenta de polémica.

La característica común de casi todas las decisiones del Tribunal Supremo en las que se discute la naturaleza de una deuda "laboral" es que, en general, carecen de pronunciamientos expresos sobre el carácter de esa deuda. Algunas de las sentencias más representativas en este ámbito son las de 21 mayo 1992, 7 noviembre 1992, 2 marzo 1994, 7 noviembre 1997, 4 febrero 1999, 14 marzo 2000 y 24 julio 2001[14].

13 *Vid.* mi obra *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores, Cit.,* pp. 365 y ss. En sentido similar, véase, en fechas más recientes, Vargas Benjumea, I.: *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 99 y ss.

14 Vamos a desglosarlas a continuación, por el interés que revisten para este trabajo.
a) STS 7 noviembre 1992 (ROJ: STS 8298/1992 – ECLI:ES:TS:1992:8298). Puede verse el comentario de Cabanillas Sánchez, A., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 1992, núm. 30, pp. 1031-1042. El antecedente de hecho de esta sentencia consiste en la reclamación de las cantidades que adeuda un empresario a un trabajador en concepto de prestaciones por incapacidad laboral transitoria y posterior invalidez provisional a consecuencia de importantes lesiones ocasionadas por un accidente laboral. El trabajador solicita la ejecución de la sentencia que reconoce la deuda y se embargan bienes que eran gananciales, pero que han dejado de serlo por haberse adjudicado a la esposa del deudor a través de las capitulaciones matrimoniales otorgadas con posterioridad al momento en el que surge el derecho del trabajador a percibir las prestaciones citadas. El acreedor perjudicado ejercita una acción de nulidad o en su caso rescisión de las capitulaciones matrimoniales. El Tribunal Supremo entiende que no debe prosperar la rescisión por ser un remedio *in extremis* (F. Jco. Tercero). Hemos de observar que aquí no se hace referencia alguna a la naturaleza ganancial o privativa de la deuda laboral, pero de la desestimación de la acción rescisoria puede deducirse que el TS parte de que el débito es ganancial.
b) STS 21 mayo 1992 (ROJ: STS 4076/1992 - ECLI:ES:TS:1992:4706). El objeto de la *litis* es la modificación de régimen económico matrimonial en perjuicio de un empleado del marido a quien éste le debe la cantidad correspondiente a la indemnización por despido. Una vez más el Tribunal Supremo no se detiene a analizar el carácter de la deuda, aun cuando declara que las capitulaciones matrimoniales han perjudicado al trabajador con independencia de que la deuda se considere privativa o ganancial. Así, en el Fundamento Jurídico Séptimo sostiene "(...) independientemente de cuales fueran los fines perseguidos al otorgarse las capitulaciones matrimoniales, lo cierto es que se adjudicó a la esposa un crédito del marido - el posteriormente embargado por la Magistratura de Trabajo - y, al actuarse así se perjudicó al Sr. M., tanto si se entiende que era acreedor de la sociedad de gananciales (art. 1362.3° CC) como si lo era sólo del marido, y esto contraviene el art. 1317...".
c) STS 2 marzo 1994 (ROJ: STS 14956/1994 – ECLI:ES:TS:1994:14956). Se trata de una deuda salarial del marido declarada ganancial en la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo acoge las conclusiones de la Audiencia Provincial en relación con el carácter de la deuda (F. Jco. Primero).

No parece que pueda defenderse la existencia de una presunción de ganancialidad pasiva en el marco de la jurisprudencia del Supremo sobre las deudas laborales de un cónyuge. Generalmente, el Alto Tribunal se limita a confirmar los pronunciamientos de las sentencias de Instancia al respecto.

La deuda laboral, al igual que las deudas del comercio, es de las obligaciones que, contraídas por un solo cónyuge, plantea menos problemas a la hora de probar su carácter ganancial. Si la actividad profesional o empresarial de un cónyuge genera beneficios que son gananciales, y se generan, en una parte importante, por la intervención del factor de producción trabajo, es justo que las obligaciones que tiene el empresario con su trabajador vinculen al patrimonio ganancial. Si la *empresa,* desde el punto de vista de la ciencia económica, es concebida como una organización de los factores de la producción (capital, tierra y *trabajo)* con propósito de lucro, de los gastos, cargas u obligaciones generados por cualquiera de los factores de producción deben responder de forma directa los bienes gananciales.

En cuanto a las obligaciones fiscales o derivadas de impuestos, se aprecia cierta tendencia, por parte del Tribunal Supremo, a considerarlas gananciales[15]. Puede parecer, a primera vista, que la acreedora Hacienda Pública goza de unos privilegios que no tienen otros acreedores, en la medida en que, sin discutir el carácter de la deuda, ésta se *presume* ganancial. El propio ordenamiento jurídico, en algunos impuestos como el IRPF, favorece la denominada presunción de ganancialidad de las deudas tributarias. El art. 106 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas , bajo la rúbrica de "Responsabilidad patrimonial del contribuyente" (al igual que en el 88 de la precedente Ley 40/1998 de 9 de diciembre del IRPF) establece que "Las deudas tributarias y, en su caso, las sanciones tributarias, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán la misma consideración que las referidas en el art.

d) STS 7 noviembre 1997 (ROJ: STS 6665/1997 – ECLI:ES:TS:1997:6665). No se discute el carácter de la deuda del marido (impago de las cuotas de cotización a la Seguridad Social) sino la afección de un bien adquirido por su esposa 4 años después de las capitulaciones matrimoniales de separación de bienes. Situación distinta sería aquella en la que el bien privativo de la esposa procediese de la liquidación de la sociedad y la posterior adjudicación de bienes gananciales, en cuyo caso, respondería de las deudas laborales anteriores a la modificación de régimen económico matrimonial.

e) STS 4 febrero 1999 (ROJ: STS 677/1999 . ECLI:ES:TS:1999:677). Se declara expresamente el carácter ganancial de las deudas de la Seguridad Social derivadas del ejercicio de una actividad comercial de carácter común (F. Jco. Tercero). El Supremo se limita a reproducir los pronunciamientos de Instancia sobre este aspecto. Igual es el criterio de la última de las sentencias citadas en este apartado, la de 24 julio 2001 (ROJ: STS 6585/2001 – ECLI:ES:TS:2001:6585).

f) STS 14 marzo 2000 (ROJ: STS 2063/2000 – ECLI:ES:TS:2000:2063). Puede verse el comentario de Benavente Moreda, P. en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 53, 2000, pp. 805-834. La deuda a favor de la Seguridad Social que recoge esta sentencia no parece ser anterior a las capitulaciones matrimoniales y, en consecuencia, el acreedor, consciente de que no dispone del mecanismo protector del art. 1317 C.c., acude a la vía de la ilicitud causal para atacar los efectos de unas capitulaciones que según se probó se otorgaron con la única finalidad de perjudicar a los posibles acreedores. El Supremo, siguiendo los pronunciamientos de los tribunales de instancia acoge, en esta sentencia, la nulidad por ilicitud causal.

15 Puede verse la jurisprudencia citada en mi monografía *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes exgananciales,* cit., pp. 42-43.

1365 CC y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas, contraídas por uno de los cónyuges, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 6 del art. 84 de esta ley para el caso de tributación conjunta". Cuando el art. 106 dice que las deudas tributarias tendrán la misma consideración que las del art. 1365, quiere únicamente decir que tendrán el mismo régimen de responsabilidad, pero, en la práctica, la Hacienda Pública parece quedar exonerada de probar que la deuda se debe a una de las causas del citado artículo.

El carácter ganancial de la deuda tributaria de un cónyuge surge, pues, de su asimilación a aquéllas contempladas en el art. 1365, pero, además, hemos de plantearnos si la deuda tributaria es de *cargo y responsabilidad de los bienes gananciales* por ser una *obligación extracontractual,* de acuerdo con el art. 1366 CC. En absoluto es pacífica, en la doctrina civilista, la cuestión de si las *obligaciones extracontractuales* recogen *lato sensu* todas las obligaciones surgidas de una fuente distinta del contrato. Si acogemos esta interpretación amplia del término *extracontractual,* el precepto comprendería las obligaciones que nacen de la ley, de los cuasicontratos o de los actos u omisiones ilícitos o culposos. Dentro de las obligaciones que nacen de la ley encontraría una perfecta ubicación la obligación tributaria[16].

Frente a esta interpretación del art. 1366 CC, Peña Bernaldo de Quirós propugna una interpretación estricta manifestando que "(...) el artículo no tiene tanta amplitud. El régimen general de las cargas (cfr. art. 1362) y el de las obligaciones de la sociedad (cfr. art. 1365 y no art. 1366) es, en principio, el aplicable cuando se trata de obligaciones ex lege y entre ellas las *obligaciones fiscales* ...[17] (la cursiva es nuestra).

Cuestión diferente es si estas deudas emanan de la denominada responsabilidad civil derivada de delito, como sucede en los casos de las indemnizaciones que haya que pagar derivadas de una sentencia penal firme por un delito contra la Hacienda Pública cometido por el cónyuge cuando estaba casado en régimen de gananciales. Tal fue el caso objeto de la reciente Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 26 de abril de 2021 por la que el

16 Son, fundamentalmente, Lacruz Berdejo, J.L. y Torralba Soriano, F., los defensores de esta interpretación de la norma del artículo 1366 CC. Torralba, siguiendo al Prof. Lacruz, considera que "todas las responsabilidades de tipo extracontractual, consecuencia de infracciones realizadas con motivo de una gestión del negocio que alimenta la masa ganancial y de cuyas ganancias se aprovecha toda la familia, deben pesar sobre el patrimonio familiar", "Comentarios al art. 1366 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1692.
También Albácar López, J.L. y Torres Lana, J. A.: "Comentarios al art. 1366 CC", en *Comentarios al Código Civil,* t. IV, Trivium, Madrid, 1995, pp. 949-951, entienden comprendidas las obligaciones legales en el término extracontractual.

17 Peña Bernaldo de Quirós, B.: "Comentario al art. 1366 CC", en *Comentario del Código civil,* t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 698.

Centro Directivo confirma la calificación del Registrador en la que se suspendía una anotación de embargo sobre bienes anteriormente gananciales y luego adjudicados a quien no es el cónyuge condenado por el correspondiente delito fiscal. Pero, aunque la Dirección General parte de que las deudas derivadas de los ilícitos penales tienen cabida dentro de las deudas de naturaleza extracontractual previstas en el art. 1366 CC y, por tanto, son gananciales, será necesario que el acreedor – en este caso la Diputación Foral de Gipuzkoa – muestre que la actuación conyugal separada que las genera (en este caso el ilícito penal por el que se condena a un cónyuge) produce algún beneficio material o inmaterial a la comunidad conyugal; o si esa actuación se ejecuta en la esfera de la administración ordinaria o extraordinaria del patrimonio común. Y es esto último – la necesidad de prueba – lo que flaquea en este caso y lo que da lugar a la suspensión del mandamiento.

Una última observación, en relación con el carácter de la deuda tributaria, nos hace apreciar que la reclamación de esta se realiza a través de procedimientos de apremio administrativo dirigidos exclusivamente contra el cónyuge deudor y notificados al otro cónyuge, como el que da origen a la precitada Resolución de la Dirección General, de 26 de abril de 2021. La consecuencia de ello es que el cónyuge no deudor no tiene la consideración de parte y, por tanto, no puede discutir el carácter de una deuda que se presume ganancial, a no ser que inicie un procedimiento declarativo para defenderse[18]. En estos casos y, por un principio de economía procesal, debería haberse previsto un trámite en el procedimiento de apremio en el que pueda intervenir el cónyuge del sujeto pasivo del impuesto. Ahora bien, estimamos que no es solución considerar, como hace Bello Janeiro, que la deuda reclamada en un procedimiento de apremio administrativo es privativa por faltar "términos hábiles para que se declare que la deuda es ganancial y ante la imposibilidad de audiencia del cónyuge no deudor que, como cotitular de los bienes gananciales, debe ser oído a los efectos de la calificación de la deuda"[19]. Entendemos que no es solución válida porque el perjuicio al cónyuge del deudor que se trata de evitar con la presunción de privatividad de las deudas, se le ocasiona al acreedor, quien tendrá que iniciar un juicio declarativo para desvirtuar la citada presunción.

18 Es significativa al respecto la resolución de la D.G.R.N de 30 de junio de 2000 en la que se declara la procedencia de una anotación de embargo sobre un bien adjudicado al cónyuge no deudor derivada de unas deudas fiscales de determinada sociedad de la que el marido era administrador único. El Registrador de la Propiedad había denegado la anotación porque si bien el procedimiento *se ha entendido con la esposa, como responsable solidaria de la deuda,* esta no es deudora y no consta que la deuda sea ganancial. A la Dirección General sólo le importa que se ha respetado el tracto por haber sido demandado el cónyuge no deudor titular de los bienes, sin entrar a considerar la competencia de la AEAT para declarar la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas tributarias de uno de los cónyuges.

19 Bello Janeiro, D.: "La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* julio-agosto, 1993, núm. 617, pp. 1086 y 1087.

Así pues, el problema que en la práctica plantean las deudas laborales derivadas del ejercicio del comercio - y también las fiscales - radica en que su ejecución se lleva a cabo a través del correspondiente procedimiento de apremio administrativo que carece de términos hábiles para demandar al cónyuge no deudor y para obtener frente a él una declaración de ganancialidad de una deuda laboral. La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 supone un cambio importante en la regulación de la ejecución forzosa al contemplar en el art. 541 la posibilidad de que entre en el proceso el cónyuge no deudor y el acreedor pueda discutir frente a él la responsabilidad del bien o bienes que pretende embargar. Si bien el incidente de oposición a la ejecución regulado en el art. 541 está previsto para los procesos judiciales, hemos de plantearnos la necesidad de que, por vía analógica, se pueda aplicar también a los procedimientos de apremio administrativo.

Ante el silencio legal sobre una presunción de que la deuda contraída por un cónyuge casado en gananciales tenga carácter ganancial, pensamos que no debe tomarse como punto de partida ninguna presunción sobre la naturaleza de las deudas. La deuda es lo que es y no lo que se presuma que es. Con ello queremos decir que tan injusto es para el cónyuge no deudor permitir el embargo de bienes gananciales por deudas que se presumen gananciales pero que pudieran no serlo, como injusto es para el acreedor impedirle el embargo sobre estos bienes por deudas que se presumen privativas pero que pudieran no serlo.

Para evitar el injusto resultado al que puede conducir el juego de las presunciones, parece necesario que se cree en el proceso la vía adecuada para que el Juez delimite, antes del embargo, la naturaleza de la deuda y su responsabilidad. A ello trata de dar respuesta el art. 541 LEC con algunas disfunciones, en mi opinión, que desbordan el ámbito espacial de este estudio y que hemos abordado en otros trabajos[20].

IV. EL PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO Y SU FALTA DE ADECUACIÓN PARA FIJAR LA NATURALEZA DE LA DEUDA Y DE SU RESPONSABILIDAD.

La doctrina emanada de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la denominada Dirección General de los Registros y del Notariado hasta el año 2020) se ha manifestado, en líneas generales y para la mayor parte de los supuestos, contraria a que tanto la Agencia Española de la Administración Tributaria como la Tesorería General de la Seguridad Social tengan competencia

20 *Vid.* mi monografía *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes exgananciales,* cit., pp. 135 y ss. *Vid.,* también, mi reciente artículo "La ejecución sobre bienes exgananciales: trabas registrales y algunas propuestas de solución", *La Ley. Derecho de Familia,* núm. 33, enero-marzo 2022, pp. 1-35.

para declarar la responsabilidad de los bienes - que han sido gananciales - por deudas de naturaleza fiscal o laboral, respectivamente, en los correspondientes apremios. En otros términos: la Dirección General ha denegado sistemáticamente los mandamientos de anotación preventiva de embargo, expedidos por la AEAT o por la TGSS sobre bienes exgananciales, en los que se manifestaba el carácter ganancial de la deuda[21]. Muy reciente muestra de ello es la precitada Resolución General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 26 de abril de 2021, en la que el mandamiento derivaba de un apremio administrativo instado por la Diputación Foral de Gipuzkoa en el que la Diputación, como acreedor, manifestaba el carácter ganancial, *ex* art. 1366 CC, de la deuda derivada de un delito fiscal.

La misma consideración puede apreciarse en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Con todo, hay alguna excepción. En ciertas ocasiones, algunos tribunales del orden contencioso-administrativo han reconocido a la Administración la potestad de declarar la naturaleza ganancial de las deudas cuya recaudación tiene encomendada, y la responsabilidad de los bienes adjudicados al cónyuge no deudor. Es muy ilustrativa, al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, 10 marzo 2006[22], en la que se confirma la diligencia de embargo dictada por la AEAT sobre los bienes adjudicados a la cónyuge del deudor en virtud de capitulaciones matrimoniales, precedida esta diligencia de embargo de una "declaración administrativa de responsabilidad de la cónyuge", a la luz del art. 1317 CC. Y también el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), en alguna resolución, manifestó esta misma visión. En la RTEAC de 23 junio 2009[23], sin embargo, este tipo de declaraciones administrativas de responsabilidad de una deuda y de adscripción de unos bienes va mucho más allá, en mi opinión. Considera el TEAC que la adscripción legal de esos bienes no requiere ninguna declaración – judicial, habrá que sobreentender – de responsabilidad derivada de una determinada naturaleza de la deuda. ¿Dónde se garantiza, así las cosas, el necesario principio de contradicción y de oposición del sujeto afectado por esta suerte de autodeclaración de responsabilidad? De nuevo, creo que nos encontramos ante una manifestación más de que las administraciones – o algunas de ellas – están interpretando sus facultades de "autotutela" de un modo, tal vez, excesivamente laxo.

Ahora bien, no hemos de perder de vista que este tipo de resoluciones no representan la posición predominante al respecto. De hecho, ante los obstáculos que plantea un procedimiento de apremio administrativo para poder declarar la

21 *Vid.,* entre otras, las resoluciones de la Dirección de 25 de junio de 2003 (RJ 2003, 6078), de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005, 5485) o la de 5 de julio de 2007 (RJ 2007, 5286).

22 STSJ ICAN 10 marzo 2006 (ROJ: STSJ ICAN 1002/2006 – ECLI:ES:TSJICAN:2006/1002).

23 Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central 23 junio 2009 (JUR 2009, 42387).

responsabilidad directa de los bienes que han sido gananciales por las deudas fiscales o laborales contraídas por un solo cónyuge, la correspondiente administración se ve obligada a iniciar un juicio declarativo ordinario. Resulta interesante, al respecto, la STS 49/2014, de 19 febrero 2014[24], en la que se confirma la declaración de ganancialidad de las deudas tributarias de uno de los cónyuges, en su condición de responsable subsidiario de las deudas contraídas por la mercantil que administró durante la vigencia de la sociedad de gananciales. El Supremo considera que la determinación de la ganancialidad de la deuda tributaria corresponde a los tribunales de orden civil y su exigibilidad a los de orden contencioso-administrativo (Fundamento de Derecho Tercero). El orden jurisdiccional en el que se acredite la naturaleza de esta deuda cobra todo su sentido por tratarse de una cuestión de índole civil, aunque con repercusiones en otros ámbitos. En este sentido, parece colegirse del texto de las dos sentencias de nuestro Tribunal Supremo, de 2020 y de 2021, que constituyen el presupuesto de este estudio, que no ha sido un tribunal civil quien haya determinado la naturaleza ganancial de esas deudas laborales, sino el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía o de Valencia (sus salas de lo Contencioso-Administrativo) quienes se han pronunciado sobre esta cuestión. No parece razonable, a mi juicio, que rija para las deudas laborales un criterio distinto respecto a las deudas tributarias, a la hora de determinar cuál es el orden jurisdiccional competente, porque, como hemos señalado anteriormente, comparten las características propias derivadas de la actividad empresarial o profesional del cónyuge casado en gananciales.

Sin perjuicio de que se unifiquen criterios en cuanto al orden competente, a nadie se le escapa que los tiempos y extensión de un juicio ordinario pudieran hacer peligrar la pretensión de la AEAT o de la TGSS para cobrar con cargo a bienes responsables, porque el riesgo de que los bienes se transmitan al patrimonio de un tercer hipotecario es más alto cuanto mayor es el tiempo de duración del proceso. De ahí que se plantee la necesidad de anotar registralmente esa demanda con la que se inicia el procedimiento declarativo, para tratar de garantizar el cobro con cargo a bienes que pueden ser declarados finalmente responsables. No parece haber obstáculos para que esa anotación de demanda de un juicio declarativo se puede practicar a la luz del art. 42.1 LH y del 728 LEC, por tratarse de una pretensión que persigue una modificación jurídico-real de los bienes – o de ciertos bienes – con repercusiones registrales, como señalamos al final del siguiente epígrafe, y en la que es fácilmente apreciable el riesgo derivado de la "mora procesal" junto con la sencilla acreditación de la "apariencia de buen derecho". Aun así y pese a poder obtener esta importante medida cautelar, habrá que esperar a obtener una sentencia firme en el correspondiente juicio declarativo para poder reanudar el procedimiento ejecutivo que se ha visto paralizado ante la

24 STS 19 febrero 2014 (ROJ: STS 638/2014 – ECLI:ES:TS:2014:638).

falta de una declaración idónea sobre el carácter de la deuda. Como se ha dicho, "demasiado tiempo para obtener una tutela judicial efectiva" para el acreedor que lleva esperando a cobrar desde hace algún tiempo[25].

Como ya hemos apuntado, y en contraste con las carencias del procedimiento de apremio administrativo, los juicios ejecutivos sí tienen - o lo tienen al menos en la letra del art. 541 de la LEC – espacio y término hábiles para que el juez se pueda pronunciar sobre la naturaleza de la deuda y su correspondiente responsabilidad. Somos conscientes de que las administraciones públicas no tienen potestad jurisdiccional y tal vez a ello se deba que un precepto como el del 541 LEC no pueda extrapolarse ni aplicarse por analogía en el ámbito de los apremios administrativos[26].

Pese a todo ello, los privilegios de la Administración - y, en concreto, de la Administración Tributaria - son muchos. Las facultades de autotutela que pueden alcanzar en algunos casos nos llevan a reflexionar, una vez más, sobre el – quizá – injustificado trato que los acreedores públicos reciben del legislador respecto a los acreedores privados o particulares. Buena muestra de ello es el vigente art. 42.2 a) de la Ley 58/2003, General Tributaria, precepto redactado por el art. 5.4 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y cuyo tenor es el siguiente: "También serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, del de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuando procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria, las siguientes personas o entidades:

a) Las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria (…)".

Ha de repararse en el importante dato normativo de que no se requiere malicia o dolo en la actuación de ocultación o de transmisión de bienes del obligado al pago, a diferencia de lo que antes exigía el art. 131.5 de la derogada Ley 230/1963. No se requiere intencionalidad en quien causa o colabora en la "distracción de bienes", conducta objetiva que perfectamente encaja, sin importar la intencionalidad, con la del cónyuge no deudor que, a través de capitulaciones matrimoniales, se adjudica bienes responsables. Una norma como la del precitado art. 42.2.a) facilita tanto a los tribunales como al Centro Directivo la tarea de declarar la responsabilidad solidaria de quien así actúa, sin necesidad de entrar

25 Así lo consideraba Vargas Benjumea, I.: *El fraude,* cit., p.124.

26 Son varios los autores que echan en falta la aplicación del art. 541.2 LEC a los procedimientos de naturaleza administrativa. *Vid.* Vargas Benjumea, I.: *El fraude,* cit., p. 143.

a valorar ni la naturaleza de la deuda ni el ánimo o intención en la salvaguarda de los bienes responsables[27]. Pero el problema es que solo en el ámbito de la recaudación tributaria parece existir una norma tan proclive al acreedor Hacienda Pública y que lo convierte – injustificadamente, en mi opinión – en un acreedor tan distinto del resto de acreedores públicos; y tan distinto y favorecido, también, respecto al resto de titulares de derechos crediticios, en un ámbito que no es el concursal donde sí podrían estar justificadas ciertas preferencias crediticias.

V. LA MAL DENOMINADA INOPONIBILIDAD DEL CAMBIO DE RÉGIMEN Y LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE NO DEUDOR POR DEUDAS LABORALES Y FISCALES.

En los supuestos fácticos a los que venimos refiriéndonos partimos de tres actos jurídicos concatenados, frecuentemente reflejados en la misma escritura de capitulaciones matrimoniales (sustitución de la sociedad de gananciales por separación de bienes, liquidación de la sociedad de gananciales disuelta y partición del caudal ganancial), que han sido objeto de las correspondientes indicaciones e inscripciones registrales; pues, naturalmente, los cónyuges que quieren proteger el patrimonio común de la agresión de los acreedores saben - o se les hace saber - que para que el contenido de las capitulaciones matrimoniales goce de oponibilidad frente a terceros ha de ser objeto de la correspondiente inscripción.

Es esta trascendencia registral del negocio capitular (adjudicaciones de bienes inmueble) la que confiere un especial relieve a las normas de los arts. 1317 y 1401 CC. Si la inoponibilidad resulta, como afirma De Castro, del contraste de dos títulos y de la relativa superioridad o inferioridad de los que entre sí se han opuesto sobre una determinada materia u objeto[28], y ello depende, como también señala este autor, de las circunstancias y requisitos que a cada uno de ellos lo fortalezcan o debiliten, en el caso que nos ocupa, la titularidad registral privativa a favor del cónyuge que no ha contraído la deuda se superpone por encima del derecho de crédito adquirido con anterioridad y por ello es necesario un procedimiento dirigido contra el titular registral del bien para discutir frente a él la responsabilidad del bien. La necesidad de este procedimiento dirigido contra quien no forma parte de la relación obligatoria frente a la que se pretende declarar la inoponibilidad, hace que el supuesto del art. 1317 no se ajuste exactamente al esquema de los negocios inoponibles.

27 Es sumamente relevante, al respecto, la Resolución de la Dirección General de 21 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6604) en la que, en contra de la negativa del registrador a practicar una anotación preventiva de embargo sobre bienes adjudicados al no deudor, el Centro Directivo, partiendo de la autotutela de la Administración Pública, no pone en duda la aplicación del entonces art. 131 de la Ley General Tributaria (hoy 42) y, sin cuestionar el cumplimiento de los requisitos, da por bueno el embargo y la solicitud de anotación de la administración tributaria ante lo que parece considerarse una transmisión "maliciosa" de los bienes, sin entrar a analizar el fundamento de fondo de la Administración Tributaria.

28 De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, reimpresión, 1991, p. 531.

El contenido de los arts. 1317 y 1401 del CC no encaja, desde mi humilde punto de vista, en el molde de la inoponibilidad como ficción o declaración legal de inexistencia (propia de los actos publicables que no han sido inscritos) frente a quien inscribió, ni tampoco en el de la inoponibilidad como ineficacia relativa del acto lesivo, porque lo que pretende el sistema del Código civil para la protección del acreedor perjudicado por una modificación de régimen económico matrimonial no es el retorno del bien al patrimonio ganancial sino el mantenimiento del negocio liquidatorio y particional del haber ganancial, tratando de dotar al acreedor de un título que le permita sujetar ese bien a responsabilidad a pesar de no encontrarse ya en el patrimonio del sujeto deudor.

El art. 1317 CC no dice que se considerará inoponible o inexistente la modificación de régimen económico matrimonial que perjudique derechos adquiridos por terceros, sino que no perjudicará esos derechos, es decir, que existiendo y siendo oponible no causará perjuicio. ¿Cuál es la forma jurídica a través de la cual se fija este no perjuicio? La respuesta la da el art. 1401 CC y consiste, como luego se verá, en una conservación de la responsabilidad existente en el momento de nacer el derecho con independencia del patrimonio conyugal a donde hayan ido a parar los bienes.

Si la inoponibilidad es el derecho que el ordenamiento jurídico concede al protegido, consistente en considerar que no existe la actuación jurídico ajena, la consecuencia de esto en el ámbito de las capitulaciones perjudiciales sería la siguiente: Si el acreedor consorcial pudiera considerar que no se ha producido la liquidación de la sociedad de gananciales en la que se han adjudicado los bienes gananciales embargables al cónyuge no deudor, no sería necesario dirigirse contra el cónyuge no deudor y bastaría la notificación (requisito suficiente cuando la sociedad de gananciales está vigente) para la anotación del embargo sobre esos bienes[29]. Si se permite que el acreedor pueda ignorar el acto, no se le podrán exigir más requisitos que aquellos necesarios en el caso de que el acto no se hubiera producido. Es claro que al acreedor se le faculta para que, a pesar de haberse producido el acto en su perjuicio, pueda dirigirse contra el cónyuge no deudor para discutir frente a él la responsabilidad del bien o bienes responsables que le hayan sido adjudicados, sin que, para ello, salvo excepciones, sea suficiente la notificación. No se puede hablar de ficción de inexistencia de la división del haber ganancial cuando es exigible algo (la demanda al cónyuge no deudor) que no

29 Blanquer Uberos, R.: *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* 1982, XXV, p. 122, parte de que la inoponibilidad del art. 1317 CC supondría no demandar al cónyuge no deudor sino simplemente notificarle la demanda, "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones". Nosotros partimos de que como para obtener una declaración de responsabilidad no es suficiente la simple notificación - otra cosa es la especial llamada al proceso que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil en el art. 541 - sino la constitución del sujeto no deudor en parte procesal, no sólo por requisitos formales sino sustantivos, es por ello por lo que consideramos que no estamos en presencia de una verdadera inoponibilidad.

sería preciso en caso de que realmente se considerase inexistente (sería suficiente la notificación como cotitular de bienes todavía considerados gananciales)[30].

Podría defenderse la idea de inoponibilidad del cambio de régimen económico matrimonial si éste no hubiese recibido la publicidad correspondiente (porque entonces sí se daría el típico y conocido efecto de la inoponibilidad). También cabría afirmar la inoponibilidad del acto capitular en el supuesto en que éste perjudicase a un derecho real inscrito con anterioridad porque, por el consabido principio de inoponibilidad registral y prioridad, el derecho real que adquiere un tercero contra un cónyuge y que inscribe no puede ser perjudicado por el acto inscrito con posterioridad (lo no inscrito no perjudica al tercero que inscribe su título) y, de esta forma, el acto capitular inscrito es inoponible al titular del derecho real inscrito antes del referido acto. En estos casos, la inoponibilidad no es una protección al tercero perjudicado sino al tercero que no tiene acceso al conocimiento del acto que le pudiera afectar.

Ya se ha indicado que los cónyuges que quieren evitar la agresión del patrimonio ganancial mediante una irregular liquidación de este se apresuran en dar la correspondiente publicidad al documento capitular y a las adjudicaciones patrimoniales que contiene. Consecuentemente, nos encontramos ante un acto jurídico que ha ocasionado una ventaja patrimonial a un tercero (cónyuge no deudor) que tiene constancia en el Registro de la Propiedad y que, por lo tanto, es oponible *erga omnes* como efecto de la publicidad registral. Se parte, pues, de que el cambio de régimen económico matrimonial es oponible hasta el punto de que sólo los tribunales pueden atenuar los efectos de la oponibilidad de los asientos derivados de ese cambio de régimen (titularidad del bien a favor del cónyuge que no ha contraído la deuda) mediante una declaración o manifestación de responsabilidad del bien[31].

Si lo que persiguen las normas de los arts. 1317 y 1401 CC es que la situación permanezca inalterada frente al acreedor, existiendo una identidad en cuanto a

30 Si el negocio capitular fuera realmente inoponible, los bienes se tendrían por gananciales y la constitución de la relación jurídico procesal habría que hacerla de acuerdo con lo establecido en el art. 144.1º del Reglamento Hipotecario regulador de los requisitos necesarios para anotar el embargo cuando la sociedad de gananciales todavía está vigente.

31 Hay que recordar que según establece el art. 1, tercer párrafo, LH, "los asientos del Registro ... están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley". En este sentido, parece discutible la afirmación de quien considera que *el artículo 38.3 de la Ley Hipotecaria no se aplica con carácter automático, en casos como éste, en que el derecho inscrito es inoponible a terceros. Vid.* Mas Badía, M.D.: *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 245-247. Según esta opinión, la adjudicación e inscripción de los bienes con carácter privativo a favor del cónyuge no deudor tendrá *eficacia inter partes*, pero frente al acreedor tendrá la consideración de ganancial porque la Ley así lo establece. Con el respeto que esta opinión nos merece, hay que señalar que la intangibilidad de los derechos adquiridos establecida en el art. 1317 CC y complementada con otros preceptos no consiste en reputar ganancial lo que ya no tiene este carácter. Por consiguiente, la aplicación del artículo 38.3 LH es automática y para que no lo sea será necesario que, por vía judicial, se afecte la titularidad privativa, pues no estamos ante una ficción expresamente establecida en la Ley que permita considerar ganancial lo que es privativo *erga omnes*.

los bienes que sirven de garantía y en cuanto al nivel en que tales bienes pueden ser embargados, se puede alcanzar este resultado - el de mantener la situación jurídica del acreedor, es decir, el contenido de su derecho de crédito - sin acudir a la ficción de inexistencia del cambio de régimen económico matrimonial. Se trata de conservar la relación obligatoria sin que para ello sea necesario prescindir, ni siquiera ficticiamente, de las capitulaciones matrimoniales.

Si la finalidad de la tutela del crédito contraído con un cónyuge casado en sociedad de gananciales es mantener la identidad de los bienes y el mismo nivel de responsabilidad, no sólo el acreedor ganancial debería beneficiarse de este sistema sino también el acreedor privativo ya que antes de la disolución y liquidación del patrimonio ganancial éste tiene la facultad de embargar subsidiariamente los bienes gananciales o la parte correspondiente en ellos. Mantener el nivel del embargo o responsabilidad significaría permitirle a este acreedor poder seguir embargando estos bienes en la misma forma que podía hacerlo antes de la división del haber ganancial sin necesidad de recurrir a la impugnación de la partición.

¿Cuál es, pues, el verdadero significado de los arts. 1317 y 1401 CC? ¿Cuál es la calificación jurídica más adecuada de los supuestos contemplados en esas normas? En la práctica, el art. 1317 se invoca junto con el 1401 como si fuese un principio general cuyo contenido normativo quedase absorbido por este último precepto. Sin embargo, parece que el art. 1317, con independencia del desarrollo que en el ámbito del régimen de la sociedad de gananciales tenga para los acreedores gananciales (art. 1401), es un precepto del denominado "régimen económico matrimonial primario" susceptible de ser invocado y aplicado en cualquier situación de cambio de régimen económico matrimonial por los titulares de derechos adquiridos con anterioridad al cambio[32]. La acción de no perjuicio o de "incolumidad" de los derechos adquiridos que establece con carácter general el art. 1317 se convierte, cuando las deudas son gananciales, en la acción de conservación, restauración, restablecimiento o continuación de la responsabilidad existente en la fecha de nacimiento de la deuda[33]. Para el mantenimiento de esta responsabilidad no es necesario que los bienes vuelvan real o ficticiamente (reputándose gananciales)

32 La autonomía del citado precepto puede también venir apoyada porque antes de la Reforma del de 13 de mayo de 1981 no existía un artículo con un contenido similar al del vigente 1401 y, sin embargo, era susceptible de ser invocado para reparar el perjuicio causado por los cambios de régimen económico matrimonial.

33 Esta extensión de responsabilidad que regula el art. 1401 para las deudas gananciales es también el espíritu del art. 1317. Así, se trataría de recuperar o mantener la responsabilidad correspondiente a cada tipo de deuda (ganancial o privativa), con la consiguiente afección de los bienes susceptibles de responsabilidad y sin necesidad de impugnar o atacar los efectos de la partición perjudicial. Creemos que la finalidad del legislador de 13 de mayo de 1981 no fue tanto la de diferenciar la protección de los acreedores privativos de la de los gananciales como la de garantizar o permitir que cualquier acreedor pueda cobrar - a pesar de la modificación del régimen económico matrimonial - con cargo a las mismas masas patrimoniales que, de una u otra forma, directa o subsidiariamente, eran responsables de la deuda contraída antes de la modificación. Volveremos sobre ello después de estudiar la acción rescisoria, por ser la vía generalmente admitida para proteger los intereses de los acreedores privativos.

al patrimonio del que han salido[34]. El patrimonio ganancial, dice Peña Bernaldo de Quirós, persiste individualizado cualesquiera que sean las vicisitudes de su titularidad[35] ; pero - señala el mismo autor en otro lugar - "la incolumidad de los créditos que pesan sobre el patrimonio ganancial tampoco puede llevarse hasta el punto de considerar, a efectos de los acreedores ..., que sigue viva (con las mismas fuentes de ingreso) la sociedad de gananciales disuelta"[36].

La *ratio iuris* del art. 1401 CC reside en el mantenimiento de la relación obligatoria existente entre un cónyuge y un tercero; y mantener la relación obligatoria es conservar sus dos elementos - deuda y responsabilidad - cuando alguno de ellos sufre una alteración que, de forma injustificada, pero al amparo de la autonomía de la voluntad capitular, redunda en perjuicio de tercero[37]. En el caso del cambio de régimen económico matrimonial que perjudica al tercero, junto con la falta de cumplimiento de la prestación en que consiste la deuda, el elemento dañado es la responsabilidad derivada de la modificación patrimonial, de modo que el art. 1401 CC establece, además de una responsabilidad personal (la del deudor), una responsabilidad de los bienes pertenecientes a un patrimonio afecto con independencia de que su titular sea el deudor o su cónyuge. Se ha hablado, en este sentido, de una *responsabilidad real* e, incluso, de una *transmisión objetiva de responsabilidad*[38]. Vamos a detenernos, siquiera sea brevemente, en el significado y alcance de ambas expresiones.

34 El objetivo del art. 1401 CC es la conservación del *status* de responsabilidad que establecía el art. 1369 CC para el caso de que la sociedad de gananciales estuviese vigente, sin que para ello sea necesario prescindir de la, en principio, válida celebración del negocio capitular. Se trata, por tanto, de respetar la validez y eficacia del negocio jurídico capitular en todo su contenido, no sólo para los cónyuges, *domini negottii,* sino también para el acreedor lesionado. Nótese, pues, que la finalidad del art. 1401 CC no es la consecución de una declaración de ineficacia frente al tercero perjudicado y, por ello, creemos que carece de sentido hablar de inoponibilidad.

35 Peña Bernaldo de Quirós, B.: "Comentario del art. 1401 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código civil*, t. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 787.

36 Peña Bernaldo de Quirós, B.: *Derecho de Familia.* Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1989, p. 180.

37 La lesión del derecho de crédito tiene, siguiendo a Díez-Picazo l. y Gullón Ballesteros, A., dos perspectivas, según se contemple desde el punto de vista del deber jurídico del deudor o desde el derecho del acreedor. El deber del deudor es no perjudicar voluntariamente el derecho del acreedor y cuando lo perjudica se le obliga de una u otra forma a reparar el daño causado. Vid. *Sistema de Derecho Civil. II.* Tecnos, 6ª ed. p. 203. Según este mismo autor, el deudor tiene junto con el deber principal de prestación una serie de deberes accesorios consistentes en tener que "procurar (...), en cuanto esté en sus manos, que el acreedor logre la satisfacción de su interés, es decir, prestar aquella cooperación necesaria para que se produzca un resultado útil de la prestación" (vid. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 118). A esto quizá habría que añadir que también es exigible, como deber accesorio, la omisión de todos aquellos actos conducentes a disminuir la solvencia patrimonial del deudor. Como estos deberes accesorios se incumplen muchas veces y el deudor prepara su insolvencia, el acreedor ha de estar revestido de aquellas facultades - el crédito es, según Díez-Picazo (*Fundamentos,* cit., p. 102), un centro de unificación e imputación de facultades jurídicas - para controlar la gestión patrimonial de su deudor o para conservar la solvencia del mismo. Hemos de recordar que muy gráficamente, Díez-Picazo afirma que el acreedor no tiene derecho al patrimonio del deudor sino a su solvencia (*Fundamentos,* cit., p. 105). Entre estas facultades podría encontrarse también la consistente en exigir una prolongación o extensión de la responsabilidad a los bienes afectos que se encuentran en el patrimonio del cónyuge no deudor (art. 1401 CC).

38 La expresión "transmisión objetiva de responsabilidad" es empleada por de los Mozos, J.L. como equivalente a responsabilidad real ("Comentario al art. 1401 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), Edersa, 1999, p. 629). A la responsabilidad real se refiere, por

Responsabilidad real se contrapone a responsabilidad personal, de modo que responden los bienes que formaban parte de la sociedad de gananciales en la fecha de nacimiento de la deuda con independencia de que se hayan adjudicado al cónyuge deudor o al no deudor. De esta forma, la responsabilidad real puede coincidir con la personal cuando el cónyuge deudor resulta adjudicatario de bienes suficientes sobre los que trabar embargo. No existirá esta coincidencia cuando el cónyuge titular del bien responsable sea el no deudor; en este caso, sólo podrá hablarse de responsabilidad real en el sentido - si se permite - de que existe responsabilidad sin deuda en la medida en que el titular de los bienes responsables no es deudor en sentido estricto.

Pues bien, la expresión responsabilidad real no debe ser entendida en sentido amplio, como equivalente a carga de naturaleza real, ya que si el bien o bienes responsables salen del ámbito patrimonial de los cónyuges el art. 1401 CC no es aplicable. En consecuencia, no puede asimilarse la responsabilidad de los bienes ex-gananciales adjudicados al cónyuge no deudor con las garantías reales, y quizá por ello resulte menos equívoca la expresión - utilizada por De los Mozos - transmisión objetiva de la responsabilidad[39].

Ahora bien, parece claro que la acción del art. 1401 CC de extensión de la responsabilidad a los bienes ex-gananciales adjudicados al cónyuge no deudor es una acción personal con repercusión real, en la medida en que no es una simple acción de exigibilidad de la deuda o de reclamación de cantidad, sino que altera el contenido de la situación jurídica real del cónyuge no deudor a quien se le obliga a soportar la ejecución sobre unos bienes que le pertenecen por deudas que, personalmente, no ha contraído. Por esta razón, la citada acción de responsabilidad debería ser objeto de anotación preventiva, a la luz de la interpretación que se viene realizando del apartado primero del art. 42 LH[40]. De lo contrario, la protección

vez primera, Díez-Picazo y Ponce de León, L. ("Comentario al art. 1317 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia,* Tecnos, Madrid, 1984, p. 1797); la expresión es utilizada reiteradamente por los pronunciamientos jurisprudenciales (sirva, como ejemplo, la sentencia de 13 de junio de 1986, primera que contiene la referida expresión). En contra de la existencia de una responsabilidad real se manifiesta Mas Badía, M.D. (*La tercería de dominio,* cit., pp. 220-221*),* para quien no se trata de una verdadera "carga de naturaleza real (parangonable, p.ej., a la hipoteca que afecta al tercer poseedor de los bienes hipotecados). Lo que ocurre es que la inoponibilidad de la modificación a los acreedores afecta, no sólo al acto de disolución y liquidación, con las consiguientes adjudicaciones, de la sociedad de gananciales, sino a todos aquéllos que traigan causa del mismo y que puedan perjudicar a los acreedores protegidos (así, las transmisiones a posibles subadquirentes)". Si bien la autora considera que no existe - en el caso que nos ocupa - una carga real, parece que, finalmente, termina reconociendo, a mi juicio erróneamente, la naturaleza real de la responsabilidad que afectaría el bien a la deuda dondequiera que se encuentre.

39 La transmisión objetiva de la responsabilidad al cónyuge no deudor podría ser un buen concepto para justificar el fenómeno de la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes, sin pagar antes las deudas. Estaríamos ante un supuesto de responsabilidad sin deuda y no ante un supuesto de inoponibilidad porque si así fuese, el cónyuge no deudor no sería responsable porque la adjudicación se tendría por no realizada frente al tercero, y éste no tendría que solicitar declaración de responsabilidad alguna.

40 El art. 42.1º LH establece que podrá pedir anotación preventiva de sus derechos en el Registro "1ºEl que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real". Aunque esta norma permanecerá vigente tras la entrada en vigor de la

de los acreedores consorciales quedaría sensiblemente debilitada frente a la de los acreedores privativos, cuya reparación del perjuicio a través de la acción pauliana es susceptible de anotación preventiva con la consiguiente repercusión de cara al tráfico jurídico.

Hasta aquí hemos pretendido reflejar nuestro enfoque sobre las normas directamente aplicables para proteger a los acreedores perjudicados por el denominado "fraude capitular". Pero las sentencias del Tribunal Supremo con las que hemos comenzado este trabajo nos exigen ampliar el enfoque y reflexionar sobre normas que siendo, *prima facie,* de aplicación supletoria al escenario fáctico de nuestro estudio, no deben desdeñarse por permitir entender mejor el sentido del art. 1401 CC y por ofrecernos claves más sencillas y prácticas, tal vez, para resolver los conflictos en juego.

VI. LA PÉRDIDA DEL LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD *INTRA VIRES* POR UNA DEFECTUOSA REALIZACIÓN DEL INVENTARIO.

La STS 14 diciembre 2020 nos permite apreciar cómo el Alto Tribunal tiene que recomponer - fáctica y jurídicamente - un caso en el que ni recurrente (Tesorería General de la Seguridad Social) ni parte recurrida (la esposa del deudor) lo plantean desde un enfoque adecuado. La Tesorería se equivoca cuando alude, en varias ocasiones, a una comunidad postganancial que no existe realmente, ya que el inventario realizado abre una liquidación – defectuosa, pero realizada – de la sociedad de gananciales. Y la esposa recurrida enfoca toda su oposición en la falta de adjudicación de bienes responsables, cuando el *quid* de la cuestión reside en la omisión de las deudas que se habían generado para con la Seguridad Social tiempo antes de la disolución del régimen de gananciales. El juicio que emite el Supremo, en interés casacional objetivo para formación de jurisprudencia, deja entrever, en mi opinión, los errores de apreciación fáctica y jurídica de recurrente y recurrida, pero no solo esto. A mi juicio, y como veremos, a continuación, abre una nueva senda, de más fácil tránsito y de mejor visibilidad, a los acreedores gananciales perjudicados por unas capitulaciones matrimoniales.

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, no podemos olvidar que el art. 727.5º (Medidas cautelares específicas) regula la anotación de demanda, "cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos". Con ello queremos significar que parece que la interpretación amplia que la D.G.R.N. venía dando al apartado 1º del art. 42 L.H. puede consolidarse y extenderse a aquellos supuestos de acciones personales en las que - como la derivada del art. 1401 CC - no se reclama simplemente un crédito ante cuya insatisfacción pudiera ser necesario ejecutar el patrimonio del deudor *ex* art. 1911 del C.c. Creemos que cuando el acreedor solicita la responsabilidad de los bienes ex-gananciales adjudicados al cónyuge no deudor está pidiendo que el asiento registral de dominio a favor del cónyuge no deudor quede afectado por el correspondiente embargo. La Resolución de la Dirección General de los Registros de 4 de abril de 2000 se hace eco de la doctrina científica y de la jurisprudencia registral que han interpretado el art. 42.1º L.H "en el sentido de que tiene cabida en él todas las demandas que, de prosperar, producirían una alteración registral". De aquí puede deducirse que serán anotables todas aquellas pretensiones que tengan relevancia en el Registro (la anotación de embargo sobre un bien que ya no pertenece al cónyuge deudor parece que la tiene).

Existe, como bien se sabe, una indefinición en el art. 1317 CC sobre el mecanismo de protección de los titulares de derechos adquiridos con anterioridad a las modificaciones de régimen económico matrimonial. El art. 1317 construye un sistema de protección de los terceros, pero no califica la vía a través de la cual se reparará el perjuicio.

Al preguntarnos por el tipo de sanción que establece el art. 1317, y a diferencia de lo que entiende una buena parte de la doctrina, consideramos – como ya hemos señalado - que no estamos ante una auténtica manifestación del fenómeno de la inoponibilidad[41]. Pensamos, como hemos ya anticipado, que no se trata de ejercitar una acción que permita al acreedor considerar gananciales bienes que ya no lo son (oponibilidad del cambio de régimen y de las nuevas titularidades privativas que han recibido la publicidad correspondiente); no se trata, en definitiva, de congelar las titularidades, sino de congelar el sistema de responsabilidad. Ello se ha de hacer manteniendo el nivel en que los bienes pueden ser embargados y la identidad de ellos en cuanto a la cuota o cuantía en que éstos sirven de responsabilidad.

Pero el Tribunal Supremo, en las resoluciones que constituyen el presupuesto de este estudio, parece ir más allá. Pudiera estar abriendo una nueva vía de interpretación de los preceptos tradicionalmente aplicables para permitir que el acreedor pueda cobrar sobre bienes que, habiendo sido gananciales, pertenecen ahora en exclusiva al cónyuge no deudor. Y esa nueva vía consiste en aplicar las normas de la partición de la herencia – no de forma supletoria, como dice el art. 1410 CC – sino de modo principal y directo. Supondría ello traer, al supuesto que ahora nos ocupa, las normas de limitación de responsabilidad derivadas de una realización correcta y regular del inventario del activo y pasivo ganancial.

De este modo, la falta de inventario debidamente realizado o la pérdida de este beneficio que se produciría cuando el cónyuge no deudor dejase de incluir en el mismo, a sabiendas, alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia/masa ganancial (art. 1024.1 CC) determinaría la responsabilidad *ultra vire*s de este cónyuge, produciéndose una confusión de patrimonios que perjudicará al cónyuge adjudicatario no deudor, pero que no puede perjudicar a los acreedores (art. 1023.3 CC). La aplicación de las normas de la división de la herencia a la liquidación y división de los gananciales, además de operar por la vía subsidiaria del art. 1410 CC, actúa de modo principal y directo cuando se trata de salvaguardar los derechos de los acreedores. En efecto, el art. 1402 CC, a continuación del 1401 al que reiteradamente nos hemos referido, establece que "Los acreedores gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las

41 Así lo han concebido, a título de ejemplo, Ragel Sánchez, L.F.: *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 49 y ss. y 212 y ss.; y Vaquer Aloy, A.: "Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el art. 340.3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña), *Anuario de Derecho Civil,* fascículo IV, 1999, pp. 1491 y ss.

leyes en la partición y liquidación de las herencias". Ya no se trata, por tanto, de una simple remisión a normas que subsidiariamente pueden resultar aplicables sino de una norma que delimita el ámbito de responsabilidad patrimonial sobre el que los acreedores pueden cobrar. Y la delimitación de este contorno de responsabilidad patrimonial se hace a través del art. 1084.1 CC, según el cual "hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio".

La realización del inventario es, pues, el elemento clave para delimitar el contorno de la responsabilidad de los bienes responsables que hayan cambiado de adscripción patrimonial. Por el contrario, si no hubiera inventario porque no se hubieran iniciado los actos liquidatorios y particionales, estaríamos, en mi opinión, ante un escenario diferente, que es el que da lugar a la STS 19 julio 2021, a diferencia del que da origen a la STS 14 diciembre 2020. El inventario es, en la liquidación y en la división de la sociedad de gananciales, un elemento previo e imprescindible, de modo que, si no se ha practicado la liquidación, y la sociedad de gananciales disuelta se encuentra todavía en estado de comunidad postganancial, no podemos, entiendo, aplicar la norma del art. 1401 CC, sino la del 1369 CC. Si la sociedad solo está disuelta pero no se ha hecho la división, ya no se generarán nuevos bienes gananciales pero los existentes hasta el momento serán responsables; no lo serán, sin embargo, los generados después de la disolución. No creo, tampoco, que se puedan aplicar las reglas del inventario defectuosamente realizado (pérdida del beneficio de limitación de la responsabilidad a los bienes gananciales adquiridos y extensión de la responsabilidad a todos los bienes) a los casos en los que no hay inventario porque no se inició la fase liquidatoria de la sociedad de gananciales[42]. Cuestión diferente es que se haya practicado la división de los gananciales sin haber realizado previamente el inventario. Solo este caso podría, en mi opinión, asimilarse al de la realización defectuosa del inventario. Ahora bien, si no se ha realizado inventario porque no se ha iniciado la liquidación, no deberían desencadenarse los efectos de extensión de la responsabilidad a todos los bienes del adjudicatario propios del "beneficio de inventario" y la responsabilidad deberá limitarse a los bienes gananciales, a aquellos que lo sean hasta la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales.

No ha sido este el criterio adoptado en la STS de 2021 que, como ya hemos señalado, aplica la misma sanción de pérdida del beneficio de limitación de

42 El alcance de la responsabilidad, en este ámbito, se ha ligado a la existencia de un inventario mejor o peor realizado. "Si se ha formalizado debidamente inventario (que ha de incluir explícitamente las deudas pendientes a cargo de la sociedad), se sujetan a responsabilidad – con independencia de la responsabilidad ilimitada del cónyuge deudor – los bienes que integraban la masa ganancial en el momento de la disolución y que han sido adjudicados al cónyuge no deudor (…)". Así lo ha expresado Vargas Benjumea, I.: *El fraude*, cit., p. 149.

responsabilidad y considera que todos los bienes del cónyuge no deudor son responsables y todos son susceptibles de embargo.

Al margen de esta perspectiva crítica, lo cierto es que la aplicación del "beneficio de inventario" y de su pérdida a los casos de división de los gananciales y de su responsabilidad ante las deudas comunes requiere, en mi opinión, una reflexión sobre los siguientes aspectos: primero, sobre el significado del "beneficio de inventario" en la aceptación de la herencia y su extrapolación a los casos de división de los gananciales; segundo, acerca del significado de la "pérdida del beneficio de inventario"

1. Significado del "beneficio de inventario" en la aceptación de la herencia y su extrapolación a los casos de división de los gananciales.

Como bien se sabe, tradicionalmente se ha concebido que la aceptación "beneficiaria" de una herencia tiene como consecuencia la separación entre el patrimonio hereditario y el patrimonio del heredero, sin confusión con el patrimonio propio de ese heredero. "No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia", establece el apartado 3º del art. 1023 CC.

Como ya tuve ocasión de expresar con ocasión de algún estudio sobre la herencia en concurso y sobre el fallecimiento del concursado, el patrimonio del causante convertido en herencia se mantiene, a mi juicio, individualizado hasta la total extinción de las deudas del causante, con independencia de la actitud que adopte el llamado respecto a la herencia, del modo en que la acepte y de la división que experimente el patrimonio a consecuencia de la partición de la herencia[43].

Considero que la tradicional disyuntiva separación/confusión patrimonial debe ser abandonada porque la clave está en la conservación de la responsabilidad del patrimonio hereditario por sus deudas propias, sin perjuicio de que la responsabilidad del heredero sea ilimitada a sus propios bienes cuando no haya aceptado a beneficio de inventario. No comparto la concatenación que habitualmente se realiza entre responsabilidad ilimitada del heredero y confusión del patrimonio de este y del de la herencia porque entiendo que se puede exigir tal responsabilidad ilimitada (o *ultra vires*) sin necesidad de acudir a la idea de confusión patrimonial que, de otro lado, resulta disonante con un sistema registral moderno que permite una adecuada identificación e individualización de las diferentes titularidades. Defender la idea de confusión patrimonial solamente tiene sentido, en mi opinión, cuando no sea posible identificar la titularidad de los bienes

43 En este sentido, *vid.*, Yáñez Vivero, F.: *El fallecimiento del concursado,* Civitas, Madrid, 2012, p. 111. Y, anteriormente, Cámara Águila, P.: "Comentario al art. 182 de la Ley Concursal", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2004, p. 1857.

(pasada y presente) porque los bienes no sean inscribibles o porque siéndolo no están inscritos[44].

Habida cuenta de que la norma del art. 1410 CC regula la aplicación subsidiaria de las normas de liquidación y partición de la herencia a la liquidación y división de la sociedad de gananciales, entendemos extensible a esta última el razonamiento anterior. En otros términos: la consecuencia de que el inventario se formule "debidamente" - como establece el art. 1401 CC – no es la de evitar la confusión de patrimonios sino la de limitar la responsabilidad del otro copartícipe en la sociedad de gananciales, que es el cónyuge del deudor por deudas gananciales, evitando así una responsabilidad ilimitada, extensible también a sus propios bienes.

Craso error, a mi juicio, el de considerar - como hace la cónyuge del deudor en la STS de 2020 - que si no hay adjudicación de bienes no hay confusión entre esos bienes gananciales y los privativos del adjudicatario, lo que llevaría, *sensu contrario,* a considerar que si hay adjudicación se desencadena confusión patrimonial y el adjudicatario perdería el beneficio de limitación de responsabilidad a los bienes adjudicados[45]. Tal beneficio dependerá de si, cuando deba haber hecho inventario, este se haya hecho y se haya hecho correctamente, pero no del hecho de la adjudicación de bienes. Porque la adjudicación de bienes no genera confusión en la medida en que la responsabilidad del patrimonio sujeto a garantía permanece, como hemos señalado anteriormente, individualizada y separada de la responsabilidad que, de modo concurrente o no, pueda corresponder a otros patrimonios. No hemos de olvidar que no son las deudas las que cambian de patrimonio, sino que es el patrimonio el que puede cambiar de titularidad, pero su individualización y separación se mantiene hasta que se extingan todas las deudas de las que es responsable[46]. Y un inventario "debidamente" realizado – a continuación, abordaremos el significado de tal expresión – comporta un beneficio para quien así lo hace, consistente en que la responsabilidad quede limitada al patrimonio que tiene que responder.

2. Significado de la "pérdida del beneficio de inventario".

"El heredero perderá el beneficio de inventario – establece el art. 1024 CC – 1º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia. 2ª Si antes de completar el pago de las deudas y legados

44 De nuevo, *vid. El fallecimiento del concursado,* cit., p. 216.

45 Así lo referencian, también, algunos comentaristas de la STS 4195/2020, de 14 de diciembre, como López Cumbre, L.: "El cónyuge no deudor responde por las deudas con la Seguridad Social en fase de liquidación, disuelto el matrimonio", en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/01/El_co%CC%81nyuge_no_deudor_responde_deudas.pdf (fecha de consulta: 17 de marzo de 2022), pp. 1-2.

46 *Vid.* Puig Peña, P.: *Compendio de Derecho Civil español,* Aranzadi, Pamplona, 1972, pp. 134 y ss. Y también esta es la tesis que sostiene Peña Bernaldo de Quirós, M.: *La herencia y las deudas del causante,* Comares, Granada, 2009, pp. 302 y ss.

enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados (…)". Y también el art. 1013 CC hace referencia a un inventario "fiel y exacto de todos los bienes de la herencia".

De otro lado, "la ocultación o sustracción de algunos efectos de la herencia", como refiere el art. 1002 CC, conlleva la aceptación pura y simple, es decir, es otro modo de reconducir a la responsabilidad *ultra vire*s (también, por tanto, con sus propios bienes) de quien lleva a cabo esos comportamientos. "Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia pierden la facultad de renunciarla y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir". Se sanciona, así, al margen de la posible tipificación penal, un comportamiento civil ilícito. Reparemos que, ab initio, no se exige la acreditación de una actuación culpable o dolosa encaminada al perjuicio de los acreedores, si bien volveremos luego sobre esta delicada cuestión.

Una interpretación literal de las normas aplicables parece llevarnos a la conclusión de que la omisión de las deudas no es causa, por sí sola, para perder el beneficio. Los citados preceptos parecen querer referirse exclusivamente a la parte activa del patrimonio. Y, de hecho, la doctrina entiende que el contenido del inventario debe ser fiel y exacto, si bien, la fidelidad del pasivo no se exige con el mismo rigor que la del activo[47]. Los tribunales, por su parte, también se mostraban vacilantes – antes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2005 - sobre la obligación de consignar el pasivo en el inventario[48]. Es lógico que una deuda que no esté

47 Así lo enfoca García Goldar, M.: *La liquidación de la herencia en el Código Civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas,* Colección Derecho Privado, BOE, 2019, pp. 496 y ss. Refleja esta autora un caso en el que esta falta de rigor en el pasivo se pone de manifiesto. Es el caso que da origen a la STSJC (Catalunya), Sala Social, de 4 de mayo de 2005. En esta sentencia se pretendía que el heredero perdiese el beneficio de inventario por no haber incluido una deuda procedente de un proceso ejecutivo ya iniciado. El TSJC argumentó que «en la sentencia de instancia se justifica dicha condena por el hecho de que los herederos conocían la reclamación formulada por los demandantes y no la incluyeron en el pasivo de la herencia que aceptaron, considerando que ello suponía un incumplimiento del Código de Sucesiones equivalente a no practicar el inventario en tiempo y forma, por no hacer constar la totalidad de las cargas de la herencia. No puede aceptarse dicha afirmación porque, aunque es cierto que en el momento en el que los herederos aceptaron la herencia tenían conocimiento de que los demandantes habían ejercitado la acción de reclamación de cantidad, mediante la interposición de la papeleta de conciliación, no puede afirmarse que dicha reclamación formara parte del pasivo de la herencia. Es más, en ese momento consignaron como posible crédito el de los demandantes. Esta actuación de los herederos no puede llevar aparejada la consecuencia de que deban responder con sus propios bienes, por confusión patrimonial, cuando los mismos han aceptado la herencia a beneficio de inventario, lo que significa, desde el punto de vista de la responsabilidad del heredero, que ésta afronta las deudas del *de cuius*, pero dentro de los límites de los bienes del caudal relicto (…)».

48 Buena manifestación de esta discrepancia es, de un lado, la Audiencia Provincial de Cádiz que, en Auto de 14 octubre 2008 (JUR 2009, 51912), considera que el carácter "fiel y exacto" del inventario guarda relación exclusiva con el activo, sin que exista obligación de incluir el pasivo; por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 27 abril 2007 (JUR 2007, 280614), sostiene que lleva razón la Administración Tributaria cuando exige que en el inventario debe constar el pasivo de la herencia. Y, también de la Audiencia Provincial de A Coruña, el Auto de 22 junio 2006 (JUR 2007, 324177) declara que el inventario debe abarcar no solo los elementos del activo, sino también las deudas y cargas de la herencia por cuanto constituye un trámite para la posterior liquidación; todos los elementos patrimoniales habrán de ser descritos de modo que permitan su identificación e individualización sin riesgo de confusión; y será también necesaria la concurrencia de los acreedores a la práctica del inventario en defensa de sus legítimos intereses.

vencida y que no sea exigible no tenga - todavía - que constar en el inventario, pero ello no excluye el necesario rigor con el que deben constar en el inventario, también, las deudas y cargas conocidas o cognoscibles. Parece que, además, no se requiere, de modo expreso, un avalúo o valoración ni del activo ni del pasivo, si bien en el caso de las deudas, parece razonable que conste su cuantía, lo cual supone ya una valoración[49].

Tras la LJV de 2015 es clara la obligación del heredero de inventariar no solo el activo, sino también el pasivo, de modo que la omisión de este último tiene que desencadenar alguna sanción para quien teniendo que hacerlo no lo hace. El art. 68.3 de la Ley de 28 de mayo de 1862, Orgánica del Notariado (el Título VII de esta ley, "Intervención de los notarios en expedientes y actas especiales", fue introducido por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015) establece lo siguiente: "El pasivo incluirá relación circunstanciada de las deudas y obligaciones así como de los plazos para su cumplimiento, solicitándose de los acreedores indicación actualizada de la cuantía de las mismas, así como de la circunstancia de estar alguna vencida y no satisfecha. No recibiéndose por parte de los acreedores respuesta, se incluirá por entero la cuantía de la deuda u obligación"[50].

Resulta, pues, de este precepto el deber de incluir en el inventario deudas vencidas y pendientes, tanto si el causante es deudor principal o subsidiario, como si se trata de una deuda solidaria o mancomunada[51]. Recordemos que los casos que dan origen a este trabajo son los de unos maridos que por ser administradores de determinadas sociedades responden solidariamente de las deudas de estas, deudas que no se incluyen en el inventario y que, por tanto, no se liquidan. En cualquier caso, deberán incluirse aquellas deudas que no se extinguen por la muerte del causante, y con independencia de si están sometidas a condición o plazo y esta relación deberá ser circunstanciada, es decir, ha de expresar las circunstancias de las deudas y obligaciones y no solo los plazos de cumplimiento[52].

Respecto al contenido del inventario, sea el activo, sea el pasivo, se ha dicho que el notario debe controlar su legalidad, pero que, en último caso, el responsable de su contenido es el heredero, de modo que en el caso de que el

49 La ausencia de una referencia expresa a la obligatoriedad del avalúo es clara en el art. 68.2 Ley del Notariado, pese a que "si por la naturaleza de los bienes considerasen los interesados necesaria la intervención de peritos para su valoración, los designará el Notario con arreglo a lo dispuesto en esta Ley", pero no puede de ello desprenderse la obligación del avalúo de bienes en todo caso.

50 En su versión vigente tras la LJV de 2015, el art. 1011 CC ordena que «la declaración de hacer uso del beneficio de inventario deberá hacerse ante notario». Se impone pues una declaración formal y expresa de hacer uso de tal prerrogativa, a diferencia de lo que ocurría en los orígenes de la figura. En contraste, por tanto, con la situación anterior, y tras la reforma de la LJV, resulta claro que el único competente para formalizar la declaración de hacer uso del beneficio de inventario es el notario.

51 *Vid.* Sainz-Cantero Caparrós, M. B., y Martos Calabrús, M. A.: *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria,* Comares, Granada, 2017, p. 190.

52 *Vid.* García Goldar, *La liquidación,* cit., p. 405

acreedor discrepase, el notario no estaría vinculado por tales manifestaciones y dicho inventario se formalizaría con arreglo a la documentación presentada por el heredero[53].

Pese a esta exigencia del inventario del pasivo y de su indudable trascendencia de cara a una formalización correcta de aquel, el Código Civil continúa – incomprensiblemente, a mi juicio - refiriéndose a la ocultación o sustracción, o no reflejo en el inventario de bienes, derechos y efectos de la herencia, pareciendo excluir el lado pasivo del patrimonio hereditario, como si la omisión del pasivo no fuera un dato relevante para la pérdida del beneficio de inventario[54].

En este punto, es necesario resaltar que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 20 octubre 2011[55], ha manifestado que «la doctrina, aun reconociendo que el art. 1002 no puede ser aplicado analógicamente a otros supuestos similares dado su carácter sancionador, resalta que su interpretación no puede restringirse tanto que no pueda alcanzar otros supuestos idénticos a los contemplados en el precepto, siempre que se trate de disminuir el activo hereditario, aumentar el pasivo o defraudar a otros herederos, legatarios o acreedores hereditarios (…)»[56]. De ello puede colegirse que, ya incluso antes de la LJV de 2015, cobraba cierta importancia el pasivo del inventario de cara a determinar la pérdida del beneficio por parte de quien pretenda "defraudar a (…) los acreedores hereditarios". A título de ejemplo, los autores han entendido comprendidos en el espectro de comportamientos ilícitos, "(…) la alteración de las cuentas del causante, la ficción de un crédito para aumentar el pasivo, negar una deuda del llamado frente al causante (…)"[57].

53 *Vid.* García Goldar, *La liquidación,* cit., p. 406.

54 A esta aparente contradicción se refiere, también, Pérez Álvarez, M.A: *El beneficio de inventario,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 93, para quien la ocultación de algún elemento del pasivo irá precedida de una falta de formalidad necesaria en el inventario (la citación del correspondiente acreedor), lo que dará lugar a una pérdida del beneficio, al amparo del art. 1018 CC, por incumplimiento de las solemnidades exigibles, al mediar culpa del deudor.

55 STS 20 octubre 2011 (ROJ: STS 7169/2011 – ECLI:ES:TS:2011:7169).

56 La Administración Tributaria, al amparo del art. 1002 CC, demanda a unos herederos con el fin de obligarlos a responder de las deudas tributarias de su causante con todos los bienes y derechos integrantes de sus respectivos patrimonios personales. Se solicita, para ello, que se declare perdido el beneficio de inventario de la herencia del causante solicitado por los herederos. El Juzgado de Primera Instancia declara perdido el beneficio de inventario y la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia absolviendo a los demandados. El Supremo, en la resolución del recurso de casación, da la razón a los herederos por considerar que no han incurrido en ninguna de las conductas del art. 1002 CC que desencadenen la pérdida del beneficio de inventario, porque la ocultación o la sustracción de bienes a que se refiere este precepto requiere que quien oculta o sustrae sea ya heredero, condición que todavía no ostentaban los hijos del causante cuando vendieron los bienes de la herencia.

57 Así lo refleja Costas Rodal, L.: "Pérdida del beneficio de inventario por sustracción u ocultación de bienes de la herencia. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2011", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 4/2012, p. 6. E. igualmente, De la Iglesia Prados, E.: "La pérdida del beneficio de inventario por ocultación de bienes de la herencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 29/2012, p. 10.

Aunque no haya referencia expresa en el texto destacado de la sentencia al caso que nos ocupa - el de la omisión de una deuda en el pasivo del inventario – parece obvio que, tratándose de una actuación encaminada a perjudicar o a ignorar a un acreedor, configura uno de los comportamientos ilícitos que conlleva la pérdida de tal beneficio. Cuando los precitados autores, en sus comentarios a esta sentencia del Supremo, consideran comprendido, en el elenco de conductas sancionables, "el negar una deuda del llamado frente al causante", ello nos lleva a pensar que toda omisión consciente de cualquier elemento del pasivo de la herencia (o del patrimonio ganancial susceptible de liquidación) constituye un hecho determinante de la pérdida del beneficio de inventario.

En el caso específico de la liquidación de la sociedad de gananciales, el Supremo parece considerar que el inventario es incorrecto cuando no es reflejo fiel y exacto del caudal ganancial. Por tanto, bajo el término "caudal", ha de comprenderse tanto el activo como el pasivo. Y, en consecuencia, hemos de entender que un inventario no estará "debidamente" realizado cuando se omite cualquier elemento - activo o pasivo - que teniendo que constar en el inventario no conste[58].

La aplicación supletoria de las reglas de partición y división del caudal hereditario a la liquidación y división de la sociedad de gananciales es clara, al amparo del art. 1410 CC. Sin embargo, considero que, cuando se trata de proteger los derechos de los acreedores – sean de la herencia, sean de la sociedad de gananciales -, se está estableciendo una equiparación en la protección de ambos (art. 1402 CC) que, en sentido estricto, no permite hablar de aplicación supletoria o subsidiaria, sino de aplicación analógica que convierte a la norma del 1402 CC en una norma con contenido directamente aplicable para la protección de los acreedores gananciales en la liquidación y división de la sociedad. En otros términos: para lo no previsto para la partición de los gananciales se aplicará supletoriamente lo establecido para la división de la herencia, pero para lo relativo a la protección de los acreedores gananciales regirá, no con carácter supletorio sino principal, todo lo previsto para la protección de los acreedores de la herencia.

Así pues, acreditada la pérdida del beneficio de inventario cuando este hubiera sido preceptivo por haberse iniciado la liquidación de los gananciales,

58 Muy significativa al respecto es la STS 28 abril 1988 (ROJ: STS 9961/1988 - ECLI:ES:TS:1988.9961), en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se manifiesta lo siguiente: "El artículo 1.401, (…), contiene (…) un precepto explícito y otro implícito; pues en primer lugar se sujetan expresamente a responsabilidad los bienes adjudicados al cónyuge no deudor (lo que bastaría para la desestimación de la tercería) con independencia de la responsabilidad del cónyuge deudor con todos sus bienes; pero esta responsabilidad limitada descansa sobre los presupuestos de que se trate de una deuda consorcial contraída por el otro cónyuge y que se haya formalizado debidamente el inventario (que ha de incluir explícitamente las deudas pendientes a cargo de la sociedad; lo que, en el caso, reconocidamente se ha omitido). De no ser así, y éste es el precepto implícito, es decir, si los cónyuges han dividido el activo sin pagar deuda consorcial, el cónyuge no deudor responde «ultra vires» por cuanto, según el artículo 1.402, los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias".

las consecuencias, es decir, la pérdida de la limitación de responsabilidad *intra vires* será una consecuencia *ipso iure* de la acción del 1401 CC, reforzada por la acción de los arts. 1402, 1002, 1023 y 1024 CC, reguladores de la extensión de la responsabilidad en caso de pérdida del beneficio de inventario. De este modo, se ha dicho con razón – a mi juicio – que el *petitum* de la demanda hay que plantearlo con suficiente amplitud como para que en el supuesto de que el inventario no se haya realizado debidamente a sabiendas de los cónyuges, el órgano jurisdiccional pueda emitir una declaración de responsabilidad sobre todos los bienes del no deudor[59].

Con todo, la cuestión más delicada en la aplicación de estas normas a la liquidación defectuosa de la sociedad de gananciales es, desde mi punto de vista, la relativa a la necesidad de acreditar el ánimo de perjuicio, la culpa o el dolo de quien formaliza un inventario incorrecto. La doctrina, en general, ha considerado que este precepto fija una «sanción civil» para una actuación que se estima indeseada[60] y ya la vieja STS de 4 de abril de 1903, aplicando el art. 1024 CC, considera que se trata de sancionar actuaciones maliciosas del heredero, realizadas con el propósito de lucrarse, de perjudicar a los interesados en la sucesión, o con cualquier otro intento reprobable. Como bien se ha señalado, la omisión del inventario o el incumplimiento de los plazos o de las formalidades no implican por sí solos la pérdida del beneficio: solo la implica la omisión o el incumplimiento culpable, según el art. 1018 CC; o "a sabiendas", como dice el 1024 CC. Por tanto, "el beneficio de inventario no se pierde mientras *no se pruebe* que aquellos requisitos dejaron de cumplirse por culpa o negligencia de los herederos"[61].

Para la conservación del beneficio bastaría, pues, con tener un *comportamiento* libre de culpa o negligencia en relación con las formalidades o plazos prescritos, aunque éstos no sean cumplidos[62]. Y, en mi opinión, respecto al pasivo de un inventario se deja de tener un comportamiento "libre de culpa" cuando no se incluye en el activo o en el pasivo un bien o una deuda susceptible de ser conocidos por quien realiza el inventario. La clave estaría, por tanto, en la cognoscibilidad del elemento del activo y/o del pasivo que debiendo incluir no se ha incluido. Se trataría, por tanto, de acreditar el conocimiento o la posibilidad del conocimiento de los elementos del inventario por parte de quien no puede ignorarlos sin falta a la buena fe. No habrá pues que acreditar la mala fe o la culpa o negligencia sino la susceptibilidad de conocer el elemento que se ha omitido. En el caso que nos ocupa – habiendo sido notificado el cónyuge del deudor acerca de la existencia de deudas laborales de la empresa de la que su cónyuge es administrador único

59 *Vid.* Vargas Benjumea, I.: *El fraude,* cit., pp. 149-150.

60 *Vid.* García Goldar, M.: *La liquidación,* cit., p. 394.

61 *Vid.* Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Las deudas del causante,* cit., p. 224.

62 Así, García Goldar, M.: *La liquidación,* cit., p. 397.

– es obvia la cognoscibilidad de tal pasivo por parte del cónyuge formalmente no deudor.

Tal vez no sea ya necesario, tras estas sentencias de nuestro Supremo, volver a plantearnos cómo hemos de denominar a la acción que tienen los acreedores gananciales para poder embargar bienes anteriormente comunes. Bastará con probar la conscientemente defectuosa elaboración y confección del inventario (circunstancia que acaecerá en todos los casos en los que los cónyuges quieran burlar las expectativas de cobro de sus acreedores) para conseguir *ipso iur*e la extensión de la responsabilidad, también, al patrimonio propio del cónyuge que no ha contraído la deuda.

Todo se hace depender, pues, de que el inventario esté bien o mal hecho. Y cuando los cónyuges modifican su régimen económico y en el inventario no reflejan de modo correcto el activo y/o el pasivo existente, siendo conocedores y, por tanto, conscientes de esta omisión o incorrección, haya o no mala fe, nos coloca ante un caso de responsabilidad *ultra vire*s de los cónyuges que pasarán a responder con todo su patrimonio. Parece la lógica consecuencia – y la lógica sanción – que debe padecer quien pudiendo limitar su responsabilidad a través de la realización de un inventario fiel y exacto, no lo hace. Menos razonable resulta a mi juicio – como ya he señalado - que la sanción por no realizar el inventario, porque no se haya ni siquiera iniciado el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, sea, para el Supremo, la misma que la de realizarlo defectuosamente.

BIBLIOGRAFÍA

Albácar López, J.L. y Torres Lana, J.A.: "Comentario al art. 1366 CC", en *Comentarios al Código Civil,* t. IV, Trivium, Madrid, 1995.

Bello Janeiro, D.: "La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* julio-agosto, 1993, núm. 617.

Blanquer Uberos, R.: "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* 1982, XXV.

Benavente Moreda, P.: "Comentario de la STS 14 de marzo de 2000", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 53, 2000.

Cabanillas Sánchez, A.: "Comentario de la STS de 7 de noviembre de 1992", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 1992, núm. 30.

Cámara Águila, P.: "Comentario al art. 182 de la Ley Concursal", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2004.

Campo Villegas, E.: "En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes", *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 2, abril-junio 1977.

Costas Rodal, L.: "Pérdida del beneficio de inventario por sustracción u ocultación de bienes de la herencia. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2011", *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil,* núm. 4/2012.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, reimpresión, 1991.

De la Iglesia Prados, E.: "La pérdida del beneficio de inventario por ocultación de bienes de la herencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 29/2012.

De Los Mozos, J.L.: "Comentario al art. 1401 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), Edersa, Madrid, 1999.

Díez-Picazo, L.: "Comentario al art. 1317 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia,* t. II, Tecnos, Madrid, 1984.

García Goldar, M.: *La liquidación de la herencia en el Código Civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas,* Colección Derecho Privado. BOE, 2019.

Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F.: *Derecho de Familia, I,* Bosch, 3ª ed., 1978.

López Cumbre, L.: "El cónyuge no deudor responde por las deudas con la Seguridad Social en fase de liquidación, disuelto el matrimonio", en https://www.ga-p.com/wpcontent/uploads/2021/01/El_co%CC%81nyuge_no_deudor_responde_deudas.pdf (fecha de consulta: 17 de marzo de 2022).

Mas Badía, M.D.: *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Peña Bernaldo De Quirós, M.: "Comentario al art. 1366 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código civil,* t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Peña Bernaldo De Quirós, M.: "Comentario del art. 1401 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código civil,* t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Peña Bernaldo De Quirós, M.: *Derecho de Familia,* Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1988.

Peña Bernaldo De Quirós, M.: *La herencia y las deudas del causante,* Comares, Granada, 2009.

Pérez Álvarez, M.A.: *El beneficio de inventario,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

Puig Peña, P.: *Compendio de Derecho Civil español,* Aranzadi, Pamplona, 1972.

Ragel Sánchez, L.F.: *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

Rubio Torrano, E.: "Capitulaciones matrimoniales; causa ilícita. La liquidación de la sociedad de gananciales. Principio de irretroactividad de las leyes", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 7, 1985.

Sáinz-Cantero Caparrós, M. B., y Martos Calabrús, M. A.: *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria,* Comares, Granada, 2017.

Torralba Soriano, F.: "Comentarios al art. 1366 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

Vaquer Aloy, A.: "Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el art. 340.3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña), *Anuario de Derecho Civil,* fascículo IV, 1999.

VARGAS BENJUMEA, I.: *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Mecanismos de defensa para el acreedor perjudicado,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

YÁÑEZ VIVERO, F.: *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes exgananciales,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003.

YÁÑEZ VIVERO, F.: *El fallecimiento del concursado,* Estudios de Derecho Concursal, Civitas, Madrid, 2012.

YÁÑEZ VIVERO, F.: "La ejecución sobre bienes exgananciales: trabas registrales y algunas propuestas de solución", *La Ley. Derecho de Familia,* núm. 33, enero-marzo 2022.

DESAHUCIO POR PRECARIO Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA EN LAS CRISIS FAMILIARES

ALLOCATION OF HOUSING IN FAMILY CRISES AND EVICTI ON FOR PRECARIOUSNESS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 642-689

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Frecuentemente los progenitores de uno de los cónyuges o de los convivientes de una pareja de hecho le ceden a éste un inmueble a título gratuito para que le sirva a él y a su familia de vivienda. Estas cesiones se realizan de manera informal sin señalarse expresamente ni un plazo de duración ni un uso específico al que ha de destinarse el inmueble. El problema surge cuando tras una crisis familiar en una sentencia de divorcio o de separación se adjudica el uso de la vivienda a quien no es hijo o hija de los cedentes que interponen acciones judiciales para intentar recuperar la vivienda. En estos procesos el cedente suele alegar que la vivienda se cedió en precario mientras que el demando alega que se trata de un comodato. La jurisprudencia española ha sido vacilante a la hora de determinar que figura es la predominante.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; atribución judicial del uso; precario; comodato; propiedad; posesión; divorcio.

ABSTRACT: *Frequently, the parents of one of the spouses or of the members of a domestic partnership transfer a property to the latter free of charge to serve as a home for him/her and his/her family. These assignments are made informally without expressly stating either a term of duration or a specific use to which it is to be put. The problem arises when after a family crisis in a divorce or separation judgment, the use of the property is awarded to someone who is not a son or daughter of the transferor, who takes legal action to try to recover the property. In these processes, the transferor usually alleges that the property was transferred in precariousness while the plaintiff alleges that it is a gratuitous bailment. Spanish case law has been hesitant to determine which figure is predominant.*

KEY WORDS: *Family home; judicial allocation of use; precarious; commodatum; property; possession; divorce; gratuitous bailment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. Las diferencias entre precario y comodato.- 2. La cesión del uso gratuito de una vivienda es siempre un contrato.- II. LAS VACILACIONES JURISPRUDENCIALES EN LAS CESIONES GRATUITAS DE VIVIENDA.- 1. Las iniciales vacilaciones jurisprudenciales.- 2. La etapa de la unificación jurisprudencial.

I. INTRODUCCIÓN.

En nuestro país son frecuentes los acuerdos por los que los progenitores ceden gratuitamente el uso de una vivienda de su propiedad a uno de sus hijos o hijas para que la utilicen como hogar conyugal o familiar junto con sus cónyuges o sus parejas de hecho. Con menos frecuencia también se produce este acuerdo con otros parientes (abuelos que ceden vivienda a los) o con la viuda del hijo a la que se le permite continuar viviendo gratuitamente en la vivienda cedida tras el fallecimiento de su cónyuge. En este trabajo nos proponemos analizar la problemática que se origina cuando tras una crisis conyugal se produce la ruptura de la pareja y posteriormente, en una resolución dictada en el seno de un proceso de familia se le adjudica el uso de la vivienda familiar al cónyuge (o conviviente) que no es el pariente del propietario de acuerdo con las previsiones del art. 96 CC[1]. A resultas de esta sentencia de atribución el cónyuge no familiar se queda con el usa de la vivienda mientras que el otro miembro de la pareja, el familiar del cedente, queda excluido del uso de la vivienda familiar y tiene que buscarse

1 El art. 96 CC ha sido objeto de modificación por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Las principales novedades que introduce la nueva redacción del precepto han sido comentadas por De Verda y Beamonte, J.R.: "Prólogo", en *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 25-32. Sistematizando cuando dice este autor, resulta que las previsiones del contenido del nuevo precepto continúan siendo de Derecho dispositivo por aplicarse "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobados por la autoridad judicial". Se destacan las siguientes novedades: el art. 96.1.I CC atribuye la vivienda a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden, si bien se establece como novedad un límite temporal "hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad". Asimismo, se establece que en el caso de hijos menores con alguna discapacidad que se pueda continuar en el uso de la vivienda después de la mayoría de edad, determinándose un plazo "en función de las circunstancias concurrentes". En el art. 96.1 II se establece que el caso de hijos mayores de edad con alguna discapacidad al tiempo de la nulidad, separación o divorcio se equipararán a los hijos menores que se encuentren en similar situación. En el art. 96.1.III CC se contempla el caso de la necesidad de vivienda de los hijos mayores de edad, pero que carezcan de independencia económica, cuando se ha extinguido el uso previsto en el párrafo primero. En este caso la necesidad de vivienda se atenderá de acuerdo a las normas relativas a los alimentos entre parientes. En el art. 96.2 CC e refiere al caso de ausencia de hijos en el que "podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar [común o propiedad de uno sólo de los cónyuges] "al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección". Finalmente, el art. 96.3 CC establece que "Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial", previéndose ahora como novedad que "Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad". Critica, el citado autor que no se haya aprovechado la reforma del precepto para regular las atribuciones de vivienda familiar en los casos de custodia compartida.

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor Derecho civil, Universitat Jaume I (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es. ORCID: 0000-0002-8434-6708.

una solución habitacional. En ocasiones, el cedente reacciona presentando una demanda para recuperar la posesión de la vivienda cedida ejercitando en la mayoría de casos bien una acción de desahucio por precario o bien una acción reivindicatoria[2]. Para realizar este tipo de cesiones gratuitas no es necesario ser propietario puesto también pueden realizarse por cualquier persona que tenga un derecho para usar la cosa como sucede con el usufructuario y el arrendatario[3]. No obstante, a los efectos de facilitar la compresión lectora nos referiremos en la mayoría de las ocasiones al propietario dando por supuesto que implícitamente también nos referimos a los otros titulares de otros derechos sobre la cosa que pueden transmitir el derecho de uso.

La gran mayoría de sentencias que se han dictado respecto a este tipo de cesiones intentan responder a dos preguntas: si la relación inicial entre cedente y cesionario se puede calificar como un contrato de comodato o como una situación de precario (ya avanzamos que nuestra postura es que la "situación de precario" realmente es un contrato de precario). La segunda cuestión, es la relativa a si la sentencia de atribución del uso del hogar familiar constituye un derecho oponible o no al cedente inicial (o a los actuales propietarios), habida cuenta que el propietario es un tercero ajeno al pleito en el que se dictó la resolución judicial de atribución del uso del inmueble. Se trata de determinar si el propietario cedente va a tener posibilidades de éxito en la recuperación de la vivienda "graciosamente cedida"[4]. Los supuestos que analizaremos en este trabajo se refieren en su práctica mayoría a atribuciones que se han realizado

2 No obstante, hay que tener en cuenta que al abanico de acciones recuperatorias de la posesión van más allá del desahucio por precario o de la acción reivindicatoria. También pueden utilizarse las acciones para la tutela sumaria de la tenencia o la posesión de una cosa o derecho (art. 250.1.4 LEC) los antiguos interdictos de recobrar la posesión, así como la acción para la defensa de los derechos registrales inscritos también denominado procedimiento del art. 41 LH. En el caso de las acciones para la tutela sumaria de la posesión hay que tener en cuenta su breve plazo de prescripción que habrá que empezar a contar el día en que se dicte la sentencia de atribución de la vivienda en favor del cónyuge custodio o del cónyuge más desprotegido en el caso de no existir hijos comunes. *Vid.* Arnau Moya, F.: "Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 319. En este tipo de procesos sobre reclamaciones de cesiones gratuitas de vivienda la acción de protección de derechos inscritos contemplada por el art. 41 LPH se ha utilizado en varias ocasiones. Así ha sucedido en los casos resueltos por las SSTS 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)* y 30 junio 2009 *(Tol 1560746)*. En este último caso se trataba de en un pleito entre hermanas.

3 De Ángel Yágüez, R.: "Comentario a los artículos 1741 a 1755 del Código Civil", *Comentarios del Código Civil*, t. II (dir. C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch), Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 1604 a 1631, p. 1605, estima que quedan excluidos de este tipo de cesiones los titulares de derechos personalísimos e intransferibles como el derecho de uso y habitación.

4 El concepto de vivienda familiar ha sido objeto de comentario por Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en *La vivienda en las crisis familiare*s (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 36, señalando que en el Código Civil se utilizan indistintamente las expresiones "domicilio conyugal" (arts. 70 y 105 CC) "vivienda familiar" (arts. 90, 96 y 103 CC), y "vivienda habitual" (arts. 1320, 1321 y 1406 CC). En consecuencia, para referirse a la vivienda en la que tiene lugar la convivencia familiar, parece razonable entender que es aquella en la que se fija el domicilio conyugal. Todo ello de acuerdo con el concepto de vivienda familiar que se ha proporcionado en las SSTS 23 de enero 2017 *(Tol 5950973*); 22 septiembre 2017 (*Tol 6355981)*; y 24 de mayo 2021 *(Tol 8454612)* para las que "vivienda familiar es aquel inmueble que ha venido habitando la familia de forma continuada y habitual con anterioridad al momento de producción de la crisis familiar".

en supuestos de custodia monoparental que son a los que se refieren tanto el nuevo art. 96.1 CC como su versión anterior del art. 96. 1 que es a la que se refieren las sentencias que vamos a utilizar[5]. No son muy frecuentes las sentencias relativas a desahucio por precario en casos de parejas de hecho sin hijos puesto que las normas del matrimonio no se aplican analógicamente en los supuestos de convivencia *more uxorio;* cuestión diferente es el caso de la existencia de hijos comunes en los que en una resolución dictada en un procedimiento de medidas de guarda y custodia se le puede adjudicar al ex conviviente custodio la vivienda familiar[6]. Más escasas todavía son aquellas resoluciones del Tribunal Supremo sí que se ha dictado algunas referidas a las parejas de hecho se trata de casos en los que los herederos del otro conviviente que era el titular de la vivienda solicitan el desahucio por precario del conviviente supérstite[7]; finalmente están aquellos otros casos en los que el desahucio por precario tiene lugar entre los propios convivientes[8]. Tampoco son muy frecuentes las sentencias dictadas en procesos de en los que la atribución de la vivienda familiar se haya efectuado en un régimen de custodia compartida[9]. Estimamos que como quiera que la atribución del uso

5 De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 91, núm. 752, 2015, pp.3390, 3392 y 3393, estiman que el art. 96 I [redacción antigua] parte de la tesis de que, en los supuestos de crisis familiares, el régimen de custodia sobre los hijos menores es individual y por lo tanto el uso de la vivienda familiar se asignará al progenitor al que se le atribuya la custodia de los mismo. Todo ello sin perjuicio de que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida tal como se prevé en el art. 92.5 CC. El aumento del número de custodias compartidas plantea la necesidad de que se formule un criterio que permita decidir la cuestión de la atribución de la vivienda familiar que debería ser el de la protección del progenitor que se encuentre objetivamente en mayor dificultad para el acceso a la vivienda. En el caso de que no exista esta objetiva necesidad no debe proceder la atribución a ninguno de los dos por lo que siendo común el inmueble debería procederse a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial al que esté sujetos los cónyuges. En parecidos términos se manifiesta Chaparro Matamoros, P.: "1. La atribución", cit., 38 advierte que el nuevo art. 96 CC continúa pensado únicamente para ser aplicado en el caso de la custodia monoparental, tal como se deduce de la expresión "...al cónyuge en cuya compañía queden…", de ahí que este precepto carezca de utilidad para ser aplicado en los supuestos de custodia compartida.

6 De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso", cit., p.3417, señalan que la inexistencia de identidad de razón entre la familia matrimonial y la no matrimonial impide aplicar por vía analógica a los convivientes de hecho las normas civiles previstas para los cónyuges en el art. 96 CC, entre ellas la que permite la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular en el caso de no existir hijos comunes. Así sucede desde que dictó la STS (del Pleno) 12 septiembre 2005.

7 Este es el caso de la STS 27 marzo 2008 *(Tol 1354577)* en el que en una pareja de hecho, uno de los convivientes -la propietaria de la vivienda- fallece. El otro continúa ocupando la vivienda, hasta que es objeto de una demanda de desahucio por precario por los herederos del otro conviviente. El conviviente supérstite alega en su defensa que se le aplique por analogía el 96 CC pero se desestima por el Alto Tribunal.

8 Este es el caso de la STS 6 octubre 2011 *(Tol 2252090)* en el que una pareja de hecho convive durante varios años, una vez producido el cese de la convivencia el propietario de la vivienda en la que estuvieron habitando permite que su pareja continúe ocupándola. Transcurridos dos años del cese de la convivencia el titular del inmueble presenta una acción de desahucio por precario que se estima en casación. El Alto Tribunal estima que no habiendo existido matrimonio en pareja de hecho no es aplicable el art. 96 CC por analogía por lo que aun a pesar de que la casa ocupada por la demandada era domicilio común prospera la desahucio por precario.

9 Berrocal Lanzarot, A.I.: "La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, N.º 790, p. 11139, señala la falta de regulación en el CC respecto la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida. En consecuencia. las posibilidades de atribución pueden ser: a) que los hijos comunes permanezcan en la vivienda familiar y que sean los padres quienes de forma alternativa vayan ocupando la vivienda junto con los hijos de acuerdo con los turnos que se les hayan adjudicado. Este es el sistema conocido como de las viviendas-nido; b) que sean

de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado tiene carácter temporal hace innecesario el recurso al desahucio por precario para recuperar la vivienda[10]. No obstante, sí que es posible encontrar algunas sentencias en las que el progenitor cedente de la vivienda ha interpuesto la acción de desahucio por precario sin esperar a que finalice la adjudicación temporal de la vivienda[11].

Las sentencias del Tribunal Supremo sobre este tipo de procesos que tienen su origen en cesiones gratuitas de vivienda empiezan a proliferar en la década de los años 90 del pasado cuando siglo se tuvieron que resolver los primeros recursos de casación sobre cuestiones relativas a los nuevos procedimientos de nulidad, separación y divorcio consecuencia de la publicación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (en adelante Ley 30/1981). Antes de publicarse la también denominada ley del divorcio este tipo de resoluciones son prácticamente inexistentes en el Tribunal

los hijos quienes vayan cambiando de vivienda de acuerdo con el turno de guarda que se les haya adjudicado. En este caso cabe la posibilidad de que se atribuya la vivienda al cónyuge más necesitado de manera similar a como contempla en el art. 96.2 para los casos en que no haya hijos comunes. Valorándose en este caso que el otro cónyuge disponga de otra vivienda o que cuente con apoyos familiares.

10 Ante la falta de regulación sobre la atribución de la vivienda familiar en materia de custodia compartida en el antiguo art. 96 CC, cuestión todavía pendiente de solucionar, el Tribunal Supremo ha tenido que rellenar ese vacío legal. Así en la STS 24 octubre 2014 *(Tol 4538494*) estableció que norma que debe de aplicarse analógicamente es la del art. 96 II (de la anterior redacción) -que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". En ese caso se le atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar que es privativa del esposo por un período de dos años. De modo similar en la más reciente STS 26 octubre 2020 *(Tol 8197535)* se casa la sentencia de la Audiencia que había establecido no había establecido límite temporal alguno para el uso de la vivienda familiar que en un caso de custodia familiar se le había adjudicado a la esposa e hijos. Para ello el Alto Tribunal, estima que "la regulación más próxima la encontramos en el párrafo segundo del art. 96 CC, "que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. […]. Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores: "[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero" (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio entre otras). De acuerdo con dicha doctrina es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencia 95/2018, de 20 de febrero). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio, con cita de otra jurisprudencia)".

11 La atribución de la vivienda al progenitor más necesitado en un proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio en el que se haya establecido un régimen de custodia compartida no influye para nada en el éxito del correspondiente desahucio por precario por el familiar cedente de la vivienda. En la STS 24 mayo 2021 *(Tol 8454612)* prospera el desahucio por precario en un caso en el que la esposa había cedido temporalmente durante un año a su esposo una vivienda de su propiedad para que aquél la ocupara junto con un hijo menor sobre el que ambos tenían la custodia compartida. En la jurisprudencia menor se ha admitido con éxito el ejercicio de la mencionada acción en la SAP Bizkaya (S. 5°) 14 diciembre 2016 *(Tol 6001277);* en la SAP Illes Balears (S. 5ª) 26 mayo 2009 *(Tol 1560588)* en este caso la ex suegra plantea con éxito un desahucio por precario contra la ex nuera a la que se le ha adjudicado la vivienda en una sentencia de divorcio en la que se ha establecido un régimen de custodia compartida. Asimismo, se admite el desahucio por precario en la SAP León (S. 1ª) 4 diciembre 2017 *(Tol 6493440)* y la SAP las Palmas (S. 5ª) 12 diciembre 2014 *(Tol 4725872*) se admite la procedencia de un desahucio por precario por parte de la ex suegra contra la ex nuera.

Supremo por aplicarse la vía del desahucio por precario para la recuperación de las viviendas cedidas gratuitamente que habían quedado en mano de las viudas de los cesionarios u otros parientes o conocidos del causante[12]. Otro factor que ha influido en la alta conflictividad en esta materia ha sido el hecho de que estas cesiones gratuitas de vivienda, habida cuenta del altísimo nivel de confianza entre padres e hijos, por lo general se realizan verbalmente, de modo que esta ausencia del más mínimo formalismo dificulta la prueba de las concretas condiciones pactadas al cederse gratuitamente la vivienda[13]. Por otro lado, cuando se realizan este tipo de cesiones los propietarios las efectúan sin realizar ninguna mención expresa ni al uso específico que va a darse a la vivienda más allá del genérico de ceder el inmueble para que sea utilizado como vivienda o domicilio familiar, tampoco se hace referencia alguna al plazo de duración del uso de la vivienda. Finalmente, la litigiosidad en esta materia también se ha visto favorecida por la existencia de una jurisprudencia del Tribunal Supremo que durante muchos años ha sido vacilante[14], hasta el punto de que en unas ocasiones mantenía que la cesión de la vivienda, siempre suponía un uso específico, aun cuando el mismo no se hubiese pactado expresamente, de modo que la regla general venía a ser la existencia de un comodato. Por otro lado, en otras resoluciones se mantenía lo contrario, que la inexistencia de pactos expresos sobre la duración y el uso específico de la cosa tenían que interpretarse como indicadores de una situación de precario. Asimismo, en toda una serie de sentencias se venía afirmando que la resolución mediante la que se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no pariente del propietario transforma aquel uso en un derecho real familiar que es oponible *erga omnes* incluso contra el propietario-cedente. Por el contrario, en otras se ha venido manteniendo que la atribución judicial del uso solo es oponible entre los cónyuges, pero no frente a terceros ajenos al proceso en el que se ha dictado la resolución. Esta tesis es la que finalmente se ha impuesto en la jurisprudencia

12 Antes de la ley del divorcio prácticamente la única sentencia dictada por en el Tribunal Supremo en esta materia fue la de 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)* en la que la actora pretende la recuperación de la finca que durante muchos años ha venido ocupando en precario la viuda de su hermano. Otras sentencias en las que los herederos del propietario ejercitan acciones recuperatorias contra las viudas del propietario o del familiar beneficiado con la cesión en precario son las SSTS 24 mayo 1983 *(Tol 1738584),* 24 enero 1964 *(Tol 4324787)* y 28 marzo 1951 *(Tol 4449698).*

13 Marín López, M. J.: "Comentario a la Sentencia del TS de 2 de octubre de 2008", *CCJC* núm. 80, 2009, pp. 677–694. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 15-05-2022.

14 La doctrina de los autores es prácticamente unánime en calificar como "vacilante" a la doctrina del Tribunal Supremo por la indecisión que la ha caracterizado durante tantos años hasta la unificación de la doctrina que tiene lugar con las SSTS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335*) y 2 octubre 2008 *(Tol 1378500*). Así denominan a la jurisprudencia de ese período Marín López, M. J.: "Comentario a la Sentencia", cit., pp. 677–694. Rubio Torrano; E.: "Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* num.2/2010. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 17-05-2022, estima que durante años el Tribunal Supremo no ha resulto unívocamente esta cuestión de modo que las sentencias que ven aquel tipo de cesiones gratuitas como una situación de precario se han ido alternando con otras que la califican de comodato. Echeverría Summers, F.M.: "Comentario del art. 1750", en AA.VV.: Comentarios al Código Civil, Tomo VIII (dir. R. Bercovitz Rodriguez-Cano), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11960; y Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares,* Tirant lo Blanch, Valencia, p. 128, se refieren a la doctrina jurisprudencial de esta época como vacilante.

tal como analizaremos más adelante. Esta falta de decisión del Alto Tribunal se tradujo en la existencia de grandes contradicciones en los fallos de las audiencias provinciales. No obstante, como iremos viendo a continuación, poco a poco el Tribunal Supremo ha ido unificando su doctrina lo que a su vez se ha trasmitido a la jurisprudencia menor. Tampoco se puede dejar pasar por alto el hecho de que la alta conflictividad también puede deberse al hecho de la gran utilización de esta figura debido a las grandes dificultades de muchas parejas de acceder al mercado inmobiliario tanto por el encarecimiento de la vivienda como por el acceso cada vez más tardío de los jóvenes al mercado de trabajo[15]. Asimismo, dificultan el acceso a la adquisición de vivienda propia las sucesivas crisis económica que se han ido encadenando desde la del año 2008, que se ha visto seguida por la del Covid y actual la crisis derivada de la invasión de Ucrania por Rusia.

Los pleitos relativos a esta materia pivotan alrededor de dos ejes o niveles: el primero de ellos, se refiere a la inicial relación jurídica existente entre cedente y cesionario. En este ámbito se tiene que en determinar si en la cesión concurren los elementos necesarios para calificarla de comodato, en especial el de la concreción del uso para el que se prestó la cosa -la vivienda en este caso- así como la duración del uso (art. 1750 CC). De probarse la concurrencia de alguna de las dos circunstancias el cedente al tener la condición de comodante no podrá reclamar la vivienda a su voluntad, salvo que acredite la existencia de la causa de urgente necesidad a la que se refiere el art. 1749 CC *in fine*. Por el contrario, si no puede probarse la existencia de alguno de los dos mencionados requisitos, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que nos encontramos ante una situación de precario y por lo tanto el cedente sí que podrá reclamar la vivienda a su voluntad ex art. 1750 CC sin tener que respetar ningún tipo de plazo ni justificar ninguna urgente necesidad. De este modo en la mayoría de procesos se repite la misma estrategia, por una parte, el actor - el propietario cedente- intenta demostrar la existencia de una situación de precario que le permitirá recuperar la vivienda sin tener que alegar causa alguna de necesidad. Por otra parte, la defensa de la parte demandada, por lo general la exnuera, ha consistido en utilizar una doble estrategia: en primer lugar, alegar la existencia de un comodato, de modo que el ex suegro, que por lo general cuenta con su propia vivienda no podrá demostrar la existencia de la urgente necesidad ex art. 1749 CC lo que comportará que se frustrará su acción recuperatoria. Asimismo, la parte demanda se ha defendido alegando la existencia cualquier título jurídico que la legitime para continuar poseyendo la vivienda. Así pues, en numerosas sentencias podemos comprobar como la persona que continua con el uso de la vivienda alega su condición de propietaria -en ocasiones incluso pretende haber consumado una

15 Blandino Garrido, M.A.: "Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1341). Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 14-04-2022.

usucapión-, otras veces opone su condición de usufructuaria[16], o de arrendataria[17] o incluso su condición de titular de un derecho real de habitación. Respecto de la usucapión en la doctrina se mantiene que la posición del precarista no es hábil para usucapir habida cuenta que su posesión no es en concepto de dueño[18]. De modo que el precarista no podrá usucapir ni por vía de la usucapión ordinaria ni de la extraordinaria puesto que la posesión "en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida" del art. 1941 CC se exige para todas las clases de prescripción adquisitiva.

16 En la STS 22 abril 2013 *(Tol 3783212)* la demandada alega la existencia de un usufructo verbal vitalicio y gratuito y subsidiariamente un comodato. Finalmente, la petición respecto a este particular usufructo no se admite por ser contrario a nuestro ordenamiento jurídico, además de no existir prueba alguna al respecto "ya que nunca puede producir efectos una donación sobre bienes inmuebles si no se ha plasmado la existencia de la misma y la aceptación en escritura pública". Tampoco prospera la petición de que se estime el comodato. En la STS 8 julio 2011 *(Tol 2187836)* frente a una acción reivindicatoria la demandada reconviene solicitando la propiedad del inmueble por ser propietaria del inmueble por título de compraventa y que subsidiariamente se declare que lo es por usucapión al haberlo poseído a título de dueña durante más de 30 años, y de forma pública, pacífica e ininterrumpida. No se admite ninguna de las peticiones puesto que se estima que la demandada nunca ha poseído en concepto de dueña sino de precarista. En la STS 11 noviembre 2010 *(Tol 2005373)* el demandado se opone al desahucio por precario alegando la existencia de un documento privado que le otorga un usufructo vitalicio de manera gratuita. No se admite la procedencia del desahucio por precario por cuanto que finalmente se estima el demandado regenta junto con la otorgante del usufructo la explotación de un negocio. En consecuencia, no se trata de la transmisión de un inmueble sino de la "sino de simple cesión exclusiva de un derecho de explotación sobre la finca que le confiere título legitimador de la posesión excluyente del precario. Lo contrario hurtaría en el juicio posesorio la discusión sobre si en la finca cuya posesión se reclama debe encuadrarse la explotación del negocio, cuyo desalojo no reclamó en la demanda". En la STS 13 octubre 2010 *(Tol 1989049)* frente a una acción de desahucio por precario se alega usucapión y subsidiariamente comodato que no se reconocen. En la STS (Pleno) 14 enero 2010 *(Tol 1840576)* la demandada frente a la acción reivindicatoria en su contra alega la existencia de un usufructo vitalicio que no logra probar.

17 En la STS 26 octubre 2017 *(Tol 6408374)* frente a un desahucio por precario la demandada alega que es arrendataria por subrogación de su madre ingresada en una residencia. No se admite porque "la carga sobre alegación y justificación del título posesorio corresponde al poseedor no propietario que en el caso del arrendamiento implica la necesidad de justificar el pago de la renta estipulada, pues sin renta no existe arrendamiento y la posesión queda injustificada". En la STS 28 febrero 2013 *(Tol 3239600)* la demanda alega que no está en situación de precario porque paga ciertos gastos. Se trata de un caso de cesión ilegal de arrendamiento. No se estima la existencia de arrendamiento porque "el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga.". En la STS 29 junio 2012 *(Tol 3238983)* el demandado alega la existencia de un arrendamiento sin que pueda probar el pago de un arrendamiento. En la resolución se establece como doctrina jurisprudencial "que la posesión de un bien inmueble a título de arrendamiento exige la prueba por el poseedor de que exista una renta como precio del arriendo, sin que el mismo pueda quedar justificado por la mera acreditación de que se han producido algunos pagos, cuando se ignora la finalidad y periodicidad de los mismos". En la STS 6 noviembre 2008 *(Tol 1401734)* se establece que "el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga..." (SSTS 30 de octubre 1986; 31 de enero 1995). No obstante, se reconoce que el demandado propietario de un chiringuito sí que pagaba un arrendamiento, aunque no a los demandantes sino al ayuntamiento de la ciudad en que se encontraba el negocio.

18 De Ángel Yágüez, R.: "Comentario", cit., p. 1606. "La liquidación del estado posesorio del poseedor de mala fe: los frutos y gastos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2021 (JUR 2021, 341405)", *Revista de Derecho Patrimonial,* num.57/2022; García Pérez, R. M.: "El contrato de préstamo", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos* (coord. F.J. Sánchez Calero), 11ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 406, también estima que el precario constituye una situación posesoria de hecho, que no es apta para la usucapión al no ser en concepto de dueño.

El segundo eje o nivel alrededor del que pivota la solución de estos pleitos es el de la resolución judicial dictada en el seno de un proceso de familia en el que se atribuye el uso y disfrute de la vivienda que constituye el hogar familiar al cónyuge o al conviviente que no es familia del propietario que cedió gratuitamente el uso de uso de la vivienda[19]. En la época de vacilación jurisprudencial la persona a la que judicialmente se le atribuyó el uso de la vivienda intentaba escudarse tras aquellas sentencias que estimaban que se había generado un derecho real oponible *erga omnes*, circunstancia esta que impide al propietario la recuperación del inmueble. Mientras que el propietario intentaba hacer lo propio amparándose en aquellas resoluciones que establecían que ese derecho sólo era de naturaleza familiar, de modo que la atribución judicial de la vivienda sólo podía oponerse frente al exmarido o ex conviviente, pero no frente a terceros que no habían sido parte en ese proceso de familia y que, además no estaban obligados a satisfacer las necesidades habitacionales de terceros por relevantes y justificadas que aquellas estuviesen.

1. Las diferencias entre precario y comodato.

Como ya hemos ido avanzando, en esta materia el principal caballo de batalla ha consistido en determinar si la cesión gratuita del inmueble por el propietario tiene la condición de comodato o de precario. En el primer caso no podrá prosperar el desahucio por precario mientras que no trascurra el plazo o haya finalizado el uso y en el caso del precario, como es evidente, sí que tendrá posibilidades de éxito el ejercicio del desahucio por precario. De ahí la conveniencia de perfilar las diferencias entre ambas figuras.

El comodato se caracteriza por ser un contrato en el que una persona presta gratuitamente a otra el uso de una cosa fungible -mueble o inmueble- para que la utilice durante un cierto tiempo o para un uso específico, a lo anterior se une la obligación de su posterior devolución[20]. La cosa cedida puede ser tanto propia como ajena. Se trata de un contrato real por cuanto que su configuración exige la entrega de la cosa, momento a partir del cual se perfecciona este contrato. También es un contrato unilateral por cuanto, desde su perfección, sólo se crean obligaciones para el comodatario que está obligado a devolver la cosa[21]. Se trata

19 En el caso del conviviente de una pareja more uxorio la adjudicación del uso de la vivienda familiar sólo podrá hacerse en el caso de que haya hijos comunes y en el seno de un procedimiento de adopción de medidas de guarda y de custodia. El proceso especial del art. 748, 4° de la Ley de Enjuiciamiento civil para el establecimiento de las medidas relativas a los hijos. *Vid.* Moreno-Torres Herrera, M.L.: "La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho", *Indret* 4/2015, p. 2.

20 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "22. El préstamo y los contratos de financiación", en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), Colex, Madrid, 2000, p. 676, destaca que el comodante no ha de ser necesariamente dueño de la cosa, es suficiente con que sea titular de un derecho de uso que le permita ceder el uso al comodatario. Este sería el caso de si se tratase de un usufructuario o de un arrendatario.

21 Berrocal Lanzarot, A.I.: "La atribución", cit., p. 1106, estima que la existencia de ciertas obligaciones accesorias para el comodante no implica la existencia de bilateralidad. Se refiere al deber de abonar los gastos

de un préstamo de uso cuyas notas características son la gratuidad y la duración temporal. En consecuencia, el comodante no podrá reclamar a su entera voluntad la devolución de la cosa prestada, en el caso que nos ocupa en este trabajo la vivienda cedida para ser utilizada como hogar familiar, sino después de que haya transcurrido el plazo de tiempo para el que se prestó el uso de la cosa. La doctrina es coincidente en que la duración del contrato de comodato puede determinarse de varias maneras: la primera de ellas es mediante el pacto expreso de los contratantes (ej. la vivienda se presta por un número de semanas, meses o años). Asimismo, cabe la posibilidad de que no habiéndose pactado expresamente un plazo de duración del comodato que este pueda inferirse de la naturaleza y de las circunstancias del uso de la cosa[22]. El uso en el comodato puede acordarse de dos modos diferentes: en primer lugar, puede haberse pactado expresamente un uso de la cosa para un fin específico o determinado (cesión gratuita de una vivienda para que el hijo y su familia la ocupen durante el tiempo que duren las obras de rehabilitación de la suya propia. Coche que le dejamos a un amigo mientras repara el suyo)[23].

En segundo lugar, se cede la cosa sin hacer ningún tipo de referencia a ningún tipo de uso específico al tiempo que no existe ningún dato que permita inferir que ese uso vaya a ser diferente para el uso que es propio y normal del objeto cedido, según su naturaleza (cesión de la vivienda a nuestro hijo para que la ocupe junto con su pareja como hogar familiar. Cuando le dejamos a nuestro sobrino el otro coche que tenemos y que ya no utilizamos y no hacemos ninguna precisión ni sobre el uso ni sobre la duración). En este tipo de cesiones las contingencias no previstas expresamente por las partes tendrán que ser objeto de interpretación o de integración con arreglo a los criterios hermenéuticos generales de los arts. 1281 a 1289 CC[24]. Asimismo, en ausencia de pacto expreso sobre la duración del

extraordinarios para la conservación de la cosa (art. 1751 CC). Así como al deber de no impedir ni obstaculizar el uso de la cosa por el comodatario (art. 1749 CC). Finalmente, está el deber de responder por los daños ocasionados al comodatario en el caso de conocer la existencia de vicios o defectos de la cosa y no lo hubiera puesto en su conocimiento (art. 1752 CC).

22 De Ángel Yágüez, R.: "Comentario", cit., p. 1616. Manteca Valdelande, V.: "Cuando desaparece la causa del comodato el poseedor se convierte en precarista", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* num.768/2008, p.3, estima que el plazo de duración o bien se pacta expresamente o se determina tácitamente por la fijación del uso a que debe destinarse la cosa prestada o en su defecto por la costumbre.

23 Para Costas Rodal. L.: "Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* num.5/2010, p.3, la cesión de una vivienda por un padre a su hijo para que instale en el mismo su domicilio conyugal sin hacer más precisiones no supone una especificación del uso y por lo tanto tiene encaje en el supuesto del art. 1750 CC. De estimarse que sí que es un uso determinado y ser de aplicación el art. 1749 CC el comodante no podría reclamar la devolución de la cosa salvo que se encontrase en una situación de urgente necesidad.

24 De Ángel Yágüez, R.: "Comentario", cit., p. 1606. Rams Albesa, J.J.: "Comentario a la STS 2 de diciembre de 1992. Mantenimiento en el goce de la vivienda familiar en régimen de comodato a la adjudicataria divorciada por convenio regulador sin anuencia de los comodantes", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* núm. 30, 1992, p. 1082, también es de la opinión que a la hora de valorar las relaciones obligatorias entre comodantes y comodatarios es de esencia la gratuidad (art. 1740.2). En consecuencia, para interpretar la figura del comodato habrá que tener en cuenta la regla de la menor transmisión derechos que con sentido de la justicia distributiva se contempla en el art. 1289.1 CC.

uso y que esta no pueda inferirse del uso dado a la cosa el plazo también puede determinarse por la costumbre del lugar tal como se establece en el art. 1750 CC[25]. Únicamente, en el caso de que la duración del uso no pueda calcularse por ninguna de las anteriores vías el comodante podrá reclamar la devolución de la cosa a su voluntad (art. 1750 CC). Situación esta en la que el comodato en sentido estricto pasará a ser considerado como un comodato-precario.

En el caso concreto de las cesiones gratuitas de vivienda a un familiar para ser ocupada como hogar conyugal la mayoría de la doctrina estima que ese tipo de uso por sí solo no puede considerarse como un uso específico ex art. 1750 CC, sino que se trata más bien del uso genérico y propio de la cosa de acuerdo con su naturaleza. En consecuencia, la cesión del uso del inmueble para ser utilizado como vivienda familiar, sin realizarse más precisiones, no permite inferir el establecimiento de plazo para su uso de modo que el propietario podría reclamarla a su entera voluntad sin tener que alegar ninguna justa causa[26]. No obstante, en alguna sentencia aislada sí que se ha estimado que su destino a hogar familiar supone un uso específico y que por lo tanto no puede ser objeto de reclamación por el propietario salvo que este alegue la urgente necesidad del art. 1749[27].

Finalmente, esta figura se termina de perfilar por el art. 1750 CC cuando dice que en el caso de que no se hubiera pactado la duración del comodato ni el uso al que había de destinarse la cosa prestada, ni tampoco resultara determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. Asimismo, se establece que en caso de duda incumbe la prueba al comodatario[28].

La figura del precario no solo no está regulada en el Código Civil, sino que ese término no aparece ni una sola vez en el mismo. Si bien la doctrina estima que se está haciendo una referencia implícita al mismo en los artículos 444 (actos meramente tolerados no afectan a la posesión) y 1942 (actos tolerados y clandestinos en sede

25 Diez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho civil,* vol. II (tomo II), *Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual,* 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

26 Berrocal Lanzarot, A.I.: "La atribución", cit., p. 1121, estima que el uso de un inmueble para vivir en una familia supone un destino genérico que no puede implicar para el propietario la carga de tener que soportar una cesión gratuita con carácter indefinido por ir en contra del carácter esencialmente temporal del comodato.

27 STS 2 diciembre 1992 *(Tol 1655053).*

28 González Porras, J.M.: "Los contratos de préstamo", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos* (coord. F.J. Sánchez Calero), ed. 9ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 345, entiende que si la posesión se concede a título de mera tolerancia y sin especificar su uso o su duración, nos encontraríamos ante la figura del precario, y en la situación contraria cuando se especifica bien tiempo o bien su utilización se estaría ante un caso de contrato de comodato. La diferencia entre ambas figuras jurídicas comporta que tratándose del precario, puede el cedente titular reclamar la cosa a su voluntad instando el lanzamiento del precarista, mientras que, tratándose del comodato, no puede reclamar la cosa prestada hasta que haya concluido el uso o finalizado la duración del tiempo pactado, salvo el supuesto que concurra una situación de urgente necesidad, como establecen los arts. 1749 y 1750 CC.

de usucapión) ambos del Código civil[29]. Asimismo, existe un amplio consenso en la doctrina al considerar que la figura del precario está contemplada -aunque sin utilizar ese término- en el art. 1750 CC[30]. Por el contrario, en la vigente LEC sí que aparece una referencia expresa a esta figura en el art. 250.2 relativo al ámbito de aplicación del juicio verbal[31]. En ese apartado segundo se establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan "la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca"[32]. De ahí que ante la falta de regulación expresa de esta figura por el Código civil se haya dicho que el precario es una figura procesal que permite el ejercicio de la acción de desahucio[33]. Así pues, habida cuenta la parquedad regulatoria de esta figura ha sido la jurisprudencia la que ha ido estableciendo los contornos de la figura del precario.

El Tribunal Supremo se ha decantado por un concepto amplio de precario en el que tienen cabida todos aquellos supuestos en los que una persona disfruta de un inmueble ajeno sin pagar a cambio ninguna renta o merced[34]. Se trata de un concepto amplio puesto que el concepto de precario va más allá de aquellos casos en los que se detenta un inmueble por concesión o tolerancia del dueño, puesto que también incluye aquellos supuestos en los que la tenencia no se apoya

29 Echeverría Summers, F.M.: "Comentario", cit., pp. 11954. Berrocal Lanzarot, A.I.: "La liquidación", cit.

30 En reiteradas sentencias del Tribunal Supremo se manifiesta que "La institución jurídica del precario no aparece específicamente regulada en nuestro ordenamiento, si bien la mayoría de la doctrina lo encuadra en el art. 1750 CC". Este es el caso de las SSTS 7 julio 2021 *(Tol 8510326),* 21 diciembre 2020 *(Tol 8251440*) y 14 febrero 2014 *(Tol 4124601).*

31 En la LEC/1881 la referencia al desahucio por precario se encontraba en el art. 1565 que estimaba la procedencia del desahucio y que la demanda podría dirigirse "3º Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación, para que la desocupe".

32 Es de destacar que la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, modificó toda una serie de preceptos directamente relacionados con la figura del desahucio por precario, en concreto los arts. 150, 250, 437 y 441 LEC.

33 Marín López, J.J.: "Comentario al art. 1750 del CC", *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil,* Editorial Aranzadi. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado: 31 de marzo de 2021. tras afirmar el carácter de figura procesal del precario mantiene que "el comodato sin plazo de duración se considera a estos efectos situación de precario, de tal modo que puede el comodante desahuciar al comodatario, de conformidad con lo previsto en el artículo 250.1.2º LEC, que mantiene, pese a un primera impresión, los procesos especiales de desahucio".

34 Esta concepción amplia del precario la podemos encontrar en la STS 28 febrero 2017 *(Tol 5984434)* que ha definido el precario como "una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho (SSTS 28 febrero 2013 *(Tol 3239600);* 19 septiembre 2013 *(Tol 3963743),* 1 octubre 2014 *(Tol 4521110),* 28 febrero 2017 *(Tol 5984434).* En el mismo sentido se han pronunciado con posterioridad las SSTS 4 noviembre 2020 *(Tol 8209093)* y 1 marzo 2021 *(Tol 8347740).* En la STS 21 diciembre 2020 *(Tol 8251440)* todavía se precisa más el concepto de precario al decir que "Existe el precario: (i) cuando hay una situación de tolerancia sin título; (ii) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, (iii) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario (SSTS de 3 de diciembre de 1.958 y 30 de octubre de 1.986, entre otras)".

en ningún título, sino que proviene de situaciones de hecho y que incluso pueden reputarse como abusivas. Así pues, este concepto amplio de precario incluye:

a) La "posesión en precario de origen contractual". En este caso el dueño o el titular de un derecho posesorio sobre un inmueble cede forma gratuita la posesión a otro sujeto, sin determinar ni el plazo de tiempo ni del uso a que se destina. Esta posesión concedida es a la que se refiere el art. 1750 CC de manera implícita. Este sería el supuesto objeto de nuestro trabajo en el que los progenitores ceden gratuitamente una vivienda al hijo que se ha casado y a su esposa para que la utilicen como hogar conyugal[35]. Se trata de una posesión de origen contractual puesto que existe un inicial acto volitivo de los padres que si bien no se realiza por escrito, habida cuenta la máxima relación de confianza con el hijo, sí que se exterioriza a través de una *traditio* simbólica consistente en la entrega de las llaves sin las cuales no se puede acceder al inmueble.

b) La "posesión tolerada" es una de las modalidades de precario que no tienen un origen contractual, en ella existe una situación iniciada por el propio precarista sin previa concesión del propietario de la cosa. Sin embargo, cuenta con el conocimiento a posteriori del propietario o del titular de un derecho sobre la cosa. La expresión tolerar implica una actitud de condescendía con aquella situación de hechos consumados a la que se ha visto sometido el titular del derecho sobre el inmueble. Este sería del caso del familiar del pueblo al que le dejamos las llaves para nos vigile la casa que allí tenemos y que sin autorización previa nuestra se pone a vivir en la misma. Finalmente, como prácticamente no vamos nunca al pueblo transigimos a regañadientes y toleramos la ocupación de nuestro familiar[36]. En la doctrina se ha dicho que esta tolerancia no crea ningún derecho y finalizará cuando el propietario lo tenga por conveniente, de modo similar a como sucede con el precario de origen contractual[37]. En nuestra opinión este caso se trata de un precario que originariamente no tiene naturaleza contractual pero cuando concurre la tolerancia que es una aceptación tácita queda sanado el requisito de la falta de consentimiento del propietario y en consecuencia el precarista ya tiene un título justificativo de la posesión que sin embargo tiene naturaleza claudicante ante su revocación *ad nutum* por parte del propietario.

c) La "posesión sin título o posesión ilegítima". En este caso no existe título porque no hay ningún tipo de acto volitivo por parte del dueño a la posesión, ni

35 Manteca Valdelande, V.: "Cuando", cit,, es de la opinión que la concesión concedida supone un título contractual que legitima al precarista en su posesión precaria, si bien se extingue al producirse la revocación del concedente.

36 Una de las acepciones de la palabra tolerar en el diccionario RAE, actualizado a 2021 es la de "Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente". Disponible en: https://dle.rae.es/ Consultado el 10-05-2022.

37 Para Costas Rodal. L.: "Recuperación", cit. 2, la tolerancia equivale a abstención o pasividad, como sucede con la cortesía o con las relaciones de vecindad.

expreso ni tácito como resulta de el precario tolerado. A su vez dentro de esta modalidad de precario factual nos encontramos con dos supuestos diferentes. En primer lugar, está la "posesión basada en un título inicialmente válido que ha devenido insuficiente". Este es el caso en el que un contrato que llevaba aparejada la posesión, como el arrendamiento o el usufructo, se ha extinguido y a partir de ese momento el arrendatario o el usufructuario cambian su condición jurídica a la de precaristas. También se encuentra en esa situación el propietario tras un procedimiento de ejecución hipotecaria pierde su derecho de propiedad que pasa a manos del optante. De modo que si el antiguo propietarios no abandonan la casa estará ocupándola como precarista pero sin título. En segundo lugar, está la "posesión sin título previo", referida a situaciones posesorias iniciadas sin contar con la inicial voluntad del dueño o poseedor real o incluso en contra de su expresa voluntad. Este sería el caso de las conocidas "okupaciones" ilegales de vivienda en las que en la mayoría de las ocasiones se tiene que utilizar la fuerza bruta para acceder al interior del inmueble, forzando las cerraduras o simplemente rompiendo puertas o ventanas.

El juicio de desahucio por precario puede iniciarse cuando los anteriores supuestos se convierten en una "posesión sin título". Esto sucede cuando la concesión contractual, así como la tolerada desaparecen por revocación del propietario o del titular del derecho real sobre la cosa. También se puede iniciar el desahucio por precario en el caso de la posesión carente de título inicial, que ha sido adquirido de manera violenta o clandestina como sucede con las "okupaciones" de inmuebles. En la esencia del precario se encuentra que el propietario o titular del derecho sobre la cosa puede en cualquier momento poner fin a la posesión sobre la misma y reclamar la restitución de la posesión o devolución de la cosa[38]. En todos estos casos el precarista debe de restituir la cosa en el momento en que se la exija el propietario "ad nutum" es decir sin que sea necesario que se alegue causa alguna[39]. El denominado desahucio por precario es la vía procesal utilizada por el propietario para recuperar la posesión de la cosa tanto cuando ha sido él quien graciosamente ha cedido el uso de la cosa (precario contractual) o cuando a la situación de precario se ha llegado por circunstancias fácticas. En cualquiera

38 En la STS 17 noviembre 2020 *(Tol 8218492)* al decir que "Cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, de modo que el disfrute o simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, hay precario, y la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño (SS 28 febrero 2017 *(Tol 5984434)*, 28 mayo 2015 *(Tol 5010264)* y 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)*, entre otras).

39 Marín López, J.J.: "Comentario al art. 1750 CC", cit., señala como ha existido polémica en cuanto a la naturaleza jurídica del precario: "para unos el precario no sería sino una modalidad de comodato caracterizada por no estar sometida a plazo; para otros, el precario se deriva de una pura situación de tolerancia no respaldada por contrato alguno, ni el comodato ni de cualquier otro tipo; para otros, en fin, el comodato sin plazo no sería sino una modalidad del concepto más amplio de precario". No obstante, el autor mantiene que el concepto de precarista va más allá del comodatario sin el beneficio del plazo y que también incluye "al que usa la cosa con la simple aquiescencia del propietario, del usufructuario o del que tenga derecho a poseer. Es también precarista el que ha perdido el título que justificaba su posesión y que, sin embargo, ha continuado usando la cosa por simple tolerancia".

de estos casos, también queda expedita la vía de la acción reivindicatoria para la recuperación del inmueble.

2. La cesión del uso gratuito de una vivienda es siempre un contrato.

El precario es una figura que por lo general se estudia desde la perspectiva procesal, lo que supone que en la mayoría de los supuestos el foco de la atención se centra en determinar si en ese caso concreto es procedente o no el desahucio por precario. Tras la entrada en vigor de la LEC/2000 la doctrina cayó en la cuenta de que una interpretación literal de su art. 250.2 en particular de la expresión "cedida en precario" llevaría a la situación poco lógica de que sólo se podría interponer la acción de desahucio por precario en aquellos casos en que el precario tuviese su origen en una "graciosa cesión" de un inmueble por el propietario. Esa interpretación estricta haría que no pudiera utilizar casos en que el precario tuviere un origen fáctico. Por el contrario, en el 1665.2 de la derogada LEC/1881 al admitirse el desahucio contra cualquier persona "que disfrute o tenga en precario la finca" sí que se reconocía su procedencia en todas las clases de precarios, tanto si su origen era contractual, como sucede con la cesión efectuada por el propietario como si se trata un precario que sea consecuencia de una situación de hecho. De ahí que la jurisprudencia cuando se refiere el concepto amplio precario lo hace con la intención de despejar cualquier atisbo de duda sobre su posible utilización fuera de los supuestos de la "graciosa" concesión de un inmueble por su propietario. En algunas sentencias del Tribunal Supremo se hace especial mención de que el desahucio por precario procede tanto cuando se cede la posesión voluntariamente por el propietario o el titular de un derecho real como cuando esa posesión deriva de una situación de hecho que se la ha impuesto al propietario. Así pues, esta definición amplia del concepto de precario comprende "los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho[40]". Sin embargo, en muchas sentencias, como quiera que se está enjuiciando una situación posesoria de precario cuyo origen obedece a una situación de hecho el juzgador ya no se ve en la necesidad de hacer ningún tipo de referencia al precario contractual. Así en muchas sentencias se repite insistentemente que el precario hace referencia a cualquier "situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho[41]".

40 Así se contempla en la STS 31 diciembre 1992 (Tol 1655145) si bien esta se refería a un caso al que se le aplicaba la LEC/1881.

41 En este sentido las SSTS 15 noviembre 2021 *(Tol 8649638)*, 25 octubre 2021 *(Tol 8634355)*, 7 julio 2021 *(Tol 8510326)*, 1 junio 2021 *(Tol 8463950)*, 19 abril 2021 *(Tol 8416625)*,1 marzo 2021 (*Tol 8347740*), 21 diciembre 2020 *(Tol 8251440)*, 28 febrero 2017 *(Tol 5984434)*, 1 octubre 2014 *(Tol 4521110)*, 28 febrero

En consecuencia, estimamos que en aquellas sentencias en las que se hace mención al "concepto amplio" de precario está implícito el precario de origen contractual. De modo que estas sentencias no pueden utilizarse para negar la existencia del precario contractual. En la doctrina se ha dicho que la "posesión concedida" a la que se refieren las sentencias comentadas constituye una variedad del comodato en aquellos casos en los que no se ha fijado ni un plazo de duración ni un uso específico al que tenga que ser destinado la cosa prestada[42]. En consecuencia, se estima que aquella modalidad de comodato, sin plazo ni uso determinado, integra el supuesto al que se refiere el art. 1750 CC en el que la duración de la cesión queda a voluntad del comodante que puede revocarlo cuando tenga por conveniente. Además, se mantiene que esta posibilidad de revocación sin necesidad de justa causa hace que nos encontremos ante una variedad de precario[43]. No obstante, algunas escasas voces discordantes se ha alzado contra

2013 *(Tol 3239600)*, 11 noviembre 2010 *(Tol 2003510)*, 11 noviembre 2010 *(Tol 2003510),* 13 octubre 2010 *(Tol 1989049)* y 30 octubre 1986 *(Tol 1734716)*.

42 De Ángel Yágüez, R.: "Comentario", cit., p. 1618, estima que cuando no se ha pactado el plazo de duración y este no puede deducirse del uso de la cosa ni de la costumbre del lugar el comodante puede reclamar la cosa a su voluntad. En este caso contemplado en el art. 1750 CC nos encontraremos ante un precario que no constituye una figura contractual autónoma sin que es una variedad de comodato. A estos efectos cita la STS 21 junio 1934 que manifiesta que el art. 1750 caracteriza la especie precaria dentro del género comodato. Asimismo, cita la STS 22 octubre 1987 (*Tol 1738171)* para la que, de acuerdo con la doctrina científica, el antiguo precario no es sino un comodato con duración al arbitrio del comodante. Bello Janeiro, D.: "El precario", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 1, 1995, p.1, también estima que el precario es una variedad de préstamo de uso, en concreto de un comodato con duración al arbitrio del comodante de acuerdo con lo establecido en la STS 23 mayo 1989.

43 La doctrina mayoritaria reconoce el carácter contractual del precario ex art. 1750 CC. Entre ellos, Bello Janeiro, D.: "El precario", cit., p.1, que se apoya en la STS 31 diciembre 1992 *(Tol 1655145)* que establece la diferencia entre el contrato de comodato y el de precario "que aunque diferenciado en el Derecho Romano del comodato, a causa, entre otras razones, de la indefinición del uso concedido o tolerado, en los Códigos modernos se equipara al comodato si en éste no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa pactada (artículo 1749 del Código Civil), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario, del precario "strictu sensu" que extiende los casos de precario, fuera del ámbito contractual, a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello". Lacruz Berdejo, J. L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones,* vol. II, *Contratos y cuasicontrato. Delito y cuasi delito*, 5.ª edición, revisada por Fco. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2013, p. 167, al señalar que "cuando hay verdadera concesión y puesta en posesión de la cosa como dada, se forma entre precaristas y concedente un tejido de relaciones que son propiamente contractuales y a las que se aplican los requisitos del comodato". Costas Rodal. L.: "Recuperación", cit., pp. 23-32, estima que el precario al que se refiere el art. 1750 CC, se trata de una situación posesoria que tiene su origen en un contrato y se diferencia de la posesión tolerada en que necesita un acto positivo del concedente y es en este consentimiento donde reside el título de la posesión del precarista. Echeverría Summers, F.M.: "Comentario", cit., pp. 11953 y 11954, se refiere a que parte de la doctrina estima que "el art. 1750 CC regula, sin mencionarlo, el precario, entendido como una forma de comodato en la que la cesión de uso se ha hecho sin establecer el tiempo de la misma, de forma que el comodante puede exigir libremente la devolución en cualquier momento. Considerar el precario como una modalidad de comodato tiene la consecuencia de entender que la figura se rige por las reglas del Código civil referidas al mismo". Diez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II (Tomo II)*, cit., p. 161, admiten la condición contractual del precario, si bien para ello parten del hecho que dentro del concepto de precario elaborado por el Tribunal Supremo existen varias modalidades, como la referida a la posesión concedida, de posesión tolerada y de posesión sin título. Afirman que el primero de los casos tiene su causa en "una concesión graciosa que supone un título contractual que legitima al precarista en su posesión precaria, si bien se extingue al producirse la revocación del concedente", asimismo estiman que el precario es una situación posesoria que en ocasiones puede tener su origen en un contrato que al tratarse de una variedad del contrato de comodato confiere la tenencia de la cosa en el que el comodante puede reclamar a su voluntad la cosa prestada (art. 1750 CC). Asimismo, Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "22. El préstamo", cit., p. 677, estima que en el caso de la posesión concedida por quien estaba legitimado nos encontramos ante un título contractual. Asimismo, al referirse al art. 250. 2 LEC estima que la expresión cedida que se utiliza en este precepto acentúa el carácter contractual del precario. También Izquierdo Blanco, P.: "El

la inclusión del precario dentro del art. 1750 CC, al negarse la existencia del precario contractual este sólo tendría razón de ser en las denominadas situaciones de facto[44]. En nuestra opinión si se negase la condición contractual al precario y se limitase únicamente a las situaciones de facto nos encontraríamos con el grave inconveniente de que no podríamos aplicar el desahucio por precario en el ámbito de las cesiones gratuitas de vivienda, donde tan útil se demuestra esta figura procesal. No se podría utilizar puesto que aquellas cesiones, con independencia de su *nomen iuris*, son siempre una modalidad contractual.

En defensa del carácter contractual de esta modalidad de precario está el hecho de que en el comodato-precario existe un intercambio de consentimientos entre cedente y cesionario; uno para ceder el uso gratuito del inmueble y otro para aceptarlo. También se refuerza esta tesis por el hecho de la utilización por la jurisprudencia de la expresión "graciosa concesión al detentador" que permite diferenciar esta modalidad de precario de todas aquellas otras modalidades tienen su origen en una posesión de hecho. Es de notar que en algunas sentencias se ha llegado a reconocer que "la institución jurídica del precario no aparece específicamente regulada en nuestro ordenamiento, si bien la mayoría de la doctrina lo encuadra en el art. 1750"[45]. El hecho de que estos pronunciamientos se hayan efectuado en sentencias tan recientes como la STS 7 julio 2021 *(Tol 8510326)* aleja cualquier idea de que el Alto Tribunal esté por la labor de limitar

juicio verbal de desahucio por precario", en AA.VV.: *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas* (dir. P. Izquierdo Blanco y J. Picó i Junoy), 2ª ed., Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2018, pp. 73, estima que en los códigos modernos se equipara el precario a la figura del comodato si no se pactó una la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa pactada ex art. 1749 CC. En parecidos términos García Pérez, R. M.: "El contrato", cit., p. 406, en principio, el precario sería una modalidad de comodato en el que se transmite gratuitamente el uso de un bien sin concreción de tiempo y sin que por el uso de la cosa resulte determinado, permitiendo al comodante en cualquier momento ponerle fin por su sola voluntad, sin justificación de razón alguna.

44 Rubio Torrano; E.: "Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* num.2/2010, es de la opinión de que el comodato que ha sido pactado sin plazo de duración y sin uso específico no puede configurarse comodato un contrato, puesto que el hecho de que el comodante pueda reclamar la cosa a su voluntad supone una negación del contrato al dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato. En consecuencia, nos encontramos ante un simple acto tolerado y no debido. Rabanete Martínez, I.J.: "40. La pretendida naturaleza contractual del precario: diferencias con el contrato de comodato" en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (Dir. J.R. de Verda, Coords A.Carrión Vidal y G. Muñoz Rodrigo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 917, estima que habida cuenta de las profundas diferencias entre precario y comodato que no es acertado afirmar que el art. 1750 CC se refiera a una hipótesis de precario, ni tampoco que el precario sea una subespecie del comodato. No siendo admisible que se utilice la expresión comodato precario (p. 919). La autora mantiene que el precario sólo puede consistir en una situación posesoria o de puro hecho negando así la naturaleza contractual de esta figura.

45 Este es el caso de la STS 7 julio 2021 *(Tol 8510326)* donde se dice que la institución del precario "no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente (...), sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor (sentencias de 13 de febrero de 1.958, 30 de octubre de 1.986 y 6 de noviembre de 2008)". En parecidos términos las SSTS 21 diciembre 2020 *(Tol 8251440*) y 31 enero 1995 *(Tol 1667029)* también ubican la figura del precario dentro del art. 1750 CC. La expresión por "concesión graciosa" (del detentador o del causante) también se utiliza en las SSTS 21 diciembre 2020 *(Tol 8251440)*, 31 enero 1995 *(Tol 1667029)* y 30 octubre 1986 *(Tol 1734716).*

la figura del precario únicamente a las modalidades de hecho. En consecuencia, el precario convencional sigue en plena vigencia al contar tanto con el respaldo de la doctrina como de la jurisprudencia. También hay que tener en cuenta como en alguna sentencia se llega a calificar a esta modalidad de precario contractual como comodato-precario[46]. A los efectos de evitar cualquier tipo de confusión, tanto con el comodato en sentido estricto (con uso y duración determinada) como con las distintas modalidades de precarios de hecho estimamos conveniente que se utilice la expresión de comodato-precario[47]. Así pues, en adelante, en nuestro trabajo nos referiremos al comodato-precario como la figura opuesta al comodato en las cesiones gratuitas de vivienda objeto de nuestro estudio.

Al comodato-precario contemplado en el art. 1750 CC le es de aplicación la clásica definición de contrato como "negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial"[48]. Es evidente que existe un acuerdo de voluntades entre el cedente y cesionario para la utilización de la vivienda, y que como consecuencia del mismo se generan obligaciones. A nadie se le escapa que sin la existencia de ese acuerdo previo el titular de la vivienda no le entregará la llave al hijo. Así pues, nos encontramos ante una concesión, una manifestación de voluntad por parte del propietario, que va seguida de la correspondiente puesta a disposición o traditio de la vivienda en manos del hijo que se materializa en la entrega de las llaves. De este contrato unilateral, por su condición de contrato gratuito, se generan obligaciones incluso para ambas partes puesto que, como ha dicho la doctrina, se trata de obligaciones "ex post facto" que en su caso pueden nacer para el cedente después de la extinción del contrato[49]. En este contrato de naturaleza real concurre la tradición o modo a diferencia de las otras modalidades de precario de hecho donde no sólo no existe ningún acuerdo para proceder a la ocupación, sino que en ocasiones incluso se utiliza la fuerza en las cosas (rotura de cerraduras o incluso de puertas y ventanas) para acceder a la vivienda.

46 En la STS 30 junio 2009 *(Tol 1560746)* se establece que en la doctrina existen dos posturas respecto del segundo supuesto, pues en tanto para unos no es más que una modalidad de comodato, para otro sector (y algunas Sentencias de esta Sala también han mantenido este criterio) constituye una figura no plenamente incardinable en aquél que se denomina comodato- precario , y se aproxima al precario en sentido amplio, como omnicompresivo de las situaciones de posesión tolerada o sin título, y de las en que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución. La diferencia entre comodato- precario y el precario radicaría en el origen contractual del primero.

47 En la doctrina esta expresión ha sido utilizada, entre otros, por González Porras, J.M.: "Los contratos", cit., p. 342, estima que nos encontramos ante un comodato precario (art. 1749 CC) cuando al comodato le faltan los extremos relativos al tiempo de duración o el uso al que debe ser destinada la cosa y entonces la obligación de restituir la cosa queda a la voluntad *ad nutum* del comodante.

48 Diez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho civil,* vol. II (tomo I), *El contrato en general. La relación obligatoria,* 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 19. Este sería el caso de las obligaciones para el comodante a las que se refieren los arts. 1749 a 1752 CC.

49 Diez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho civil,* vol. II (tomo II), cit., p. 161,

En nuestra opinión, no puede mantenerse que la diferencia entre el comodato y el comodato-precario del art. 1750 CC estribe en que el primero tenga un origen contractual y el segundo no. Estimamos que la diferencia radica en la diferente configuración del contenido de cada contrato. En el comodato en sentido estricto ex art. 1750 CC se requiere que se pacte tanto la duración del comodato como el uso al que ha de destinarse la cosa. Interpretado en sentido contrario en este mismo precepto se encuentra implícita la configuración del comodato-precario que también constituiría un préstamo de uso de una cosa no fungible para ser usada durante un tiempo y que sea devuelta. Si bien en este último caso no se ha pactado la duración del uso ni un uso específico. Ni tampoco puede determinarse a partir del uso de la cosa ni tampoco de la costumbre de la tierra. En el caso de encontrarnos ante un comodato en sentido estricto se aplicará el art. 1749 CC que supone que el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para el que fue prestada. En todo caso, si antes del transcurso de esos plazos tuviese el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución. Por el contrario, la posesión del precarista-comodatario a diferencia de la del comodatario se caracteriza por la indeterminación temporal y por el hecho de que se le puede reclamar la cosa en el momento en que el cedente tenga por conveniente sin tener que alegar ninguna justificación.

En las cesiones gratuitas de vivienda de padres a hijos el principal problema para determinar si la cesión se ha realizado bajo la forma de comodato o la de comodato-precario estriba en la ausencia de manifestaciones escritas en este tipo cesiones[50]. Realmente, por lo general ni tan siquiera de manera verbal se hacen precisiones respecto de la duración y del uso de la cosa cedida, especialmente teniendo en cuenta que se trata de un ámbito como es el familiar donde existe, en principio, un alto nivel de confianza entre las partes.[51] Así pues, en este tipo de pleitos donde cada una de las partes intenta que se realice una distinta calificación de la cesión será necesario reconstruir cual fue la inicial voluntad de las partes, en consecuencia, habrá que integrar esa voluntad a través de las manifestaciones

50 La STS 11 noviembre 2010 *(Tol 2003510)* es de las pocas en las que hay constancia de una cesión gratuita documentada por escrito. Si bien de las cláusulas que aparecen insertadas en el mismo poca información puede obtenerse respecto a cual fue la voluntad de las partes, si pactar un comodato o un precario. El texto del documento se recoge en el Antecedente de Hecho 8º y sus cláusulas 3ª y 4ª se limitan a establecer que "Que don Luis Andrés, al contraer matrimonio con Dª Rosario, sobrina de Dª Felicisima, pasará a ocupar el primer piso del citado inmueble" y "Que Dª Felicisima cede el primer piso de dicho inmueble para que don Luis Andrés lo utilice como vivienda sin abonar cantidad alguna". En consecuencia, se desestima el recurso por entender que no concurre la existencia de un comodato, tal como se explicita en el FD 4º donde se recoge la calificación realizada por la sentencia de apelación al decir que "niega que la relación jurídica pudiera configurarse de un modo diferente a la de un precario, dado que no se cedió el uso de la vivienda para un uso determinado e indica que el destino propio de la cosa no puede confundirse con el concreto uso para la que fue prestada, únicos elementos que en definitiva permitirían calificar la situación como constitutiva de un contrato de comodato". Asimismo, en otra sentencia del mismo día, la STS 11 noviembre 2010 *(Tol 2005373)* se aporta un documento privado de constitución de usufructo gratuito que según se dice en la sentencia excluye el precario porque se refería a la explotación de un negocio de bar y no a la cesión del inmueble en el que estaba ubicado.

51 Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso, cit.,* p. 125, estima que la cesión de vivienda al realizarse entre familiares no suele quedar documentada habida cuenta la confianza recíproca entre cedentes y cesionarios.

tácitas efectuadas por las partes. Así sucede con la cuestión de la determinación del plazo de la cesión del uso, donde ante la inexistencia de un concreto plazo fijado expresamente por las partes, se tendrá que determinar el mismo a partir de cuanto resulte de la naturaleza y circunstancias del uso dado a la vivienda como hogar familiar y por aplicación de los criterios generales de interpretación de los contratos[52]. En este punto, nos encontramos ante un escollo que ha tenido que ser salvado por doctrina y jurisprudencia, puesto que se ha tenido que determinar, como analizaremos más adelante, si la cesión de una vivienda para servir como hogar familiar, sin más precisiones puede considerarse como un uso genérico de la cosa o si ha de considerarse como un uso específico. Como ya hemos señalado si se considera específico encontraremos ante un contrato de comodato en sentido estricto, sin embargo, en el caso de que la determinación del uso del inmueble como vivienda familiar se considere como un uso genérico de la cosa nos encontraremos ante un contrato de comodato-precario como ya hemos venido señalando. En el caso del comodato el cedente de la cosa no podrá reclamar su restitución hasta que finalice el plazo, salvo que pruebe la existencia de urgente necesidad (art. 1749 CC) y en el caso de que la cesión se califique como precario podrá ser reclamada a voluntad por el cedente. En caso de duda la prueba incumbe al precarista (art. 1750 CC).

II. LAS VACILACIONES JURISPRUDENCIALES EN LAS CESIONES GRATUITAS DE VIVIENDA.

1. Las iniciales vacilaciones jurisprudenciales.

Los pleitos en materia cesiones gratuitas de vivienda en los que el cedente reclama la restitución de la vivienda al cónyuge al que se le había atribuido una vivienda por una sentencia dictada en un proceso de separación o divorcio, no se prodigaron -por cuestiones obvias- hasta la eclosión de los pleitos de separación y divorcio tras la aprobación de la Ley 30/1981 o del divorcio. Hasta entonces este tipo de pleitos habían sido muy escasos y se limitaban a reclamar a las viudas la restitución de la vivienda que les había sido cedida gratuitamente por los padres del difunto marido. Asimismo, se reclamaban la restitución de inmuebles que alguien había cedido gratuitamente a parientes o a conocidos. Es decir, se trataba de pleitos cuyo detonante era el fallecimiento del cedente, y tras la posterior aceptación de la herencia los herederos no estaban dispuestos a continuar tolerando la ocupación gratuita de sus casas por los favorecidos en otros tiempos por el causante.

52 De Ángel Yágüez, R.: "Comentario", cit., p. 1618.

La doctrina durante mucho tiempo se ha referido a la jurisprudencia relativa a esta materia como vacilante puesto que no terminaba de afianzarse una línea jurisprudencial por encima de otra[53]. Realmente, en un principio estas líneas jurisprudenciales no solo eran contradictorias sino más bien escasas de modo que transcurren aproximadamente cuarenta años entre la más antigua de las sentencias a las que nos hemos referido, la STS 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)* hasta la unificación de la doctrina que se inicia con la STS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335).* Además, durante tan extenso lapso de tiempo apenas se han dictado media docena de sentencias que difícilmente pueden servir de guía a los tribunales inferiores.

Esta falta de un posicionamiento claro por parte del Alto Tribunal durante tantos años se vio reflejado en la existencia de líneas doctrinales dispares en las resoluciones de las audiencias provinciales. A lo anterior, hay que añadir que si bien la consolidación de la tesis del predominio de la figura del precario sobre la del comodato ha sido fácil, sin embargo se han tenido que consolidar otras líneas respecto de otras cuestiones a las que la parca regulación del comodato y la prácticamente inexistente regulación del precario no daban una respuesta clara. Este ha sido el caso de las acciones de desahucio por precario interpuestas en casos en los que el marido era copropietario junto con el actor de la casa cedida en precario; de las reclamaciones de precaristas por los gastos derivados de obras realizados en la casa cedida, las acciones de desahucio ejercitadas por quienes se han adjudicado en un proceso de ejecución hipotecaria de una vivienda cuyo uso había sido atribuido a uno de los convivientes por una sentencia dictada en un proceso de familia, etc. Toda esta serie de cuestiones que se han ido planteando con el tiempo ha motivado que se hayan tenido que dictar varias sentencias del Pleno a los efectos de unificar criterios[54]; asimismo se ha recurrido a las sentencias dictadas para fijar la doctrina que "corresponda" en los recursos por interés casacional.

Las vacilaciones doctrinales a las que se refiere la doctrina en materia de cesiones gratuitas de vivienda se han producido en dos niveles o ámbitos diferentes de relaciones que se producen como consecuencia de la cesión y que tendrán diferentes consecuencias según que aquella se califique como precario o como contrato de comodato. El primer nivel se refiere a las relaciones jurídicas que se crean entre el cedente y el cesionario como consecuencia del contrato mediante el cual tiene lugar la cesión gratuita. En este caso, en las primeras sentencias del Tribunal Supremo ha habido un movimiento pendular entre las sentencias para las que aquel tipo de relación tenía que calificarse como precario y las que se

53 Aguilar Ruiz, L.: "Cesión gratuita", cit. "Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009 (RJ 2009, 2895)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 24, 2010, pp. 255-267.

54 A título de ejemplo las Sentencias de Pleno de 14 y 18 de enero 2010 *(Tol 1840576)* y *(Tol 1793037).*

inclinan por la figura del comodato. Es evidente que nos referimos a aquellos casos en los que el cedente no ha realizado manifestaciones expresas ni sobre un uso específico de la cosa, más allá de la que es habitual por su naturaleza, ni tampoco hay constancia alguna que se haya fijado un determinado plazo para el uso de la cosa. Así pues, se trata de aquellos casos en los que hay que integrar la voluntad contractual de las partes, y a partir de aquella otorgar una calificación de comodato o de precario a la relación jurídica que se ha generado con la cesión gratuita de la vivienda. La importancia de que las soluciones a este tipo de pleitos se produzcan en el primer nivel y no en el segundo una vez que se dicte la sentencia de atribución del hogar familiar ex art. 96 CC, estriba en que son exportables a aquellos pleitos donde la reclamación de devolución de la vivienda se hace al margen de una crisis familiar. Este sería el caso en los que las malas relaciones entre el progenitor cedente y los cesionarios provoca que el primero reclame a los segundos la devolución de la vivienda cedida gratuitamente para ser su hogar familiar. Asimismo, estas soluciones son aplicables a las reclamaciones entre los herederos de los propietarios-cedentes y la viuda del causante u otros parientes a los que el causante en su día autorizó a usar gratuitamente una vivienda; y que tras su muerte han continuado con el uso del inmueble hasta que los herederos han decidido reclamarlo[55]. Así pues, las relaciones jurídicas en el primer nivel se refieren a todas aquellas que se han creado directamente entre el cedente y el cesionario como consecuencia del negocio jurídico de cesión gratuita. En este nivel las sentencias, según las circunstancias, califican como comodato o como precario las relaciones surgidas de la cesión.

El segundo nivel de relaciones jurídicas está integrado por aquellas que se generan como consecuencia de la sentencia dictada en el seno de un proceso de familia mediante la que se atribuye el uso y disfrute de la vivienda al miembro de la pareja o matrimonio que no es el pariente del cedente. En este caso la cuestión reside en determinar que tipo de derecho se ha generado en favor de la persona a quien se ha atribuido el uso de la vivienda familiar, si un derecho real oponible *erga omnes* o si se ha generado un derecho familiar que sólo será oponible frente al ex cónyuge o ex conviviente. En este caso se trata de calificar las relaciones jurídicas que han surgido entre el propietario cedente y la persona a la que el juez le ha atribuido el uso de la vivienda. No obstante, no hay que olvidar que el original cesionario era el pariente del propietario. En este segundo nivel, en ocasiones intervienen otros terceros que no son los cesionarios originales, sino que son los actuales propietarios de la vivienda como consecuencia de su adquisición en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria. En consecuencia, se trata de

55 Se reclama la devolución de la vivienda cedida al cónyuge viudo en las STS 23 abril 2015 *(Tol 5000598),* 8 julio 2011 *(Tol 2187836)* 13 octubre 2010 (*Tol 1989049).* Asimismo, está el supuesto contemplado por la STS 27 marzo 2008 (Tol 1354577) en la que se interpone un desahucio por precario contra la conviviente supérstite de una pareja de hecho por los herederos de su pareja.

dilucidar como afecta el derecho de atribución de la vivienda familiar que ha tenido lugar en el seno de un pleito de familia frente a terceros ajenos a ese proceso.

Las vacilaciones en el Tribunal Supremo entre decantarse por la corriente doctrinal favorable al precario y la que es partidaria del comodato no han sido muy grandes. Realmente han sido muy pocas las sentencias que se han proclamado abiertamente en favor del comodato en aquellos casos en los que no existía una manifestación expresa del cedente respecto al uso específico de la vivienda cedida y al plazo de duración del uso. Tras las vacilaciones iniciales el Alto Tribunal se ha posicionado en favor del precario, con una argumentación impecable, tanto en las relaciones del primer nivel al establecer que si no queda probada la existencia de una auténtica relación contractual que justifica la posesión que permita la aplicación de los efectos del comodato, nos hallaremos ante un simple precario por tratarse de una situación tolerada por la condescendencia o beneplácito del precario. Puesto que a falta de prueba del comodato nos hallaremos ante un precario. En el segundo nivel, se establece que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges mediante sentencia dictada en un proceso de separación o divorcio no altera la titularidad en cuya virtud los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual. De modo que no puede generarse un derecho antes inexistente y en consecuencia, una vez rota la convivencia la situación del que ocupa la vivienda es la propia de un precarista. Para llegar esta situación han tenido que pasar muchos años y algunas dudas de las que se han producido para los tribunales inferiores se deben más bien por el largo espacio temporal transcurrido entre las resoluciones en las que se consolidan las líneas jurisprudenciales.

La STS 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)* es la primera sentencia en la que se califica como precario la cesión gratuita de una vivienda para que sea usada por un familiar del cedente como su domicilio conyugal. En este caso se trataba de una vivienda que los padres dejaron a su hijo para que la ocupara como hogar familiar junto con su esposa. Tras el fallecimiento del hijo se continúa tolerando que la use su viuda. Sin embargo, las cosas cambian cuando, tras el fallecimiento de los iniciales cedentes, la hija que hereda la casa interpone una acción de desahucio por precario contra su antigua cuñada. En esta sentencia, se sientan las bases que serán tenidas en cuenta muchos años más adelante por la jurisprudencia para la imposición de la figura del precario por encima de la del comodato en este tipo de cesiones. Así pues, se establece en su Considerando 7º que "aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen la vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con

que el derecho romano lo configuraba; que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario [...]". A continuación se dice que "de la cual tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación que se invoca, ya que tal nacimiento requiere un acto expreso y más o menos solemne, cuya realidad tendrá que probar quien lo alegue: la cesión del uso y disfrute de una vivienda, a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente". De lo anterior inferimos que será necesario un acto expreso para que nazca un acto más gravoso que el precario, puesto que al tratarse de una cesión gratuita habrá que aplicar la solución que sea menos gravosa para el concedente (y su heredera en este caso). Es decir, de manera implícita se está haciendo una referencia al art. 1289 CC, relativo a la interpretación de los contratos, en el que se establece que en el caso de los contratos gratuitos las dudas "se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses". En esta sentencia, a diferencia de cuanto sucederá en la mayoría de las posteriores no se le opone a la demanda de desahucio por precario la existencia de un contrato de comodato sino la de un derecho real de habitación. Sin embargo, la justificación en favor del precario que en esta sentencia se efectúa también es aplicable en aquellos casos en las que se le contrapone la figura del comodato. En consecuencia, en aquellas cesiones de inmuebles sin manifestaciones expresas del propietario-cedente respecto a las condiciones de la cesión se estima que habrá que entender la existencia de un precario por ser el negocio jurídico menos gravoso para el cedente.

La STS 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)* es un tanto atípica porque no se aplica tras una crisis familiar, sino tras una situación de viudedad en la que de acuerdo con la moral de la época los cedentes solían respetar que la viuda ocupase vitaliciamente la casa que se le había cedido en precario a su hijo. Cuestión que cambia cuando aquellos fallecen y la heredera ya no se siente vinculada por aquella obligación moral. Después de esta resolución todavía habrá que esperar hasta los años noventa del siglo pasado para que el Alto Tribunal vuelva a pronunciarse en materia de cesiones gratuitas de vivienda. Sin embargo, en adelante la mayoría de pronunciamientos se dictarán para resolver los problemas que se originan como consecuencia de una crisis matrimonial cuando empiecen a proliferar los pleitos de separación y divorcio como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 30/1981. En estos procesos los jueces, en aplicación del art. 96 I CC, atribuyen el uso de la vivienda cedida a la mujer del hijo del cedente por tener la guarda y custodia de los hijos comunes menores o no existiendo aquellos por ser su interés el necesitado de protección ex art. 96 III CC. En consecuencia, tras la ruptura de la pareja y la sentencia de nulidad, separación o divorcio, los cedentes inician actuaciones judiciales para recuperar la vivienda cedida.

El Tribunal Supremo tras un período de casi treinta años sin dictar sentencias relativas al desahucio por precario sobre inmuebles cedidos gratuitamente para cubrir finalidades habitacionales dicta la STS 2 diciembre 1992 *(Tol 1655053)*[56]. En esta sentencia el Alto Tribunal marcará distancias con el citado precedente de 1964. En principio, esta sentencia a diferencia de la anterior ya recae sobre unos supuestos de hecho que se repetirán con frecuencia en el futuro: se trata del caso en el que un padre cede gratuitamente una vivienda para que su hijo y su esposa instalen en ella su domicilio conyugal. Tras la crisis matrimonial, y la ruptura de la pareja, en un proceso de divorcio, se adjudica el uso de la vivienda a la ya exnuera del cedente y a sus nietas. En este caso el exsuegro interpone una acción reivindicatoria, en vez del desahucio por precario, puesto que la exmujer de su hijo se había atribuido la propiedad de la vivienda. En primera instancia se desestima la demanda, mientras que en la segunda instancia se estima la pertinencia de la acción reivindicatoria y se condena a la ocupante al desalojo de la vivienda. Presentado el recurso de casación, el Supremo establece, en una poco afortunada sentencia a nuestro entender, que si bien había que estimar la acción declarativa de propiedad otra cuestión era la del cese en el disfrute de la vivienda que no se admite por entender que el comodato era la figura que había que aplicar al caso enjuiciado[57]. Argumenta el Alto Tribunal que el uso de la vivienda está fijado "por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal "uso preciso y determinado" lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 CC). Se entiende que aún a pesar de

56 Sentencia comentada por Rams Albesa, J.J.: "Comentario", cit., pp. 1075-1082. En ese comentario se realiza una ácida crítica a la labor del Alto Tribunal en los siguientes términos: La acción reivindicatoria debería de haber prosperado por concurrir todos los requisitos que la doctrina jurisprudencial y científica exige para el éxito de esta acción. Por otro la demanda inicial parte de la autoatribución de una titularidad dominical que no es coincidente con la realidad jurídica. El título debería de haber sido anulado de raíz y las cosas hubieran sido diferentes si los demandantes hubieran acudido a la vía penal e interpuesto una querella por falsedad en documento público y por apropiación indebida. Lo procedente hubiera sido declarar viciosa y de la mala fe la posesión en manos de la ex nuera. El concepto de vivienda familiar y su protección en interés de los hijos menores no puede derogar la disciplina de la propiedad ni sus normas de generación, transmisión y protección de defensa, no puede constituir un título que sirva de causa para justificar una expropiación forzosa del uso como ha sido el caso de la sentencia analizada. Los demandantes deberían de haber indemnizados por la existencia de un potencial *lucrum cesans.* Asimismo, entiende que los supuestos del art. 96 CC sobre atribución de la vivienda sólo deberían de aplicarse cuando aquella fuera propiedad exclusiva de uno de los cónyuges o de ambos o incluso de un derecho de usufructo o de arrendamiento. En los casos en los que la tenencia de la vivienda familiar derive de un derecho personal intransferible convencionalmente la solución de la vivienda no puede pasar por la expropiación judicial del uso de los legítimos propietarios o titulares que se han convertido en financiadores involuntarios y forzosos de la crisis familiar.

57 La doctrina también han sido críticos con esta sentencia. Díaz Martínez, A.: "Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales", *Actualidad Civil,* núm. 2, 1998, pp. 376. Bello Janeiro, D.: "El precario", cit., p.13, no está de acuerdo con la calificación de comodato que realiza el Alto Tribunal en vez de la que cree más adecuada de precario tal como hizo la Audiencia. Estima que "si se detentaba la vivienda en precario, dicha condición no puede verse modificada por la decisión judicial de la crisis matrimonial de suerte que el derecho de ocupación conferido por la autoridad judicial se encuentra condicionado por la causa jurídica en cuya virtud se ocupaba la vivienda". De manera que la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no puede alterar la naturaleza del título jurídico que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda antes de la fractura matrimonial.

que no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la "necesidad urgente" de los dueños para recuperar el piso, por lo que coincidiendo la no desmentida necesidad de habitar el piso los demandados y sus hijas y la no alegada necesidad urgente de ocuparla por los propietarios, es cierto que por la aplicación de dichos preceptos en consonancia con lo abstractamente dispuesto en los artículos 1.740 y 1.741". Esta sentencia supone un completo giro respecto de la comentada STS 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)* al calificar como comodato, y no como precario, la cesión gratuita de una vivienda cuando no se han efectuado manifestaciones expresas sobre la duración del mismo ni se ha establecido un uso preciso del mismo. Esta resolución, como es evidente no contribuyó a unificar la ya entonces contradictoria jurisprudencia de las Audiencias Provinciales al respecto. En nuestra opinión el Tribunal Supremo dejó pasar una valiosa oportunidad de dejar sentada una clara línea jurisprudencial al no haber continuado manteniendo el criterio de la prevalencia del precario en el sentido en que lo hizo la STS 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)*. El argumento de que en la necesidad familiar de vivienda va implícito el uso específico que se requiere para que la cesión sea calificada de comodato no va a tener éxito en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo. No obstante, sirvió para mantener viva la llama en favor del comodato en la jurisprudencia menor, así como impedir que se solucionara la cuestión de la existencia de jurisprudencia contradictoria durante muchos años.

Una segunda sentencia, también con un espíritu pro cesionario, se dicta pocos años después, se trata de la STS 18 octubre 1994 *(Tol 1665543)* en cuyo caso la actora, viuda (y usufructuaria universal) del propietario que cedió gratuitamente una vivienda para ser ocupada por uno de sus hijos y su esposa, presenta una acción reivindicatoria contra la última una vez que se le ha adjudicado el uso de la vivienda en un proceso de separación. En primera instancia se desestima la demanda mientras que en la sentencia de apelación se estima la acción reivindicatoria y el desalojo puesto que se estima que la demandada está ocupando la vivienda sin título alguno. Por el contrario, el Tribunal Supremo estima que la demandada sí que tiene título posesorio habilitante para continuar disfrutando de la vivienda puesto que éste deriva directamente, para ella y sus hijos, del convenio regulador que le atribuye el uso y disfrute de la vivienda y por lo tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino. Además, se estima que "el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos debe configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma un título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía

judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor los tres hijos del matrimonio, conforme al artículo 96 del Código Civil y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso".

En esta sentencia, cuyas justificaciones no compartimos, ya se pone de manifiesto una forma de solucionar estos litigios sobre cesiones gratuitas de vivienda que adoptará el Tribunal Supremo en los años siguientes: consistente en pasar de puntillas sobre la calificación del título jurídico en cuya virtud se cede gratuitamente una vivienda para ser ocupada por una pareja manteniéndose por sistema la calificación que se haya hecho en las instancias inferiores. De modo que, sin realizar ningún tipo de objeción a la calificación del negocio jurídico en cuya virtud se realiza la cesión inicial, se traslada la solución del pleito a un segundo nivel, al de los efectos de la sentencia dictada en un proceso de familia en cuya virtud se atribuye ex art. 96 CC el uso de la vivienda al cónyuge que no es familiar del cedente. No obstante, misma esta técnica de la mutación o transformación de la calificación jurídica de la inicial cesión por mor de la sentencia de atribución de vivienda en un proceso matrimonial será utilizada en adelante, si bien en sentido contrario para justificar que se está poseyendo en concepto de precario al desaparecer el inicial comodato. Asimismo, en el futuro va a prevalecer la línea jurisprudencial que estima que este tipo de sentencias sólo son oponibles entre los ex cónyuges pero carecen de eficacia frente a los terceros que no han sido parte en el proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio, y que en consecuencia tendrán la posibilidad de recuperar el uso de su vivienda.

Así pues, se ha generado una especie de tormenta perfecta para los propietarios cedentes de vivienda gratuita para sus hijos por la combinación de la STS 2 diciembre 1992 *(Tol 1655053)* para la que la cesión de una vivienda gratuita sin hacer determinación expresa ni de su destino ni de su duración tiene la condición de comodato y la STS 18 octubre 1994 *(Tol 1665543)* que estima que la atribución judicial de la vivienda en un proceso de familia aleja toda situación de precario por constituir un derecho real de eficacia total frente a terceros. Al trasladarse al segundo nivel la solución de este tipo de pleitos se convierte en irrelevante la condición jurídica en cuya virtud se cedió el uso de la vivienda puesto que si fue en concepto de precario el efecto del poder sanador de la sentencia de familia lo transformará en un derecho real inatacable y oponible *erga omnes*. En consecuencia, de haberse impuesto esta línea jurisprudencial en adelante los cedentes de vivienda gratuita a sus hijos, cuando existiera una sentencia de separación o divorcio que atribuyese el uso a su exnuera ya no podrían recuperar el inmueble. Probablemente, como se señala en alguna sentencia posterior se habría terminado con la inveterada costumbre de que los padres proporcionen ayuda a sus hijos en forma de préstamo gratuito de vivienda ante el temor de

no recuperarlas[58]. Puesto que no sólo se trata solo del sacrificio económico que supone para el cedente que se le imponga que su inmueble sea ocupado gratuitamente por una persona con la que ya no mantiene relación sino por la situación de necesidad en la que puede quedar su hijo o familiar al que se le ha privado del uso de aquella vivienda por la resolución judicial[59].

En el momento en que parecía que el Tribunal Supremo se inclinaba por la protección del derecho de familia por encima del derecho de propiedad se dicta la STS 31 diciembre 1994 *(Tol 1666524)* en sentido totalmente contrario a las anteriores. En este caso el supuesto de hecho es un tanto atípico al producirse el fallecimiento del propietario cedente con posterioridad a la adjudicación judicial de la vivienda a la esposa del hijo en un proceso de divorcio. Esta situación se aprovecha posteriormente el ex marido, cuando una vez que ha aceptado la herencia, vende la casa a una empresa que a su vez la hipoteca. En este supuesto no se interpone ninguna acción recuperatoria del propietario contra la usuaria, sino que es ésta la que intenta anular la compraventa, así como la hipoteca y sus respectivas inscripciones registrales. El Tribunal Supremo, estima en su FD 2º-en total contradicción con lo que se dijo en la STS 18 octubre 1994 *(Tol 1665543)*- que "la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que

58 En las SSTS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)* y 31 diciembre 1994 *(Tol 1741583*) se advierte del peligro al que está sometido la figura del precario. Al decir que: "Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita el ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso". En la doctrina Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso,* cit., p.99, también advierte que no se puede imponer al propietario de la vivienda cedida en precario que soporte la carga derivada de la atribución de vivienda ex art. 96 CC. Este mismo autor, en Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso, cit.,* p. 133, ya había insistido en que no resulta admisible que se le imponga un sacrificio patrimonial al propietario cedente que tiene que soportar que un tercero [la ex nuera] use gratuitamente una vivienda de su propiedad. En parecidos términos Murillas Escudero, J.M.: "Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o Comodato?", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales Aranzadi, num.11/2007,* pp.4 y 5 (numeración de la página de acuerdo con el formato insignis.aranzadidigital.es/), estima que la calificación como precario las situaciones inmuebles cedidos por terceros a los esposos no perjudica los legítimos derechos y expectativas de los propietarios de poder recuperar la vivienda a su voluntad. En el caso de dificultarse esta facilidad recuperatoria se estaría cerrando el paso a favorecer a un hijo u otro pariente ante el temor fundado a las dificultades de recuperación de la vivienda en los casos de crisis matrimonial de la pareja. Para Costas Rodal. L.: "Recuperación", cit. 4, si la cesión gratuita de una vivienda para servir de hogar conyugal sin más precisiones sobre su duración y sin precisar un uso específico más allá de su uso natural que es el de servir de morada se califica como comodato la posición del cedente sería más gravosa que el cedente a título oneroso como sucede con el arrendamiento. En ese caso se estaría desincentivando a que los progenitores en general siguieran cediendo gratuitamente viviendas a sus hijos ante el temor a no poder recuperarlas ante una situación de crisis familiar.

59 Al respecto sentido De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso", cit., pp.3395 y 3396, ponen de relieve como el progenitor al que no se le ha adjudicado la vivienda tiene que abandonarla, y puede que carezca de capacidad económica para poder adquirir o alquilar otra residencia, en el caso de que no se venda la anterior. Destacan estos autores el hecho de que el art. 96 CC no preste atención alguna al contrato a quien no se concede el uso de la vivienda familiar. Nota del autor. Situación que no ha sido enmendada con la última modificación del art. 96 CC en el año 2021.

la familia ya tenía[60]. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda[61]. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso". Asimismo, establece que "la decisión judicial por la que se atribuye la vivienda a la esposa es oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real[62]. En ese caso esposo que había poseído la vivienda con la familia, sin que haya acreditado que poseyera en virtud de derecho alguno protegido por el artículo 1320, devino propietario por herencia de su padre y la situación posesoria, que en vida de éste dependía sólo de su voluntad, pasa a depender de la decisión judicial, que protege a la familia en virtud de la aprobación del convenio, al amparo de los artículos 90 y 96 del Código Civil, y en esta situación se plantea el litigio sobre la validez de la venta de la vivienda familiar"[63]. Esta sentencia, aunque viene a admitir que la cesión de la vivienda se hizo en precario no justifica debidamente porque concurre la situación de precario, sino que todo el esfuerzo argumentativo -como sucederá en el futuro- se centra en el segundo nivel, en la eficacia que tiene la resolución judicial de atribución del uso de la vivienda familiar a la que ya no se le reconoce carácter de derecho real. Sin embargo, la línea jurisprudencial que se inicia con la

60 Esta referencia a que "la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía" se repetirá en el futuro en muchas otras sentencias. Así las, las SSTS *6 febrero 2018 (Tol 6509285), 6 marzo 2015 (Tol 4786486), (Pleno) 14 enero 2010 (Tol 1840576), 13 noviembre 2008 (Tol 1401711), 2 octubre 2008 (Tol 1378500), 26 diciembre 2005 (Tol 795335).*

61 Así se ha mantenido en las SSTS 28 abril 2016 *(Tol 5716434),* 13 febrero 2014 *(Tol 4118977*), 14 marzo 2013 *(Tol 3266832)*, 14 julio 2010 *(Tol 1911613),* 22 octubre 2009 *(Tol 1641343*), 30 junio 2009 *(Tol 1499152),* 14 noviembre 2008 *(Tol 1432560),* 13 noviembre 2008 *(Tol 1401711),* 30 octubre 2008 (*Tol 1396292*), 30 octubre 2008 *(Tol 1396288),* 30 octubre 2008 *(Tol 1401724),* 29 octubre 2008 *(Tol 1396318),* 29 octubre 2008 *(Tol 1396318),* 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)* y 31 diciembre 1994 *(Tol 1741583).*

62 En la doctrina se ha mantenido que la posesión en concepto de precario no es oponible al título de propiedad del cedente. Así, Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso, cit.,* p. 123. En la jurisprudencia, con redacciones bastante aproximadas también se ha mantenido esa misma postura. Así en las SSTS 6 febrero 2018 *(Tol 6509285)*, 28 abril 2016 (*Tol 5716434*), 13 febrero 2014 (*Tol 4118977*), 10 octubre 2011 (*Tol 2261892*), 14 julio 2010 (*Tol 1911613*), (Pleno) 14 enero 2010 (*Tol 1840576*), 13 abril 2009 (*Tol 1499152*) , 14 noviembre 2008 (*Tol 1432560*), 13 noviembre 2008 (*Tol 1401711*), 30 octubre 2008 (*Tol 1396292*), 30 octubre 2008 (*Tol 1396288*), 30 octubre 2008 (*Tol 1401724*), 26 diciembre 2005 (*Tol 795335* y 31 diciembre 1994 (*Tol 1741583*). A título de ejemplo en la 13 abril 2009 (*Tol 1499152*) se establece que "la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial".

63 Sentencia comentada por Espiau Espiau, S.: "Comentario a la STS 31 diciembre 1994", *CCJC*, núm. 38, 1995, pp. 667-675. Este autor estima acertado que el propietario pueda revocar la concesión en precario, antes e incluso después de la crisis familiar y de la sentencia a la que haya dado lugar la crisis, asimismo tiene el mismo derecho el heredero cuando se convierta en propietario de la vivienda (p. 673). Por otro lado, también reconoce como acertado que el propietario pueda vender la que fue vivienda familiar, aun a pesar de que el art. 1320 CC exija el consentimiento de ambos cónyuges. No obstante, ello está condicionado a que la enajenación sea compatible con el uso atribuido por la sentencia, puesto que el art. 94.4 CC en ese caso excluye la aplicación del art. 1320.2 CC (p. 673).

STS 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)* tampoco puede terminar de consolidarse con la STS 31 diciembre 1994 *(Tol 1666524)* puesto que en cada resolución las justificaciones en defensa del derecho del propietario cedente se efectúan utilizando diferentes argumentos: una de ellas recurriendo a la figura del precario y la otra a la inoponibilidad del derecho de uso otorgado por un juez de familiar frente a terceros.

Así pues, nos encontramos con una especie de empate técnico en el Tribunal Supremo entre dos grupos de sentencias que defienden posiciones diferentes. Por un lado, el primer grupo de sentencias viene a postularse en defensa del interés del cónyuge no familiar del propietario al que se le adjudica el uso de la vivienda por el juez de familia. La técnica utilizada por la STS 2 diciembre 1992 *(Tol 1655053)* produce sus efectos en el primer nivel al estimar que la cesión de una vivienda gratuita para servir de vivienda familiar sin más especificaciones lleva implícito el "uso preciso y determinado" que permite considerarla como comodato. En la STS 18 octubre 1994 *(Tol 1665543)* se focaliza la solución en el segundo nivel al estimar que la atribución judicial de la vivienda en un proceso de familia aleja toda situación de precario por constituir un derecho real de eficacia total. En el segundo grupo de sentencias, se defiende que los propietarios puedan recuperar la posesión de las viviendas cedidas gratuitamente. En este segundo grupo de sentencias también se utilizan dos técnicas diferentes: en primer lugar, en la STS 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)* se mantiene que la cesión gratuita de una vivienda para ser ocupada como hogar familiar por el hijo y su esposa sin haberse efectuado puntualizaciones ni sobre su duración ni sobre su uso específico constituye una situación de precario. En segundo lugar, en la STS 31 diciembre 1994 *(Tol 1666524)* la solución se traslada al segundo nivel, a la crisis familiar y a la sentencia de adjudicación del uso de la vivienda a la esposa. Se estima que aquella resolución no puede constituir un derecho real inexistente con anterioridad a la misma, de modo que el propietario al que no se le pude oponer la sentencia de atribución de la vivienda, puede recuperar la vivienda cedida gratuitamente. Esta tesis será la que finalmente se impondrá en la jurisprudencia.

Realmente, en ninguno de los dos grupos de sentencias se ha originado jurisprudencia en sentido estricto puesto que en ambos falta la nota de reiteración que exige el art. 1.6 CC, habida cuenta que las justificaciones que se ofrecen en el seno de cada grupo no son coincidentes. Así pues, ambos grupos cuentan con una sentencia en la que la defensa del cedente (o del cesionario) se hace descansar en la naturaleza del título (precario o comodato) en cuya virtud se cede gratuitamente la vivienda (nivel 1). Asimismo, en ambos casos se cuenta con una sentencia en la que la defensa de los anteriores postulados se hace depender del alcance de la eficacia frente a terceros de la resolución que adjudica al cónyuge separado o divorciado el uso de la vivienda (nivel 2).

2. La etapa de la unificación jurisprudencial.

El desempate entre las tesis que enfrentan al derecho de propiedad con el derecho de familia todavía tendrá que esperar diez años. No será hasta la STS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)* se va a dejar expedita la vía recuperatoria para el propietario cedente al establecer que la situación en la que queda la vivienda tras la crisis familiar es la de precario[64]. La propia jurisprudencia se ha referido a esa sentencia como "la sentencia que puso fin a la contradicción entre las sentencias de audiencias[65]". En el supuesto de hecho de esta resolución el propietario de una vivienda la cede gratuitamente a su hijo y a su nuera. Tras la separación matrimonial, y atribución judicial de la vivienda a la esposa, el propietario interpone una acción reivindicatoria contra aquella. Es de notar que en un proceso anterior el propietario ya había interpuesto, sin éxito alguno, una acción de desahucio por precario contra la nuera. En el nuevo pleito la acción reivindicatoria se estima en la primera instancia, para ello se estima la existencia de un inicial contrato de comodato que se transforma en precario como consecuencia del cese del matrimonio puesto que desaparece la razón de ser del contrato de contrato. Por el contrario, en la segunda instancia, a pesar de declararse el dominio del actor sobre la vivienda se desestima la restitución de la inmueble por entenderse que concurren los requisitos del comodato y que, en consecuencia, la demandada continúa teniendo derecho a seguir poseyendo. En este caso la demandada se había opuesto a la demanda alegando su condición de propietaria y subsidiariamente que se estimase su condición de comodataria en atención a las necesidades familiares. Entendemos, que la actora intentó ampararse en la doctrina de las STS 2 diciembre 1992 *(Tol 1655053)* y 14 octubre 1994 *(Tol 1665543)*.

El Tribunal Supremo finalmente termina estimando la demanda, si bien introduce varias novedades respecto al tratamiento de la cuestión de las cesiones gratuitas de vivienda en favor de los cónyuges que serán asumidas en posteriores sentencias: en primer lugar, en el FD 4º se establece la pauta de interpretación y de aplicación -a la que ya hemos hecho referencia- que será seguida por numerosas sentencias posteriores. Así pues, habrá que examinar y determinar si en la cesión gratuita concurren los requisitos de un contrato (se sobreentiende que se refiere al comodato) y, en ese caso habrá que aplicar los efectos que le son propios. No obstante, en el caso de que no hubiera existido ese contrato los cesionarios del uso del inmueble serán considerados precaristas. En el FD 5º nuevamente se

64 Marín López, M. J.: "Comentario a la Sentencia", pp. 677–694, también se refiere a la STS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)*.

65 Así se manifiestan las SSTS 14 octubre 2014 *(Tol 4525358)* y 2 octubre 2008 *(Tol 1378500)*. Aunque, realmente es esta última la que consolida esa línea jurisprudencial, tal como se reconoce en otras posteriores a la misma al decir que "reiterando los criterios jurisprudenciales fijados en la STS 2 octubre 2008 *(Tol 1378500*l con los que, por ende, se pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales". Así se manifiestan las SSTS 13 noviembre 2008 *(Tol 1401711)*, 30 octubre 2008 *(Tol 1396288)* y 29 octubre 2008 *(Tol 1396318)*.

establece que la existencia del contrato tiene que probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho y en ese caso, se aplicarán los efectos del contrato de comodato.

En segundo lugar, se establece que en estos casos ante la falta de prueba del contrato "nos hallaremos ante un precario" (FD 5º). A continuación, aplicando la doctrina anterior al caso enjuiciado se reconoce que se está ante un simple precario y que habiendo probado el actor su título de propiedad, "no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble reivindicado" (FD 6º). Para ello cita la STS 30 de octubre 1986 *(Tol 1734716)* en la que establece el denominado concepto amplio de precario.

En tercer lugar, entra a analizar las consecuencias que produce la sentencia de atribución del uso de la vivienda dictada en un proceso de familia. Estima que la sentencia homologatoria del convenio de separación o divorcio no altera la titularidad del uso de la vivienda. Y que, si bien es aceptable que la protección de la vivienda vaya ligada a la familia, "no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial (argumento ex sentencia del Tribunal Constitucional 126/1989, de 12 de julio). Por tanto, la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual[66].

No obstante, esta sentencia incurre en el error de no aplicarse a sí misma parte de la doctrina que pretende consolidar. Así, pues en vez de aplicar al caso que está enjuiciado la doctrina que cita de la STS 30 noviembre 1964 *(Tol 4324319)* y estimar que la cesión inicial de la vivienda se había efectuado a título de precario, acepta la tesis de la sentencia de primera instancia para la que la posesión inicial se había concedido en concepto de comodato. No obstante, aun a pesar de haberse saltado este paso previo, se estima que el propietario puede recuperar la posesión habida cuenta que la sentencia del juez de familia que atribuye la posesión a uno de los cónyuges ha extinguido el inicial comodato[67]. De modo que habiendo tenido la posibilidad de declarar la existencia del precario (realmente un comodato-precario contractual) dentro del primer nivel, en el de la relación entre cedente y cesionario, ha derivado la solución del problema al momento posterior a la sentencia de atribución en el proceso de familia aceptando sin crítica alguna

66 Son numerosas las sentencias en las que se estima que

67 Anderson, M.: "Sentencia de 18 de marzo de 2008: Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho del uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatorio de la vivienda en partición", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 78, 2008, p. 1427, comenta que esta sentencia no es un modelo de claridad, puesto que primero dice que no ha quedado acreditada la concurrencia de contrato alguno y luego señala que el comodato se ha convertido en precario a raíz de la crisis matrimonial.

la tesis de la primera instancia, que admite la concurrencia de un comodato, pero que al cesar la convivencia aquella figura se transforma en un precario de modo que "el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, una vez atribuido el uso a uno de los cónyuges, con exclusión del otro". No obstante, entendemos que la situación de precario en la que se ha transforma el comodato es similar a la que tiene el arrendatario cuando se extingue el contrato de arrendamiento y continúa utilizando la vivienda arrendada. Se trata de una situación fáctica de precario y no de un contrato de precario (comodato-precario). Se trataría, de una situación en la que existiendo un título inicialmente válido, el comodato, este ha perdido su validez. En consecuencia, el cónyuge al que se ha atribuido el uso de la vivienda carece de título frente al propietario-cedente o para cualesquiera otros terceros para el caso de que aquellos quieran iniciar el proceso de recuperación de la vivienda.

Con esta sentencia se invierte el razonamiento de la STS 18 octubre 1994 *(Tol 1665543)* en la que utilizando un razonamiento jurídico similar se llegaba a una solución diferente. En aquel caso la sentencia de atribución de la vivienda transforma el inicial negocio jurídico precario en cuya virtud se produce la cesión. Así pues, la inicial relación jurídica de precario (hemos de precisar que se trata de la modalidad de comodato-precario aunque nada diga la sentencia) se convierte en un derecho real familiar. De modo que, en aquel caso se ha creado un nuevo derecho, el de comodato, puesto que antes de la sentencia de atribución este derecho era inexistente. Por el contrario, en la STS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)* aunque el inicial contrato de comodato también sufre una mutación como consecuencia de la sentencia de atribución del uso, si bien la transformación consiste en que se pasa de tener un inicial derecho de comodato a no tener ninguno puesto que al estadio final al que se llega es al de una situación fáctica de precario.

En la doctrina se ha destacado que como consecuencia de la STS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)* en las audiencias provinciales poco a poco empiezan a ser mayoritarias las sentencias que reconocen que cuando se atribuye a la esposa el uso y disfrute de la vivienda conyugal en virtud de una resolución de separación o divorcio, se produce una mutación del inicial título jurídico en cuya virtud se tiene derecho a continuar usando gratuitamente una vivienda ajena[68]. Así pues, el inicial contrato de comodato se transforma en una situación de precario de hecho, a lo que hemos de añadir que si el título inicial hubiera sido el de precario (comodato-precario) este no se mantiene tras la sentencia, sino que se transforma de precario contractual (comodato-precario) a un simple precario de facto. No obstante, esta cuestión no tiene excesivas consecuencias prácticas puesto que en cualquiera de las dos modalidades de precario (contractual o fáctica) al propietario le será

68 Aguilar Ruiz, L.: "Cesión gratuita", cit., señala a título de ejemplo las SSAAPP Valladolid 14 febrero 2007, La Coruña 1 marzo 2007, Barcelona 5 junio 2007, Las Palmas 28 junio 2007 , Granada 2 febrero 2008.

posible ejercer con posibilidades de éxito una acción de desahucio por precario o una acción reivindicatoria. Tras esta sentencia muchas otras irán siguiendo la estela doctrinal por ella establecida. Sin embargo, la inmensa mayoría de estas sentencias adoptarán esa poco precisa técnica de mantener inalterada la calificación de la inicial relación jurídica entre cedente y cesionario que se haya efectuado en las primeras instancias[69].

Nuevamente tiene lugar otro nuevo lapso temporal sin sentencias del Tribunal Supremo en este ámbito, en esta ocasión de unos tres años, la STS 2 octubre 2008 *(Tol 1378500)* viene a consolidar la línea jurisprudencial iniciada por la citada sentencia de 2005[70]. En esta nueva resolución es muy similar a la anterior por recaer sobre unos supuestos de hecho muy parecidos, se trata del clásico supuesto de la cesión gratuita de una vivienda por los padres a su hijo y esposa. Tras la crisis matrimonial, en un proceso de familia tiene lugar la correspondiente atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda a la esposa e hijos. A continuación, los suegros plantean una acción de desahucio por precario para recuperar la posesión del inmueble. En primera instancia se estima la demanda, mientras que en la segunda se revoca la sentencia de primera instancia por estimarse que la situación jurídica en la que encuentran los cedentes y los cesionarios es la propia del comodato y no la de un precario. A lo anterior se añade que el análisis de la pérdida de eficacia del comodato como consecuencia del cese de la convivencia debería decidirse en un juicio declarativo y no en el estrecho margen de un desahucio por precario. En este caso el Tribunal Supremo utilizando similares justificaciones a las de la STS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)* también hace suya la calificación de la Audiencia y estima que la relación en cuya virtud se cedió la vivienda gratuitamente al hijo del propietario y a su esposa era el comodato. En cambio, a diferencia de la sentencia de la Audiencia se estima que como consecuencia de ruptura de la convivencia por la separación conyugal el inicial comodato se transforma en precario. Asimismo, se estima que tras la ruptura de la convivencia conyugal el elemento caracterizador del comodato como es el uso concreto y determinado ha desaparecido. En consecuencia, a la demandada ya no se le puede seguir reconociendo un título capaz de enervar la acción de desahucio. Desde la ruptura conyugal el que posee el inmueble lo está haciendo en situación de precarista "que es la que en cualquier

69 En toda una serie de sentencias el Tribunal Supremo mantiene, sin cuestionarla, la calificación de comodato de la inicial relación jurídica existente entre cedente y cesionario efectuada por los tribunales inferiores, para a continuación aplicar la tesis de que la ruptura de la relación transforma el comodato en precario y que esta nueva calificación permite que el propietario pueda ejercer la acción de desahucio por precario o en algunos supuestos la acción reivindicatoria. Así sucede con las SSTS 14 octubre 2014 *(Tol 4525358),*13 febrero 2014 *(Tol 4118977),* 26 diciembre 2005 *(Tol 795335),* 2 octubre 2008 *(Tol 1378500),* 29 octubre 2008 *(Tol 1396318)*. Asimismo, el Tribunal Supremo mantiene la calificación de precario que realizan aquellos tribunales y que no se verá afectada por la ruptura conyugal. Este es el caso de las STS 11 junio 2012 *(Tol 2645805),* (Pleno) 18 enero 2010 *(Tol 1793037*), (Pleno) 14 enero 2010 *(Tol 1840576,)* 22 octubre 2009 (*Tol 1641343*), 14 noviembre 2008 *(Tol 1432560),* 30 octubre 2008 *(Tol 1396292)* y 30 octubre 2008 *(Tol 1401724).*

70 Sentencia comentada por Marín López, M. J.: "Comentario a la Sentencia", cit., pp. 677–694.

caso se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida". También se reitera en esta sentencia que la "situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa codemandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble". Asimismo, manifiesta el Tribunal Supremo que al reiterar los criterios jurisprudenciales fijados en la STS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335*) se pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales. En consecuencia, se confirma la sentencia de instancia y se declara haber lugar al desahucio por precario Además, se fija como doctrina jurisprudencial que "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial".

Por parte de la doctrina se han realizado varias observaciones críticas a la STS 2 octubre 2008 *(Tol 1378500)* que entendemos perfectamente aplicables a su precedente, la STS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)*[71]: en primer lugar, ninguna de ambas sentencias expone con claridad las razones por las que cuando cesa el uso de la vivienda, lo que sucede cuando se rompe la convivencia y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario se transforma en la de un precarista. De modo que, aunque la inicial cesión de la vivienda realmente pudiera calificarse como comodato por concurrir todos sus requisitos, este elemento caracterizador desaparece al romperse la convivencia conyugal. Sin embargo, en la STS (Pleno) 18 enero 2010 *(Tol 1793037*) es posible encontrar una respuesta a esta cuestión cuando estima que si se ha cedido la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato -entendemos que de comodato- cuando se atribuye la vivienda al cónyuge no contratante este no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario "porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC)[72]. La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante […]" con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en

71 Así se manifiesta Marín López, M. J.: "Comentario a la Sentencia", cit., pag. 7.

72 De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso", cit., pp. 3421, entienden que el inicial comodato queda transformado en un simple precario porque tras la sentencia de adjudicación al cónyuge que no es hijo del cesionario ha quedado concluido el uso para el que se prestó la vivienda.

nuestra (FD 7º.1ª)[73]. De ahí que en nuestra opinión esta situación de precario como consecuencia de la transformación es una situación fáctica, tal como sucede con el arrendatario cuando se extingue el contrato de arrendamiento y no una relación jurídica contractual de precario (comodato-precario). No obstante, también se ha dicho que la voluntad de los propietarios al ceder la vivienda de forma gratuita fue para que el hijo conviviese con su pareja o esposa de manera estable en el tiempo, de modo que la crisis matrimonial determina que aquel interés se extinga y en consecuencia desaparece el uso para el que se cedió la vivienda[74].

En segundo lugar, en la doctrina tampoco se termina de comprender porqué ambas resoluciones no consideran la cesión gratuita como un precario desde el inicio [nuestro primer nivel] a los efectos de evitar todos los dilemas que provoca cuando se considera que el precario a partir de la ruptura de la convivencia[75]. Se entiende que esto es así porque el hecho de que el inicial comodato se transforme en precario por la ruptura de la convivencia no termina de ser compatible con la repetida afirmación de la jurisprudencia desde la STS 31diciembre 1994 de que "la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y solo proteger el que la familia ya tenía". En nuestra opinión, ya se tendría que haber calificado dentro del primer nivel, es decir desde inicio la relación inicial como precario la sentencia de atribución del uso de la vivienda también lo habría transformado de precario-comodato de origen contractual a una situación de precario de facto. Así pues, entendemos que no se ha generado un nuevo derecho.

Tras la fijación de doctrina efectuada por la STS 2 octubre 2008 *(Tol 1378500)* empiezan a dictarse toda una serie de sentencias que la siguen fielmente y que incluso la reproducen[76]. En la inmensa mayoría de ellas se estima la acción de desahucio por precario o reivindicatoria ejercitada por el propietario de una vivienda que la había cedido a su hijo y a su esposa (o pareja de hecho) para servir de domicilio familiar. En estas sentencias la atribución del uso y disfrute

73 De igual modo se pronuncia la STS (Pleno) 14 enero 2010 *(Tol 1840576)* en su FD 3º al decir que "que si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de habérsele atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en pleito matrimonial".

74 Moreno Navarrete, M.A.: "Sentencia de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 2012, p. 10 (en el formato insignis.aranzadidigital.es/).

75 Para Costas Rodal. L.: "Recuperación", cit., pp. 7 y 8 discrepa de estas sentencias en las que las situaciones de comodato se transforman en precario. Se trata de situaciones en las que la calificación de la relación jurídica previe debía de haber sido la de precario puesto que no concurren las circunstancias para calificarlo como comodato. Destinar una vivienda para que se resida en ella con carácter habitual no puede considerarse un uso específico, sino el genérico propio de la cosa según su destino. De modo que no habiéndose pactado ni el uso específico de la cosa pactada ni el plazo de duración supone que está ante una situación de precario ex art. 1750 CC que permite la recuperación a voluntad por el propietario. En consecuencia, en estos casos no es que la crisis matrimonial haya transformado el comodato en precario, sino que aquella relación jurídica ya era un precario ex art. 1750 desde el inicio.

76 Marín López, M. J.: "Comentario al art. 1750", cit.

del inmueble a la ex esposa o ex conviviente en un proceso de separación o divorcio o dentro en un procedimiento de adopción de medidas de guarda y de custodia en el caso de las parejas de hecho ya no será impedimento alguno para que prosperen las acciones recuperatorias del propietario cedente o de los posteriores propietarios que lo son como consecuencia de una herencia o de un proceso de ejecución hipotecaria.

Entendemos que aun a pesar de los esfuerzos del Tribunal Supremo por unificar la doctrina esta labor se ha visto entorpecida por el hecho de que en algunas sentencias no se ha establecido que la inicial relación entre cedente y cesionario era de precario y lo han fiado todo al momento posterior a la crisis matrimonial en las que el comodato muta de condición a la de precario. No parece congruente que en una misma sentencia se diga por una parte que en aquellos casos en los que no se establezca de manera clara la existencia de un contrato de comodato que la figura aplicable será la del precario para a continuación, sin realizar ningún tipo de análisis, mantener la calificación de comodato que se ha efectuado la sentencia de apelación. Se mantiene aquella calificación incluso, cuando en el tribunal inferior se ha utilizado la corriente doctrinal contraria para la que toda cesión de vivienda para ser utilizada como domicilio conyugal lleva implícito un uso específico. Para a continuación, estimarse que el inicial comodato se ha transformado en precario como consecuencia de la crisis familiar y de la sentencia en la que se atribuye la vivienda al conviviente no familiar del propietario concedente[77]. Realmente en la gran mayoría de sentencias se mantiene la calificación que se hizo en primera instancia no sólo en las sentencias en las que el comodato muta a precario sino también en las que la inicial figura apreciada era la de precario[78]. Al utilizar esta técnica que no casa las sentencias de las instancias inferiores por la calificación jurídica realizada sino únicamente por el efecto transformador del comodato a precario por una sentencia dictada en un pleito de familia no se está transmitiendo a los tribunales inferiores que están infringiendo las líneas jurisprudenciales que tantos años ha constado consolidar.

Todavía será necesarias dos sentencias de las denominadas de Pleno más para terminar de consolidar esta línea jurisprudencial puesto que en este tipo de pleitos siempre van surgiendo cuestiones nuevas sobre las que la jurisprudencia menor tiene pronunciamientos contradictorios. Se trata de las Sentencias de Pleno de 14 y 18 de enero 2010 *(Tol 1840576)* y *(Tol 1793037)*. En la primera de ellas, la

77 Así pues, la mayoría de estas sentencias incurren en la misma mala praxis de la STS 26 diciembre 2005 *(Tol 795335)* consistente en mantener la calificación de comodato efectuada en primera instancia para luego, en virtud de la crisis matrimonial y la correspondiente sentencia de adjudicación del uso de la vivienda en favor del cónyuge que no es familia del cedente transformar el comodato en una situación de precario.

78 Como señala Marín López, M. J.: "Comentario a la Sentencia", cit, pp. 677–694, en esas sentencias las calificaciones de los tribunales inferiores son respetadas por el Tribunal Supremo, para luego utilizar como fórmula de estilo "que, con independencia de que se califique como comodato o precario, tras la atribución del uso de la vivienda a la esposa es claro que existe un precario".

STS (de Pleno) de 14 de enero 2010 *(Tol 1840576)* el supuesto de hecho es un tanto enrevesado y se aparta del esquema que viene siendo habitual en este tipo de pleitos. La demandada y su marido vendieron la casa en la que vivían a una inmobiliaria. A pesar de la venta continúan usándola como el hogar conyugal, puesto que los propietarios de la inmobiliaria eran n los hijos del matrimonio. Unos años después el matrimonio se separa y por resolución judicial se adjudica el uso de la vivienda a la esposa. Posteriormente la inmobiliaria vende a la casa a unos terceros que reclaman la restitución de la posesión (junto con la inmobiliaria) mediante una acción reivindicatoria. En primera instancia se desestima la demanda por entender que la demandada cuenta con un título suficiente para ocupar la vivienda y que se deriva de la sentencia de separación. Por el contrario, en la segunda instancia se estima el recurso y la acción reivindicatoria puesto que se entiende que la ocupación lo es solo a título de precario y que la sentencia de adjudicación no puede alterar el título en cuya virtud se ocupaba la vivienda familiar. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la inicial demandada, para lo cual parte del hecho de que cuando se dicta la sentencia de separación adjudicando a la esposa el uso de la vivienda el inmueble ya había sido vendido mediante un contrato en el que además habían intervenido ambos cónyuges. En consecuencia, la permanencia de la demanda en la vivienda no se debe sino al ánimo de liberalidad de empresa compradora.

En el FD3 tras analizarse el art. 96 CC se establece que "ee la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)[79]. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008) […] los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante la adjudicación del uso

79 La naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar ex art. 96 CC como un derecho de carácter familiar y no de naturaleza real está plenamente consolidado en la jurisprudencia. Así las, SSTS STS 6 febrero 2018 *(Tol 6509285*), 6 marzo 2015 *(Tol 4786486*), 18 marzo 2011 *(Tol 2089131),*22 noviembre 2010 (*Tol 2003527),* 11 noviembre 2010 *(Tol 2003510),* (Pleno) 18 enero 2010 *(Tol 1793033),* (Pleno) 14 enero 2010 *(Tol 1840576),* 31 diciembre 1994 *(Tol 1741583).*

a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista". Como ya hemos avanzado, nos basamos en esta argumentación para afirmar que este precario en el que se ha transformado el inicial comodato, es un precario fáctico tal como sucede en aquellos casos en los que existiendo un inicial título que legitimaba el uso de la vivienda este ha perdido validez.

La cuestión de la oponibilidad del derecho de uso atribuido al cónyuge no propietario en ocasiones induce a confusión. Este derecho aun a pesar de no haberse inscrito en el Registro de la Propiedad es oponible a cualquier tercer adquirente, cuando recae sobre una vivienda que es propiedad exclusiva del otro cónyuge o pertenece en común a ambos, siempre que no esté protegido por el art. 34 LPH, cuando el otro cónyuge le haya vendido la vivienda cuando esta sea sólo de su propiedad exclusiva. Asimismo, es un derecho oponible al tercer adquirente en subasta pública de la vivienda común cuando aquella haya tenido lugar como consecuencia de la acción de división de la cosa común sin haber habido acuerdo de los dos cónyuges[80].

80 De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso", cit., pp. 3412, 3413 y 314, estiman que en el supuesto de la aplicación del art. 96 I cuando la vivienda es común o pertenece al cónyuge no adjudicatario el derecho de uso adjudicado al cónyuge tiene naturaleza real. Se trata de un derecho de disfrute sobre cosa, total o parcialmente ajena. Sin embargo, no es posible mantener su condición de derecho real cuando la vivienda no es propiedad de uno o de ambos cónyuges, como sucede cuando aquella se ocupa a título de precario o de arrendamiento. En estos casos no es admisible que la resolución judicial genere un derecho real oponible a terceros y por lo tanto también al propietario del inmueble (comodante o arrendador, quedando a salvo en el caso del arrendamiento el derecho subrogación del cónyuge en los términos previstos por el art. 15.2 LAU). Todos estos razonamientos se basan en que el derecho de uso no se crea directamente por la sentencia, sino que presupone una realidad jurídica previa sobre la que se proyecta, de ahí que el derecho de uso adjudicado por el juez en ocasiones será real y en otras no dependiendo de la situación anterior a la crisis familiar. Nasarre Aznar, S.: "Comentario a la SENTENCIA de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445). Entrega de la posesión de un inmueble que había sido vivienda familiar al adjudicatario: procedencia. Hipoteca de bien privativo del marido, donde se constituyó la vivienda familiar, consentida por la mujer: atribución del uso a la mujer e hijas en sentencia de separación: adjudicación a tercero de la vivienda en procedimiento hipotecario: no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas: inaplicación del art. 669.2 LECiv/2000 al ser el derecho de uso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* num.87/2011, p. 4, estima que difícilmente puede el art. 96 CC ser considerado como un derecho real cuando este derecho de uso de la vivienda familiar, determinado por sentencia en ocasiones puede recaer sobre un precario. Asimismo, estima que este derecho de uso sí que supone una limitación al poder de disposición del ex cónyuge cuando es el titular de la vivienda.

En el caso de la STS (Pleno) 18 enero 2010 *(Tol 1793037)* la demandante, que es la copropietaria de la mitad de una vivienda, interpone una acción desahucio por precario contra la mujer de su hermano que es el otro copropietario del inmueble. La demanda se interpone una vez que a la demandada se le adjudicó en sentencia de separación la vivienda familiar. En la primera instancia, se desestima el desahucio por precario porque la titularidad de la actora era compartida con el marido de la demandada de modo que se estima que el título originario no era solo la concesión graciosa de la actora sino esencialmente la copropiedad. En la segunda instancia se estima el recurso apelación y el desahucio por precario al estimarse que la sentencia dictada en un proceso de familia no crea un título *erga onmes* que sí que hubiera sido posible en el caso de que le marido hubiera sido el dueño exclusivo de la vivienda. El Alto Tribunal estima la existencia del precario aun a pesar de que el marido ya era copropietario de la vivienda antes de contraer matrimonio. Para ello aplica la ya consolidada doctrina que estima que "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial". No obstante, el tribunal estima que en ese caso concurre una cuestión más compleja como es "la cesión del uso exclusivo a uno de los copropietarios por parte del otro, para que utilice como vivienda familiar el piso copropiedad de ambos".

El Alto Tribunal, antes de pronunciarse sobre esa "cuestión compleja" trae a colación otras cuestiones relacionadas con este tipo de pleitos respecto de las cuales ya existía jurisprudencia consolidada. Así pues, nuevamente se reafirma la tesis de que "el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real". Asimismo, clarifica el confuso concepto de la oponibilidad del derecho de atribución de la vivienda frente a terceros. Para ello se distingue entre tres diferentes situaciones que van a producir diferentes maneras diferentes de operar la oponibilidad frente a terceros. Así se distingue entre tres situaciones de la vivienda frente a terceros: 1º) Cuando la vivienda es propiedad de uno de los cónyuges o de los dos el cónyuge al que se le ha atribuido el uso de la vivienda tiene un derecho oponible frente a los terceros que le hayan comprado la vivienda al propietario único o en la subasta consiguiente a la acción de división. 2º) Cuando la vivienda es propiedad de terceros que en su día cedieron el uso a uno de los cónyuges mediante un contrato (como un arrendamiento) el cónyuge no contratante, al que se judicialmente se le ha atribuido el uso de la vivienda, no puede subrogarse automáticamente en los derechos del cónyuge contratante. Cuestión diferente es que el art. 15 LAU permita la subrogación cumpliendo una serie de requisitos que en el se establecen. 3º) Cuando la vivienda es propiedad de terceros que han cedido el inmueble por razón del matrimonio,

salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. En este tercer supuesto es cuando Tribunal Supremo dice que "debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios". Así pues, reitera la solución que ha venido manteniendo la jurisprudencia desde la STS 26 diciembre 2005. A continuación, en esta resolución se hace alusión a la también consolidada línea jurisprudencial para la que en las cesiones gratuitas de vivienda una vez que se atribuye el uso al otro cónyuge "el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio". Finalmente, se establece que "la regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.

Una vez que en la sentencia se ha dejado por sentada la continuidad de las anteriores líneas jurisprudenciales se entra en el análisis de la cuestión compleja. Para ello se parte del art. 445 CC que establece que "la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión". Se establece que la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda por sí misma, pero puede también ceder su derecho para una finalidad concreta, en este caso para que su hermano la utilizar como vivienda familiar, "de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad". Matiza la sentencia que la actora cuando presenta la demanda, aunque es copropietaria no es coposeedora puesto que ella en su día cedió la posesión a su hermano. En consecuencia, del art. 445 CC no cabe deducir que siempre que exista condominio está concurriendo una coposesión. De modo que, aunque "la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor". En consecuencia, se desestima el recurso de casación, en base a dos conclusiones: 1º La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario. 2º La demandante está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad.

No obstante, en esta sentencia se formula un voto particular por varios magistrados para los que no existe un precario puesto que el título de la esposa se basa en el título de propiedad de esposo, copropiedad compartida con su hermana con la que acordaron que el uso sería del matrimonio. En la doctrina también se ha criticado esta sentencia[81].

Con estas dos sentencias de Pleno queda perfectamente perfilado lo que podríamos denominar el núcleo duro de este tipo de procesos, sin perjuicio, de que en otras sentencias posteriores se haya ido entrando en el análisis de otras cuestiones complejas. Realmente más que complejas, por utilizar la terminología de la jurisprudencia recaída en materia de desahucio por precario antes de la entrada en vigor de la LEC, se trataría de cuestiones secundarias por apartarse del perfil habitual de este tipo de procesos[82]. Así se trataría de las cuestiones de la atribución al cónyuge custodio de una vivienda alternativa a la familiar para evitar un posible desahucio por precario cuando aquella no pertenece a los cónyuges sino a terceros[83]. Otra cuestión sería el del reconocimiento al adquirente de una vivienda en en subasta judicial tras un proceso de ejecución hipotecaria por impago de la hipoteca puede interponer un desahucio por precario contra los ex propietarios. Lo que incluye a la esposa a la que por resolución judicial en un proceso de familia, tras la sentencia de divorcio o separación se le haya adjudicado el uso de la vivienda[84].

81 Marín Velarde, A.: "Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010", *Revista de Derecho Patrimonial num.25/2010,* pp. 285-293. Estima que en el caso enjuiciado no existe precario porque la posesión que hay que tener en cuenta para el ejercicio de la acción de desahucio por precario es la de los cónyuges previa a la atribución del uso a uno de ellos. Por otro lado, es de la opinión que no cabe hablar de precario ni durante el matrimonio ni después de la sentencia de separación. Durante el matrimonio el derecho a poseer del cónyuge copropietario tiene su origen en su situación de condómino y el de la esposa es de carácter legal derivado del vínculo matrimonial existente y del carácter de domicilio familiar del inmueble. En consecuencia, no procede el ejercicio de la acción de desahucio por precario porque la esposa no está usando la casa como precarista. Por otro lado, la atribución judicial del uso de la vivienda a la esposa afecta al esposo copropietario privándole de la facultad de disponer sobre su uso sobre la cosa mientras dure la posesión de la esposa. De ahí que no sea posible modificar el pacto posesorio entre los comuneros habida cuenta que el hermano y esposo tiene limitada esta facultad en virtud de la sentencia de separación. De modo que si bien la copropietaria está legitimada para interponer acciones recuperatorias de la posesión sobre la vivienda, sin embargo no puede utilizar el desahucio por precario porque la demandada posee como consecuencia del título de copropiedad del esposo.

82 *Vid.* Arnau Moya, F.: "Las cuestiones complejas en los desahucios por precario en las cesiones gratuitas de vivienda a familiares", *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 39, año 2022, pp. 71-102".

83 Se reconoce esa posibilidad en las SSTS 24 mayo 2021 *(Tol 8454612),* 15 julio 2015 *(Tol 5212102),* 3 diciembre 2013 *(Tol 4035486)*, 5 noviembre 2012 *(Tol 2675572)* y 29 marzo 2011 *(Tol 2098863*).

84 En este sentido las SSTS 25 octubre 2021 *(Tol 8634355),* 7 julio 2021 *(Tol 8510326)* se reconoce que el adquirente de una vivienda en subasta judicial tras un proceso de ejecución hipotecaria por impago de la hipoteca puede interponer un desahucio por precario contra los expropietarios. En el caso de la STS 6 febrero 2018 *(Tol 6509285)* el marido interpone una acción de desahucio por precario contra su expareja de hecho e hija. El cónyuge había adquirido en una subasta de liquidación de bienes gananciales posteriormente a la adjudicación la vivienda hogar común. En la STS 22 noviembre 2010 *(Tol 2003527)* se ejecuta hipoteca de la vivienda matrimonial y los padres el marido se quedan la casa en subasta pública y posteriormente se interpondrá un desahucio por precario. De modo similar sucede con la STS 8 octubre 2010 *(Tol 1972276).*

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Ruiz, L.: "Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009 (RJ 2009, 2895)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 24, 2010, pp. 255-267.

Anderson, M.: "Sentencia de 18 de marzo de 2008: Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho del uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatorio de la vivienda en partición", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 78, 2008, pp. 1419-1438.

Arnau Moya, F.: "Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 319.

- "Las cuestiones complejas en los desahucios por precario en las cesiones gratuitas de vivienda a familiares", *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 39, año 2022, pp. 71-102". Disponible en: https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/R0039_0010_05.pdf Consultado: 15-07-2022.

Bello Janeiro, D.: "El precario", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 1, 1995, pp. 219-259. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 14-05-2022.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "La liquidación del estado posesorio del poseedor de mala fe: los frutos y gastos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2021 (JUR 2021, 341405)", *Revista de Derecho Patrimonial,* num. 57/2022. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 15-05-2022.

- "La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, núm. 790, pp. 1082 a 1153.

Blandino Garrido, M.A.: "Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1341)", *Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 34, 2014, pp.399-412. Disponible en: Consultado: 20-05-2022.Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 14-04-2022.Revista.

Costas Rodal. L.: "Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* num.5/2010, pp. 23-32. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 15-04-2022.

Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- "1. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 36-63.

De Ángel Yágüez, R.: "Comentario a los artículos 1741 a 1755 del Código Civil", *Comentarios del Código Civil*, t. II (dir. C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch), Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 1604 a 1631.

De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 91, núm. 752, 2015, pp. 3387-3466.

- "Prólogo", en *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 25-32.

Diez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho civil,* vol. II (tomo I), *El contrato en general. La relación obligatoria,* 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

- *Sistema de Derecho civil,* vol. II tomo II). *Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual,* 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

Echeverría Summers, F.M.: "Comentario del art. 1750", en AA.VV.: Comentarios al Código Civil, Tomo VIII (dir. R. Bercovitz Rodriguez-Cano), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11953- 11965.

García Pérez, R. M.: "El contrato de préstamo", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos* (coord. F.J. Sánchez Calero), 11ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 399-426.

González Porras, J.M.: "Los contratos de préstamo", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos* (coord. F.J. Sánchez Calero), ed. 9ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 337 -365.

Espiau Espiau, S.: "Comentario a la STS 31 diciembre 1994. Atribución judicial del uso de la vivienda familiar. Cesión en precario. Disposición de la vivienda. Oponibilidad a terceros", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 38, 1995, pp. 667-675.

Izquierdo Blanco, P.: "El juicio verbal de desahucio por precario", en: AA.VV.: *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas* (dir. P. Izquierdo Blanco y J. Picó i Junoy), 2ª ed., Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2018, pp. 69-128.

Manteca Valdelande, V.: "Cuando desaparece la causa del comodato el poseedor se convierte en precarista", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* num.768/2008.

Marín López, M. J.: "Comentario a la Sentencia del TS de 2 de octubre de 2008", *CCJC* núm. 80, 2009, pp. 677–694. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 15-05-2022.

Marín López, J.J.: "Comentario al art. 1750 del CC", *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, Cizur Menor, 2009. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado: 31 de marzo de 2021.

Marín Velarde, A.: "Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010", *Revista de Derecho Patrimonial,* num.25/2010, pp. 285-293.

- "La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar ex art. 96 del CC. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010·, *Revista de Derecho Patrimonial,* num.26/2011, pp. 363-369.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "22. El préstamo y los contratos de financiación" en AA.VV.: *Curso de Derecho civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. C. Martínez de Aguirre Aldaz), Colex, Madrid, 2000, pp. 675-694.

Moreno Navarrete, M.A.: "Sentencia de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 2012, pp.463-476. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 13-05-2022.

Moreno-Torres Herrera, M.L.: "La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho", *Indret* 4/2015, p. 2.

MURILLAS ESCUDERO, J.M.: "Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o Comodato?", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales Aranzadi*, núm.11/2007.

NASARRE AZNAR, S.: "Comentario a la SENTENCIA de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445). Entrega de la posesión de un inmueble que había sido vivienda familiar al adjudicatario: procedencia. Hipoteca de bien privativo del marido, donde se constituyó la vivienda familiar, consentida por la mujer: atribución del uso a la mujer e hijas en sentencia de separación: adjudicación a tercero de la vivienda en procedimiento hipotecario: no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas: inaplicación del art. 669.2 LECiv/2000 al ser el derecho de uso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 87/2011.

RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: "40. La pretendida naturaleza contractual del precario: diferencias con el contrato de comodato", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (dir. J.R. DE VERDA, coord. A. CARRIÓN VIDAL y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 915 a 934.

RAMS ALBESA, J.J.: "Comentario a la STS 2 de diciembre de 1992. Mantenimiento en el goce de la vivienda familiar en régimen de comodato a la adjudicataria divorciada por convenio regulador sin anuencia de los comodantes", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* núm. 30, 1992, pp. 1075-1082.

RUBIO TORRANO; E.: "Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 de octubre de 2009)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2/2010.

LA INVENCIÓN DEL RÉGIMEN FRANCO-ALEMÁN DE PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS: UN RECORRIDO A TRAVÉS DE SU HISTORIA EN LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA

THE INVENTION OF THE FRANCO-GERMAN COMMUNITY OF ACCRUED GAINS SYSTEM: A JOURNEY THROUGH ITS HISTORY IN THE EUROPEAN LEGAL TRADITION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 690-767

Adrián
ARRÉBOLA
BLANCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: El régimen de participación en las ganancias fue introducido hace más de cuarenta años en el ordenamiento jurídico español junto con el de separación de bienes y la sociedad de gananciales con la esperanza de que llegara a convertirse en una alternativa capaz de hacer frente a las desventajas de estos dos regímenes económico-matrimoniales, comúnmente aplicables a los matrimonios. Desde entonces, sin embargo, su falta de tradición en la historia jurídica española se ha venido materializando en un elevado grado de desconfianza hacia su aplicación por parte de los juristas prácticos que lo ha llegado a condenar al más absoluto olvido, incluso en el ámbito de la docencia y de la investigación. Pero esta situación no tiene comparación con la experiencia vivida durante el mismo periodo de tiempo en otros ordenamientos jurídicos europeos a la vista de la evolución que han experimentado sus respectivos regímenes económico-matrimoniales, a partir de la aparición del de participación en las ganancias. En consecuencia, a lo largo del presente trabajo se emprenderá un recorrido a través de su historia en la tradición jurídica europea con el objetivo de poner de manifiesto su interés tanto para el ordenamiento jurídico español como para una futura unificación de los regímenes económico-matrimoniales en el seno de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Régimen económico-matrimonial; régimen de participación en las ganancias; régimen de comunidad de bienes; régimen de separación de bienes; Derecho comparado.

ABSTRACT: *The community of accrued gains system was introduced more than forty years ago in the Spanish legal system together with the separate and community property systems, commonly applicable to marriages. Its introduction embodied the prospect for it to become a valid alternative, capable of dealing with the disadvantages of the other two matrimonial property systems. Since then, however, its lack of tradition in Spanish legal history has been materialized in a high degree of suspicion towards its application by legal practitioners, which has eventually condemned it to an absolute oblivion, even in the field of teaching and research. In contrast, this situation has no comparison with the experience lived during the same period of time in other European legal systems, in view of the evolution that their matrimonial property systems have experimented since the appearance of the community of accrued gains system. Consequently, this work will undertake a journey through its history in the European legal tradition with the aim of highlighting its interest both for the Spanish legal system and for a future unification of matrimonial property systems within the European Union.*

KEY WORDS: *Matrimonial property system; community of accrued gains system; community property system; separate property system; comparative law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PUNTO DE PARTIDA: LA COOPERACIÓN ESCANDINAVA EN TORNO A LA COMUNIDAD DIFERIDA DE BIENES.- III. PRIMERA FASE: LA CREACIÓN FRANCO-ALEMANA DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS.- IV. SEGUNDA FASE: LA REFORMA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CONTINENTAL.- V. TERCERA FASE: LA RECEPCIÓN DE LA EQUITABLE DISTRIBUTION EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.- VI. ÚLTIMA FASE: EL IMPULSO UNIFICADOR DEL TRATADO FRANCO-ALEMÁN DE 4 DE FEBRERO DE 2010.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Habrase visto que la inmensa mayoría de los ciudadanos no ha escuchado nunca hablar de que, además de la sociedad de gananciales, y de la separación de bienes, tiene a su disposición una tercera alternativa para ordenar la economía de su matrimonio. Pero esta circunstancia, a pesar de todo, no es ni mucho menos lo más preocupante, en vista de cómo ha terminado trasladándose al estudiantado la manifiesta falta de interés con que la ciencia jurídica ha venido castigándola en el corazón de las universidades. Y es que, en el interior de sus aularios, y aunque se comprenda en las guías docentes, resulta asombrosa la frecuencia con la que deja de enseñarse bajo una suerte de pragmatismo que ha terminado por contagiar de indiferencia a toda la sociedad en su conjunto. Sin embargo, al echar la vista atrás, más allá incluso de las fronteras nacionales, observamos que el de participación en las ganancias constituye un régimen económico-matrimonial que ha tenido una repercusión internacional en absoluto sospechada en nuestro país. Por este motivo, y por si de algún modo contribuyera a invertir la situación, emprenderemos en adelante un modesto recorrido a lo largo de su historia con la noble esperanza de que pronto se convierta en una auténtica opción para ordenar la economía del matrimonio.

II. PUNTO DE PARTIDA: LA COOPERACIÓN ESCANDINAVA EN TORNO A LA COMUNIDAD DIFERIDA DE BIENES.

A mediados del siglo pasado comenzó a especularse sobre el origen del régimen de participación en las ganancias como consecuencia de que algunas legislaciones decimonónicas, como la costarricense o la austriaca, además de ciertas costumbres que por entonces resultaban un tanto más remotas, como las húngaras, ofrecieran signos relevantes de su presencia en ellas a la autorizada

• Adrián Arrébola Blanco
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: adrianarrebola@ucm.es.

pluma de Imre Zajtay[1]. El profesor, de esta misma procedencia, aseveraba en su obra que este régimen económico-matrimonial no era sino la *szerzeményi közösség* que había venido practicándose por sus compatriotas[2]. Sin embargo, aunque así lo pareciera a su entender, en realidad se trataría de un régimen de comunidad "diferida" de bienes y no de participación en las ganancias en el sentido en el que hoy lo conocemos, como reconoció junto con Eduardo Vaz Ferreira[3]. Este matiz haría que, en las décadas venideras, semejante calificación terminara viciándose de inexactitud en tanto estaba referida a un régimen económico-matrimonial que para nosotros tan solo podría ser de comunidad de bienes, como lo eran también el costarricense y el austriaco a los que del mismo modo apuntó Zajtay[4]. Pese a todo, y a juzgar por los acontecimientos, el ilustre comparatista no emitiría un juicio tan malaventurado al relacionar la aparición de la participación en las ganancias con el régimen económico-matrimonial vigente en los países escandinavos, al estilo del húngaro, costarricense y austriaco[5].

Los escandinavos ordenaron la economía del matrimonio conforme a regímenes de comunidad de bienes cuya intendencia venía representada por asimétricas esferas de actuación entre consortes, variables en función del sexo, hasta que sus respectivos estados comenzaron a sentir la necesidad de romper con la tradición que les precedía[6]. Para ello, a imagen y semejanza del húngaro, costarricense y

1 *Vid.* Zajtay, I.: "Hongrie", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, pp. 207-209; Id.: "Quelques projets de réforme du régime matrimonial légal en France, Belgique et Allemagne", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1955, pp. 572-583; Id.: "Le Droit du mariage dans le nouveau Code hongrois de la famille", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1954, pp. 491-503; Id.: "Les régimes matrimoniaux du Droit hongrois", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1949, pp. 274-295; Zajtay, I. y Vaz Ferreira, E.: "Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 3, 1950, pp. 813-865.

2 *Vid.* Zajtay, I.: "Hongrie", cit., p. 207; Id.: "Quelques projets", cit., p. 572; Zajtay, I. y Vaz Ferreira, E.: "Contribución al estudio", cit., pp. 814 y 817-818.

3 *Vid.* Zajtay, I. y Vaz Ferreira, E.: "Contribución al estudio", cit., p. 818. En cierto modo lo haría también, en solitario, algunos años después, en: Zajtay, I.: "Introduction", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1965, p. 593; Id.: "Le Droit du mariage", cit., p. 500, n. 32.

4 En el mismo sentido, *vid.* Ferrari, S.: "Marital agreements and private autonomy in Austria", en AA.VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. Martin Scherpe), Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 60; González Arévalo, I.: "Costa-Rica", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. Ancel), Sirey, París, 1938, p. 209; Kriegler, A.: "Austria", en AA.VV.: *Family law in Europe* (eds. C. Hamilton y A. Perry), Butterworths, 2ª ed., Londres, 2002, pp. 9 y 12-13; Weis, E.: "Law of persons and family law", en AA.VV.: *Introduction to Hungarian Law* (ed. A. Harmathy), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, p. 72.

5 *Vid.* Zajtay, I.: "Quelques projets", cit., p. 572; Zajtay, I. y Vaz Ferreira, E.: "Contribución al estudio", cit., p. 814.

6 Por todos, *vid.* Gaudefroy-Demonbynes, R.: "Le mariage et le divorce au Danemark", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1952, p. 468; Godsk Pedersen, H. V.: "Denmark", en AA.VV.: *Family and succession law* (ed. W. Pintens), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, p. 16; Gottberg, E.: "National report: Finland", en AA.VV.: *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001, p. 5; Malmström, A.: "Matrimonial property law in Sweden", en AA.VV.: *Matrimonial property law* (ed. W. Friedmann), Stevens & Sons, Londres, 1955, p. 410; Pedersen, I. M.: "Matrimonial property law in Denmark", *Modern Law Review*, núm. 2, marzo, 1965, p. 137; Rautiala, M.: "Outlines of family law" (trad. C. H. Lundell), en AA.VV.: *The Finnish legal system* (ed. J. Uotila), The Union of Finnish Lawyers, Helsinki, 1966, p. 178; Tottie, L.: "Family law", en AA.VV.: *An introduction to Swedish law* (ed. S. Strömholm), P. A. Norstedt & Söners Förlag, 1ª ed., Estocolmo, 1981, p. 184.

austriaco, entablaron éstos una provechosa y fructífera cooperación político-legislativa que culminó con la sustitución de su idiosincrático régimen económico-matrimonial por otro de nuevo cuño, mucho más equitativo, en aras de la igualdad que de este modo procuraban conseguir, a través de una sucesión de leyes que habríamos ido conociendo a lo largo de los años veinte[7]. Se trataba, en definitiva, de una comunidad "diferida" de bienes, aunque ésta obtendría una repercusión muy superior en el resto del mundo occidental cuando el común de los legisladores empezara a preocuparse también por la adaptación de sus correspondientes regímenes económico-matrimoniales a la inminente desaparición de la *capitis deminutio* que el matrimonio traía consigo por aquel entonces para las mujeres[8]. Ello se produjo, sobre todo, a partir de que lo hiciera el francés, con el objeto de superar la obsolescencia en la que había incurrido la *communauté de meubles et acquêts* de la antigua *coutume* de París[9].

III. PRIMERA FASE: LA CREACIÓN FRANCO-ALEMANA DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS.

La codificación civil trajo consigo en nuestro país vecino la imposición del régimen económico-matrimonial que había venido desarrollándose durante siglos a partir de las costumbres germánicas enraizadas en las regiones más septentrionales, conocidas en el argot histórico-jurídico como *pays de droit*

7 Estas leyes las encontramos traducidas a lengua francesa en: Castberg, F.: "Norvège: aperçu de la législation norvégienne pendant l'année 1927", *Annuaire de législation étrangère*, 1928, pp. 446-468; Ehrström, E.: "Finlande: notice sur les principales lois promulguées en 1929", *Annuaire de législation étrangère*, 1930, pp. 463-489; Meyer, C.: "Danemark: notice générale sur les principales lois promulguées en 1925", *Annuaire de législation étrangère*, núm. 2, 1926, pp. 455-462; Réau, R., Forssius, G. y Martin, R.: *Les lois suédoises sur le mariage*, Presses Universitaires de France, París, 1925; Uppström, W.: "Suède: notice générale sur les principales lois promulguées en 1920", *Annuaire de législation étrangère*, 1921, pp. 192-232.

8 Así lo califican: Bjönness, H. C.: "Norvège", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, p. 580; Borum, O. A.: "Danemark", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. Ancel), Sirey, París, 1938, p. 550; Gaudefroy-Demonbynes, R.: "Le mariage", cit., pp. 468-470; Godsk Pedersen, H. V.: "Denmark", cit., p. 16; Gomard, B.: "Danemark", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 285 y 294-295; Gottberg, E.: "National report: Finland", cit., p. 6; Hillert, S. y Hessler, H.: "Suède", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, p. 652; Hiorthöy, F.: "Norvège", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, p. 261; Jänterä-Jareborg, M.: "Sweden", en AA.VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. Martin Scherpe), Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 372; Jokl, M.: "Norvège", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. Ancel), Sirey, París, 1938, p. 567; Id.: "Suède", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. Ancel), Sirey, París, 1938, p. 577; Malmar, F.: "Le régime matrimonial en Droit suédois", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit*, Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun, Sirey, París, 1937, p. 133; Malmström, A.: "Matrimonial property", cit., p. 411; Modeen, T.: "Le Droit de la famille en Finlande", en AA.VV.: *Le Droit de la famille en Europe: son évolution de l'antiquité a nos jours* (dir. R. Ganghofer), Presses Universitaires de Strasbourg, Estrasburgo, 1992, p. 178; Munch, M.: "Danemark", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, p. 109-112; Pedersen, I. M.: "Matrimonial property", cit., pp. 137-153; Savolainen, M.: "Finland. The new marriage act enters into force", *Journal of Family Law*, núm. 27, 1988, p. 137; Rautiala, M.: "Outlines", cit., pp. 177-178; Tottie, L.: "Family law", cit., pp. 184-185.

9 *Cfr.* Capitant, H.: "Préface", en Moissinac, P.: *Le contrat de mariage de séparation de biens*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2ª ed., París, 1924, pp. II-III.

coutumier, sobre el hasta entonces practicado en las meridionales o *pays de droit écrit*, respecto de las cuales se observaba mayor influencia romanista y mejores condiciones para la implantación de equitativas esferas de actuación entre consortes, en cuanto a la economía del matrimonio se refiere[10]. Sin embargo, consciente de ello, el emperador ni siquiera aprobaba que semejante situación se trasladase a la *communauté de meubles et acquêts* de los *pays coutumiers*, como hubiera conseguido la sanción de los proyectos legislativos de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès[11]. En su opinión, ilustrativa cuando menos, no eran las mujeres sino las meras esclavas de sus respectivos maridos, según manifestó públicamente ante el Consejo de Estado[12]. Por tanto, un siglo después, motivado quizá por lo acontecido en el mundo anglosajón, no resultaba extraño que entre las voces feministas del momento se debatieran vivamente las ventajas e inconvenientes que la *séparation de biens* pudiera presentar para las mujeres como posible alternativa frente al régimen económico-matrimonial del *Code Civil*[13]. En este contexto, como fórmula de transacción, el escandinavo constituía un extraordinario modelo de referencia para acabar en alguna medida con los *chefs de famille* que por aquel entonces representaban los maridos, como se sostendría intensamente en el seno de la Sociedad de Estudios Legislativos por los célebres Henri Capitant y Georges Ripert[14].

En esta dirección, siguiendo el precedente escandinavo, emprendieron los franceses una concienzuda revisión legislativa que enseguida se materializaría en el proyecto de ley de 23 de junio de 1932, comúnmente conocido como "Proyecto Renoult" en atención al Ministro de Justicia que lo llevó al Senado, cuya elaboración tenía por objeto el de acabar con la supremacía marital y las limitaciones de que adolecía la capacidad de obrar de las mujeres mayores de edad por la sola celebración del matrimonio[15]. En aquel momento, como nos decía uno de sus principales promotores, el de *séparation de biens* no representaba una alternativa lo suficientemente competitiva para proteger el interés de estas últimas en el régimen económico-matrimonial que se instaurara como supletorio frente a la *communauté de meubles et acquêts* y decidió combinarse con las

10 Sobre estos extremos, *vid.* Laurent, F.: *Principes de Droit civil français*, t. XXI, A. Durand-Pedone Lauriel y Bruylant-Christophe & Comp., París-Bruselas, 1876, pp. 177-178. Para más información, *vid.* Lepointe, G.: *La famille dans l'Ancien Droit*, Montchrestien, 7ª ed., París, 1956.

11 *Cfr.* Fenet, P. A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Videcoq, París, 1836, pp. 20 y 114.

12 *Vid.* Ciselet, G.: *La femme: ses droits, ses devoirs et ses revendications*, L'Eglantine, Bruselas, 1930, p. 28.

13 *Cfr.* Deflou, J.: "Séparation de biens et communauté: réponse à Mlle José Martin", *Le Journal des Femmes*, núm. 159, noviembre, 1905, pp. 2-3; Martin, J.: "Séparation de biens et communauté", *Le Journal des Femmes*, núm. 158, octubre, 1905, pp. 2-3.

14 *Cfr. Bulletin de la Société d'Études Législatives*, 1922, pp. 204-227.

15 Sobre este proyecto de ley, *vid.* Déprez, P.: *Société d'acquêts ou participation aux acquêts sous un régime de séparation de biens*, Basin, Béthune, 1950; Leyris, J.: *Des transformations apportées au régime matrimonial légal par le Projet de loi René Renoult*, Imprimerie Chastanier Frères et Alméras, Nimes, 1934; Perret, M. J.: *Les projets de réforme du régime matrimonial de Droit commun*, Journaux & Imprimeries du Nord, Lille, 1934; Voirin, P.: "Notes parlamentaires de Droit civil (du 13 août au 11 novembre 1932)", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1932, pp. 1231-1266.

virtudes que a tales efectos reportaba la práctica notarial de la *société d'acquêts*, como una suerte de *giftorätt* o expectativa de derecho sobre el patrimonio del consorte que lo convirtiera en el régimen de comunidad "diferida" de bienes al que desde entonces se conocería como de participación en las ganancias en el sentido en que lo denominaba el propio ZAJTAY[16]. Pero este proyecto de ley, no obstante, si bien logró modificar la capacidad de obrar de las mujeres mediante la promulgación de las leyes de 18 de febrero de 1938 y de 22 de septiembre de 1942, siguiendo la estela marcada por la de 13 de julio de 1907, en cuanto a la economía del matrimonio se refiere apenas tendría repercusión *extra moenia* y en el ordenamiento jurídico patrio habría de aguardar al término de la Segunda Guerra Mundial[17].

Hasta entonces, como era usual entre los de su tiempo, el régimen económico-matrimonial que había estado vigente como supletorio desde que concluyó la codificación civil alemana se distinguía también por implantar heterogéneas esferas de actuación entre los consortes, confiando a los maridos la administración y disfrute de todos los bienes y derechos del matrimonio, incluidos los de sus mujeres, sobre el entendimiento de que tales prerrogativas obraban a modo de compensación por su mantenimiento[18]. Sin embargo, con la victoria de los aliados, el término del conflicto bélico traería consigo un cambio de paradigma sobre la situación de las mujeres por haber demostrado éstas lo que eran capaces de hacer, a lo largo de su desarrollo, supliendo a los hombres en las actividades económicas e intelectuales que tradicionalmente les habían sido encomendadas a los mismos e, incluso, en las propias campañas militares, contra el pronóstico que le auguraban los prejuicios socioculturales existentes sobre el sexo femenino. Por aquel momento, aunque la igualdad entre mujeres y hombres se encontraba contemplada ya en la Constitución de Weimar, semejante proclamación no habría surtido todavía la eficacia que de ello cabía esperar, como acontecería después de

16 *Vid.* RIPERT, G.: "Le régime matrimonial de Droit commun: rapport général", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit* (Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun), Sirey, París, 1937, p. 3. Relacionando la aparición de este régimen económico-matrimonial con la cláusula de *société d'acquêts* de la práctica del notariado, *vid*. PIRET, R.: "Le régime matrimonial de droit commun", *Journal des Tribunaux*, núm. 3683, mayo, 1946, p. 238; VOIRIN, P.: "Notes parlamentaires", cit., pp. 1237-1238. Sobre el *giftorätt* sueco, *vid.* MALMSTRÖM, A.: "Matrimonial property", cit., pp. 413-415.

17 *Vid.* ANCEL, M.: "Matrimonial property law in France", en AA.VV.: *Matrimonial property law* (ed. W. FRIEDMANN), Stevens & Sons, Londres, 1955, p. 27; ID.: "Evolución moderna del Derecho de familia", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 1, 1950, p. 122; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L.: "La capacidad jurídica de la mujer casada", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 6, 1946, pp. 94, 101 y 105; RIEG, A.: "La participation aux acquêts en Allemagne et en France; deux visages d'une méme institution", en AA.VV.: *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Universidad de Ciencias Sociales de Tolosa, Tolosa, 1978, p. 921, n. 3; RIPERT, G.: "Le régime matrimonial", cit., p. 12; ZAJTAY, I.: "Quelques projets", cit., p. 573; ID.: "Les régimes matrimoniaux", cit., p. 288; ZAJTAY, I. y VAZ FERREIRA, E.: "Contribución al estudio", cit., pp. 840-841.

18 *Vid.* HENRICH, D.: "Diritto di famiglia e giurisprudenza costituzionale in Germania: riforma del Diritto de famiglia ad opera dei giudici costituzionali?", *Rivista di Diritto Civile*, núm. 1, enero-febrero, 1991, p. 50.

que lo hicieran la Ley Fundamental y la Constitución de las Repúblicas Federal y Democrática de Alemania[19].

Los tribunales comenzarían entonces a desarrollar una línea jurisprudencial constante en lo que respecta a la consideración del de separación de bienes como el régimen económico-matrimonial que reunía las mejores aptitudes para reemplazar al legalmente vigente como supletorio en tanto éste constituía, verdaderamente, una auténtica separación de bienes -aunque sometida toda ella a la omnímoda administración y disfrute de uno solo de los cónyuges, como ya venía haciéndose por sus antepasados-, además de ser el que a primera vista resultaba más respetuoso con la igualdad y no discriminación por razón de sexo que los textos constitucionales exigían trasladar al matrimonio[20]. Provisionalmente, por ello, acabaría erigiéndose en la práctica judicial como el nuevo régimen económico-matrimonial supletorio hasta que los poderes públicos correspondientes llevaran a cabo la oportuna modificación legislativa que a tales efectos se precisaba[21]. Sin embargo, a pesar de tan loables argumentos, un sector de la jurisprudencia se reservaría todavía cierto escepticismo hacia la separación de bienes por lo inapropiada que la misma pudiera llegar a ser en atención las mujeres cuya actividad productiva se desarrollase única o mayoritariamente en el interior de los hogares, como cabía prever que sucediera, en no pocas ocasiones, respecto de las cuales llamaban a la prudencia y abogaban en su lugar por la adopción de una comunidad

19 *Vid.* Beitzke, G.: "La loi allemande sur l'égalité de l'homme et de la femme", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, enero-marzo, 1958, p. 39; Graue, E. D.: "German law", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. Kiralfy), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. 117; Liénard-Ligny, M.: "Les régimes matrimoniaux en Droit allemand depuis la loi du 18 juin 1957", *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, núms. 3-4, 1962, p. 353; Müller-Freienfels, W.: "The marriage law reform of 1976 in the Federal Republic of Germany", *International and comparative law quarterly*, núm. 2, 1979, p. 184, n. 3; Rieg, A.: "La participation", cit., p. 922; Zajtay, I.: "Quelques projets", cit., p. 577.

20 *Vid.* Beitzke, G.: "La loi allemande", cit., pp. 40 y 46; Bernstorff, D.: "République Fédérale d'Allemagne" (trad. J. Eckert), en AA.VV: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, p. 71; Labrusse-Riou, C.: *L'égalité des époux en Droit allemand*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1965, pp. 213-216; Liénard-Ligny, M.: "Les régimes matrimoniaux", cit., p. 351; Reinhart, G.: "Le développement du Droit matrimonial et du Droit de la famille en Allemagne sous l'influence de la loi fondamentale", en AA.VV.: *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, París, 1993, p. 373; Rieg, A.: "La participation", cit., p. 922.

21 *Vid.* Beitzke, G.: "La loi allemande", cit., pp. 40 y 46; Bernstorff, D.: "République Fédérale d'Allemagne", cit., pp. 71-72; Bosch, F. W.: "Le régime légal de la participation aux acquêts", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, p. 280; Dölle, H.: "Allemagne", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, p. 30; Ferrand, F.: "Le Droit civil de la famille et l'égalité des époux en République Fédérale d'Allemagne", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1986, p. 872; Graue, E. D.: "German law", cit., p. 119; Labrusse-Riou, C.: *L'égalité des époux*, cit., pp. 215 y 240; Liénard-Ligny, M.: "Les régimes matrimoniaux", cit., p. 354; Lücke, H.: "Dividing assets on family breakdown: the German Civil Code", en AA.VV.: *Dividing assets on family breakdown* (ed. R. Bailey-Harris), Jordan Publishing, Bristol, 1998, p. 32; Müller-Freienfels, W.: "Réforme du Droit de la famille en République Fédérale d'Allemagne" (trad. L. Cabanel), *Annuaire de législation française et étrangère*, t. XXV, 1976, p. 46; Rieg, A.: "Problèmes de régimes matrimoniaux dans l'Allemagne réuniffiée", en AA.VV.: *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, París, 1993, p. 386; Id.: "La participation", cit., p. 922; Zajtay, I.: "Introduction", cit., p. 587.

de bienes que les dotara del sustento económico correspondiente en caso de que llegaran a necesitarlo, a través de su liquidación y partición[22].

Esta corriente de opinión sería la que se impusiese durante el proceso de reforma que entretanto se llevaba a cabo para adaptar la economía matrimonial a la igualdad por razón de sexo, pero solo en la parte oriental del país -influenciado, quizá, por la simpatía de que gozaba en la política legislativa soviética-, a través del *Familiengesetzbutch*[23]. En la occidental, por el contrario, no llegó a prosperar, aunque al menos influiría en lo que se refiere al bienestar de las mujeres y la preocupación sentida en la jurisprudencia por los perniciosos efectos que sobre las mismas cabía esperar que se produjeran a consecuencia de la división sexual del trabajo que, en buena medida, y desde muy antiguo -por muy *laborum periculorumque sociae* que se vieran-, venía proyectándose en el matrimonio[24]. Por esta razón, aun sin abandonar la separación de bienes subyacente en ella, cedió la ciencia jurídica ante las virtudes de la comunidad "diferida" de bienes que se estaba implantando en otras legislaciones civiles para convertirla en lo que hoy conocemos *stricto sensu* como régimen de participación en las ganancias y que tan solo traería de la misma la confusa *Gemeinschaft* que integra su incorrecta denominación como *Zugewinngemeinschaft*[25]. Este régimen, en consecuencia, ordenaría la economía de los matrimonios occidentales como resultado de dos proyectos de ley, uno de 27 de noviembre de 1952, y otro, de 12 de febrero de 1954, convertidos en la *Gleichberechtigungsgesetz* de 18 de junio de 1957, en el *Bundestag*[26].

La entrada en vigor de esta ley haría que a todos los matrimonios cuya economía estuviese provisionalmente sometida a la separación de bienes se les aplicara automáticamente lo previsto para el régimen de participación en las ganancias, siempre y cuando los consortes no conviniesen la continuación del de separación de bienes ni expresaran tal deseo en acta notarial seguidamente trasladada al juzgado de primera instancia o *Amtsgericht* que resultase competente, como en la misma se permitía expresamente[27]. Pese a todo, sin perjuicio de que esto se produjera, el nuevo régimen económico-matrimonial compartía con el de comunidad "diferida" de bienes la no injerencia del consorte en la administración, goce y disposición de los bienes de cada cónyuge, como había conseguido ya la aplicación del de separación de bienes, pero yendo más allá del mismo, al permitir que ambos tomasen partido en el patrimonio del otro mediante el

22 *Vid.* Dölle, H.: "Allemagne", cit., pp. 30-31.

23 *Vid.* Graue, E. D.: "German law", cit., p. 121; Rieg, A.: "Problèmes de régimes", cit., p. 386.

24 *Cfr.* Tacitus, *Germania*, XVIII.

25 En el mismo sentido lo aclaran: Müller-Freienfels, W.: "Family law and the law of succession in Germany", *International and comparative law quarterly*, núm. 16, 1967, pp. 426-427; Weyers, H. L.: "La evolución del Derecho de familia en la República Federal Alemana desde la postguerra", en AA.VV.: *La reforma del Derecho de familia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, p. 116.

26 *Vid.* Liénard-Ligny, M.: "Les régimes matrimoniaux", cit., pp. 353-355.

27 *Vid.* Beitzke, G.: "La loi allemande", cit., p. 46.

reconocimiento de un derecho de crédito en su favor o a través de la partición de una comunidad de bienes ficticiamente constituida entre ellos y establecer, consecuentemente, el elemento compensatorio que se demandaba en algunos foros para mejorar la separación de bienes[28]. La participación en las ganancias vendría por lo tanto a satisfacer las reivindicaciones que el movimiento feminista había dirigido previamente contra la supremacía masculina en que se apoyaba el sistema derogado por este régimen económico del matrimonio, aunque no solo lo haría para los matrimonios occidentales, sino también para los orientales, sin perjuicio de su derecho a permanecer en indivisión bajo el de comunidad de bienes, a propósito de la recepción que a este respecto traería consigo el Tratado de Unificación[29].

La victoria de los aliados haría que este nuevo concepto de participación en las ganancias se tomara en consideración en el momento de retomar la modernización de la *communauté de meubles et acquêts* que el estallido de la guerra había interrumpido, al menos, en lo que al régimen económico del matrimonio se refiere, en nuestro país vecino[30]. Sobre todo, como era de esperar, captaría el interés de las voces que habían manifestado una mayor predilección por la comunidad "diferida" de bienes que pretendía instaurar en su lugar el abandonado "Proyecto Renoult" con el incansable apoyo de Capitant[31]. Éste se atrevió incluso a presagiar que la mayoría de matrimonios no pondría fin a semejante comunidad de bienes mediante una auténtica partición, sino a través de la satisfacción de créditos, como hizo la *Gleichberechtigungsgesetz* en la República Federal de Alemania[32]. Sin embargo, pese a lo factible que tal cosa pudiera parecer, esta corriente de opinión no gozaría ya del mismo grado de aceptación del que anteriormente dispuso en el orden legislativo a juzgar por el calamitoso fracaso que obtuvo la proposición de ley que Gaston Monnerville depositó, a 30 de marzo de 1946, en la Asamblea Nacional Constituyente[33].

Esta iniciativa pretendía despojar a la *communauté de meubles et acquêts* de su hegemónica condición de régimen económico-matrimonial supletorio para arropar con ella al de comunidad "diferida" de bienes, en su afán por procurar una mayor igualdad entre mujeres y hombres en el matrimonio, aunque no contaba desde

28 De ello nos informa: Bärmann, J.: "Crítica al nuevo régimen matrimonial de bienes alemán", *Revista de Derecho Notarial*, núms. 37-38, julio-diciembre, 1962, p. 36.

29 *Cfr.* Frank, R.: "Germany: family law after Reunification", *Journal of Family Law*, núm. 30, 1991-1992, pp. 341-343; Müller-Freienfels, W.: "Réforme du Droit", cit., p. 35; Rieg, A.: "Problèmes de régimes", cit., p. 387.

30 *Vid.* Zajtay, I.: "Quelques projets", cit., p. 573.

31 *Vid.* Capitant, H.: "L'abolition de l'incapacité de la femme mariée", *Dalloz Hebdomadaire*, 1932, p. 97; Id.: *Le meilleur régime matrimonial: communauté ou séparation de biens*, Ligue Française pour le Droit des Femmes, París, 1924, pp. 6-7; Id.: "Préface", cit., pp. I-IV.

32 *Vid.* Capitant, H.: "L'abolition de l'incapacité", cit., p. 99.

33 *Vid.* Colomer, A.: "France", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1965, p. 727; Zajtay, I.: "Quelques projets", cit., p. 574.

luego con los seis votos contra cuatro que finalmente recibiría de la Comisión de Reforma del *Code Civil*[34]. Ello supuso el empujón definitivo que necesitaban los más tradicionalistas para establecer en su lugar una verdadera comunidad de bienes bajo la modalidad conocida internacionalmente con el nombre de comunidad "limitada" de bienes, en armonía con la línea de oposición que se había venido formulando *ab initio* contra la postura de Capitant y de Ripert[35]. Desde entonces, salvando la iniciativa de Pierre Marcilhacy, cuya proposición de ley podía haber invertido la situación por la naturaleza de la comunidad "limitada" de bienes que supuestamente establecía como régimen económico-matrimonial supletorio, el de participación en las ganancias quedaría para siempre relegado a la condición de convencional mediante el nuevo proyecto de ley que iba a ser confiado a la autoridad de Jean Carbonnier[36]. Sin embargo, no se trataría ya de una comunidad "diferida" de bienes como lo era la escandinava que en principio le sirvió de referencia, sino un auténtico régimen de participación en las ganancias en el sentido que hoy en día otorgamos a tal denominación y no en el que antaño la empleó Zajtay, a la vista del elevado grado de correlación existente entre la *Zugewinngemeinschaft* y el régimen jurídico del que le dotó la ley de 13 de julio de 1965[37].

IV. SEGUNDA FASE: LA REFORMA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CONTINENTAL.

La aparición del régimen de participación en las ganancias encontró su razón de ser en el ocaso de unos regímenes económico-matrimoniales a los que los tiempos les habían dejado en evidencia ante las enormes transformaciones socioculturales que fueron constatándose a lo largo del siglo pasado en buena parte del continente europeo. Pero este fenómeno, no obstante, más allá de la creación franco-alemana, obtuvo una repercusión extraordinaria en la modernización de las muchas legislaciones continentales que empezaron a revisarse a partir de entonces mediante una suerte de efecto dominó. Esta circunstancia haría que el régimen de participación en las ganancias se hiciese con un alto nivel de popularidad en calidad de régimen económico-matrimonial supletorio. Por lo tanto, siguiendo un orden cronológico, como hemos hecho hasta ahora, y comoquiera que lo acontecido respecto de la legislación francesa pudo servir de detonante, veamos en adelante el resultado obtenido en cada uno de los estados y provincias cuyos códigos civiles habían contemplado la *communauté de meubles et acquêts* en condición de

34 *Vid.* Colomer, A.: "France", cit., p. 727; Zajtay, I.: "Quelques projets", cit., pp. 574-575.

35 *Cfr.* Ancel, M.: "Matrimonial property", cit., p. 27.

36 *Vid.* Colomer, A.: "France", cit., p. 728; Patarin, J. y Morin, G.: *La réforme des régimes matrimoniaux: étude de la loi nº 65-570 du 13 juillet 1965*, t. I, Répertoire du Notariat Defrenois, 1ª ed., París, 1966, p. 7.

37 En este sentido, *vid.* Raynaud, P.: "Principes directeurs de la réforme française (loi du 13 juillet 1965)", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, p. 244.

régimen económico-matrimonial supletorio en base a una influencia directa de la *coutume* de París[38].

En primer lugar, en dirección norte, adolecía este régimen económico-matrimonial de los mismos vicios y defectos que manifestaba entre los franceses como consecuencia de la tradición que la codificación civil había consagrado en este sentido tanto para su matrimonio como para el de los belgas, al amparo del *droit coutumier*[39]. Se reprochaba también por estos últimos el intolerable paternalismo con que el mismo colocaba a las mujeres bajo la autoridad de sus respectivos maridos y, consecuentemente, como estaba ocurriendo en cada vez más y más lugares por una suerte de efecto dominó, se abriría un nuevo periodo legislativo dirigido a completar el camino iniciado algunos años atrás con la introducción de los *biens réservés* mediante la ley de 20 de julio de 1932[40]. Esta calificación arrebataba a los varones la administración y disposición de los rendimientos derivados de la profesión, industria o comercio de sus mujeres para que éstas los gestionasen por sí mismas con independencia de todo régimen económico-matrimonial[41]. Pero esta mejora, a pesar de todo, no resultaría tan efectiva como se deseaba y, dejando para otro momento la correlativa reforma de los regímenes económico-matrimoniales, vino a convertirse en la antesala de la plena capacidad de obrar que terminó reconociéndose tiempo después a las mujeres unidas en matrimonio con la ley de 30 de abril de 1958[42].

38 Sobre el particular, *vid.* Martin, O.: *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, t. II, v. I, Ernest Leroux, París, 1926; Id.: *La coutume de Paris: trait d'union entre le Droit romain et les législations modernes*, Sirey, París, 1925.

39 *Vid.* Baeteman, G.: "The modern Belgian law", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. Kiralfy), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. 18; Id.: "La réforme des régimes matrimoniaux en Belgique", *Journal des Tribunaux*, núm. 4323, junio, 1961, p. 381; Baugniet, J.: "L'égalité des époux en Droit belge", en AA.VV.: *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Universidad de Ciencias Sociales de Tolosa, Tolosa, 1978, p. 54; Delnoy, P.: "Rapport belge", en AA.VV.: *Aspects de l'évolution récente du Droit de la famille (Journées turques)*, Economica, París, 1988, p. 190; Graulich, P. y Gothot, P.: "Indépendance mais solidarité, impératifs nouveaux régimes matrimoniaux", *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, núm. 1, 1958, p. 96; Marcq, R. y Gevers, M.: "Le régime matrimonial en Belgique", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit* (Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun), Sirey, París, 1937, p. 17; Raucent, L.: *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*, Cabay, 3ª ed., Lovaina La Nueva, 1986, p. 27; Renard, C.: "La réforme des régimes matrimoniaux en Belgique", *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques*, t. LXI, 1975, pp. 119-121; Id.: "La réforme du statut de la femme mariée en Belgique", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, enero-marzo, 1958, pp. 58-59; Renard, C. y Graulich, P.: "Belgique", en AA.VV: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, p. 209; Id.: "Belgique", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, p. 61; Rigaux, F.: "L'évolution du Droit de la famille en Belgique", en AA.VV.: *Mariage et famille en question: Suisse, Autriche, Belgique, Pays-bas. Anexe: Regard sur la situation actuelle en Scandinavie* (dirs. R. Nerson y H. A. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf), Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1980, p. 87.

40 *Vid.* Baeteman, G.: "The modern", cit., p. 24; Raucent, L.: *Droit patrimonial*, cit., p. 29.

41 *Vid.* Baugniet, J.: "L'égalité des époux", cit., p. 54; Piret, R.: "Le Code Napoléon en Belgique de 1804 à 1954", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, octubre-diciembre, 1954, pp. 756-760 y 769-771.

42 Sobre esta ley, en particular, *vid.* Baeteman, G. y Lauwers, J. P.: *Devoirs et droits des époux. Commentaire théorique et pratique des lois du 30 avril 1958 et de la loi du 22 juin 1959*, Bruylant, Bruxelles, 1960; Dubru, M.: *L'égalité civile des époux dans le mariage*, Établissements Émile Bruylant, Bruselas, 1959.

La adecuación de los regímenes económico-matrimoniales a esta nueva situación se llevaría a cabo, de forma paralela, y aunque no sin un excelso retraso, a partir de la proposición de ley que Georgette Ciselet depositó a 29 de mayo de 1946 en el Senado[43]. Esta proposición, conocida como "Proyecto Ciselet", se sirvió notablemente de la que Gaston Monnerville acababa de presentar en el país vecino en tanto contemplaba también una comunidad "diferida" de bienes que reemplazaría a la *communauté de meubles et acquêts* en su hegemónica calidad de régimen económico-matrimonial supletorio, como su autora venía sugiriendo hacer en interés de las mujeres a través de su obra: "*La femme: ses droits, ses devoirs et ses revendications*"[44]. Se trataba, en esencia, de una separación de bienes, pero no una *séparation de biens pure et simple* como la que se había conocido hasta el momento, sino una separación de bienes especial en la que algunas de las adquisiciones realizadas durante su vigencia devendrían "matrimoniales" para después ser repartidas por mitad entre los cónyuges, razón por la que recibió el insólito nombre de *régime de biens matrimoniaux*[45]. Este sistema, aun con las modificaciones pertinentes, se haría posteriormente con el beneplácito de la comisión de juristas instituida a tales efectos bajo la presidencia de Raoul Hayoit de Termicourt, por el Ministro de Justicia Paul Struye, el 14 de mayo de 1948[46].

La comisión procedió entonces a elaborar dos anteproyectos de ley que instituyeran al de *biens matrimoniaux* en calidad de régimen económico-matrimonial supletorio para salvaguardar mediante el mismo la igualdad y no discriminación por razón de sexo que tan a corto plazo esperaba obtenerse a través de ellos en el matrimonio[47]. Sin embargo, en lo que a su economía se refiere, aun habiéndose aprobado por el Consejo de Ministros y remitido incluso al Consejo de Estado, el esfuerzo de la comisión se vería condenado al fracaso como consecuencia del cambio del gobierno de la nación y, con éste, del de su principal avalista político, el Ministro de Justicia Albert Lilar[48]. Este hecho supuso, de aquí en adelante, el

43 *Vid.* Baugniet, J.: "L'incapacité de la femme mariée et les régimes matrimoniaux", *Journal des Tribunaux*, núm. 3798, febrero, 1949, p. 98; Ernst-Henrion, M. L.: "La réforme des régimes matrimoniaux: le régime légal", *Journal des Tribunaux*, núm. 4348, enero, 1962, p. 55; Zajtay, I.: "Quelques projets", cit., p. 575.

44 *Cfr.* Ciselet, G.: *La femme*, cit., pp. 202-203. Señalando la influencia francesa de esta proposición de ley, *vid.* Baeteman, G.: "La réforme", cit., p. 385; Zajtay, I.: "Quelques projets", cit., pp. 574-575.

45 *Vid.* Baeteman, G.: "La réforme", cit., p. 385; Baugniet, J.: "L'incapacité", cit., p. 100.

46 *Vid.* Baeteman, G.: "The modern", cit., pp. 24, 28 y 33 y n. 12; Id.: "État des travaux de réforme en Belgique", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, p. 199; Id.: "La réforme", cit., p. 385; Ernst-Henrion, M. L.: "La réforme", cit., p. 55; Ernst-Henrion, M. L. y Baeteman, G.: "La réforme des régimes matrimoniaux", *Journal des Tribunaux*, núm. 4453, junio, 1964, p. 417; Raucent, L.: *Droit patrimonial*, cit., p. 29; Renard, C.: "Introduction générale", en AA.VV.: *Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, Universidad de Lieja, Lieja, 1977, p. 10; Id.: "La réforme", cit., pp. 56-58.

47 *Vid.* Marques-Pereira, B.: "La réforme des régimes matrimoniaux", *Courrier hebdomadaire du Centre de Recherche et d'Information Socio-Politiques*, núm. 837, mayo, 1979, pp. 7-8. El Profesor Renard, en particular, señalaba cómo el hecho de liberar a las mujeres de la tutela de sus maridos no iba a traducirse por sí mismo en una verdadera igualdad entre ambos (*vid.* "Introduction générale", cit., p. 13).

48 *Vid.* Ernst-Henrion, M. L.: "La réforme", cit., p. 55; Ernst-Henrion, M. L. y Baeteman, G.: "La réforme", cit., p. 418; Renauld, J.: "Rapport introductif", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, p. 137.

final del trayecto recorrido por la comunidad "diferida" de bienes del "Proyecto Ciselet" y el inicio del de la comunidad "mejorada" de bienes que hasta el momento apenas había recibido el apoyo minoritario de la comisión[49]. Sobre la misma estaría a punto de cernirse el poderoso y embriagador discurso que la convirtiera en una amenaza para el correcto desarrollo de las costumbres jurídicas patrias, al tratarse de un régimen económico-matrimonial foráneo e importado de otras culturas pretenciosamente tenidas por exóticas, como en este caso eran las de los países escandinavos. Laurent Merchiers, de hecho, empleó personalmente este paupérrimo argumento para poner de nuevo el acento sobre las virtudes del régimen de comunidad "mejorada" de bienes por el que apostaría su respectivo proyecto de ley, como Ministro de Justicia[50]. Pero, a pesar de todo, el punto más álgido de la tendencia comunitaria que empezaba a vislumbrarse en la reforma de los regímenes económico-matrimoniales no se había alcanzado todavía, ni se alcanzaría, siquiera, hasta la llegada al cargo del Ministro Piet Vermeylen.

La política legislativa de este último se caracterizaría por romper con todos los proyectos que a este respecto sustentaron y/o promovieron los que le precedieron en el ejercicio de sus funciones para encomendar, en consecuencia, un nuevo anteproyecto de ley, al cuidado del Profesor René Dekkers y del Juez Gustaaf Baeteman[51]. Estos dos juristas, en particular, no se sentían atraídos por las comunidades "diferida" y "mejorada" de bienes que se barajaron durante las legislaturas anteriores y avanzaron un paso más allá del que en su día dieron éstas para abogar en su lugar por la adopción de una comunidad "universal" de bienes a la neerlandesa, pero que no sería acogida[52]. Ello venía motivado por el atractivo que en aquel momento empezaba a manifestar la *participation aux acquêts* como alternativa a toda comunidad de bienes en calidad de régimen económico-matrimonial supletorio y, desde entonces, en adelante, se recondujo todo el trabajo en esta dirección hasta la culminación del proyecto de ley de 25 de febrero de 1965[53]. Sin embargo, a pesar de todo, y del interés que la *participation aux acquêts* ha venido suscitando desde entonces para algunos especialistas, éste no llegaría tampoco a cumplir con su objetivo a causa de las enmiendas depositadas,

49 *Vid.* Ernst-Henrion, M. L.: "La réforme", cit., p. 57; Ernst-Henrion, M. L. y Baeteman, G.: "La réforme", cit., p. 420.

50 *Vid.* Merchiers, L.: "La réforme des régimes matrimoniaux: a la recherche d'un régime légal", *Journal des Tribunaux*, núm. 4306, enero, 1961, pp. 73-76. Sobre esta comunidad de bienes, *vid.* "La réforme des régimes matrimoniaux", *Journal des Tribunaux*, núm. 4253, noviembre, 1959, pp. 629-631.

51 *Vid.* Baeteman, G.: "L'historique de la gestion concurrente dans le nouveu regime legal", *Revue du Notariat Belge*, núm. 2736, junio, 1984, p. 275; Marques-Pereira, B.: "La réforme", cit., p. 9.

52 *Vid.* Baeteman, G.: "L'historique", cit., p. 277; Id.: "The modern", cit., p. 33; Marques-Pereira, B.: "La réforme", cit., pp. 9-10.

53 *Vid.* "La réforme des régimes matrimoniaux", *Revue Pratique du Notariat Belge*, núm. 2495, 1964, p. 179. Sobre este particular, concretamente, *vid.* Baeteman, G.: "L'historique", cit., p. 277; Id.: "État des travaux", cit., p. 199; Raucent, L.: *Droit patrimonial*, cit., p. 30; Renard, C.: "Introduction générale", cit., p. 10.

a 30 de junio de 1966, en el Senado[54]. Su promotor, el Ministro de Justicia Pierre Wigny, volvió de nuevo a la tradición e hizo que la *participation aux acquêts* no se codificase siquiera y que hoy en día tan solo la conozcamos como una cláusula aneja al *contrat de séparation de biens*, al haber instaurado en su lugar la comunidad "mejorada" de bienes que hasta la actualidad ha venido operando como régimen económico-matrimonial supletorio a la luz de la ley de 14 de julio de 1976[55].

Una evolución semejante a la descrita es la que recientemente había experimentado también la comunidad de bienes que tan enraizada se encontraba por entonces entre las costumbres portuguesas, como régimen económico-matrimonial[56]. Ésta procedía de una larga tradición que se remontaba, cuando menos, a los últimos decenios medievales, durante los cuales nos sugieren las *ordenações alfonsinas* que debió practicarse por los matrimonios del momento con mucha más asiduidad de la que al mismo tiempo revelaba la adopción de un minoritario sistema de dotes y/o arras cuya predominancia tan solo se advertía ya en algunas zonas concretas, como una vieja huella del legado romano[57]. Dicha práctica, no obstante, supo consagrarse después como auténtica *costume do reino*, gracias al impulso que le dieron las *ordenações manuelinas* y *filipinas* en el camino que la condujo a convertirse en régimen económico-matrimonial supletorio, con el *Código de Seabra*[58]. Ésta consistía, concretamente, en una *comunhão geral de bens* que tenía la peculiaridad de atraer para sí misma los patrimonios presente y futuro de los cónyuges mediante una suerte de fuerza centrípeta equiparable a la ejercida por la comunidad "universal" de bienes de los neerlandeses, aunque a diferencia

54 *V. gr.* Baugniet, N.: "La séparation de biens avec participation aux acquêts: rêve d'un régime matrimonial idéal?", en AA.VV.: *Liber amicorum Jean-François Taymans* (eds. E. Beguin y J. L. Renchon), Bruselas, Larcier, 2013, pp. 1-8; Claeys, D. y De Page, P.: "Régime de séparation de biens avec créance de participation aux acquêts", *Revue du Notariat Belge*, núm. 2831, mayo, 1992, pp. 234-251; Taymans, J. F.: "Séparation des biens avec participation aux acquêts", en AA.VV.: *Le couple: autonomies de volontés*, Bruselas, Larcier, 2006, pp. 17-33; Verbeke, A.: *Le contrat de mariage de séparation de biens: plaidoyer pour une solution equitable*, Kluwer, Diegem, 1997.

55 *Vid.* Baeteman, G.: "L'historique", cit., pp. 277-283; Id.: "The modern", cit., p. 38; Beguin, E.: "La séparation de bienes avec partage annuel des économies", en AA.VV.: *Les contrats de mariage: bilan, perspectives et formules pratiques* (eds. E. Beguin y M. Grégoire), Academia-Bruylant, Lovaina La Nueva, 1996, pp. 71-79; Raucent, L.: *Droit patrimonial*, cit., p. 30; Renard, C.: "La réforme des régimes", cit., pp. 121-125; Id.: "Introduction générale", cit., p. 10; Simon, C.: "Les régimes conventionnels: la participation aux acquéts", *Annales de Droit*, núms. 1-2, 1977, pp. 305-306; Verbeke, A.: *Le contrat*, cit., p. 64.

56 Sobre el particular, *vid.* Carneiro, M. Borges: *Direito civil de Portugal*, t. II, Impressão regia, Lisboa, 1827; Carvalho, E. J. da Silva: *As formas do regimen matrimonial*, t. II, Franca Amado, Coímbra, 1897; Da Rocha, M. A. Coelho: *Instituições de Direito civil portuguez*, t. I, Universidad de Coímbra, 6ª ed., Coímbra, 1886; De Lobão, M. de Almeida e Sousa: *Notas de uso pratico e criticas, addições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struvio sobre todos os títulos e todos os §§ do libro segundo das instituições do Direito civil lusitano do Doutor Pascoal José de Mello Freire*, parte II, Imprenta Nacional, Lisboa, 1865; Ferreira, J. Dias: *Código civil portuguez anotado*, v. II, 2ª ed., Universidad de Coímbra, Coímbra, 1895; Freire, P. J. de Mello: "Instituições de Direito civil portugués: tanto público como particular" (trad. M. Pinto de Meneses), *Boletim do Ministerio da Justiça*, núm. 164, marzo, 1967, pp. 17-147; Gonçalves, L. da Cunha: *Tratado de Direito civil em comentário ao Código Civil português*, v. VI, Coimbra Editora, Coímbra, 1932; Merêa, M. P.: *Evolução dos regimes matrimoniais*, França & Armenio, Coímbra, 1913.

57 *Cfr. Ordenações alfonsinas*, IV, 12, 1-5. Sobre el significado de las arras, *vid.* Merêa, M. P.: "Sobre a palavra arras", *Estudos de Direito hispânico medieval*, t. I, Coímbra, 1952, pp. 139-145.

58 *Cfr. Ordenações manuelinas*, IV, 7; *Ordenações filipinas*, IV, 46.

de ésta, como demostraron los usos sociales, su popularidad caería en picado con motivo de la crisis de inestabilidad que estaba a punto de azotar el matrimonio de nuestros vecinos durante los años sesenta del siglo pasado[59].

Los contrayentes, en consecuencia, comenzaron a desarrollar una creciente preocupación por las *convenções antenupciais* en tanto éstas permitían dar cabida a tantas cláusulas de incomunicabilidad como los mismos juzgasen oportuno introducir en ellas para blindar sus respectivos patrimonios y protegerse de este modo el uno del otro frente al acecho de los nuevos cazadotes cuya proliferación se esperaba especialmente que se produjese bajo la celebración de matrimonios simulados, a tenor de las circunstancias[60]. Esta realidad, a la que hasta entonces no habían tenido que enfrentarse, contrariaba a todas luces el espíritu de la *carta de ametade* y era portadora de un mensaje poco esperanzador de cara a la continuidad de la *comunhão geral de bens* en su idiosincrática condición de régimen económico-matrimonial supletorio, dentro del inminente *Código Vaz Serra*. Para ocupar su lugar en el mismo se barajaba una comunidad de muebles y adquisiciones al estilo de la napoleónica, una comunidad de adquisiciones como la que se reflejaba cada vez con más frecuencia en el otorgamiento de *convenções antenupciais* y una participación en las ganancias por la que se inclinaba alguna voz, aunque de forma minoritaria[61]. Sin embargo, en base a muy diversas razones, se creyó con tanta convicción que la solución había de girar en torno a las comunidades de bienes que la participación en las ganancias se hundiría en el más absoluto olvido frente a una incipiente *comunhão de adquiridos* que aprovechó la ocasión para erigirse como régimen económico-matrimonial supletorio[62].

Este malaventurado régimen supletorio de participación en las ganancias pasaría entonces a dormir el sueño de los justos hasta que tres décadas después volviera a captar la atención de los portugueses, aunque ya no para sí mismos, sino para los

59 Así lo califican también: De Oliveira, G. Freire Falcão y Cid, N. de Salter: "Family law in Portugal", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. A. Bainham), Martinus Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1996, p. 350; De Sousa, A. Frada: "Rapport national: Portugal", en AA.VV.: *Étude sur les regimes matrimoniaux et le patrimoine des couples non maries en Droit international prive et en Droit interne*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001, p. 8; Marques, J. Dias: "Portugal", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, p. 293.

60 Sobre este particular, *vid.* Bastos, J. Fernandes Rodrigues: *Direito da família segundo o Código Civil de 1966*, v. III, Tipografía Guerra, Viseu, 1978, p. 82; De Campos, D. Leite: "Rapport portugais", en AA. VV.: *Aspects de l'évolution récente du Droit de la famille (Journées turques)*, Economica, París, 1988, p. 353; De Campos, D. Leite y De Campos, M. Martinez: *Lições de Direito da família e das sucessões*, Almedina, 3ª ed., revisada y actualizada por M. Martinez de Campos, Coímbra, 2016, pp. 269-270; De Oliveira, G. Freire Falcão: "Observações sobre os regimes de bens", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, núms. 3875-3877, junio-agosto, 1997, pp. 39-40.

61 *Vid.* Gersão, E.: "A igualdade jurídica dos cônjuges: a propósito do Projecto de Código Civil", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 1-2, enero-junio, 1966, pp. 63-64. Nos hace conocedores de estas alternativas: Da Cruz, G. Braga: "O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português", *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 53, febrero, 1956, pp. 174-175; Id.: "Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redactora do novo Código Civil", *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 52, enero, 1956, pp. 348-349.

62 *Vid.* Serra, A. Paes da Silva Vaz: "A revisão geral do Código Civil: alguns factos e comentários", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. XXII, 1946, p. 498.

que todavía eran sus administrados, a juzgar por el resultado de la codificación civil macaense[63]. Entretanto, no obstante, ni siquiera obtuvo este régimen económico-matrimonial la cortesía de ser contemplado como una alternativa capaz de impedir la aplicación de la *comunhão de adquiridos* mediante su sola alusión en el otorgamiento de *convenções antenupciais*[64]. Éstas permitían a los contrayentes *fixar livremente o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos, quer estipulando o que a esse respeito les aprouver*, en función de lo cual apenas les quedaba ejercer de legisladores y configurar *ex novo* el régimen de participación en las ganancias que más se ajustase a sus intereses en cuanto el mismo carecía de un régimen jurídico típico como el que sin embargo seguiría ostentando un sistema tan superado y obsoleto como era el consistente en la aportación de dote al matrimonio. Esto, desde luego, no tenía sentido, ni lo tuvo tampoco el hecho de que este régimen económico-matrimonial desapareciera tras un corto periodo de tiempo sin cederle el puesto a un *regime de participação nos adquiridos* que habría respondido solventemente a la igualdad y no discriminación por razón de sexo que procuraba la ley de 25 de noviembre de 1977[65]. Pese a todo, aunque tal cosa representa una oportunidad perdida, sirvió al menos de testigo para un avispado legislador que supo recogerlo y ponerlo al servicio del *pacto antenupcial* de los contrayentes mediante la obra de sus codificadores civiles, como fue el brasileño.

El matrimonio de los italianos se encontraba sin embargo mucho más romanizado de lo que en este sentido llegó a estarlo el de la mayoría de los estados de los que hemos venido hablando hasta ahora en tanto no había abrazado nunca la comunidad de bienes que suele relacionarse con la incursión de los pueblos germánicos, exceptuando el caso de algunas regiones que lo conocieron y practicaron, como Cerdeña y Sicilia[66]. Efectivamente, al margen de lo acontecido en éstas, su economía se construía en torno a la constitución de una dote por parte de la contrayente para contribuir de esta manera al sostenimiento de los *onera matrimonii* que, en principio, correspondía al marido, y cuyo régimen jurídico ocupaba por tanto un lugar destacado dentro del *Codice Civile*[67]. Sin embargo,

63 Sobre este particular, *vid.* De Oliveira, G. Freire Falcão: "A reforma do Direito da família de Macau", en AA.VV.: *Temas de Direito da família*, Coimbra Editora, 2ª ed., Coímbra, 2001, pp. 305-317; De Oliveira, J. Gil: "Regime de participação nos bens adquiridos", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, núm. 8, 1999, pp. 171-181; De Paiva, A. M. Ramos: "Breves notas sobre o regime da participação nos adquiridos vigente no Direito de Macau", *Lex Familiae*, núm. 5, enero-junio, 2006, pp. 65-79; Pinheiro, J. Duarte: *O Direito da família contemporâneo*, Almedina, 5ª ed., Coímbra, 2016, p 442; Pires, C. da Silva Antunes: "O Direito da família e a prova legal do estado civil em Macau", en AA.VV.: *Repertório do Direito de Macau*, Facultad de Derecho de la Universidad de Macao, Macao, 2007, pp. 602-605; Trigo, M.: "O Direito da família de Macau", en AA.VV.: *Repertório do Direito de Macau*, Facultad de Derecho de la Universidad de Macao, 2007, pp. 576-578.

64 En este sentido, *vid.* Da Cruz, G. Braga: "Problemas relativos", cit., p. 354; Pereira, M. Gonçalves: "Regimes convencionais. Anteprojecto para o novo Código Civil", *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 122, enero, 1963, pp. 265-266.

65 *Cfr.* Da Cruz, G. Braga: "Problemas relativos", cit., pp. 352-353.

66 Así lo indica: De Ruggiero, R.: *Istituzioni di Diritto civile*, v. II, Casa Editrice Giuseppe Principato, 4ª ed., Mesina, 1926, p. 567.

67 *Ibid.*

comoquiera que ésta dependía siempre de una convención, no podía concluirse que el régimen económico-matrimonial supletorio lo constituyera realmente un sistema dotal como el de los antiguos romanos, sino más bien el que a éste servía de base[68]. El de separación de bienes hacía entonces sus veces en defecto de una dote que lo transformara en otra cosa, al igual que sucedía entre los griegos. Pero, a pesar de todo, este régimen económico-matrimonial tomaría una inesperada deriva que nos trae a la memoria la política soviética, incluso más que la belga, y que la portuguesa, a tenor del giro tan copernicano que a este respecto iba a producirse con apoyo de la *Corte Costituzionale*[69].

Esta última vino a denunciar lo inapropiado que resultaba mantener la separación de bienes como régimen económico-matrimonial supletorio de una sociedad civil que respondía a los cánones más tradicionales, como era la italiana. Por lo tanto, si lo que demandaba era la tutela *dall'operosità* e *dall'abnegazione della casalinga all'economia familiare* e *al risparmio dell'azienda domestica* que exigía la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, quizá lo más racional habría sido esperar la introducción de un correctivo que hiciese de dote para moderar de alguna manera la separación de patrimonios que caracteriza el régimen económico-matrimonial que nos ocupa, como haría la participación en las ganancias[70]. Sin embargo, contra todo pronóstico, se apostó en su lugar por seguir exactamente los mismos pasos que dieron tanto los belgas como los portugueses en el sentido de establecer una comunidad "limitada" de bienes en condición de régimen económico-matrimonial supletorio, sin siquiera poner tal sistema al servicio de las *convenzioni matrimoniali*. Pero, a mayor abundamiento, este cambio tan inesperado en la tradición jurídica italiana no solo operaría de cara al futuro, sino también retroactivamente, respecto de los matrimonios que no se opusieren en el plazo señalado a tales efectos por la ley de 19 de mayo de 1975.

En segundo lugar, un poco más al norte, apenas obtuvo una presencia efímera la *communauté de meubles et acquêts* con que el imperialismo francés vino a suspender temporalmente la evolución del régimen económico de los matrimonios neerlandeses[71]. Éste se configuraba, predominantemente, como una comunidad "universal" de bienes, cuya característica fuerza centrípeta había logrado granjearse el favor de los comerciantes en tanto era capaz de responder eficazmente a una idea tan popular por aquel entonces como la de que el comercio

68 *Ibid*., pp. 567-568.

69 *Cfr.* Sentencia de la *Corte Costituzionale*, núm. 187, de 26 de junio de 1974.

70 En esta misma dirección se pronunciaba: Santoro-Passarelli, F.: "Criteri per la riforma del Diritto di famiglia", en AA.VV.: *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, t. III, Cedam, Padua, 1970, p. 176.

71 *Vid.* Baeteman, G.: "Le Droit des Pays Bas", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. Kiralfy), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. 62; Id.: "The original system of the Code Napoléon in Belgium and Holland", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. Kiralfy), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. 1; Van der Burght, G. y Doek, J. E.: "The Netherlands", en AA. VV.: *Family and succession law* (ed. W. Pintens), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 2002, p. 23.

no debía ejercerse sino con todo el patrimonio del comerciante, y en virtud de lo cual sería rescatada mediante la publicación del *Burgerlijk Wetboek*[72]. Pese a todo, no obstante, aunque el apoyo de los comerciantes la mantuvo durante mucho tiempo en la hegemónica condición de régimen económico-matrimonial supletorio, al cabo de un siglo afloraría entre los neerlandeses un importante sentimiento de rechazo hacia su idiosincrática comunidad "universal" de bienes a través de los contratos matrimoniales de exclusión en frío que empezaron a proliferar entre los mismos[73]. Estos contratos, de exclusión en frío -o koude uitsluiting, en neerlandés-, suponían en puridad una separación de bienes en tanto servían para excluir la aplicación de la comunidad "universal" de bienes que en su defecto entraba en juego bajo la autoridad de los maridos, por aquello de que no podía haber dos capitanes sobre un mismo navío -*geen twee kapiteins op één schip*, como solía decirse coloquialmente-, a costa de la emancipación de las mujeres[74].

Estas últimas, sin embargo, no hallaron en ello el merecido consuelo, al privárseles entonces de la cobertura económica que hasta el momento había sido capaz de contrarrestar el impacto de la división sexual del trabajo tras una larga vida en matrimonio[75]. Por este motivo, en vista de semejante situación, elaboró la práctica notarial una cláusula de compensación adicional a la exclusión en frío que permitía participar a las mujeres sobre lo adquirido por parte de sus maridos -más conocida hoy en día como *oud Amsterdams verrekenbeding*, en base a su lugar de creación-, a través de Anton Gerard Lubbers[76]. Dicha cláusula, no obstante,

72 *Vid.* Baeteman, G.: "Le Droit", cit., p. 66. Lo califican del mismo modo: Antokolskaia, M. y Boele-Woelki, K.: "Dutch family law in the 21st century: trend-setting and straggling behind at the same time", *Electronic Journal of Comparative Law*, núm. 4, 2002, p. 61 y n. 42; De Rooij, M., Schmidt, G. y Van Het Kaar, B. J.: "National report: The Netherlands", en AA.VV.: *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001, p. 4; Fokkema, D. C.: "Évolution des structures juridiques de la famille aux Pays-Bas", en AA.VV.: *Mariage et famille en question: Suisse, Autriche, Belgique, Pays-bas. Anexe: Regard sur la situation actuelle en Scandinavie* (dirs. R. Nerson y H. A. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf), Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1980, pp. 149 y 155; Kisch, I.: "Pays-Bas", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, p. 277; Rood-De Boer, M.: "Family law", en AA.VV.: *Introduction to Dutch law* (eds. J. Chorus, P. H. Gerver, E. Hondius y A. Koekkoek), Kluwer Law International, 3ª ed., La Haya-Londres-Boston, 1999, p. 77; Van Brakel, S.: "Le régime matrimonial de Droit commun en Hollande", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit* (Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun), Sirey, París, 1937, p. 101; Verbeke, A.: "Marriage and property: the dutch approach", *European Review of Private Law*, núm. 1, 1993, p. 290; Wiersma, K.: "Pays-Bas", en AA.VV: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, p. 599.

73 *Cfr.* Curry-Sumner, I. y Forder, C.: "The Netherlands", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. A. Bainham), Jordan Publishing, Bristol, 2003, p. 271.

74 *Vid.* Fokkema, D. C.: "Évolution des structures", cit., p. 149; Liénard-Ligny, M.: "L'émancipation de la femme mariée hollandaise dans le cadre du régime légal de communauté universelle", *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, núm. 1, 1958, p. 120. Sobre la situación de las mujeres bajo la aplicación de esta máxima, *vid.* Pitlo, A.: "La suppression de l'incapacité de la femme mariée en Droit néerlandais (loi du 14 juin 1956, Stb., n.º 343, entrée en vigueur le 1er janvier 1957)" (trad. Y. de Raedt), *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, núm. 39, 1962, pp. 7-10.

75 *Cfr.* Pitlo, A.: "La suppression", cit., p. 8. En sentido similar, respecto del régimen de separación de bienes, *vid.* Van der Burght, G.: *Dutch matrimonial property law and its fiscal implications*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1990, p. 2.

76 A ella se refieren: Curry-Sumner, I. y Forder, C.: "The Netherlands", cit., p. 271.

obtendría una notoria significación a partir de que Julius Christiaan VAN OVEN hiciera *tabula rasa* con la incapacidad de las mujeres mediante la atribución de dos esferas de administración y disposición en torno a lo que cada cónyuge aportase a la comunidad "universal" de bienes -como venía sugiriéndose por el notariado, desde los albores del siglo pasado-, en virtud de la ley de 14 de junio de 1956[77]. En este nuevo contexto, por tanto, no habría dos capitanes de un mismo navío, sino sendos capitanes por cada uno de los dos navíos resultantes, allanándose de este modo el camino hacia la introducción de un régimen convencional de participación en las ganancias como el de *wettelijk deelgenootschap* que trajo consigo la publicación del *Nieuw Burgerlijk Wetboek*[78].

La instauración de este nuevo régimen económico-matrimonial supone a todas luces lo que en definitiva representa una continuación respecto de la antigua cláusula de compensación a la exclusión en frío de la comunidad "universal" de bienes[79]. Ésta implicaba, asimismo, una participación en las ganancias que tenía lugar a la disolución del matrimonio como en el caso de la *wettelijk deelgenootschap*, aunque no contaba todavía con el influjo franco-alemán al que indudablemente estuvo expuesta esta última[80]. Sin embargo, a pesar de tan evidente paralelismo, esta cláusula había evolucionado entretanto hasta convertirse en el nuevo modelo de compensación que en su día se dio a conocer entre el notariado neerlandés mediante un conocido artículo científico publicado a finales de la década de los cincuenta en el *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registrati*e, cuya autoría corresponde al notario Pieter Willem VAN DER PLOEG[81]. Pero este modelo, muy extendido -y conocido como *nieuw Amsterdams verrekenbeding*-, no era ya una participación final en las ganancias, sino más bien una participación periódica sobre las mismas, cuya liquidación iba a llevarse a cabo entre los consortes con una periodicidad anual[82]. Esta cláusula, no obstante, a causa de su extraordinaria

77 *Vid.* BAETEMAN, G.: "Le Droit", cit., pp. 68-69; FOKKEMA, D. C.: "Évolution des structures", cit., pp. 130 y 150; LIÉNARD-LIGNY, M.: "L'émancipation", cit., p. 121; PITLO, A.: "La suppression", cit., p. 13; WIERSMA, K.: "Pays-Bas", cit., p. 599.

78 Así lo califican: BOELE-WOELKI, K. y BRAAT, B.: "Marital agreements and private autonomy in The Netherlands", en AA.VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. MARTIN SCHERPE), Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 250; CURRY-SUMNER, I. y FORDER, C.: "The Netherlands", cit., pp. 271-272; FOKKEMA, D. C.: "Évolution des structures", cit., p. 158; VAN DER BURGHT, G.: *Dutch matrimonial*, cit., pp. 1, 23-24 y 65; VAN DER BURGHT, G. y DOEK, J. E.: "The Netherlands", cit., pp. 144.14-144.15; VERBEKE, A.: *Le contrat*, cit., p. 64; ID.: "Marriage and property", cit., p. 296; WIERSMA, K.: "Pays-Bas", cit., p. 599.

79 Entendiendo que es un régimen de participación en las ganancias, *vid.* CURRY-SUMNER, I. y FORDER, C.: "The Netherlands", cit., p. 272; WIERSMA, K.: "Le régime néerlandais de communauté universelle à gestión partagée", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, p. 271.

80 *Vid.* ANTOKOLSKAIA, M. y BOELE-WOELKI, K.: "Dutch family", cit., p. 62 y n. 51; VAN DER BURGHT, G.: "Overview of matrimonial developments", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. B. ATKIN), Jordan Publishing, Bristol, 2007, p. 211, n. 9.

81 *Vid.* BRAAT, B.: "Les régimes matrimoniaux aux Pays-Bas", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux en Droit comparé et en Droit international privé* (eds. A. BONOMI y M. STEINER), Droz, Ginebra, 2006, p. 196.

82 *Vid.* BRAAT, B.: "Les régimes", cit., p. 196; DE RUITJER, E. y BRAAT, B.: "Co-working partners: the influence of legal arrangements", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 3, 2008, p. 426; VAN DER BURGHT, G.: *Dutch matrimonial*, cit., pp. 29 y 66.

difusión entre los neerlandeses, sustituiría finalmente a la *wettelijk deelgenootschap* en calidad de régimen convencional de participación en las ganancias tanto en modalidad *periodieke* como *finale* y dependiente siempre de estipulación, una vez codificada con motivo de la ley de 14 de marzo de 2002[83].

A la misma categoría se vería condenado incluso el régimen de participación en las ganancias que a finales del siglo pasado se introdujo en la legislación española. Por aquel entonces, salvo en algunas comunidades autónomas cuya tradición jurídica logró escapar a la unificación pretendida por los codificadores civiles -como fue precisamente el caso de la aragonesa, navarra, vasca, catalana o balear, sin perjuicio de lo que pueda decirse de la extremeña con respecto al Fuero de Baylío-, el régimen económico-matrimonial que venía operando en defecto de capitulaciones matrimoniales no era sino el de comunidad de bienes que desde antiguo se conoce como sociedad de gananciales. Sin embargo, por el simple ministerio de la ley, como acontecía en otros muchos estados, se hallaba ésta bajo la sola administración de los maridos con el designio de impedir con ello que las controversias surgidas entre los cónyuges fuesen capaces de enquistar el desenvolvimiento de la misma en base a cualquier diferencia de opinión con las mujeres. Éste sería el motivo que hiciese dudar a los parlamentarios en torno a la conservación de la comunidad de bienes en calidad de régimen económico-matrimonial supletorio cuando el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo exigiera la instauración de un sistema de coadministración y codisposición sobre la sociedad de gananciales, como se proyectaba hacer de conformidad con la Constitución de 6 de diciembre de 1978[84].

Este sistema implicaba que la administración y disposición de la sociedad de gananciales tuviera que llevarse a cabo de consuno, salvo cuando se dispensase de hacerlo tanto legalmente como en base a un convenio previamente celebrado entre los cónyuges o futuros contrayentes en sus respectivas capitulaciones matrimoniales, como si éstos fueran los dos capitanes de navío a los que tanto temían los juristas neerlandeses. Luis Díez-Picazo había advertido incluso algunos años antes de que la igualdad por razón de sexo conduciría inexorablemente a la decadencia de los regímenes económico-matrimoniales de comunidad de bienes de los que formaba parte la sociedad de gananciales, en favor de una versión mejorada de los de separación de bienes, como eran los de participación en las

83 *Vid.* Braat, B.: "Les régimes", cit., p. 179 y 195-196; Curry-Sumner, I.: "Party autonomy and responsibility", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. B. Atkin), Jordan Publishing, Bristol, 2008, pp. 258-259; Curry-Sumner, I. y Forder, C.: "Proposed revision of matrimonial property law, a new inheritance law and the first translation of the Dutch Civil Code, Book 1 (Family Law) into English", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. A. Bainham), Jordan Publishing, Bristol, 2004, p. 340; Id.: "The Netherlands", cit., pp. 271-272; Van der Burght, G.: "Overview", cit., p. 211.

84 En este sentido, precisamente, *vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Prólogo", en Fernández Cabaleiro, E.: *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España-Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969, p. XIII; Lacruz Berdejo, J. L.: "La reforma del régimen económico del matrimonio", *Anuario de Derecho Civil*, núms. 2-3, abril-septiembre, 1979, p. 350.

ganancias que se estaban extendiendo por todo el mundo occidental[85]. Éstos merecían, a su juicio, un serio y detenido estudio de cara a la actualización de la economía del matrimonio que estaba cerca de producirse, como suscribió José Luis Lacruz[86]. Sin embargo, aunque en sede parlamentaria se discutiría fervientemente acerca de su introducción como régimen económico-matrimonial supletorio, semejante alternativa quedaría finalmente desplazada frente a un triunfante conservadurismo que apostó por la continuidad de la sociedad de gananciales en tanto hizo depender enteramente la aplicación del régimen de participación en las ganancias de la voluntad de los consortes o futuros contrayentes, según cabe inferir del resultado de la ley de 13 de mayo de 1981[87].

En tercer y último lugar, al otro lado del océano, observamos cómo se manifestaron inquietudes similares en torno a la suerte que debiera correr la *communauté de meubles et acquêts* que, por influjo del *droit coutumier*, sobre las costumbres jurídicas locales, se erigió como régimen económico-matrimonial supletorio con el *Code Civil du Bas-Canada*[88]. Éste no contaba sin embargo con mayores simpatías de las que se granjeó en el continente europeo en tanto precisaba, asimismo, de una profunda revisión legislativa, como la que previamente insinuó el espíritu de la ley de 11 de marzo de 1931[89]. Por medio de ésta se introdujo también la categoría de *biens réservés* con el objetivo de proporcionar a las mujeres una independencia económica superior a la que por entonces tenían frente a sus maridos, como se había hecho ya entre los franceses, y se haría al año siguiente, entre los belgas, pero compartiendo con ambos las mismas carencias que éstos le atribuían[90]. Para superarlas, no obstante, siguiendo el precedente europeo, resultaba indispensable una modificación legislativa por la que se

85 *Vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Prólogo", cit., p. XII. En dirección similar, aunque algunas décadas más tarde, *vid.* Rams Albesa, J. J.: "Problemas de planteamiento de la sociedad de gananciales en la sociedad igualitaria", en AA.VV.: *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas*, v. V, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1998, p. 190.

86 *Cfr.* Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Prólogo", cit., p. XIII; Lacruz Berdejo, J. L.: "La economía del matrimonio", en Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J. y Rivero Hernández, F.: *El nuevo régimen de la familia*, t. II, Civitas, Madrid, 1981, pp. 136-137; Id.: "La reforma", cit., p. 350.

87 Por todos, a favor de la sociedad de gananciales, *vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1324 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1497. Sobre el régimen español de participación en las ganancias, *vid.* Algarra Prats, E.: *El régimen económico-matrimonial de participación*, La Ley, Madrid, 2000; De León Arce, A.: *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: el régimen de participación*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1984; Morales Moreno, A. M.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1434 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1808-1913.

88 *Vid.* Baudouin, L.: *Les aspects généraux du Droit privé dans la Province de Québec*, Dalloz, París, 1967, p. 294; Pineau, J. y Burman, D.: *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Thémis, Montreal, 1984, pp. 4 y 121; Turgeon, H.: "Matrimonial property law in the Province of Quebec", en AA.VV.: *Matrimonial property law* (ed. W. Friedmann), Stevens & Sons, Londres, 1955, p. 139.

89 *Vid.* Gagnon, J.: "Société d'acquêts: partage brut ou partage net", *Revue du Notariat*, núms. 5-6, enero-febrero, 1987, p. 337; Tees, D. H.: "The partnership of acquests as the proposed legal matrimonial property regime of the Province of Quebec", *McGill Law Journal*, núm. 1, febrero, 1968, p. 113.

90 *Vid.* Caparros, E.: *Les régimes matrimoniaux au Québec*, Wilson & Lafleur, 3ª ed., Montreal, 1988, pp. 107-108; Pineau, J. y Burman, D.: *Effets du mariage*, cit., p. 3; Turgeon, H.: "Matrimonial property", cit., pp. 142 y 172.

reconociera abiertamente la plena capacidad de las mujeres en el matrimonio, como acabaría haciendo la ley de 18 de junio de 1964[91]. Sin embargo, según era de esperar, y así parecían esperarlo los civilistas del momento, esta ley había de completarse por otra inmediatamente posterior que procurase la adaptación de los regímenes económico-matrimoniales a la filosofía de este novedoso principio inspirador, el cual se vería materializado en esta sede con la ley de 12 de diciembre de 1969[92].

Esta ley trajo consigo un nuevo régimen económico-matrimonial que ocuparía el lugar de la *communauté de meubles et acquêts* en calidad de supletorio y que tomaba su confusa y equívoca denominación de una vieja práctica, oriunda del notariado francés, consistente en adulterar el contrato típico de separación de bienes mediante la anexión de una cláusula adicional de comunidad "diferida" de bienes, como es la de *société d'acquêts*[93]. Ello respondía a la realidad de unos matrimonios que, culturalmente, cuando menos, seguían apegados a la tradición en cuanto a la división sexual del trabajo se refiere, aun cuando acababa de declararse legalmente la plena capacidad de obrar de las mujeres[94]. De esta manera, si se diera el caso de que éstas no llegasen nunca a traspasar los muros de sus hogares para procurarse un peculio personal con que atender a sus propias necesidades futuras -como era probable que sucediera, a la vista del estado en que se encontraban los usos sociales-, siempre les quedaría esperar a la liquidación de la *société d'acquêts*. Sin embargo, aunque su nombre evoque lo contrario, y la dación en pago haya permitido creer otra cosa al amparo del que constituye su precedente más cercano -*le règlement en nature est considéré comme une opération de partage*, dice el legislador francés-, ésta no operaría como una comunidad "diferida" de bienes sino como una auténtica participación en las ganancias que se ha mantenido incólume en su calidad de régimen económico-matrimonial supletorio incluso tras la codificación y recodificación del *Code Civil du Québec*[95].

91 *Vid.* Barbe, R.: "Canada: la Province de Québec", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1965, p. 640; Baudouin, L.: *Les aspects*, cit., p. 291; Brière, G.: "La réforme de la capacité de la femme mariée dans la Province de Québec", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, enero-marzo, 1966, p. 83; Pineau, J.: *La famille: Droit applicable au lendemain de la "loi 89"*, Les Presses de L'Université de Montréal, Montreal, 1983, p. 5; Pineau, J. y Burman, D.: *Effets du mariage*, cit., pp. 3 y 123-124; Zajtay, I.: "Lois nouvelles en matière de mariage, famille et régime matrimonial", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, enero-marzo, 1966, p. 60; Id.: "Introduction", cit., p. 592.

92 *Vid.* Héleine, F.: "L'article 177 C. Civ. ou la capacité juridique de la femme mariée selon la loi québécoise", *Revue Générale de Droit*, núm. 1, 1970, pp. 62-76. En el mismo sentido, *vid.* Caparros, E.: *Les régimes*, cit., p. 109.

93 *Vid.* Auger, J.: "Les régimes de société d'acquêts et de participation aux acquêts", *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, núm. 4, 1973, p. 268; Baudouin, L.: *Les aspects*, cit., p. 292; Caparros, E.: *Les régimes*, cit., p. 109; Groffier, E.: "La société d'acquêts en Droit québécois", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, octubre-diciembre, 1977, p. 747; Pineau, J.: *La famille*, cit., p. 107.

94 Así lo indica: Garigue, P.: *La vie familiale des canadiens français*, Presses de l'Université de Montréal-Presses Universitaires de France, Montreal-París, 1962, p. 40.

95 En esta dirección, *vid.* Groffier, E.: "La société", cit., p. 748. Sobre la calificación de la dación en pago en el régimen francés de participación en las ganancias, *vid.* Raynaud, P.: "Principes directeurs", cit., p. 244.

Pero el régimen de participación en las ganancias no encontraría las condiciones más favorables para su propagación, sino en la legislación austriaca. Según sabemos, recuérdese, por la obra de Zajtay, ésta conoció la comunidad "diferida" de bienes que después derivaría en este régimen económico-matrimonial cuando no lo había hecho siquiera la escandinava que tanto eco se hizo en el resto del continente europeo[96]. Ello se debía a que el régimen económico-matrimonial supletorio lo era en realidad el de separación de bienes, en el sentido de que *die eheliche Verbindung allein begründet noch keine Gemeinschaft der Güter zwischen den Eheleuten -so behält jeder Ehegatte sein voriges Eigentumsrecht, und auf das, was ein jeder Teil während der Ehe erwirbt-*, pero con una salvedad en caso de muerte, a partir de cuyo acaecimiento se transformaba éste en una comunidad de bienes que tan solo cabía definir de este modo como corolario de que la misma no entrase en acción hasta ver disuelto el matrimonio *-die Gütergemeinschaft unter Ehegatten wird in der Regel nur auf den Todesfall verstanden*, más concretamente[97]. Sin embargo, esta comunidad "diferida" de bienes de la que venimos hablando estaría llamada a ser reconsiderada como una auténtica participación en las ganancias cuando el matrimonio dejase de ser indisoluble y su tutela hubiera de valorarse más allá del fallecimiento para cubrir el vacío que manifestaba en relación con el divorcio, una vez introducido con la ley de 6 de julio de 1938[98].

Esta ley, conocida como ley del matrimonio, requería por tanto de una adaptación de la comunidad "diferida" de bienes del *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*. Pero, a pesar de ello, comoquiera que el estado austriaco había sido recientemente anexionado como una provincia más del alemán, semejante empresa quedaría interrumpida tanto por el estallido de la guerra como por la ocupación aliada que le sucedió durante los diez años posteriores hasta que se hizo con la plena independencia, el 15 de mayo de 1955[99]. Desde este momento, no obstante, y aunque existió un primer proyecto de ley que perseguía modificar las instituciones jurídico-familiares, incluso antes de esta fecha, se elaboraron después otros que siguieron muy de cerca el régimen económico-matrimonial que por entonces acababa de estrenar la *Gleichberechtigungsgesetz*, en el país

96 *Cfr.* Zajtay, I.: "Quelques projets", cit., p. 572.

97 En este sentido, *vid.* Antenreiter, T.: "Informe nacional: Austria", *Notarius International*, núms. 3-4, 2002, p. 177; Deixler-Hübner, A. y Reiter, S.: "Family law", en AA.VV.: *Introduction to the Law of Austria* (eds. C. Grabenwarter y M. Schauer), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 149; Ferrari, S.: "Marital agreements", cit., p. 60; Kriegler, A.: "Austria", cit., pp. 9 y 12-13; Mell, W. R.: "Autriche" (trad. I. Zajtay), en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 194-195 y 204-205; Rechberger, W.: "National report: Austria", en AA.VV.: *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001, pp. 6-7; Schwimann, M.: "Autriche", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, p. 55.

98 *Vid.* Müller-Freienfels, W.: "Family law", cit., p. 412; Rechberger, W.: "National report", cit., p. 6.

99 *Cfr.* Mell, W. R.: "Autriche" (trad. D. Chast), *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1965, p. 712.

vecino[100]. Ésta representaba, evidentemente, por sus propias características, una excelente referencia para una legislación cuyos antecedentes manifestaban una clara preferencia por el mantenimiento de la separación de bienes durante el matrimonio, como era la austriaca -y, más aún, si cabe, en el contexto igualitario de la ley federal de 1 de julio de 1975[101]. Sin embargo, en vez de adoptar en bloque la solución alemana, apostó ésta por una vía intermedia entre la comunidad "diferida" de bienes y la verdadera participación en las ganancias mediante la habilitación de la liquidación *in natura* junto a la liquidación en valor por la que una y otra suelen distinguirse respectivamente, a propósito de la ley federal de 15 de junio de 1978[102].

Un paso más allá es el que darían los griegos hacia la conversión de su idiosincrático régimen de separación de bienes en uno de participación en las ganancias. Pero, por aquel entonces, sin embargo, no regía con la plenitud con la que hoy rige entre ellos la máxima de que el matrimonio no altera la autonomía patrimonial de los contrayentes ni crea por tanto comunidad alguna entre sus bienes -ο γάμος δεν μεταβάλλει την περιουσιακή αυτοτέλεια των συζύγων-, en razón de la dote que solía aportarse al mismo[103]. Esta práctica llevaba aparejada un régimen jurídico que era capaz de anular en buena medida la independencia con que, al menos, a nivel teórico, debían estar dotados los consortes bajo un régimen de separación de bienes como el que en principio subyacía tras ella[104]. Resultaba que, por el simple ministerio de la ley, eran investidos los maridos de tan extraordinarias facultades en torno al uso, disfrute, administración y disposición de los bienes dotales que a las mujeres no les quedaban grandes oportunidades para beneficiarse de la autonomía patrimonial que en este sentido les correspondiera, ya que tampoco podían procurarse su propio peculio porque necesitaban también de la autorización de sus consortes para realizar cualquier actividad remunerada que

100 *Ibid*., pp. 712-713. En sentido similar, *vid.* Ferrari, S.: "Marital agreements", cit., p. 52; Schwind, F.: "Évolution des structures juridiques de la famille en Autriche", en AA.VV.: *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine en Suisse, en Autriche, en Belgique, aux Pays-Bas et dans la region Scandinave)* (dirs. R. Nerson y H. A. Schwartz-Liebermann von Wahlendorf), *Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1980, p. 61*.

101 *Cfr.* Rechberger, W.: "National report", cit., p. 6.

102 *Vid.* Hertel, C.: "Sistemas jurídicos del mundo", *Notarius International*, núms. 1-2, 2009, p. 193, n. 29; Rechberger, W.: "National report", cit., p. 6.

103 En este sentido, *vid.* Andriotis, D.: "Les régimes matrimoniaux en Droit grec", en AA.VV.*: Les régimes matrimoniaux en Droit comparé et en Droit international privé* (eds. A. Bonomi y M. Steiner), Droz, Ginebra, 2006, p. 201; Bournias, A.: "Grèce", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 477-478; Id.: "Grèce", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, p. 201; Koumantos, G.: "Évolution récente du Droit de la famille en Grèce", en AA.VV.: *Le Droit de la famille en Europe: son évolution de l'antiquité a nos jours* (dir. R. Ganghofer), Presses Universitaires de Strasbourg, Estrasburgo, 1992, p. 157; Kounougeri-Manoledaki, E.: "Greece", en AA.VV.: *Family law in Europe* (eds. C. Hamilton y A. Perry), Butterworths, 2ª ed., Londres, 2002, p. 333; Papademetriou, T.: "Marriage and marital property under the new Greek family law", *International Journal of Legal Information*, núm. 13, 1985, p. 3; Psaltis, E.: "Grèce", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. Ancel), Sirey, París, 1938, p. 290.

104 *Cfr.* Papademetriou, T.: "Marriage and marital", cit., pp. 3 y 28-30.

en su caso pudiera proporcionárselo[105]. No obstante, este sistema experimentaría profundas e ineludibles transformaciones como consecuencia de la igualdad de derechos y deberes que entre hombres y mujeres iba a acabar proclamándose expresamente, a través de la Constitución de 7 de junio de 1975[106].

Y es que tal declaración, una vez trasladada al matrimonio, sentaría el fin de una tradición trimilenaria en tanto erradicó la dote de entre las costumbres ciudadanas -no solo derogándola, sino prohibiendo incluso su constitución voluntaria bajo pena de nulidad, siguiendo el precedente italiano-, en virtud de lo cual cabía esperar que la separación de bienes se erigiese como régimen económico-matrimonial supletorio[107]. Pero, a pesar de todo, como advirtieron también otros estados, éste no satisfaría los intereses de los matrimonios del momento al mismo tiempo en que procurase la autonomía de sus contrayentes, en base a la división sexual del trabajo que solía obrar en los hogares[108]. Por este motivo adquirió sentido la conversión de este régimen económico-matrimonial en una versión mejorada y capaz de responder solventemente a tan frecuente situación, sin llegar a abandonarlo por completo en aras de una comunidad de bienes cuyas raíces se antojaran absolutamente ignotas, más allá de las Islas Jónicas y de las Cícladas[109]. Estas circunstancias hicieron supletorio a un nuevo régimen de participación en las ganancias que no se liquidaría, siquiera parcialmente, *in natura*, como sin embargo acontecía para el austriaco, sino únicamente en valor, al abrigo de la ley de 15 de febrero de 1983[110].

Pero en sentido similar evolucionó incluso la política legislativa que venía desarrollándose paralelamente en torno al régimen económico-matrimonial del *Zivilgesetzbuch*. Se trataba éste de una separación de bienes que evoca necesariamente a la que surgió de la codificación alemana en tanto concentraba también la administración y disfrute de los bienes de las mujeres en las solas

105 *Vid.* Andriotis, D.: "Les régimes", cit., p. 202.

106 *Vid.* Papademetriou, T.: "Marriage and marital", cit., pp. 5-8.

107 *Vid.* Agallopoulou, P.: *Basic concepts of Greek civil law* (trad. Y. Kotsovolou Masry), Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 2005, p. 34; Andriotis, D.: "Les régimes", cit., pp. 202-203; Deliyannis, J.: "Les grandes lignes de la réforme du Droit de la famille hellénique", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1986, p. 817; Deliyannis, J. y Ladas, P.: "Rapport grec", en AA.VV.: *Aspects de l'évolution récente du Droit de la famille (Journées turques)*, Economica, París, 1988, p. 276; Grammaticaki-Alexiou, A.: "Family law", en AA.VV.: *Introduction to Greek law* (eds. K. D. Kerameus y P. J. Kozyris), Kluwer Law International, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, 2008, p. 184; Koumantos, G.: "Évolution récente", cit., p. 157; Margellos, T. M.: "Grèce", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, octubre-diciembre, 1990, pp. 1234-1235; Moustaira, E.: "National report: Greece", en AA.VV.: *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001, p. 5; Papademetriou, T.: "Marriage and marital", cit., pp. 24-26.

108 *Cfr.* Papademetriou, T.: "Marriage and marital", cit., pp. 3-4 y 6.

109 *Cfr.* Moustaira, E.: "National report: Greece", cit., pp. 5-6.

110 *Vid.* Andriotis, D.: "Les régimes", cit., p. 207; Deliyannis, J.: "Les grandes lignes", cit., p. 818; Deliyannis, J. y Ladas, P.: "Rapport grec", cit., p. 276; Koumantos, G.: "Évolution récente", cit., p. 158; Margellos, T. M.: "Grèce", cit., p. 1235; Mouratidou, S.: "Rapport national: Grèce", *Notarius International*, núm. 2, 2001, p. 119; Moustaira, E.: "National report: Greece", cit., p. 5.

manos de los maridos, al estilo del *Nutzverwaltung*[111]. Sin embargo, comoquiera que ello no suponía más que la mera unidad de los patrimonios involucrados y no una auténtica y genuina comunidad de bienes, este régimen económico-matrimonial fue conocido entre los suizos como *union des biens* o *Güterverbindung* para escapar en consecuencia de la confusa e imprecisa *Verwaltungsgemeinschaft*[112]. Esta singular calificación hacía pensar además en que semejante unidad no implicaba siquiera una comunidad "diferida" de bienes, aunque compartía con ella una distribución de beneficios que la alejaba por completo de la mera *séparation de biens* o *Gütertrennung*[113]. Pese a todo, en lugar de hacerse por mitades, como en la comunidad "diferida" de bienes, se materializaba ésta en una proporción distinta entre los consortes que atentaba a todas luces contra la igualdad reconocida en la Constitución Federal de 29 de mayo de 1874[114].

Esta circunstancia exigía entonces una intervención legislativa que despojase a los matrimonios suizos de tan perniciosa unidad para someterlos en su lugar a una auténtica separación en cuanto atañe a la administración y disfrute de los bienes pertenecientes a cada cónyuge, pero garantizando, al mismo tiempo, una distribución equitativa de los beneficios generados por ellos durante la vigencia de su régimen económico, como se propuso hacer la comisión de estudios que a tales efectos crearía el Departamento Federal de Justicia y Policía a 13 de diciembre de 1957[115]. Pero este proceso, cuyo comienzo es paralelo al iniciado en otros estados, no concluyó sino hasta que tres décadas más tarde la *participation aux acquêts* o *Errungenschaftsbeteiligung* ocupase para siempre el lugar que hasta la fecha había ostentado la *union des biens* o *Güterverbindung* en calidad de régimen económico-matrimonial supletorio, como entre los alemanes hizo la *Zugewinngemeinschaft*[116]. Sin embargo, a imagen y semejanza de otras legislaciones, y siempre y cuando no

111 En idéntica dirección, *vid.* Graue, E. D.: "German law", cit., p. 117. Para más información sobre el particular, *vid.* Deschenaux, H. y Steinauer, P. H.: *Le nouveau Droit matrimonial*, Stæmpfli & Cie, Berna, 1987, p. 4; Gregorc, N.: "La réforme des régimes matrimoniaux en Droit suisse", *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, núm. 4, 1989, pp. 367-368; Grossen, J. M.: "Suisse", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 661-662; Knoepfler, F.: "Nouveau Droit du mariage", *Revue de l'État Civil/Zeitschrift für Zivilstandswesen*, 1986, p. 228; Oftinger, C.: "Suisse", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, pp. 309-310, Richard, A.: "Le régime matrimonial en Droit suisse", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit* (Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun), Sirey, París, 1937, p. 141.

112 *Cfr.* Wolff, M.: "El matrimonio", en Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil* (trad. B. Pérez González y J. Alguer y Micó), t. IV, v. I, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1979, pp. 281 (n. 5) y 290 (n. 2).

113 *Vid.* Grossen, J. M.: "Suisse", cit., pp. 662 y 675-676; Knoepfler, F.: "Nouveau Droit", cit., p. 228; Oftinger, C.: "Suisse", cit., p. 310.

114 Así lo indican: Deschenaux, H. y Petitpierre, G.: "Vers une réforme du Droit du mariage", *Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier/Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, núm. 3, 1975, pp. 149-150; Deschenaux, H. y Steinauer, P. H.: *Le nouveau*, cit., pp. 5 y 13; Knoepfler, F.: "Nouveau Droit", cit., p. 228; Piotet, P.: *Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts*, Stæmpfli & Cie, Berna, 1986, p. 18.

115 *Cfr.* Deschenaux, H. y Steinauer, P. H.: *Le nouveau*, cit., pp. 5, 13, 15, 17 y 20.

116 *Vid.* Graham-Siegenthaler, B.: "Switzerland", en AA.VV.: *Family law in Europe* (eds. C. Hamilton y A. Perry), Butterworths, 2ª ed., Londres, 2002, p. 670; Gregorc, N.: "La réforme", cit., p. 369; Grossen, J. M. y Guillod, O.: "Family law", en AA.VV.: *Introduction to Swiss Law* (eds. F. Dessemontet y T. Ansay), Kluwer Law

mediase tampoco una voluntad en contrario, este nuevo régimen supletorio de participación en las ganancias sería aplicable tanto a los matrimonios ya contraídos en ese momento como para los que se celebraran en lo sucesivo, según la ley federal de 5 de octubre de 1984[117].

V. TERCERA FASE: LA RECEPCIÓN DE LA EQUITABLE DISTRIBUTION EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

El régimen económico-matrimonial que sirve de apoyo al de participación en las ganancias tiene su origen más inmediato en la *Married Women's Property Act 1882*. Esta ley trajo consigo la instauración del *separate property system* mediante la abrogación de los derechos de que hasta el momento habían disfrutado los hombres sobre el patrimonio de sus mujeres al amparo del principio cristiano juridificado de unidad de carne, al que aludía la obra de William Blackstone[118]. Desde entonces, por tanto, correspondió a éstas el pleno dominio de sus haberes con posibilidad de gozar, administrar y disponer de ellos e incluso de realizar nuevas adquisiciones durante el matrimonio sin injerencia alguna por parte de sus maridos -*a married woman shall be capable of acquiring, holding, and disposing by will or otherwise, of any real or personal property as her separate property, in the same manner as if she were a feme sole*, se decía expresamente[119]. Pero el *common law*, a pesar de todo, no contaba con una mera *quaestio facti* como la división sexual del trabajo, que, en la práctica, era capaz de anular los avances experimentados, ni mucho menos con la proliferación de los divorcios que en un futuro no muy lejano iba a amenazar el porvenir de las mujeres, como resultado de su desculpabilización[120]. Esta situación, apenas subsanable voluntariamente,

International, 3ª ed., La Haya, 2004, p. 64; Schnyder, B.: "Suisse", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, octubre-diciembre, 1990, p. 1316.

117 *Cfr.* Piotet, P.: *Le régime*, cit., pp. 154-157 y 160; Schnyder, B.: "Suisse", cit., p. 1316.

118 *Vid.* Blackstone, W.: *Commentaries on the laws of England*, t. I, Clarendon Press, Oxford, 1765, p. 430.

119 *Cfr.* Cooke, E.: "A late instalment in a long story", en AA.VV.: *Landmark cases in family law* (eds. S. Gilmore, J. Herring y R. Probert), Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011, pp. 271-272; Id.: "Marital property agreements and the work of the law commission for England and Wales", en AA.VV.: *The future of family property in Europe* (eds. K. Boele-Woelki, J. Miles y J. Martin Scherpe), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2011, p. 98; Id.: "The future for ancillary relief", en AA.VV.: *The continuing evolution of family law* (eds. G. Douglas y N. Lowe), Jordan Publishing, Bristol, 2009, p. 206; Cretney, S.: *Family law in the twentieth century*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 97; Id.: "The legal consequences of marriage and civil partnership", en AA.VV.: *Principles of family law* (eds. S. Cretney, J. Masson, R. Bailey-Harris y R. Probert), Sweet & Maxwell, 8ª ed., Londres, 2008, p. 91; Kiralfy, A.: "English Law", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. Kiralfy), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. 185; Lowe, N.: "The English approach to the division of assets upon family breakdown", en AA.VV.: *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich: Beiträge zum europäischen Familienrecht* (eds. D. Henrich y D. Schwab), Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld, 1999, p. 49; Miles, J.: "Marital agreements and private autonomy in England and Wales", en AA. VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. Martin Scherpe), Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 90 y n. 3; Miller, J. G.: "Mesures financières en cas d'échec du mariage", en AA.VV.: *Mariage et famille en question: Angleterre* (dir. H. A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf), Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1979, pp. 76 y 78.

120 *Vid.* Cooke, E.: "A late instalment", cit., pp. 272-274; Lowe, N.: "The English", cit., p. 49; Oldham, J. T.: "Changes in the economic consequences of divorces, 1958-2008", *Family law quarterly*, núm. 42-3, 2008, p. 429; Weitzman, L. J.: "Marital property: its transformation and división in the United States", en AA.VV.:

solía solventarse sin embargo mediante obligaciones de mantenimiento a cargo de los maridos hasta que fue aceptándose progresivamente la doctrina de la *equitable distribution* de los Estados Unidos de América[121].

Los estados habilitarían entonces a sus órganos jurisdiccionales para distribuir entre los cónyuges todo cuanto éstos hubieren adquirido durante el matrimonio[122]. Ésta es una tendencia que empezó a manifestarse sensiblemente en la segunda mitad del siglo pasado, pero que se aprecia incluso en los años inmediatamente anteriores cuando una serie de estados comenzó a introducir el *community property system* en sus respectivos estatutos por razones fiscales, así como en ciertas leyes de alimentos que atribuyeron expresamente tales competencias a los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin perjuicio de algunas otras que lo hicieron directamente para los casos de divorcio[123]. Pero esta distribución, si bien es equitativa, como su propio nombre indica, no es necesariamente igualitaria en la medida en que no solo atiende a intereses susceptibles de valoración económica sino también a valores intangibles como la edad y el estado de salud de los consortes, su capacidad para ganar dinero y atender por sí mismos de sus propias necesidades y de las de sus descendientes, además de la duración de su matrimonio[124]. Pese a todo, el entendimiento de lo que a tales efectos deba juzgarse como equitativo no ha obtenido sin embargo la unanimidad deseada por parte de todos los estados, y mientras que una minoría de ellos apoya una división igualitaria e independiente de las circunstancias que rodean cada caso concreto, existe una mayoría que hoy en día se inclina a favor de lo contrario e inviste a sus respectivos órganos jurisdiccionales con la discrecionalidad suficiente para llevar a cabo distribuciones desiguales entre los cónyuges[125].

Economic consequences of divorce: the international perspective (eds. L. J. Weitzman y M. Maclean), Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 90.

121 *Vid.* Brake, S. J.: "Equitable distribution vs. fixed rules: marital property reform and the Uniform Marital Property Act", *Boston College Law Review*, núm. 3, 1982, p. 764; Clark, H. H.: *The law of domestic relations in the United States*, West Publishing, 2ª ed., Minesota, 1988, p. 589; Cooke, E.: "Marital property", cit., p. 98; Rheinstein, M.: "Division of marital property", *Willamette Law Journal*, 1975-1976, pp. 415, 417 y 424; Rosenbury, L.: "Two ways to end a marriage: divorce or death", *Utah Law Review*, septiembre, 2005, pp. 1238-1239; Weitzman, L. J.: "Marital property", cit., p. 90.

122 *Vid.* Arthur, L. G.: "Property distribution", *Juvenile and Family Court Journal*, núm. 2, 1991, p. 27; Brake, S. J.: "Equitable distribution", cit., pp. 761-762; Ellman, I. M.: "Marital agreements and private autonomy in the United States", en AA.VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. Martin Scherpe), Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 405; Glendon, M. A.: *The new family and the new property*, Butterworths, Toronto, 1981, p. 62; Katz, S. N.: *Family law in America*, Oxford, 2ª ed., New York, 2015, pp. 72 y 104-105; Rosenbury, L.: "Two ways", cit., p. 1236; Weitzman, L. J.: "Marital property", cit., p. 90.

123 *Vid.* Oldham, J. T.: "Changes in the economic", cit., pp. 428-429.

124 *Vid.* Arthur, L. G.: "Property distribution", cit., p. 28; Brake, S. J.: "Equitable distribution", cit., p. 769; Rosenbury, L.: "Two ways", cit., pp. 1237-1239.

125 *Vid.* Ellman, I. M.: "Financial settlement on divorce: two steps forward, two to go", *The Law Quarterly Review*, núm. 123, 2007, p. 5; Oldham, J. T.: "Changes in the economic", cit., p. 431; Id.: *Divorce, separation and the distribution of property*, Law Journal Press, Nueva York, 2006, c. 3, pp. 7-11; Rosenbury, L.: "Two ways", cit., pp. 1236-1237; Weitzman, L. J.: *The divorce revolution: the unexpected social and economic consequences for women and children in America*, The Free Press, Nueva York, 1985, p. 54; Id.: "Marital property", cit., p. 90.

Esta doctrina acabaría trasladándose al otro lado del océano como corolario del nuevo régimen jurídico que propició la promulgación de la *Divorce Reform Act 1969*[126]. Por entonces, no obstante, el *ancillary relief* de los órganos jurisdiccionales ingleses y galeses no estaba sino exclusivamente orientado a asegurar el mantenimiento de las mujeres para responder de este modo al desequilibrio económico auspiciado por la división sexual del trabajo que tan arraigadamente había venido observándose en los usos sociales, sobre el caduco entendimiento de que las obligaciones contraídas por sus maridos a causa del matrimonio celebrado entre ellos lo eran para toda la vida, incluso tras el divorcio[127]. Pero el nuevo escenario establecido a este respecto no tardaría en acusar una rudimentaria tendencia hacia la *equitable distribution* cuando los jueces comenzaron a realizar declaraciones tales como *when the marriage comes to an end, the earning power has to be allocated*, como hizo el ilustre Alfred Denning bajo la *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*[128]. Pese a todo, en lugar de optar por esta vía, el sector mayoritario de la jurisprudencia inglesa y galesa continuaría obrando de modo similar al conocido hasta el momento para asegurar a los consortes la conservación de un nivel de vida equivalente al disfrutado por ambos durante la convivencia en matrimonio, como sostuvo Roger Ormrod[129]. Para ello debía acreditarse a su juicio la concurrencia de unos *reasonable requirements* que fueran capaces de justificar la aplicación de la *one-third rule*, consistente en la adjudicación de un tercio del patrimonio a las mujeres salvo cuando las circunstancias del caso aconsejasen una distribución distinta -como un mero punto de partida y no, por tanto, como una regla de imperativa observancia para el juzgador-, como se advertía en *Wachtel v Wachtel*[130].

La perpetuación del tenor de vida se consolidó asimismo como el objetivo de los órganos jurisdiccionales con la promulgación de la *Matrimonial Causes Act 1973*[131]. Bajo su aplicación comenzarían éstos a sublimar el valor de las necesidades que los cónyuges tuviesen tanto a la hora de divorciarse como en un futuro previsible

126 *Vid.* Cooke, E.: "A late instalment", cit., pp. 273-274; Id.: "Marital property", cit., p. 99.

127 *Vid.* Cooke, E.: "Marital property", cit., p. 98.

128 *Wachtel v Wachtel* [1973] Fam 72, 90. En este sentido, *vid.* Cooke, E.: "The future", cit., p. 206; Eekelaar, J.: "Asset distribution on divorce: time and property", *Family Law*, núm. 11, 2003, p. 829.

129 *Preston v Preston* [1982] Fam 17; *Page v Page* [1981] 2 FLR 198; *O'D v O'D* [1976] Fam 83. *Cfr.* Freeman, M.: "Exploring the boundaries of family law in England in 2000", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. A. Bainham), Jordan Publishing, Bristol, 2002, p. 134 y n. 14; Thorpe, M.: "Financial consequences of divorce: England versus the rest of Europe", en AA.VV.: *The future of family property in Europe* (eds. K. Boele-Woelki, J. Miles y J. Martin Scherpe), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2011, p. 5.

130 *Wachtel v Wachtel* [1973] Fam 72, 95. *Cfr. Conran v Conran* [1997] 2 FLR 615; *Dart v Dart* [1996] 2 FLR 286; *Gojkovic v Gojkovic* [1990] 1 FLR 140; *Bullock v Bullock* [1986] 1 FLR 372; *Leadbeater v Leadbeater* [1985] FLR 789; *Attar v Attar* [1985] FLR 653; *Preston v Preston* [1982] Fam 17; *Page v Page* [1981] 2 FLR 198; *O'D v O'D* [1976] Fam 83. Así lo indica: Pintens, W.: "Matrimonial property law in Europe", en AA.VV.: *The future of family property in Europe* (eds. K. Boele-Woelki, J. Miles y J. Martin Scherpe), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2011, pp. 34-35; Id.: "Europeanisation of family law", en AA.VV.: *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Intersentia, Amberes-Oxford-Nueva York, 2003, p. 11.

131 En sentido similar, *vid.* Cooke, E.: "A late instalment", cit., p. 274; Lowe, N.: "The English", cit., p. 59.

sobre el resto de circunstancias previstas en ella, según se observa en *Page v Page* y *Preston v Preston*[132]. Pero este criterio comportaba sin embargo que las mujeres que hubiesen compartido muchos de sus años junto a sus respectivos maridos no obtuvieran sino una adjudicación notablemente inferior a la que podrían esperar otras más jóvenes que eventualmente contrajesen matrimonio con los mismos hombres en ulteriores nupcias, en virtud de la mayor esperanza de vida que cabría presumir a su favor frente a las de edad provecta[133]. Para ponerlo en práctica, no obstante, debía observarse además lo que John Eekelaar calificó de *minimal loss* tras constatar la imposibilidad de mantener en muchas ocasiones el nivel de vida de que debiera gozar el matrimonio de no haber mediado el divorcio de los cónyuges -*it simply was not possible to enable two households to continue to live as if they were one*, señaló la jurisprudencia-, a tenor de lo cual se le denominó como *equal misery*[134]. Estas razones, en definitiva, condujeron a la desaparición de este criterio como consecuencia de las modificaciones introducidas por la *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984*[135].

Este contexto suscitó con el transcurso del tiempo un interesante interrogante en torno al enfoque con que los jueces y tribunales debían ejercer su *ancillary relief* cuando constase acreditado un haber notoriamente superior a lo que los cónyuges hubieran de percibir para la satisfacción de sus necesidades, entendidas éstas en el amplio sentido de los *reasonable requirements -what a person requires is likely to be greater than what that person needs*, se dijo en *Dart v Dart*-, conforme a la doctrina iniciada por Ormrod[136]. Ésta partía de una cuestionable interpretación que hacía prevalecer las necesidades de los cónyuges por encima de cualquier otra circunstancia que eventualmente cupiera valorar en favor del consorte que se viese en situación de recurrir a ella en el momento del divorcio, a través de una pretenciosa jerarquía que no avalaba siquiera la *Matrimonial Causes Act 1973*[137]. La *House of Lords*, en consecuencia, y después de haberse pronunciado ya para desautorizar esta lectura en *Piglowska v Piglowski*, volvería sobre el particular en *White v White*[138]. Este caso, sobradamente conocido, y profundamente innovador,

132 *Preston v Preston* [1982] Fam 17; *Page v Page* [1981] 2 FLR 198.

133 *Duxbury v Duxbury* [1987] 1 FLR 7. Así lo describen: Eekelaar, J.: "Asset distribution on divorce: the durational element", *The Law Quarterly Review*, núm. 117, 2001, p. 556; Jenkins, C.: "To depart (from equality of division of assets on divorce) or not to depart... that is the question", *Private Client Business*, núm. 4, 2004, p. 226.

134 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [126]. *Cfr.* Eekelaar, J.: "Some principles of financial and property adjustment on divorce", *The Law Quarterly Review*, núm. 95, 1979, p. 255; Id.: *Family law and social policy*, Weidenfeld and Nicolson, 1ª ed., Londres, 1978, p. 173.

135 Así lo señalan: Bailey-Harris, R.: "The paradoxes of principle and pragmatism: ancillary relief in England and Wales", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 2, 2005, p. 230; Lowe, N.: "The English", cit., p. 60.

136 *Dart v Dart* [1996] 2 FLR 286, 296.

137 *Piglowska v Piglowski* [1999] 1 WLR 1360, 1370-1371. En el mismo sentido lo indicaba: Eekelaar, J.: "Some principles", cit., p. 255.

138 *Vid.* Barton, C. y Jay, G.: "White v White and co: the not-so-well-off and a balance of needs", *Family Law*, núm. 8, 2012, pp. 963-967; Barton, C. y Hibbs, M.: "Ancillary financial relief and fat cat(tle) divorce", *The*

vendría entonces a hacer *tabula rasa* con la línea jurisprudencial predominante en los órganos jurisdiccionales, como se desprende perfectamente del discurso realizado por Lord Nicholls of Birkenhead:

> *"The next stage is to consider the wife's position, not from the narrow point of 'need', but to ascertain her reasonable requirements, bearing in mind that she will have to provide an appropriate home and background for herself and the children"*[139].
>
> *"In a case such as this 'needs' can be regarded as equivalent to 'reasonable requirements', taking into account the other factors such as age, health, length of marriage and standard of living"*[140].
>
> *"From those passages it is implicit that reasonable requirements are more extensive than needs. As a matter of ordinary language what a person requires is likely to be greater than what that person needs. So the check on what the applicant subjectively requires is the word 'reasonable'. There must be an objective appraisal of what the applicant subjectively requires to ensure that it is not unreasonable. But the objective appraisal must have regard to the other criteria of the section, obviously including what is available, the standard of living to which the parties are accustomed, their age and state of health and, perhaps less obviously, the duration of the marriage, contributions, and pension rights both as affected by the marriage and as accrued or likely to accrue* [...] *Therefore in my judgment the essential function of the judge in the big money case is to declare the boundary between the applicant's reasonable and unreasonable requirements applying all the statutory criteria to the myriad relevant facts of the individual case"*[141].
>
> *"... I can see nothing, either in the statutory provisions or in the underlying objective of securing fair financial arrangements, to lead me to suppose that the available assets of the respondent become immaterial once the claimant wife's financial needs are satisfied. Why ever should they? If a husband and wife by their joint efforts over many years, his directly in his business and hers indirectly*

Modern Law Review, núm. 1, enero, 2002, pp. 79-87; Brasse, G.: "White v White: a return to orthodoxy?", *Family Law*, núm. 3, 2001, pp. 191-196; Cooke, E.: "White v White. A new yardstick for the marriage partnership", *Child and family law quarterly*, núm. 1, 2001, pp. 81-89; Duckworth, P. y Hodson, D.: "White v White: bringing section 25 back to the people", *Family Law*, núm. 1, 2001, pp. 24-29; Eekelaar, J.: "Back to basis and forward into the unknown", *Family Law*, núm. 1, 2001, pp. 30-34; Fisher, L.: "The unexpected impact of White: taking equality too far?", *Family Law*, núm. 2, 2002, pp. 108-113; Hamilton, E.: "Is White v White a 'Barder Event'?", *Family Law*, núm. 2, 2001, pp. 135-138; Hodson, D.: "White: equality on divorce?", *Family Law*, núm. 12, 2000, pp. 870-873; Kay, R.: "Guidelines on ancillary relief, commentators' gift horse, plenty of room on the bandwagon", *Coventry Law Journal*, núm. 1, 2001, pp. 75-79.

139 *O'D v O'D* [1976] Fam 83, 91.

140 *Page v Page* [1981] 2 FLR 198, 201. *Cfr. Preston v Preston* [1982] Fam 17, 25.

141 *Dart v Dart* [1996] 2 FLR 286, 296-297.

> *at home, have built up a valuable business from scratch, why should the claimant wife be confined to the court's assessment of her reasonable requirements, and the husband left with a much larger share? Or, to put the question differently, in such a case, where the assets exceed the financial needs of both parties, why should the surplus belong solely to the husband? On the facts of a particular case there may be a good reason why the wife should be confined to her needs and the husband left with the much larger balance. But the mere absence of financial need cannot, by itself, be a sufficient reason"*[142].

Baroness Hale of Richmond volvería de nuevo sobre ello cuando algunos años más tarde dijo a este respecto, a propósito de *Miller v Miller* y *McFarlane v McFarlane*:

> *"... in cases where there was enough to provide for both, the wife was entitled to her 'reasonable requirements', preferably capitalised, and the husband got the rest. On separate property principles, this was deeply discriminatory. Where the parties had collaborated, not only in the enterprise of living together and bringing up their children, but also in the enterprise of making their living* [...] *why should only one of them be entitled to the surplus?"*[143].

Efectivamente, en los albores del presente siglo, carecía de sentido que las mujeres no obtuvieran más que lo indispensable para su mantenimiento mientras los hombres se hacían con absolutamente todo lo demás, en cualesquiera circunstancias[144]. Esta distribución, no obstante, venía justificada en un sinfín de casos por la inexistencia de recursos económicos suficientes para afrontar solventemente las necesidades de los dos hogares que surgían del matrimonio a causa del divorcio de los cónyuges, porque entonces todo había de comenzar y concluir con ello necesariamente; pero, al margen de estos *average money cases*, semejante *modus operandi* no encontraba parangón en las legislaciones del entorno en la medida en que sus respectivos regímenes económico-matrimoniales se advertían mucho más generosos con las mujeres, en base a idénticas razones[145]. Evidentemente, si bien es cierto que tal inequidad fue fruto de los valores socioculturales del momento, no era en absoluto aceptable al tiempo de resolver el caso *White v White*:

> *"... there is one principle of universal application which can be stated with confidence. In seeking to achieve a fair outcome, there is no place for discrimination between husband and wife and their respective roles. Typically, a*

142 *White v White* [2000] UKHL 54. *Cfr. Piglowska v Piglowski* [1999] 1 WLR 1360, 1370-1371.

143 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [135].

144 *Vid.* Singer, P.: "Sexual discrimination in ancillary relief", *Family Law*, núm. 2, 2001, pp. 115-124.

145 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [12], [126].

husband and wife share the activities of earning money, running their home and caring for their children. Traditionally, the husband earned the money, and the wife looked after the home and the children. This traditional division of labour is no longer the order of the day. Frequently both parents work. Sometimes it is the wife who is the money-earner, and the husband runs the home and cares for the children during the day. But whatever the division of labour chosen by the husband and wife, or forced upon them by circumstances, fairness requires that this should not prejudice or advantage either party [...] *If, in their different spheres, each contributed equally to the family, then in principle it matters not which of them earned the money and built up the assets. There should be no bias in favour of the money-earner and against the home-maker and the child-carer"*[146].

"These days things are rarely as simple as one breadwinner and one homemaker. Both may work equally hard but in jobs which are unequally remunerated. They may agree that one should work part time, or take a career break, in order to enable the other to move or take promotion. They may agree that one should work full time at the outset to enable the other to gain qualifications which will then enable the first to concentrate on domestic responsibilities. As it happens, differences in income and career progression are also frequently the result of inequalities in earning power between the sexes, although not always [...] *If both go out to work and pool their incomes or spend a comparable proportion of their incomes for the benefit of the family, it would be a surprising proposition indeed if they were not to be regarded as having made an equal contribution to the family home or other family assets"*[147].

"... in seeking a fair outcome there is no place for discrimination between a husband and wife and their respective roles [...] *In assessing the parties' contributions to the family there should be no bias in favour of the money-earner and against the home-maker and the child-carer. This is a principle of universal application"*[148].

"... who looks after the home and family contributes as much to the family assets as [...] *who goes out to work. The one contributes in kind. The other in money or money's worth"*[149].

Todo ello tenía su razón de ser en una extraordinaria transformación del ideario colectivo que empezaba a ver el matrimonio como una sociedad de

146 *White v White* [2000] UKHL 54.

147 *Foster v Foster* [2003] EWCA Civ 565 [18].

148 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [1].

149 *Wachtel v Wachtel* [1973] Fam 72, 93.

iguales[150]. Existía entonces una concienciación mucho más significativa en torno a lo inverosímil que a día de hoy resulta la creencia de que la adquisición del acervo económico matrimonial se construya en base al exclusivo esfuerzo de uno solo de los cónyuges *-the cock bird can feather his nest precisely because he is not required to spend most of his time sitting on it*, como reza la célebre metáfora de Lord Simon of Glaisdale-, así como un convencimiento igualmente superior acerca de que los roles que tradicionalmente han venido siéndoles asignados a los hombres y a las mujeres dentro del matrimonio son completamente intercambiables[151]. Esta igualdad, no obstante, si bien podía verse en cierto modo implícita en la preocupación de procurar a los consortes el mantenimiento de un nivel de vida equivalente al que tuvieran hasta el momento del divorcio, se hacía en todo caso imprescindible que la misma se viese reflejada en la distribución del excedente, contra el *modus operandi* habitual[152]. Y es que los jueces y tribunales realizaban a veces una distribución equitativa de los bienes y derechos de los cónyuges, pero a menudo y, sobre todo, en estos *big money cases*, una vez observadas las circunstancias del caso concreto coincidían en adjudicar a las mujeres una asignación inferior a la que sin embargo restaba en manos de los maridos[153]. Por esta razón se concluyó que en el futuro no habría que atender ya a los *reasonable requirements* sino aplicar en su lugar el *yardstick of equality*, como señaló Lord Nicholls of Birkenhead:

> *"Before reaching a firm conclusion and making an order along these lines, a judge would always be well advised to check his tentative views against the yardstick of equality..."*[154].

Pero lo más controvertido en torno a la consecución de tan novedoso objetivo fue sin ninguna duda el inciso sobre el que después reparó Lord Cooke of Thorndon:

> *"The most important point, in my opinion, in the speech of my noble and learned friend Lord Nicholls is his proposition that, as a general guide, equality should be departed from only if, and to the extent that, there is good reason for doing so"*[155].

150 *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ 503 [115]; *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [16].

151 *Cfr. Charman v Charman* [2007] EWCA Civ 503 [115]; *Foster v Foster* [2003] EWCA Civ 565 [18]; *White v White* [2000] UKHL 54.

152 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [126].

153 *White v White* [2000] UKHL 54. *Cfr.* Hodson, D.: "White: equality on divorce?", cit., p. 870.

154 *White v White* [2000] UKHL 54. *Cfr.* Bailey-Harris, R.: "Fairness in financial settlements on divorce", *The Law Quarterly Review*, núm. 117, 2001, p. 200; Freeman, M.: "Exploring the boundaries", cit., p. 134; Welstead, M.: "Judicial reform or an increase in discretion: the decision in Miller v Miller; McFarlane v McFarlane", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. B. Atkin), Jordan Publishing, Bristol, 2008, p. 64.

155 *White v White* [2000] UKHL 54.

La aplicación de esta doctrina comportaba en todo caso una aproximación a la *equitable distribution* como la que en tiempos había sido sugerida por Denning[156]. Sin embargo, comoquiera que entre los estadounidenses se manifestaron divergencias de opinión en torno a la medida en que hubiera de materializarse la equidad en las resoluciones judiciales, era de todo punto aconsejable que a este lado del océano se adoptase una firme posición desde el principio, como hizo Lord Nicholls of Birkenhead. Por eso se dijo en *Foster v Foster* que el objetivo debía ser el de lograr un resultado justo sin partir para ello de una presunta distribución por partes iguales, como volvió a señalarse después en tanto que una sociedad igualitaria no conduce necesariamente a la distribución igualitaria de lo que la misma tenga en su haber, según diría Baroness Hale of Richmond[157]. Pese a todo, no obstante, este controvertido inciso al que aludimos ahora dejaba abierta la puerta a que en la práctica siguieran perpetrándose distribuciones no equitativas entre los cónyuges por lo que se creyese una buena razón para ello, como en *Cowan v Cowan*:

> *"The test of reasonable requirements, adopted primarily for the determination of the wife's award in big money cases, has been viewed and criticised as a judicial invention to depress the wife's share of the available assets* [...] *The decision in* White v White *clearly does not introduce a rule of equality. The yardstick of equality is a cross check against discrimination. Fairness is the rule and in its pursuit the reasons for departure from equality will inevitably prove to be too legion and too varied to permit of listing or classification* [...] *For convenience, it is useful to speak of any acquisition of wealth that is achieved by more than ordinary skill and effort as 'special'* [...] *The underlying idea is that a spouse exercising special skill and care has gone beyond what would ordinarily be expected and beyond what the other spouse could ordinarily have hoped to do for himself or herself, had the parties arranged their family lives and activities differently"*[158].

> *"... if and when it is concluded that one spouse has made an exceptional contribution, then the court can and should be prepared to consider its impact on the appropriate order. Here, on the judge's findings, it is clear that Mr Cowan's accumulation of wealth over and above any required for the family's needs or to maintain Mr and Mrs Cowan's accustomed standard of living was due to his exercise of special or exceptional skill and efforts* [...] *The larger part of any surplus should in my judgment remain with Mr Cowan, by whose exceptional skill and efforts it was earned"*[159].

156 *Wachtel v Wachtel* [1973] Fam 72. *Cfr.* Duckworth, P. y Hodson, D.: "White v White", cit., p. 26.

157 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [142]; *Foster v Foster* [2003] EWCA Civ 565 [14]. *Cfr.* Eekelaar, J.: "Asset distribution on divorce: time and property", cit., p. 831.

158 *Cowan v Cowan* [2001] EWCA Civ 679 [24], [53], [161].

159 *Cowan v Cowan* [2001] EWCA Civ 679 [169]-[170].

En este caso, como acabamos de ver, se acuñó el concepto de contribución especial para justificar la procedencia de una distribución desigual entre los cónyuges[160]. Esta contribución especial se daría sin embargo cuando a juicio del juzgador cupiera observar una conducta excepcional que hubiese ido más allá de lo que razonablemente pudiera esperarse de los cónyuges, pero es que ésta no llegó a manifestarse nunca en beneficio de aquel cuya actividad se hubiese centrado en la atención de lo doméstico, sino solamente a favor del que obtuviera los recursos económicos con su trabajo fuera del hogar[161]. De hecho, en *Lambert v Lambert*, se advirtió incluso del riesgo existente en torno a que en la práctica llegara a identificarse la contribución especial con la calidad de la dedicación y esfuerzo empleados por los maridos, contra cualquier expectativa de las mujeres[162]. Este caso serviría además para romper con el pasado y lo resuelto en *Cowan v Cowan* en tanto se reconoció en el mismo que debía ponerse fin a la opinión consistente en que la labor extradoméstica de los maridos revestía una entidad superior a la del conjunto de ocupaciones que solían competer a las mujeres en el interior de los hogares[163]. Sin embargo, a pesar de todo, no cerró la puerta a que siguieran realizándose distribuciones desiguales entre los consortes cuando las circunstancias permitiesen prever que lo contrario conduciría a la misma injusticia que se trataba de impedir, como dijo Lord Justice Thorpe:

> *"A distinction must be drawn between an assessment of equality of contribution and an order for equality of division. A finding of equality of contribution may be followed by an order for unequal division because of the influence of one or more of the other statutory criteria as well as the over-arching search for fairness. A formula for the equal division of whatever surplus there may be having made fair provision for the assessed needs of each of the parties before the court would produce a fair outcome in many test cases* [...] *However for the present, given the infinite variety of fact and circumstance, I propose to mark time on a cautious acknowledgement that special contribution remains a legitimate possibility but only in exceptional circumstances. It would be both futile and dangerous to even to attempt to speculate on the boundaries of the exceptional. In the course of argument I suggested that it might more readily be found in the generating force behind the fortune rather than in the mere product itself* [...] *There may be cases where the product alone justifies a conclusion of a special contribution but*

160 *Vid.* Reid, C.: "The role of special contributions in family proceedings", *Private Client Business*, núm. 3, 2015, pp. 132-136.

161 *Vid.* Bailey-Harris, R.: "The paradoxes", cit., p. 233.

162 *Lambert v Lambert* [2002] EWCA Civ 1685 [52]. *Cfr.* Brasse, G.: "Lambert v Lambert: Pandora's hostage to fortune", *Family Law*, núm. 2, 2003, pp. 101-104; Hodson, D., Green, M. y De Souza, N.: "Lambert: shutting Pandora's Box", *Family Law*, núm. 1, 2003, pp. 37-45.

163 *Lambert v Lambert* [2002] EWCA Civ 1685 [27], [38].

> *absent some exceptional and individual quality in the generator of the fortune a case for special contribution must be hard to establish"*[164].
>
> *"... entrepreneurial skills and extensive hard work are in my judgment insufficient to attract the label. It is too easy to compile a comparable catalogue of qualities that the homemaker has brought to the other essential contribution"*[165].

Esta reinterpretación de lo que hubiese de legitimar una distribución no igualitaria entre los consortes sería además la que obtuviera el beneplácito de la *House of Lords*. Lord Nicholls of Birkenhead advirtió entonces de que la praxis no debía alentar ni promover la proliferación de pretensiones en torno a la contribución especial de *Cowan v Cowan* mientras tal cosa no condujera, por sí misma, a una distribución no equitativa[166]. Ello haría que el concepto de contribución especial se viese reducido a supuestos verdaderamente excepcionales que ni la jurisprudencia se atrevió, siquiera, a definir, más allá de unos pocos casos a los que aludió de un modo puramente orientativo, como el de los artistas, futbolistas e inventores -*a number of hypothetical examples were canvassed ranging from the creative artist via the superstar footballer to the inventive genius who not only creates but also develops some universal aid or prescription*, concretamente-, con intención de arrojar así un pequeño halo de luz bajo el enorme manto de oscuridad que se cernía sobre el juzgador[167]. Pero estos ejemplos no serían elegidos de forma caprichosa sino para mostrar que la condición especial de una contribución no estaba tanto en el producto como en la fuerza que en cada caso fuera capaz de generar tal resultado, como aconteció después en *Sorrell v Sorrell* y *Cooper-Hohn v Hohn* y no, sin embargo, en *HJ v HJ*, *H v H*, *G v G* y *S v S*[168]. Por consiguiente, salvo cuando la equidad exigiera lo contrario, el haber de los consortes habría de distribuirse en iguales proporciones entre ambos a tenor del *yardstick of equality*, como vino a confirmar al mismo tiempo la intervención de Baroness Hale of Richmond[169].

Esta distribución se haría en todo caso mediante la ponderación de los tres conceptos a los que se refieren *Miller v Miller*, *McFarlane v McFarlane* y *Charman v Charman*[170].

164 *Lambert v Lambert* [2002] EWCA Civ 1685 [38]-[39], [46], [52].

165 *Lambert v Lambert* [2002] EWCA Civ 1685 [52].

166 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [67].

167 *Lambert v Lambert* [2002] EWCA Civ 1685 [46].

168 *Cooper-Hohn v. Hohn* [2014] EWHC 4122; *S v S* [2006] EWHC 2793; *Sorrell v Sorrell* [2005] EWHC 1717; *G v G* [2002] EWHC 1339; *H v H* [2002] 2 FLR 1021; *HJ v HJ* [2002] 1 FLR 415.

169 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [150].

170 *Vid.* Cooke, E.: "Miller/McFarlane: law in search of discrimination", *Child and family law quarterly*, núm. 1, 2007, pp. 98-111; Eekelaar, J.: "Miller v Miller: the descent into chaos", *Family Law*, núm. 11, 2005, pp. 870-873; Graham, N.: "Charman v Charman: the Court of Appeal pronounces", *Private Client Business*, núm. 6, 2007, pp. 450-456; Jenkins, C.: "Miller v Miller and McFarlane v McFarlane: the decisions of the House of Lords", *Private Client Business*, núm. 6, 2006, pp. 377-385; Meehan, A.: "Miller and McFarlane: an opportunity missed?", *Family Law*, núm. 6, 2006, pp. 566-574; Miles, J.: "Charman v. Charman (No 4). Making sense of

En primer lugar, el de *financial needs*, muy apegado si cabe al de mantenimiento, en el sentido de que su objeto es la satisfacción de las necesidades de los cónyuges. Éstas son, sin embargo, no solo las existentes, sino también las futuras, siempre y cuando al mismo tiempo sean previsibles en función de las obligaciones y responsabilidades que les resulten imputables tanto al uno como al otro en el momento del divorcio. Para especificarlas, no obstante, se ha de valorar una serie de circunstancias tales como los recursos económicos y capacidad adquisitiva, nivel de vida, edad y, en su caso, discapacidad física o mental de los consortes, como exige la *Matrimonial Causes Act 1973*. Pero, además, no habiendo hijos menores de edad a cargo de los mismos, ésta impuso a los jueces y tribunales la obligación de velar por un *clean break* que estableciera una independencia real y efectiva entre los cónyuges tras la disolución del matrimonio, a través de las modificaciones operadas en ella mediante la *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984*[171]. En todo caso, claro está, será frecuente que la distribución del haber de los consortes se detenga justamente en esta etapa por no disponer el matrimonio de la solvencia necesaria para poder continuar, como de hecho se advirtió en *Miller v Miller* y *McFarlane v McFarlane*.

> *"The first is financial needs* [...] *The parties share the roles of money-earner, home-maker and child-carer. Mutual dependence begets mutual obligations of support. When the marriage ends fairness requires that the assets of the parties should be divided primarily so as to make provision for the parties' housing and financial needs, taking into account a wide range of matters such as the parties' ages, their future earning capacity, the family's standard of living, and any disability of either party"*[172].

> *"Thus the principle of need requires consideration of the financial needs, obligations and responsibilities of the parties* [...] *of the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage* [...] *of the age of each party* [...] *and of any physical or mental disability of either of them..."*[173].

> *"In most cases the search for fairness largely begins and ends at this stage. In most cases the available assets are insufficient to provide adequately for the needs of two homes. The court seeks to stretch modest finite resources so far as possible to meet the parties' needs"*[174].

need, compensation and equal sharing after Miller/McFarlane", *Child and family law quarterly*, núm. 3, 2008, pp. 378-394; Scherpe, J. Martin: "Matrimonial causes for concern: a comparative analysis of Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane [2006] UKHL 24", *King's Law Journal*, núm. 2, 2007, pp. 348-360; Welstead, M.: "Judicial reform", cit., p. 61-74.

171 *Vid.* Bailey-Harris, R.: "The paradoxes", cit., pp. 235-236.

172 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [10]-[11].

173 *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ 503 [70].

174 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [12].

En segundo lugar, el de *compensation*, de carácter resarcitorio, en contemplación de las oportunidades profesionales o académicas perdidas a causa de una abnegada dedicación a los hijos y/o al hogar por parte de los cónyuges, constante el matrimonio. Esta división del trabajo, culturalmente construida además, en función del sexo masculino o femenino de los contrayentes, supone en definitiva una incontestable fuente de necesidad para el que sacrifica su respectiva carrera académica o profesional y, con ello, su capacidad adquisitiva, cuando deja de depender del otro con motivo del divorcio. Ésta es una realidad que compromete especialmente el porvenir de las mujeres y, aún más, si cabe, el de las que dan a luz durante el matrimonio y, desde entonces, se entregan a la crianza y educación de los recién nacidos. Pero, incluso al margen de este rol reproductivo, subyace también una amenaza para el desarrollo profesional o académico de las mujeres tras la generalizada asunción de la doble jornada a la que todavía asistimos. Por este motivo, en la práctica, no será extraño que esta etapa se confunda con la que le precede y sea, por ello, aconsejable, adoptar las precauciones oportunas para no incurrir así en la duplicidad contable a la que se alude en *Miller v Miller* y *McFarlane v McFarlane*[175].

> *"Another strand, recognised more explicitly now than formerly, is compensation. This is aimed at redressing any significant prospective economic disparity between the parties arising from the way they conducted their marriage. For instance, the parties may have arranged their affairs in a way which has greatly advantaged the husband in terms of his earning capacity but left the wife severely handicapped so far as her own earning capacity is concerned. Then the wife suffers a double loss: a diminution in her earning capacity and the loss of a share in her husband's enhanced income. This is often the case. Although less marked than in the past, women may still suffer a disproportionate financial loss on the breakdown of a marriage because of their traditional role as home-maker and child-carer"*[176].

> *"The principle of compensation relates to prospective financial disadvantage which upon divorce some parties face as a result of decisions which they took for the benefit of the family during the marriage, for example in sacrificing or not pursuing a career..."*[177].

> *"Compensation and financial needs often overlap in practice, so double-counting has to be avoided* [...] *The most common source of need is the presence of children, whose welfare is always the first consideration, or of other dependent*

175 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [15]. *Cfr.* Eekelaar, J.: "Property and financial settlement on divorce: sharing and compensating", *Family Law*, núm. 9, 2006, pp. 756-758; Miller, J. G.: "Financial provision and compensation", *Private Client Business*, núm. 1, 2009, pp. 64-71.

176 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [13].

177 *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ 503 [71].

relatives, such as elderly parents. But another source of need is having had to look after children or other family members in the past. Many parents have seriously compromised their ability to attain self-sufficiency as a result of past family responsibilities. Even if they do their best to re-enter the employment market, it will often be at a lesser level than before, and they will hardly ever be able to make up what they have lost in pension entitlements. A further source of need may be the way in which the parties chose to run their life together. Even dual career families are difficult to manage with completely equal opportunity for both. Compromises often have to be made by one so that the other can get ahead. All couples throughout their lives together have to make choices about who will do what, sometimes forced upon them by circumstances such as redundancy or low pay, sometimes freely made in the interests of them both. The needs generated by such choices are a perfectly sound rationale for adjusting the parties' respective resources in compensation"[178].

"There is increased recognition that, by being at home and having and looking after young children, a wife may lose for ever the opportunity to acquire and develop her own money-earning qualifications and skills"[179].

En tercer y último lugar, el de e*qual sharing*, cuya más honda inspiración se halla en la nueva concepción del matrimonio como una sociedad de iguales, consiste en una distribución de los bienes y derechos de los cónyuges que no responde en absoluto a lo que los mismos necesiten sino solo a lo que en cada caso se tenga por equitativo. Pero tras esta etapa surge el complicado interrogante acerca del orden en que deba procederse en la medida en que el e*qual sharing* sería capaz de absorber tanto las *financial needs* como la *compensation*, así como la *compensation* podría atraer hacia sí misma las *financial needs*, sin perjuicio además de que estas últimas quedaran igualmente incorporadas al e*qual sharing* cuando la *compensation* se valorase por separado, a tenor de lo cual se ha señalado que tal vez sean demasiados los conceptos que habrían de manejar los jueces y tribunales[180]. Ello condujo a la conclusión de que no era conveniente seguir una regla general e invariable para todos los casos enjuiciados sino más bien hacerlo depender de las circunstancias concretas de cada divorcio, como se creyó en *Miller v Miller* y *McFarlane v McFarlane*[181].

178 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [15], [138].

179 *White v White* [2000] UKHL 54.

180 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [15], [28]-[29], [138]. *Cfr.* Miles, J.: "Charman v. Charman", cit., p. 392.

181 *Cfr.* Eekelaar, J.: "Property and financial", cit., pp. 755-756.

"A third strand is sharing. This 'equal sharing' principle derives from the basic concept of equality permeating a marriage as understood today. Marriage, it is often said, is a partnership of equals"[182].

"In these cases, should the parties' financial needs and the requirements of compensation be met first, and the residue of the assets shared? Or should financial needs and compensation simply be subsumed into the equal division of all the assets? [...] *There can be no invariable rule on this* [...] *Generally a convenient course might be for the court to consider first the requirements of compensation and then to give effect to the sharing entitlement. If this course is followed provision for the parties' financial needs will be subsumed into the sharing entitlement. But there will be cases where this approach would not achieve a fair outcome overall. In some cases provision for the financial needs may be more fairly assessed first along with compensation and the sharing entitlement applied only to the residue of the assets* [...] *Needless to say, it all depends upon the circumstances"*[183].

"It is also clear that, when the result suggested by the needs principle is an award of property less than the result suggested by the sharing principle, the latter result should in principle prevail..."[184].

"... there cannot be a hard and fast rule about whether one starts with equal sharing and departs if need or compensation supply a reason to do so, or whether one starts with need and compensation and shares the balance. Much will depend upon how far future income is to be shared as well as current assets" 185.

Estos tres conceptos resultan además igualmente aplicables con independencia de la larga o corta duración del matrimonio a disolver en el procedimiento de divorcio. La *House of Lords*, en *White v White*, abogó por su aplicación a todo matrimonio y, por ende, a todo matrimonio, sin distinción por esta causa -*a short marriage is no less a partnership of equals than a long marriage*-, como reprodujo en *Miller v Miller* y *McFarlane v McFarlane*[186]. Ello no implicaba que semejante circunstancia fuera a quedar desprovista de toda significación a este respecto en tanto seguía siendo una de las que los jueces y tribunales estarían legalmente obligados a valorar en sus resoluciones, pero tampoco conduciría ya a tan paradójicos resultados como a los que antaño condujo en relación con la esperanza de vida y el deber de mantenimiento hacia el consorte, al ser completamente

182 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [16].

183 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [28]-[29].

184 *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ 503 [73].

185 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [144].

186 *White v White* [2000] UKHL 54; *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [17].

reinterpretada[187]. Por este motivo, a partir de entonces, sería considerada desde muy diverso prisma con el fin de deslindar la *matrimonial property*, de la *non-matrimonial property*, y establecer en consecuencia lo que verdaderamente hubiera de ser objeto de distribución equitativa en el divorcio.

Por un lado, respecto de la *matrimonial property*, emergieron sin embargo los dos puntos de vista a los que alude Lord Mance en *Miller v Miller* y *McFarlane v McFarlane*:

Lord Nicholls of Birkenhead, concretamente, encarnó el primero de ellos, a cuyo tenor la *matrimonial property* comprendería todo lo adquirido durante el matrimonio bajo un título distinto al de la donación o al de la sucesión por causa de muerte como corolario de una presumible colaboración de los consortes en el hecho de su adquisición, así como la vivienda familiar, pero con absoluta independencia de ello, respecto de lo cual cabe apreciar una tímida aproximación hacia la opinión de Baroness Hale of Richmond[188].

> *"In some countries the law draws a sharp distinction between assets acquired during a marriage and other assets* [...] *The statute requires the court to have regard to all the circumstances of the case. One of the circumstances is that there is a real difference, a difference of source, between* [...] *property acquired during the marriage otherwise than by inheritance or gift, sometimes called the marital acquest but more usually the matrimonial property, and* [...] *other property. The former is the financial product of the parties' common endeavour, the latter is not. The parties' matrimonial home, even if this was brought into the marriage at the outset by one of the parties, usually has a central place in any marriage. So it should normally be treated as matrimonial property for this purpose. As already noted, in principle the entitlement of each party to a share of the matrimonial property is the same however long or short the marriage may have been"*[189].

Baroness Hale of Richmond, no obstante, sostuvo el segundo de ellos, restringiendo la *matrimonial property* a los *family assets* y a los *business or investment assets*, de los que son ejemplo tanto la vivienda y el ajuar familiares como las viviendas vacacionales, caravanas, mobiliario, seguros y ahorros de uso o beneficio igualmente familiar, además de las empresas familiares o conjuntas en las que ambos cónyuges trabajen, y entre los cuales no hizo distinción como previamente había sugerido Lord Nicholls of Birkenhead[190].

187 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [23], [152].

188 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [167].

189 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [21]-[22].

190 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [168].

"The question, therefore, is whether [...] *it is fair to take some account of the source and nature of the assets in the same way that some account is taken of the source of those assets in inherited or family wealth. Is the 'matrimonial property' to consist of everything acquired during the marriage* [...] *or might a distinction be drawn between 'family' and other assets?"*[191].

"The phrase 'family assets' is a convenient short way of expressing an important concept. It refers to those things which are acquired by one or other or both of the parties, with the intention that they should be a continuing provision for them and their children during their joint lives, and used for the benefit of the family as a whole"[192].

"This expression I understand to mean property, whether real or personal, which has been acquired by either spouse in contemplation of their marriage or during its subsistence and was intended for the common use and enjoyment of both spouses or their children, such as the matrimonial home, its furniture and other durable chattels"[193].

"The family assets can be divided into two parts: (i) Those which are of a capital nature, such as the matrimonial home and the furniture in it: (ii) Those which are of a revenue-producing nature, such as the earning power of husband and wife"[194].

"Prime examples of family assets of a capital nature were the family home and its contents [...] *But also included are other assets which were obviously acquired for the use and benefit of the whole family, such as holiday homes, caravans, furniture, insurance policies and other family savings. To this list should clearly be added family businesses or joint ventures in which they both work. It is easy to see such assets as the fruits of the marital partnership. It is also easy to see each party's efforts as making a real contribution to the acquisition of such assets"*[195].

"... the courts should be exceedingly slow to introduce, or re-introduce, a distinction between 'family' assets and 'business or investment' assets. In all cases the nature and source of the parties' property are matter to be taken into account when determining the requirements of fairness. [...] *But 'business and investment' assets can be the financial fruits of a marriage partnership as much as 'family' assets. The equal sharing principle applies to the former as well as*

191 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [149].

192 *Wachtel v Wachtel* [1973] Fam 72, 90.

193 *Pettitt v Pettitt* [1969] UKHL 5; *Gissing v Gissing* [1971] AC 886, 904.

194 *Wachtel v Wachtel* [1973] Fam 72, 90.

195 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [149].

the latter. The rationale underlying the sharing principle is as much applicable to 'business and investment' assets as to 'family' assets"[196].

Por otro lado, en relación con la *non-matrimonial property*, cabe observar en su lugar una divergencia muy inferior entre los dos puntos de vista que se acaban de exponer:

Lord Nicholls of Birkenhead la estimó comprensiva de todo lo que los cónyuges llevan al matrimonio junto con lo recibido por ellos en un momento posterior a título de donación o sucesión por causa de muerte, al no depender su adquisición sino de una fuente completamente ajena a la colaboración de los consortes que, en otro caso, cabría presumir en torno al hecho adquisitivo, sin perjuicio además de que en algunas circunstancias sea a su juicio tan irrelevante como anteriormente lo fue en el caso *White v White*.

"It concerns property acquired during the marriage by one spouse by gift or succession or [...] *owned before the marriage..."*[197].

Baroness Hale of Richmond reflexionaría sin embargo en torno a una suerte de *non-family assets* o *non-business or non-investment assets* que desgajar de la *matrimonial property* y trasladar, por tanto, a la *non-matrimonial property*, cuando las circunstancias revelasen una falta de colaboración por parte de los consortes en el hecho de su adquisición, pero no llegaría a proporcionar una respuesta lo bastante concluyente a sus interrogantes por juzgarlo escasamente relevante, como lo creyó Lord Nicholls of Birkenhead.

"... in these [...] *cases, the bulk of the property has been generated by one party. Does this provide a reason for departing from the yardstick of equality?"*[198].

El motivo reposa en la intervención de circunstancias tales como la insolvencia en torno a las necesidades de los cónyuges o la larga o corta duración del matrimonio.

"However, in the ordinary course, this factor can be expected to carry little weight, if any, in a case where the claimant's financial needs cannot be met without recourse to this property"[199].

"The source of the assets may be taken into account [...] *But the yardstick is not so readily applicable to non-matrimonial property, especially after a short*

196 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [20].

197 *White v White* [2000] UKHL 54. *Cfr. Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [23].

198 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [150].

199 *White v White* [2000] UKHL 54.

> *marriage, but in some circumstances even after a long marriage* [...] *In a short marriage* [...] *such considerations argue in favour of some further flexibility in the application of the yardstick of equality...*"[200].

Exceptuando estos casos, si no excepcionales, cuando menos específicos, cuanto corresponda imputar a la *non-matrimonial property* habrá de ser oportunamente sustraído de la *matrimonial property -in fairness, where this property still exists, the spouse to whom it was given should be allowed to keep it*, se dijo en *White v White*-, como excepción al *yardstick of equality*[201]. Esta operación nos muestra, por supuesto, el vivo reflejo de la *equitable distribution* estadounidense, pero también una aproximación no menos importante a los regímenes de participación en las ganancias, entendidos ahora en su más amplia acepción y sin dejar por tanto de incluir en ellos los que en realidad lo sean de comunidad "diferida" de bienes y no de estricta participación en las ganancias al estilo franco-alemán, como lo haría el propio Zajtay[202]. Y es que, a mayor abundamiento, el *ancillary relief* de los jueces y tribunales comprende tanto la condena al pago de un crédito *una tantum* como la atribución de titularidades reales, como si de uno de estos regímenes económico-matrimoniales se tratara[203]. Ello hizo que se emprendiera un intenso debate en torno a la aparente introducción judicial de un régimen económico-matrimonial de participación en las ganancias para Inglaterra y Gales[204].

La *House of Lords*, consecuentemente, estaría obligada a pronunciarse, después de haber manifestado una opinión contraria a este concepto a través de *Pettitt v Pettitt*:

> *"... the rights of the parties must be judged on the general principles applicable in any court of law when considering questions of title to property, and though the parties are husband and wife these questions of title must be decided by the principles of law applicable to the settlement of claims between those not so related, while making full allowances in view of that relationship"*[205].

En este sentido, no obstante, volvería entonces sobre este extremo para insistir en que tal cosa no había acontecido todavía, al igual que se vaticinó en *Sorrell v Sorrell*:

200 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [152], [167], [169].

201 *White v White* [2000] UKHL 54. *Cfr. Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [152].

202 *Cfr.* Arthur, L. G.: "Property distribution", cit., pp. 27-38; Frantz, C. J. y Dagan, H.: "Properties of marriage", *Columbia Law Review*, núm. 104, 2004, pp. 75-133; Koons, W. C. y Holmes, R. E.: "Division of property at divorce", *Baylor Law Review*, núm. 4, 1987, pp. 977-1033; Oldham, J. T.: *Divorce, separation*, cit., cc. 5-6; Weitzman, L. J.: "Marital property", cit., p. 90.

203 *Vid.* Scherpe, J. Martin: "Matrimonial causes", cit., p. 348.

204 *Ibid.*

205 *Pettitt v Pettitt* [1969] UKHL 5.

> *"We do not yet have a system of community of property, whether full or deferred. Even modest legislative steps towards this have been strenuously resisted"*[206].
>
> *"... such a view point is quite inconsistent with what Lord Nicholls of Birkenhead in White was at pains to point out namely that a presumption of equal division would go beyond the permissible bounds of interpretation"*[207].
>
> *"This is not to introduce a presumption of equal division* [...] *A presumption of equal division would be an impermissible judicial gloss on the statutory provision. That would be so, even though the presumption would be rebuttable. Whether there should be such a presumption in England and Wales, and in respect of what assets, is a matter for Parliament"*[208].

Efectivamente, como acaba de exponerse, concluyó que no se había introducido siquiera un régimen de participación en las ganancias en su sentido más amplio, como la comunidad "diferida" de bienes a la que aludió la autoridad de Stephen Cretney[209]. Pero, además de ello, aprovechó entonces para recordar cómo todos los intentos por instaurar un *community property system* como el señalado habían sido oportunamente desestimados[210]. Y es que, en definitiva, no se trataba de algo nuevo, sino una tendencia que podía observarse incluso desde el caso *Rimmer v Rimmer*[211]. Éste fue tan solo el primero de todos los que después vendrían a reflejar la impotencia de tantas y tantas mujeres que vieron cómo la vivienda en que habían residido junto a sus maridos iba a permanecer en las solas manos de estos últimos por el inesperado impacto de la división sexual del trabajo durante el matrimonio, el divorcio y el *separate property system* -que, sin embargo, se introdujo para que obrara en su beneficio mediante la *Married Women's Property Act 1882*[212]. Lord Evershed sostuvo entonces que no debía estarse tanto a lo que el título de adquisición dijera en cada caso sobre el adquirente como a la conducta de ambos consortes en cuanto posibles contribuyentes a la producción del hecho adquisitivo por cualquiera de ellos[213]. Esto condujo a que se valorase la introducción de un *community property system* en el que todo fruto del matrimonio estuviera

206 *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [151].

207 *Sorrell v Sorrell* [2005] EWHC 1717.

208 *White v White* [2000] UKHL 54. *Cfr. Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24 [16], [136]; *Foster v Foster* [2003] EWCA Civ 565 [14].

209 *Vid.* Cretney, S.: "Community of property imposed by judicial decision", *The Law Quarterly Review*, núm. 119, 2003, p. 349; Id.: *Family law*, cit., p. 442. Posteriormente, también: Bainham, A.: "Divorce and the multi-millionaire: the search for principle", *Cambridge Law Journal*, núm. 3, 2006, p. 512; Pintens, W.: "Europeanisation of family law", cit., p. 12.

210 En el mismo sentido, *vid.* Cooke, E.: "Marital property", cit., p. 99; Cretney, S.: "The legal consequences", cit., p. 91; Id.: "Community of property", cit., p. 351; Thorpe, M.: "The English system of ancillary relief", en AA.VV.: *Dividing assets on family breakdown* (ed. R. Bailey-Harris), Jordan Publishing, Bristol, 1998, p. 3.

211 *Rimmer v Rimmer* [1953] 1 QB 63.

212 *Vid.* Cretney, S.: *Family law*, cit., p. 121.

213 *Rimmer v Rimmer* [1953] 1 QB 63, 71.

sujeto a una futura distribución entre los cónyuges, pero que jamás obtuvo el apoyo necesario, como indicaba Baroness Hale of Richmond[214].

Sin embargo, a pesar de que así hubiese acontecido en el pasado, este resultado no es una razón lo bastante poderosa como para hacernos creer que no hemos asistido todavía a la instauración de un régimen típicamente inglés y galés de participación en las ganancias o, más concretamente, de comunidad "diferida" de bienes, aunque tal cosa no haya discurrido en vía parlamentaria sino a través de los órganos jurisdiccionales[215]. Por supuesto, como Elizabeth Cooke, Anne Barlow y Thérèse Callus, cabría objetar que existen diferencias entre este sistema y el de participación en las ganancias, pero, a pesar de ello, comoquiera que son muchas y muy diversas las legislaciones que hoy en día lo prevén entre sus respectivos regímenes económico-matrimoniales, conviene enfatizar que no son éstas ni más ni menos significativas que las que obran entre las mismas[216]. Baste advertir, en este sentido, cómo la contribución especial de *Cowan v Cowan* subyace tras la contribución igualitaria que, salvo prueba en contrario, se presume realizada por parte de ambos consortes, al liquidar el régimen griego de participación en las ganancias. Y es que, a mayor abundamiento, corresponderá también distribuir la *non-matrimonial property* cuando la participación en las ganancias no sea suficientemente sustanciosa como para enervar cualquier clase de pretensión alimenticia o compensatoria entre consortes, como podría suceder también en la práctica inglesa y galesa, según apunta Joanna Miles[217]. En todo caso, no obstante, este nuevo régimen de participación en las ganancias en que se ha convertido el sistema anglosajón mediante la recepción de la *equitable distribution* está muy lejos de desaparecer en la actualidad, a juzgar por las últimas políticas legislativas[218].

VI. ÚLTIMA FASE: EL IMPULSO UNIFICADOR DEL TRATADO FRANCO-ALEMÁN DE 4 DE FEBRERO DE 2010.

La evolución de los acontecimientos nos proporciona una noción aproximada acerca de la repercusión internacional del régimen de participación en las ganancias. Éste se consagró rápidamente como el sistema que ordenase la economía de

214 *Vid.* Cretney, S.: *Family law*, cit., pp. 90-141; Id.: "The troublemakers: cranks, psychiatrists and other mischievous nuisances - Their role in reform of English family law in the nineteenth and twentieth centuries", en AA.VV.: *The continuing evolution of family law* (eds. G. Douglas y N. Lowe), Jordan Publishing, Bristol, 2009, pp. 40-46.

215 *Vid.* Cretney, S.: "Community of property", cit., p. 349.

216 *Vid.* Cooke, E.: "The future", cit., pp. 206-207; Cooke, E., Barlow, A. y Callus, T.: *Community of property: a regime for England and Wales?*, The Nuffield Foundation, Londres, 2006, p. 28.

217 *Vid.* Miles, J.: "Equality on divorce?", *Cambridge Law Journal*, núm. 1, 2001, p. 48. *Cfr.* Scherpe, J. Martin: "A comparative overview of the treatment of non-matrimonial assets, indexation and value increases", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 1, 2013, p. 73.

218 *Vid.* Crowe-Urbaniak, D.: "Reform of financial provision on divorce: for the few, not the many", *Edinburgh Law Review*, núm. 2, 2020, pp. 268-275.

los matrimonios quebequeses, austriacos, griegos y suizos cuando los cónyuges o los futuros contrayentes no convinieran otra cosa en sus respectivos contratos matrimoniales, pero a su vez lo consiguió respecto de los neerlandeses, belgas y españoles, aunque en su caso tan solo lo haría cuando se adoptase expresamente en ellos, una vez sentadas las bases del mismo mediante la suma del esfuerzo invertido por la ciencia jurídica franco-alemana. Pero, a pesar de todo, su proyección internacional no acaba ahí, ya que además de haber llegado incluso al mundo anglosajón mediante la *equitable distribution* de los estadounidenses, el régimen de participación en las ganancias ha continuado haciendo su aparición en otras legislaciones continentales como la chilena, macaense o brasileña. Evidentemente, no nos es posible reparar en todas y cada una de sus posibles manifestaciones, sino apenas referirnos a alguna de ellas como muestra de su popularidad; pero sí que podemos y, de hecho, debemos hacerlo, respecto del régimen opcional franco-alemán de participación en las ganancias que actualmente está muy cerca de cumplir los diez años de vigencia.

Representa este régimen económico-matrimonial una última manifestación del de participación en las ganancias que se concibió como complementario a la *Zugewinngemeinschaft*, típicamente alemana, y a la *participation aux acquêts*, propiamente francesa, en el contexto de una colaboración franco-alemana que se remonta al Tratado del Elíseo[219]. Su objetivo no es sino el de mejorar la agilidad del tráfico jurídico en atención al volumen de residentes franceses, en territorio alemán, y de residentes alemanes, en el francés, así como al de los matrimonios celebrados entre nacionales de ambos estados[220]. De este modo, una vez extendido, como es de sospechar que sus creadores hubieran deseado, no surgirían tantas complicaciones en torno al establecimiento de la ley aplicable cuando se tratase de resolver las controversias relacionadas con el divorcio o con la sucesión por causa de muerte de cualquiera de los consortes, sin perjuicio de otras ventajas concomitantes como la remoción de los obstáculos suscitados en el sector crediticio en relación con el régimen de comunidad de bienes, a la que se ha aludido expresamente[221]. Pero este régimen económico-matrimonial contiene además una oportunidad interesante en el que constituye su marco

219 *Vid.* Fötschl, A.: "The COMPR of Germany and France: epoch-making in the unification of Law", *European Review of Private Law*, núm. 4, 2010, pp. 881-882; González Beilfuss, C.: "El acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial común", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, p. 399.

220 *Vid.* Simler, P.: "Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts", *La Semaine Juridique (Notariale et Immobilière)*, núm. 20, mayo, 2010, p. 52.

221 *Vid.* Cubeddu Wiedemann, M. G. y Henrich, D.: "The optional matrimonial property regime", en AA.VV.: *The optional matrimonial property regime: the Franco-German community of accrued gains* (ed. M. G. Cubeddu Wiedemann), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2014, p. 4; Devaux, A.: "The Franco-German agreement on the optional matrimonial property regime: a new practical tool in the movement towards the harmonization of the European substantive rules in family law", *International Lawyer*, núm. 3, 2015, p. 216.

normativo, el acuerdo franco-alemán sobre el régimen opcional de participación en las ganancias, comprendido en el Tratado de 4 de febrero de 2010.

Esta oportunidad de la que hablamos no es otra que la contemplada en el acuerdo en orden a la posible adhesión de nuevos estados, una vez ratificado por el francés y el alemán, y publicado además en sus respectivos medios oficiales, pero siempre y cuando los interesados sean al mismo tiempo estados miembros de la Unión Europea. Ello lo hace especialmente atractivo para los estados fronterizos que se basaron en el franco-alemán al diseñar sus propios regímenes de participación en las ganancias, como es el caso del neerlandés, del austriaco, del español y del belga; aunque tal exigencia supone sin embargo la exclusión de otros estados, naciones y provincias extracomunitarios a los que tal vez pudiera interesar también, como el suizo, la inglesa, la galesa o la quebequesa[222]. Éste es el motivo por el que el acuerdo repara además en la posibilidad de establecer versiones lingüísticas distintas a las originales para todos los no germanófonos ni francófonos. Y es que, en definitiva, de lo que realmente sirve la iniciativa franco-alemana, es como una muestra del resultado que cabe esperar de la unificación de los regímenes económico-matrimoniales en un contexto de cooperación político-legislativa similar a la escandinava que, a comienzos del siglo pasado, sirvió de base al de participación en las ganancias, a través de una exitosa armonización cuyo testigo ha de tomar ahora la Unión Europea[223].

Esta necesidad es corolario lógico del contrastable incremento de matrimonios celebrados tanto entre nacionales de distintos estados miembros como entre residentes de estados miembros diferentes al originario de cada contrayente como consecuencia de su respectiva libertad de circulación y que ha llegado, incluso, a motivar una cooperación reforzada en cuanto a la competencia, a la ley aplicable y al reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económico-matrimoniales mediante la aparición del Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, del Consejo de Europa[224]. Sin embargo, su unificación o armonización no depende sino de los legisladores estatales a través de iniciativas tales como la de facilitar a los estados miembros la adhesión a un régimen opcional como el franco-alemán de participación en las ganancias, en vista de que hasta el momento no existe atribución competencial alguna que permita proceder en este sentido conforme al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[225]. Por este motivo se ha procedido recientemente a la formulación de directrices generales a

222 *Vid.* Fötschl, A.: "The COMPR", cit., p. 882. Sobre su interés para la legislación española, *vid.* González Beilfuss, C.: "The Franco-German treaty instituting a common matrimonial regime of participation in the acquisitions: how could Catalonia opt in?", en AA.VV.: *Confronting the frontiers of Family and Succession Law: liber amicorum Walter Pintens* (eds. A. L. Verbeke, J. M. Scherpe, C. Declerck, T. Helms y P. Senaeve), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2012, pp. 629-631.

223 En sentido similar, *vid.* Pintens, W.: "Europeanisation of family law", cit., pp. 29-30.

224 Así lo indica: Fötschl, A.: "The COMPR", cit., p. 882.

225 *Vid.* Pintens, W.: "Europeanisation of family law", cit., p. 22.

las cuales pudiera acogerse voluntariamente cualquiera de los legisladores estatales a la hora de modernizar o actualizar sus respectivos regímenes económico-matrimoniales, como concretamente se ha propuesto conseguir la *Commission on European Family Law* (CEFL)[226].

La *Commission on European Family Law* es una iniciativa exclusivamente académica e independiente de cualquier organización o institución que actualmente encuentra su sede en el *Molengraaff Institute for Private Law* de la Universidad de Utrecht[227]. Fundada hace ya más de veinte años por los profesores Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Niguel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens y Dieter Schwab, ha venido trabajando desde entonces sobre la armonización del Derecho de familia europeo bajo la ininterrumpida dirección de la profesora Katharina Boele-Woelki[228]. Siguiendo el precedente marcado en sus respectivos ámbitos de actuación por otras comisiones tales como la *Commission on European Contract Law* (Comisión "Lando"), el *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) y el *European Group of Tort Law* (Grupo de Tilburg), apostó por la elaboración de los *Principles of European Family Law*[229]. Éstos han ido viendo la luz a modo de *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, en primer lugar; de *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, en segundo lugar; de *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, en tercer lugar; y, de *Principles of European Family Law regarding property, maintenance and succession rights of couples in de facto unions*, en cuarto y último lugar[230]. Sin embargo, aunque el idioma en que trabaja esta comisión es el inglés, dichos principios son elaborados simultáneamente tanto en inglés como en francés y en alemán sin que ninguna de estas versiones lingüísticas se reduzca a una mera traducción de las otras[231].

226 *Vid.* Boele-Woelki, K.: "The principles of European family law: its aims and prospects", *Utrecht Law Review*, núm. 2, diciembre, 2005, pp. 160-168; Id.: "Preface", en AA.VV.: *Principles of European Family Law rergarding property relations between spouses* (eds. K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny y W. Pintens), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2013, p. VI.

227 *Vid.* Boele-Woelki, K.: "The principles", cit., p. 160; Id.: "Preface", cit., p. V; González Beilfuss, C.: "Crónica de Derecho privado europeo: Derecho de familia en la Unión Europea", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, julio-septiembre, 2013, p. 1323.

228 *Vid.* Pintens, W.: "Europeanisation of family law", cit., p. 29 y n. 129.

229 *Ibid*., pp. 30-31.

230 Por orden de publicación, *vid.* Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D. y Pintens, W.: *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses,* Intersentia, Amberes-Oxford, 2004; Id.: *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2007; Id.: *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2013; Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D. y Todorova, V.: *Principles of European Family Law regarding property, maintenance and succession rights of couples in de facto unions*, Intersentia, Cambridge, 2019.

231 *Vid.* Boele-Woelki, K. *et al.*: *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, cit., p. 9; González Beilfuss, C.: "Crónica de Derecho privado europeo", cit., p. 1324.

No obstante, en cuanto a la economía del matrimonio se refiere, es de destacar la posición que en ellos ocupa la participación en las ganancias como alternativa para la armonización de los regímenes económico-matrimoniales en la Unión Europea[232]. Ésta es una materia que inicialmente decidió excluirse de los objetivos perseguidos por parte de la *Commission on European Family Law* en atención a la complejidad que la misma reviste a causa de la heterogeneidad de regímenes económico-matrimoniales existentes en el conjunto de los estados miembros y de su diferente naturaleza técnica, sin que ninguno de ellos sea además claramente dominante sobre el resto; motivo por el que finalmente se propusieron los dos sistemas más predominantes en la categoría de régimen económico-matrimonial supletorio en los respectivos *Principles of European Family Law*[233]. Uno, de comunidad de bienes, al estilo del que actualmente ocupa tal condición entre los franceses, belgas, neerlandeses, españoles, portugueses o italianos; y, otro, de participación en las ganancias, como el que al mismo tiempo se establece tanto en calidad de supletorio entre los alemanes, austriacos, griegos, suizos, ingleses y galeses, como con carácter meramente convencional entre los franceses, españoles, neerlandeses y belgas[234]. Ello sigue en cierta medida el camino emprendido por el régimen opcional franco-alemán de participación en las ganancias salvando las distancias debidas al valor normativo del que evidentemente carece el trabajo realizado por la *Commission on European Family Law*[235].

Y es que, a mayor abundamiento, en lo que respecta a la armonización, el régimen de participación en las ganancias presenta una ventaja sobre el de comunidad de bienes en tanto que el mismo sirve de puente entre los regímenes económico-matrimoniales típicamente continentales y el sistema de *equitable distribution* del mundo anglosajón[236]. Por este motivo, si el objetivo perseguido por la comisión se cumple a este respecto como sin embargo estima ésta que se ha cumplido en otros ámbitos, se pondrá de manifiesto una vez más que el de las relaciones jurídico-familiares no es un sector de imposible armonización por las diferencias idiosincráticas o culturales subyacentes tras las mismas, como ya demostró la celebración del acuerdo franco-alemán por el que se instituyó el régimen opcional de participación en las ganancias en cuanto a la economía del

232 Sobre el particular, *vid.* Algarra Prats, E.: "El régimen de participación como modelo para la armonización de los regímenes económico-matrimoniales en Europa", en AA.VV.: *Estudios de Derecho privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (dir. J. R. De Verda y Beamonte, coords. A. Carrión Vidal y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 73-94.

233 *Vid.* Boele-Woelki, K. *et al.*: *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, cit., p. 4.

234 *Vid.* Boele-Woelki, K. *et al.*: *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, cit., p. 26; González Beilfuss, C.: "Crónica de Derecho privado europeo", cit., pp. 1324-1325.

235 Así lo recuerda: Algarra Prats, E.: "El régimen de participación", cit., p. 77.

236 *Vid.* Boele-Woelki, K. *et al.*: *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, cit., p. 26.

matrimonio[237]. En tal caso, asistiremos a un nuevo escenario para el futuro del régimen de participación en las ganancias que todavía se halla sobre el terreno de la especulación y la conjetura, a la espera de que los respectivos legisladores tanto de los estados miembros como de otros estados extracomunitarios tomen las riendas de la evolución de los regímenes económico-matrimoniales para poner el broche de oro a un proceso de casi cien años de historia.

VI. CONCLUSIONES.

El régimen de participación en las ganancias ha tenido una repercusión internacional mucho más significativa de lo que pudiera sospecharse en nuestro país. Nosotros lo condenamos para siempre a la indiferencia mediante su configuración en calidad de régimen económico-matrimonial no supletorio, ni de primer, ni de segundo grado, sino estrictamente convencional salvo en el insólito caso en que la sociedad de gananciales se liquide conforme al mismo por haber servido a un matrimonio nulo habiendo mediado la mala fe de, al menos, uno de los cónyuges, en base a una tradición que se echaba en falta en sede parlamentaria, pero que no tenía ni podía tener tampoco en ninguno de los demás estados y provincias en los que se introdujo de un modo u otro por tratarse en todo caso de una creación de laboratorio y, en definitiva, carente de antecedentes. Sin embargo, al margen de la francesa, cuya política legislativa seguimos por completo, en otras muchas legislaciones continentales ha tenido una trascendencia superior incluso a falta de cualquier mención expresa en sus respectivos códigos civiles, como antaño hizo el neerlandés, y ha hecho también el belga, al cual se ha incorporado recientemente. Por consiguiente, si algo puede extraerse de ello, a modo de conclusión, es una invitación a reflexionar sobre el potencial que tal vez sería capaz de desplegar una participación en las ganancias que, desafortunadamente, y hasta el momento, solamente ha desempeñado una función ornamental en nuestro sistema de regímenes económico-matrimoniales.

237 *Vid.* De Oliveira, G. Freire Falcão: "Um Direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)", *Temas de Direito da família*, Coimbra Editora, 2ª ed., Coímbra, 2001, pp. 319-331; González Beilfuss, C.: "Crónica de Derecho privado europeo", cit., pp. 1323-1324. Sobre los resultados obtenidos por los *Principles of European Family Law*, *vid.* Boele-Woelki, K. *et al.*: *Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*, cit., p. 3.

BIBLIOGRAFÍA

AGALLOPOULOU, P.: *Basic concepts of Greek civil law* (trad. Y. Kotsovolou Masry), Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 2005.

ALGARRA PRATS, E.: "El régimen de participación como modelo para la armonización de los regímenes económico-matrimoniales en Europa", en AA.VV.: *Estudios de Derecho privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (dir. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, coords. A. CARRIÓN VIDAL y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 73-94.

ALGARRA PRATS, E.: *El régimen económico-matrimonial de participación*, La Ley, Madrid, 2000.

ANCEL, M.: "Matrimonial property law in France", en AA.VV.: *Matrimonial property law* (ed. W. FRIEDMANN), Stevens & Sons, Londres, 1955, pp. 3-28.

ANCEL, M.: "Evolución moderna del Derecho de familia", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 1, 1950, pp. 99-129.

ANDRIOTIS, D.: "Les régimes matrimoniaux en Droit grec", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux en Droit comparé et en Droit international privé* (eds. A. BONOMI y M. STEINER), Droz, Ginebra, 2006, pp. 201-231.

ANTENREITER, T.: "Informe nacional: Austria", *Notarius International*, núms. 3-4, 2002, pp. 174-188.

ANTOKOLSKAIA, M. y BOELE-WOELKI, K.: "Dutch family law in the 21st century: trend-setting and straggling behind at the same time", *Electronic Journal of Comparative Law*, núm. 4, 2002, pp. 53-73.

ARTHUR, L. G.: "Property distribution", *Juvenile and Family Court Journal*, núm. 2, 1991, pp. 27-38.

AUGER, J.: "Les régimes de société d'acquêts et de participation aux acquêts", *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, núm. 4, 1973, pp. 265-299.

BAETEMAN, G.: "L'historique de la gestion concurrente dans le nouveu regime legal", *Revue du Notariat Belge*, núm. 2736, junio, 1984, pp. 270-284.

BAETEMAN, G.: "Le Droit des Pays Bas", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. KIRALFY), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, pp. 62-79.

BAETEMAN, G.: "The modern Belgian law", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. KIRALFY), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, pp. 18-61.

BAETEMAN, G.: "The original system of the Code Napoléon in Belgium and Holland", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. KIRALFY), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, pp. 1-17.

BAETEMAN, G.: "État des travaux de réforme en Belgique", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, pp. 197-229.

BAETEMAN, G.: "La réforme des régimes matrimoniaux en Belgique", *Journal des Tribunaux*, núm. 4323, junio, 1961, pp. 381-387.

BAETEMAN, G. y LAUWERS, J. P.: Devoirs et droits des époux. Commentaire théorique et pratique des lois du 30 avril 1958 et de la loi du 22 juin 1959**,** Bruylant, Bruxelles, 1960.

BAILEY-HARRIS, R.: "The paradoxes of principle and pragmatism: ancillary relief in England and Wales", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 2, 2005, pp. 229-241.

BAILEY-HARRIS, R.: "Fairness in financial settlements on divorce", *The Law Quarterly Review*, núm. 117, 2001, pp. 199-203.

BAINHAM, A.: "Divorce and the multi-millionaire: the search for principle", *Cambridge Law Journal*, núm. 3, 2006, pp. 511-515.

BARBE, R.: "Canada: la Province de Québec", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1965, pp. 640-642.

BÄRMANN, J.: "Crítica al nuevo régimen matrimonial de bienes alemán", *Revista de Derecho Notarial*, núms. 37-38, julio-diciembre, 1962, pp. 35-56.

BARTON, C. y JAY, G.: "White v White and co: the not-so-well-off and a balance of needs", *Family Law*, núm. 8, 2012, pp. 963-967.

BARTON, C. y HIBBS, M.: "Ancillary financial relief and fat cat(tle) divorce", *The Modern Law Review*, núm. 1, enero, 2002, pp. 79-87.

BASTOS, J. Fernandes Rodrigues: *Direito da família segundo o Código Civil de 1966*, v. III, Tipografía Guerra, Viseu, 1978.

Baudouin, L.: *Les aspects généraux du Droit privé dans la Province de Québec*, Dalloz, París, 1967.

Baugniet, J.: "L'égalité des époux en Droit belge", en AA.VV.: *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Universidad de Ciencias Sociales de Tolosa, Tolosa, 1978, pp. 45-56.

Baugniet, J.: "L'incapacité de la femme mariée et les régimes matrimoniaux", *Journal des Tribunaux*, núm. 3798, febrero, 1949, pp. 97-100.

Baugniet, N.: "La séparation de biens avec participation aux acquêts: rêve d'un régime matrimonial idéal?", en AA.VV.: *Liber amicorum Jean-François Taymans* (eds. E. Beguin y J. L. Renchon), Bruselas, Larcier, 2013, pp. 1-8.

Beguin, E.: "La séparation de bienes avec partage annuel des économies", en AA.VV.: *Les contrats de mariage: bilan, perspectives et formules pratiques* (eds. E. Beguin y M. Grégoire), Academia-Bruylant, Lovaina La Nueva, 1996, pp. 71-79.

Beitzke, G.: "La loi allemande sur l'égalité de l'homme et de la femme", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, enero-marzo, 1958, pp. 39-55.

Bernstorff, D.: "République Fédérale d'Allemagne" (trad. J. Eckert), en AA.VV: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 71-95.

Björnness, H. C.: "Norvège", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 579-597.

Blackstone, W.: *Commentaries on the laws of England*, t. I, Clarendon Press, Oxford, 1765.

Boele-Woelki, K.: "Preface", en AA.VV.: *Principles of European Family Law rergarding property relations between spouses* (eds. K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny y W. Pintens), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2013, pp. V-X.

Boele-Woelki, K.: "The principles of European family law: its aims and prospects", *Utrecht Law Review*, núm. 2, diciembre, 2005, pp. 160-168.

Boele-Woelki, K. y Braat, B.: "Marital agreements and private autonomy in The Netherlands", en AA.VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. Martin Scherpe), Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 229-255.

Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D. y Pintens, W.: *Principles of European Family Law rergarding property relations between spouses*, Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2013.

Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D. y Pintens, W.: *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2007.

Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D. y Pintens, W.: *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses,* Intersentia, Amberes-Oxford, 2004.

Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D. y Todorova, V.: *Principles of European Family Law regarding property, maintenance and succession rights of couples in de facto unions*, Intersentia, Cambridge, 2019.

Borum, O. A.: "Danemark", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. Ancel), Sirey, París, 1938, pp. 549-551.

Bosch, F. W.: "Le régime légal de la participation aux acquêts", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, pp. 277-295.

Bournias, A.: "Grèce", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 477-490.

Bournias, A.: "Grèce", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, pp. 201-206.

Braat, B.: "Les régimes matrimoniaux aux Pays-Bas", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux en Droit comparé et en Droit international privé* (eds. A. Bonomi y M. Steiner), Droz, Ginebra, 2006, pp. 177-200.

Brake, S. J.: "Equitable distribution vs. fixed rules: marital property reform and the Uniform Marital Property Act", *Boston College Law Review*, núm. 3, 1982, pp. 761-788.

Brasse, G.: "Lambert v Lambert: Pandora's hostage to fortune", *Family Law*, núm. 2, 2003, pp. 101-104.

Brasse, G.: "White v White: a return to orthodoxy?", *Family Law*, núm. 3, 2001, pp. 191-196.

Brière, G.: "La réforme de la capacité de la femme mariée dans la Province de Québec", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, enero-marzo, 1966, pp. 83-88.

Caparros, E.: *Les régimes matrimoniaux au Québec*, Wilson & Lafleur, 3ª ed., Montreal, 1988.

Capitant, H.: "L'abolition de l'incapacité de la femme mariée", *Dalloz Hebdomadaire*, 1932, pp. 97-100.

Capitant, H.: *Le meilleur régime matrimonial: communauté ou séparation de biens*, Ligue Française pour le Droit des Femmes, París, 1924.

Capitant, H.: "Préface", en Moissinac, P.: *Le contrat de mariage de séparation de biens*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2ª ed., París, 1924, pp. I-IV.

Carneiro, M. Borges: *Direito civil de Portugal*, t. II, Impressão regia, Lisboa, 1827.

Carvalho, E. J. da Silva: *As formas do regimen matrimonial*, t. II, Franca Amado, Coímbra, 1897.

Castberg, F.: "Norvège: aperçu de la législation norvégienne pendant l'année 1927", *Annuaire de législation étrangère*, 1928, pp. 446-468.

Ciselet, G.: *La femme: ses droits, ses devoirs et ses revendications*, L'Eglantine, Bruselas, 1930.

Claeys, D. y De Page, P.: "Régime de séparation de biens avec créance de participation aux acquêts", *Revue du Notariat Belge*, núm. 2831, mayo, 1992, pp. 234-251.

Colomer, A.: "France", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1965, pp. 727-732.

Cooke, E.: "A late instalment in a long story", en AA.VV.: *Landmark cases in family law* (eds. S. Gilmore, J. Herring y R. Probert), Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011, pp. 271-281.

Cooke, E.: "Marital property agreements and the work of the law commission for England and Wales", en AA.VV.: *The future of family property in Europe* (eds. K. Boele-Woelki, J. Miles y J. Martin Scherpe), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2011, pp. 95-113.

CLARK, H. H.: *The law of domestic relations in the United States*, West Publishing, 2ª ed., Minesota, 1988.

COOKE, E.: "The future for ancillary relief", en AA.VV.: *The continuing evolution of family law* (eds. G. DOUGLAS y N. LOWE), Jordan Publishing, Bristol, 2009, pp. 203-220.

COOKE, E.: "Miller/McFarlane: law in search of discrimination", *Child and family law quarterly*, núm. 1, 2007, pp. 98-111.

COOKE, E.: "White v White. A new yardstick for the marriage partnership", *Child and family law quarterly*, núm. 1, 2001, pp. 81-89.

COOKE, E., BARLOW, A. y CALLUS, T.: *Community of property: a regime for England and Wales?*, The Nuffield Foundation, Londres, 2006.

CRETNEY, S.: "The troublemakers: cranks, psychiatrists and other mischievous nuisances - Their role in reform of English family law in the nineteenth and twentieth centuries", en AA.VV.: *The continuing evolution of family law* (eds. G. DOUGLAS y N. LOWE), Jordan Publishing, Bristol, 2009, pp. 39-55.

CRETNEY, S.: "The legal consequences of marriage and civil partnership", en AA.VV.: *Principles of family law* (eds. S. CRETNEY, J. MASSON, R. BAILEY-HARRIS y R. PROBERT), Sweet & Maxwell, 8ª ed., Londres, 2008, pp. 85-112.

CRETNEY, S.: *Family law in the twentieth century*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

CRETNEY, S.: "Community of property imposed by judicial decision", *The Law Quarterly Review*, núm. 119, 2003, pp. 349-352.

CROWE-URBANIAK, D.: "Reform of financial provision on divorce: for the few, not the many", *Edinburgh Law Review*, núm. 2, 2020, pp. 268-275.

CUBEDDU WIEDEMANN, M. G. y HENRICH, D.: "The optional matrimonial property regime", en AA.VV.: *The optional matrimonial property regime: the Franco-German community of accrued gains* (ed. M. G. CUBEDDU WIEDEMANN), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2014, pp. 3-16.

CURRY-SUMNER, I.: "Party autonomy and responsibility", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. B. ATKIN), Jordan Publishing, Bristol, 2008, pp. 253-272.

CURRY-SUMNER, I. y FORDER, C.: "Proposed revision of matrimonial property law, a new inheritance law and the first translation of the Dutch Civil Code, Book

I (Family Law) into English", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. A. Bainham), Jordan Publishing, Bristol, 2004, pp. 337-370.

Curry-Sumner, I. y Forder, C.: "The Netherlands", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. A. Bainham), Jordan Publishing, Bristol, 2003, pp. 263-321.

Da Cruz, G. Braga: "O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português", *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 53, febrero, 1956, pp. 173-204.

Da Cruz, G. Braga: "Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redactora do novo Código Civil", *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 52, enero, 1956, pp. 341-354.

Da Rocha, M. A. Coelho: *Instituições de Direito civil portuguez*, t. I, Universidad de Coímbra, 6ª ed., Coímbra, 1886.

De Campos, D. Leite: "Rapport portugais", en AA. VV.: *Aspects de l'évolution récente du Droit de la famille (Journées turques)*, Economica, París, 1988, pp. 351-358.

De Campos, D. Leite y De Campos, M. Martinez: *Lições de Direito da família e das sucessões*, Almedina, 3ª ed., revisada y actualizada por M. Martinez de Campos, Coímbra, 2016.

De León Arce, A.: *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: el régimen de participación*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1984.

De Lobão, M. de Almeida e Sousa: *Notas de uso pratico e criticas, addições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struvio sobre todos os títulos e todos os §§ do libro segundo das instituições do Direito civil lusitano do Doutor Pascoal José de Mello Freire*, parte II, Imprenta Nacional, Lisboa, 1865.

De Oliveira, G. Freire Falcão: "A reforma do Direito da família de Macau", en AA.VV.: *Temas de Direito da família*, Coimbra Editora, 2ª ed., Coímbra, 2001, pp. 305-317.

De Oliveira, G. Freire Falcão: "Um Direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)", *Temas de Direito da família*, Coimbra Editora, 2ª ed., Coímbra, 2001, pp. 319-331.

De Oliveira, G. Freire Falcão: "Observações sobre os regimes de bens", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, núms. 3875-3877, junio-agosto, 1997, pp. 38-42 y 109-111.

De Oliveira, G. Freire Falcão y Cid, N. de Salter: "Family law in Portugal", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. A. Bainham), Martinus Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1996, pp. 345-361.

De Oliveira, J. Gil: "Regime de participação nos bens adquiridos", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, núm. 8, 1999, pp. 171-181.

De Paiva, A. M. Ramos: "Breves notas sobre o regime da participação nos adquiridos vigente no Direito de Macau", *Lex Familiae*, núm. 5, enero-junio, 2006, pp. 65-79.

De Rooij, M., Schmidt, G. y Van Het Kaar, B. J.: "National report: The Netherlands", en AA.VV.: *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001.

De Ruggiero, R.: *Istituzioni di Diritto civile*, v. II, Casa Editrice Giuseppe Principato, 4ª ed., Mesina, 1926.

De Ruitjer, E. y Braat, B.: "Co-working partners: the influence of legal arrangements", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 3, 2008, pp. 421-435.

De Sousa, A. Frada: "Rapport national: Portugal", en AA.VV.: *Étude sur les regimes matrimoniaux et le patrimoine des couples non maries en Droit international prive et en Droit interne*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001.

Deflou, J.: "Séparation de biens et communauté: réponse à Mlle José Martin", *Le Journal des Femmes*, núm. 159, noviembre, 1905, pp. 2-3.

Deixler-Hübner, A. y Reiter, S.: "Family law", en AA.VV.: *Introduction to the Law of Austria* (eds. C. Grabenwarter y M. Schauer), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 143-165.

Deliyannis, J.: "Les grandes lignes de la réforme du Droit de la famille hellénique", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1986, pp. 811-828.

Deliyannis, J. y Ladas, P.: "Rapport grec", en AA.VV.: *Aspects de l'évolution récente du Droit de la famille (Journées turques)*, Economica, París, 1988, pp. 275-288.

Delnoy, P.: "Rapport belge", en AA.VV.: *Aspects de l'évolution récente du Droit de la famille (Journées turques)*, Economica, París, 1988, pp. 186-201.

Déprez, P.: *Société d'acquêts ou participation aux acquêts sous un régime de séparation de biens*, Basin, Béthune, 1950.

Deschenaux, H. y Petitpierre, G.: "Vers une réforme du Droit du mariage", *Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier/Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, núm. 3, 1975, pp. 138-155.

Deschenaux, H. y Steinauer, P. H.: *Le nouveau Droit matrimonial*, Stæmpfli & Cie, Berna, 1987.

Devaux, A.: "The Franco-German agreement on the optional matrimonial property regime: a new practical tool in the movement towards the harmonization of the European substantive rules in family law", *International Lawyer*, núm. 3, 2015, pp. 215-229.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1324 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1492-1514.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Prólogo", en Fernández Cabaleiro, E.: *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España-Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969, pp. XI-XV.

Dölle, H.: "Allemagne", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, pp. 29-35.

Dubru, M.: *L'égalité civile des époux dans le mariage*, Établissements Émile Bruylant, Bruselas, 1959.

Duckworth, P. y Hodson, D.: "White v White: bringing section 25 back to the people", *Family Law*, núm. 1, 2001, pp. 24-29.

Eekelaar, J.: "Property and financial settlement on divorce: sharing and compensating", *Family Law*, núm. 9, 2006, pp. 754-758.

Eekelaar, J.: "Miller v Miller: the descent into chaos", *Family Law*, núm. 11, 2005, pp. 870-873.

Eekelaar, J.: "Asset distribution on divorce: time and property", *Family Law*, núm. 11, 2003, pp. 828-833.

Eekelaar, J.: "Asset distribution on divorce: the durational element", *The Law Quarterly Review*, núm. 117, 2001, pp. 552-560.

EEKELAAR, J.: "Back to basis and forward into the unknown", *Family Law*, núm. 1, 2001, pp. 30-34

EEKELAAR, J.: "Some principles of financial and property adjustment on divorce", *The Law Quarterly Review*, núm. 95, 1979, pp. 253-269.

EEKELAAR, J.: *Family law and social policy*, Weidenfeld and Nicolson, 1ª ed., Londres, 1978.

EHRSTRÖM, E.: "Finlande: notice sur les principales lois promulguées en 1929", *Annuaire de législation étrangère*, 1930, pp. 463-489.

ELLMAN, I. M.: "Marital agreements and private autonomy in the United States", en AA.VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. MARTIN SCHERPE), Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 403-442.

ELLMAN, I. M.: "Financial settlement on divorce: two steps forward, two to go", *The Law Quarterly Review*, núm. 123, 2007, pp. 2-9.

ERNST-HENRION, M. L.: "La réforme des régimes matrimoniaux: le régime légal", *Journal des Tribunaux*, núm. 4348, enero, 1962, pp. 53-58.

ERNST-HENRION, M. L. y BAETEMAN, G.: "La réforme des régimes matrimoniaux", *Journal des Tribunaux*, núm. 4453, junio, 1964, pp. 417-421.

FENET, P. A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Videcoq, París, 1836.

FERRAND, F.: "Le Droit civil de la famille et l'égalité des époux en République Fédérale d'Allemagne", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1986, pp. 867-895.

FERRARI, S.: "Marital agreements and private autonomy in Austria", en AA.VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. MARTIN SCHERPE), Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 51-67.

FERREIRA, J. Dias: *Código civil portuguez anotado*, v. II, 2ª ed., Universidad de Coímbra, Coímbra, 1895.

FISHER, L.: "The unexpected impact of White: taking equality too far?", *Family Law*, núm. 2, 2002, pp. 108-113.

FOKKEMA, D. C.: "Évolution des structures juridiques de la famille aux Pays-Bas", en AA.VV.: *Mariage et famille en question: Suisse, Autriche, Belgique, Pays-bas. Anexe:*

Regard sur la situation actuelle en Scandinavie (dirs. R. Nerson y H. A. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf), Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1980, pp. 123-166.

Fötschl, A.: "The COMPR of Germany and France: epoch-making in the unification of Law", *European Review of Private Law*, núm. 4, 2010, pp. 881-889.

Frank, R.: "Germany: family law after Reunification", *Journal of Family Law*, núm. 30, 1991-1992, pp. 335-347.

Frantz, C. J. y Dagan, H.: "Properties of marriage", *Columbia Law Review*, núm. 104, 2004, pp. 75-133.

Freeman, M.: "Exploring the boundaries of family law in England in 2000", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. A. Bainham), Jordan Publishing, Bristol, 2002, pp. 133-152.

Freire, P. J. de Mello: "Instituições de Direito civil portugués: tanto público como particular" (trad. M. Pinto de Meneses), *Boletim do Ministerio da Justiça*, núm. 164, marzo, 1967, pp. 17-147.

Gagnon, J.: "Société d'acquêts: partage brut ou partage net", *Revue du Notariat*, núms. 5-6, enero-febrero, 1987, pp. 336-354.

Garigue, P.: *La vie familiale des canadiens français*, Presses de l'Université de Montréal-Presses Universitaires de France, Montreal-París, 1962.

Gaudefroy-Demonbynes, R.: "Le mariage et le divorce au Danemark", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1952, pp. 461-478.

Gersão, E.: "A igualdade jurídica dos cônjuges: a propósito do Projecto de Código Civil", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 1-2, enero-junio, 1966, pp. 25-64.

Glendon, M. A.: *The new family and the new property*, Butterworths, Toronto, 1981.

Godsk Pedersen, H. V.: "Denmark", en AA.VV.: *Family and succession law* (ed. W. Pintens), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, pp. 15-20 y 103-184.

Gomard, B.: "Danemark", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. Patarin e I. Zajtay), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 285-301.

Gonçalves, L. da Cunha: *Tratado de Direito civil em comentário ao Código Civil português*, v. VI, Coimbra Editora, Coímbra, 1932.

González Arévalo, I.: "Costa-Rica", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. Ancel), Sirey, París, 1938, pp. 207-211.

González Beilfuss, C.: "Crónica de Derecho privado europeo: Derecho de familia en la Unión Europea", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, julio-septiembre, 2013, pp. 1323-1335.

González Beilfuss, C.: "The Franco-German treaty instituting a common matrimonial regime of participation in the acquisitions: how could Catalonia opt in?", en AA.VV.: *Confronting the frontiers of Family and Succession Law: liber amicorum Walter Pintens* (eds. A. L. Verbeke, J. M. Scherpe, C. Declerck, T. Helms y P. Senaeve), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2012, pp. 623-632.

González Beilfuss, C.: "El acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial común", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pp. 397-416.

Gottbberg, E.: "National report: Finland", en AA.VV.: *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001.

Graham, N.: "Charman v Charman: the Court of Appeal pronounces", *Private Client Business*, núm. 6, 2007, pp. 450-456.

Graham-Siegenthaler, B.: "Switzerland", en AA.VV.: *Family law in Europe* (eds. C. Hamilton y A. Perry), Butterworths, 2ª ed., Londres, 2002, pp. 661-700.

Grammaticaki-Alexiou, A.: "Family law", en AA.VV.: *Introduction to Greek law* (eds. K. D. Kerameus y P. J. Kozyris), Kluwer Law International, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 179-199.

Graue, E. D.: "German law", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. Kiralfy), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, pp. 114-179.

Graulich, P. y Gothot, P.: "Indépendance mais solidarité, impératifs nouveaux régimes matrimoniaux", *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, núm. 1, 1958, pp. 95-118.

Gregorc, N.: "La réforme des régimes matrimoniaux en Droit suisse", *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, núm. 4, 1989, pp. 367-372.

GROFFIER, E.: "La société d'acquêts en Droit québécois", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, octubre-diciembre, 1977, pp. 747-761.

GROSSEN, J. M.: "Suisse", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. PATARIN e I. ZAJTAY), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 661-678.

GROSSEN, J. M. y GUILLOD, O.: "Family law", en AA.VV.: *Introduction to Swiss Law* (eds. F. DESSEMONTET y T. ANSAY), Kluwer Law International, 3ª ed., La Haya, 2004, pp. 59-76.

HAMILTON, E.: "Is White v White a 'Barder Event'?", *Family Law*, núm. 2, 2001, pp. 135-138.

HÉLEINE, F.: "L'article 177 C. Civ. ou la capacité juridique de la femme mariée selon la loi québécoise", *Revue Générale de Droit*, núm. 1, 1970, pp. 62-76.

HENRICH, D.: "Diritto di famiglia e giurisprudenza costituzionale in Germania: riforma del Diritto de famiglia ad opera dei giudici costituzionali?", *Rivista di Diritto Civile*, núm. 1, enero-febrero, 1991, pp. 49-75.

HERTEL, C.: "Sistemas jurídicos del mundo", *Notarius International*, núms. 1-2, 2009, pp. 185-200.

HILLERT, S. y HESSLER, H.: "Suède", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. PATARIN e I. ZAJTAY), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 651-660.

HIORTHÖY, F.: "Norvège", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. ROUAST), L'Épargne, París, 1957, pp. 261-269.

HODSON, D.: "White: equality on divorce?", *Family Law*, núm. 12, 2000, pp. 870-873.

HODSON, D., GREEN, M. y DE SOUZA, N.: "Lambert: shutting Pandora's Box", *Family Law*, núm. 1, 2003, pp. 37-45.

JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: "Sweden", en AA.VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. MARTIN SCHERPE), Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 370-402.

JENKINS, C.: "Miller v Miller and McFarlane v McFarlane: the decisions of the House of Lords", *Private Client Business*, núm. 6, 2006, pp. 377-385.

JENKINS, C.: "To depart (from equality of division of assets on divorce) or not to depart... that is the question", *Private Client Business*, núm. 4, 2004, pp. 225-236.

JOKL, M.: "Norvège", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. ANCEL), Sirey, París, 1938, pp. 562-571.

JOKL, M.: "Suède", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. ANCEL), Sirey, París, 1938, pp. 571-581.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L.: "La capacidad jurídica de la mujer casada", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 6, 1946, pp. 93-106.

KATZ, S. N.: *Family law in America*, Oxford, 2ª ed., New York, 2015.

KAY, R.: "Guidelines on ancillary relief, commentators' gift horse, plenty of room on the bandwagon", *Coventry Law Journal*, núm. 1, 2001, pp. 75-79.

KIRALFY, A.: "English Law", en AA.VV.: *Comparative law of matrimonial property* (ed. A. KIRALFY), A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, pp. 180-222.

KISCH, I.: "Pays-Bas", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. ROUAST), L'Épargne, París, 1957, pp. 277-280.

KNOEPFLER, F.: "Nouveau Droit du mariage", *Revue de l'État Civil/Zeitschrift für Zivilstandswesen*, 1986, pp. 221-232.

KOONS, W. C. y HOLMES, R. E.: "Division of property at divorce", *Baylor Law Review*, núm. 4, 1987, pp. 977-1033.

KOUMANTOS, G.: "Évolution récente du Droit de la famille en Grèce", en AA.VV.: *Le Droit de la famille en Europe: son évolution de l'antiquité a nos jours* (dir. R. GANGHOFER), Presses Universitaires de Strasbourg, Estrasburgo, 1992, pp. 155-161.

KRIEGLER, A.: "Austria", en AA.VV.: *Family law in Europe* (eds. C. HAMILTON y A. PERRY), Butterworths, 2ª ed., Londres, 2002, pp. 1-32.

LABRUSSE-RIOU, C.: *L'égalité des époux en Droit allemand*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1965.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La economía del matrimonio", en LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El nuevo régimen de la familia*, t. II, Civitas, Madrid, 1981, pp. 123-184.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La reforma del régimen económico del matrimonio", *Anuario de Derecho Civil*, núms. 2-3, abril-septiembre, 1979, pp. 343-369.

LATORRE, L. F.: *Régimen patrimonial en el matrimonio: proceso de la ley 28 de 1932 y comentarios*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1932.

LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, t. XXI, A. Durand-Pedone Lauriel y Bruylant-Christophe & Comp., París-Bruselas, 1876.

LEPOINTE, G.: *La famille dans l'Ancien Droit*, Montchrestien, 7ª ed., París, 1956.

LEYRIS, J.: *Des transformations apportées au régime matrimonial légal par le Projet de loi René Renoult*, Imprimerie Chastanier Frères et Alméras, Nimes, 1934.

LIÉNARD-LIGNY, M.: "Les régimes matrimoniaux en Droit allemand depuis la loi du 18 juin 1957", *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, núms. 3-4, 1962, pp. 351-380.

LIÉNARD-LIGNY, M.: "L'émancipation de la femme mariée hollandaise dans le cadre du régime légal de communauté universelle", *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, núm. 1, 1958, pp. 119-148.

LOWE, N.: "The English approach to the division of assets upon family breakdown", en AA.VV.: *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich: Beiträge zum europäischen Familienrecht* (eds. D. HENRICH y D. SCHWAB), Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld, 1999, pp. 47-71.

LÜCKE, H.: "Dividing assets on family breakdown: the German Civil Code", en AA.VV.: *Dividing assets on family breakdown* (ed. R. BAILEY-HARRIS), Jordan Publishing, Bristol, 1998, pp. 29-56.

MALMAR, F.: "Le régime matrimonial en Droit suédois", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit*, Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun, Sirey, París, 1937, pp. 133-137.

MALMSTRÖM, A.: "Matrimonial property law in Sweden", en AA.VV.: *Matrimonial property law* (ed. W. FRIEDMANN), Stevens & Sons, Londres, 1955, pp. 410-429.

MARCQ, R. y GEVERS, M.: "Le régime matrimonial en Belgique", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit* (Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun), Sirey, París, 1937, pp. 17-39.

KOUNOUGERI-MANOLEDAKI, E.: "Greece", en AA.VV.: *Family law in Europe* (eds. C. HAMILTON y A. PERRY), Butterworths, 2ª ed., Londres, 2002, pp. 325-358.

MARGELLOS, T. M.: "Grèce", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, octubre-diciembre, 1990, pp. 1233-1268.

MARQUES, J. Dias: "Portugal", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. ROUAST), L'Épargne, París, 1957, pp. 293-299.

MARQUES-PEREIRA, B.: "La réforme des régimes matrimoniaux", *Courrier hebdomadaire du Centre de Recherche et d'Information Socio-Politiques*, núm. 837, mayo, 1979, pp. 1-32.

MARTIN, J.: "Séparation de biens et communauté", *Le Journal des Femmes*, núm. 158, octubre, 1905, pp. 2-3.

MARTIN, O.: *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, t. II, v. I, Ernest Leroux, París, 1926.

MARTIN, O.: *La coutume de Paris: trait d'union entre le Droit romain et les législations modernes*, Sirey, París, 1925.

MAUGER-VIELPEAU, L.: "La participation aux acquêts, cette mal-aimée", en AA.VV.: *Quelle association patrimoniale pour le couple?* (dirs. I. DAURIAC, C. GRARE-DIDIER y S. GAUDEMET), Dalloz, París, 2010, pp. 43-59.

MAURY, J.: "Les atouts de la participation aux acquêts", *Droit et patrimoine*, núm. 22, diciembre, 1994, pp. 40-46.

MEEHAN, A.: "Miller and McFarlane: an opportunity missed?", *Family Law*, núm. 6, 2006, pp. 566-574

MELL, W. R.: "Autriche" (trad. I. Zajtay), en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. PATARIN e I. ZAJTAY), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 195-208.

MELL, W. R.: "Autriche" (trad. D. Chast), *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1965, pp. 711-726.

MERCHIERS, L.: "La réforme des régimes matrimoniaux: a la recherche d'un régime légal", *Journal des Tribunaux*, núm. 4306, enero, 1961, pp. 73-76.

MERÊA, M. P.: "Sobre a palavra arras", *Estudos de Direito hispânico medieval*, t. I, Coímbra, 1952, pp. 139-145.

MERÊA, M. P.: *Evolução dos regimes matrimoniais*, França & Armenio, Coímbra, 1913.

MEYER, C.: "Danemark: notice générale sur les principales lois promulguées en 1925", *Annuaire de législation étrangère*, núm. 2, 1926, pp. 455-462.

MILES, J.: "Marital agreements and private autonomy in England and Wales", en AA. VV.: *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective* (ed. J. MARTIN SCHERPE), Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 89-121.

MILES, J.: "Charman v. Charman (No 4). Making sense of need, compensation and equal sharing after Miller/McFarlane", *Child and family law quarterly*, núm. 3, 2008, pp. 378-394.

MILES, J.: "Equality on divorce?", *Cambridge Law Journal*, núm. 1, 2001, pp. 46-49.

MILLER, J. G.: "Financial provision and compensation", *Private Client Business*, núm. 1, 2009, pp. 64-71.

MILLER, J. G.: "Mesures financières en cas d'échec du mariage", en AA.VV.: *Mariage et famille en question: Angleterre* (dir. H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF), Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1979, pp. 73-105.

MODEEN, T.: "Le Droit de la famille en Finlande", en AA.VV.: *Le Droit de la famille en Europe: son évolution de l'antiquité a nos jours* (dir. R. GANGHOFER), Presses Universitaires de Strasbourg, Estrasburgo, 1992, pp. 175-181.

MORALES MORENO, A. M.: "Comentarios a los artículos 1411 a 1434 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1808-1913.

MOURATIDOU, S.: "Rapport national: Grèce", *Notarius International*, núm. 2, 2001, pp. 115-125.

MOUSTAIRA, E.: "National report: Greece", en AA.VV.: *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001.

MÜLLER-FREIENFELS, W.: "The marriage law reform of 1976 in the Federal Republic of Germany", *International and comparative law quarterly*, núm. 2, 1979, pp. 184-210.

MÜLLER-FREIENFELS, W.: "Réforme du Droit de la famille en République Fédérale d'Allemagne" (trad. L. Cabanel), *Annuaire de législation française et étrangère*, t. XXV, 1976, pp. 34-56.

MÜLLER-FREIENFELS, W.: "Family law and the law of succession in Germany", *International and comparative law quarterly*, núm. 16, 1967, pp. 409-445.

MUNCH, M.: "Danemark", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. ROUAST), L'Épargne, París, 1957, pp. 109-113.

OFTINGER, C.: "Suisse", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. ROUAST), L'Épargne, París, 1957, pp. 309-318.

OLDHAM, J. T.: "Changes in the economic consequences of divorces, 1958-2008", *Family law quarterly*, núm. 42-3, 2008, pp. 419-447.

OLDHAM, J. T.: *Divorce, separation and the distribution of property*, Law Journal Press, Nueva York, 2006.

PAPADEMETRIOU, T.: "Marriage and marital property under the new Greek family law", *International Journal of Legal Information*, núm. 13, 1985, pp. 1-40.

PATARIN, J. y MORIN, G.: *La réforme des régimes matrimoniaux: étude de la loi nº 65-570 du 13 juillet 1965*, t. I, Répertoire du Notariat Defrenois, 1ª ed., París, 1966.

PEDERSEN, I. M.: "Matrimonial property law in Denmark", *Modern Law Review*, núm. 2, marzo, 1965, pp. 137-153.

PEREIRA, M. Gonçalves: "Regimes convencionais. Anteprojecto para o novo Código Civil", *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 122, enero, 1963, pp. 223-372.

PERRET, M. J.: *Les projets de réforme du régime matrimonial de Droit commun*, Journaux & Imprimeries du Nord, Lille, 1934.

PINEAU, J.: *La famille: Droit applicable au lendemain de la "loi 89"*, Les Presses de L'Université de Montréal, Montreal, 1983.

PINEAU, J. y BURMAN, D.: *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Thémis, Montreal, 1984.

PINHEIRO, J. Duarte: *O Direito da família contemporâneo*, Almedina, 5ª ed., Coímbra, 2016.

PINTENS, W.: "Matrimonial property law in Europe", en AA.VV.: *The future of family property in Europe* (eds. K. BOELE-WOELKI, J. MILES y J. MARTIN SCHERPE), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2011, pp. 19-46.

PINTENS, W.: "Europeanisation of family law", en AA.VV.: *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. BOELE-WOELKI), Intersentia, Amberes-Oxford-Nueva York, 2003, pp. 3-33.

PIOTET, P.: *Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts*, Stæmpfli & Cie, Berna, 1986.

PIRES, C. da Silva Antunes: "O Direito da família e a prova legal do estado civil em Macau", en AA.VV.: *Repertório do Direito de Macau*, Facultad de Derecho de la Universidad de Macao, Macao, 2007, pp. 591-636.

PIRET, R.: "Le Code Napoléon en Belgique de 1804 à 1954", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, octubre-diciembre, 1954, pp. 753-791.

PIRET, R.: "Le régime matrimonial de droit commun", *Journal des Tribunaux*, núm. 3683, mayo, 1946, pp. 237-239.

PITLO, A.: "La suppression de l'incapacité de la femme mariée en Droit néerlandais (loi du 14 juin 1956, Stb., n.º 343, entrée en vigueur le 1er janvier 1957)" (trad. Y. de Raedt), *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, núm. 39, 1962, pp. 7-21.

PSALTIS, E.: "Grèce", en AA.VV.: *La condition de la femme dans la société contemporaine* (dir. M. ANCEL), Sirey, París, 1938, pp. 276-305.

RAMS ALBESA, J. J.: "Problemas de planteamiento de la sociedad de gananciales en la sociedad igualitaria", en AA.VV.: *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas*, v. V, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1998, pp. 185-191.

RAYNAUD, P.: "Principes directeurs de la réforme française (loi du 13 juillet 1965)", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, pp. 231-246.

RAUCENT, L.: *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*, Cabay, 3ª ed., Lovaina La Nueva, 1986.

RAUTIALA, M.: "Outlines of family law" (trad. C. H. Lundell), en AA.VV.: *The Finnish legal system* (ed. J. UOTILA), The Union of Finnish Lawyers, Helsinki, 1966, pp. 173-181.

RÉAU, R., FORSSIUS, G. y MARTIN, R.: *Les lois suédoises sur le mariage*, Presses Universitaires de France, París, 1925.

RECHBERGER, W.: "National report: Austria", en AA.VV.: *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law*, Comisión Europea, La Haya-Lovaina La Nueva, 2001.

REID, C.: "The role of special contributions in family proceedings", *Private Client Business*, núm. 3, 2015, pp. 132-136.

REINHART, G.: "Le développement du Droit matrimonial et du Droit de la famille en Allemagne sous l'influence de la loi fondamentale", en AA.VV.: *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, París, 1993, pp. 371-384.

RENARD, C.: "Introduction générale", en AA.VV.: *Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, Universidad de Lieja, Lieja, 1977, pp. 9-14.

RENARD, C.: "La réforme des régimes matrimoniaux en Belgique", *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques*, t. LXI, 1975, pp. 116-130.

RENARD, C.: "La réforme du statut de la femme mariée en Belgique", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, enero-marzo, 1958, pp. 56-64.

RENARD, C. y GRAULICH, P.: "Belgique", en AA.VV: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. PATARIN e I. ZAJTAY), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 209-225.

RENARD, C. y GRAULICH, P.: "Belgique", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. ROUAST), L'Épargne, París, 1957, pp. 61-70.

RENAULD, J.: "Rapport introductif", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, pp. 1-145.

RHEINSTEIN, M.: "Division of marital property", *Willamette Law Journal*, 1975-1976, pp. 413-440.

RICHARD, A.: "Le régime matrimonial en Droit suisse", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit* (Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun), Sirey, París, 1937, pp. 139-153.

RIEG, A.: "Problèmes de régimes matrimoniaux dans l'Allemagne réuniffiée", en AA.VV.: *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, París, 1993, pp. 385-395.

Rieg, A.: "La participation aux acquêts en Allemagne et en France; deux visages d'une méme institution", en AA.VV.: *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Universidad de Ciencias Sociales de Tolosa, Tolosa, 1978, pp. 921-946.

Rigaux, F.: "L'évolution du Droit de la famille en Belgique", en AA.VV.: *Mariage et famille en question: Suisse, Autriche, Belgique, Pays-bas. Anexe: Regard sur la situation actuelle en Scandinavie* (dirs. R. Nerson y H. A. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf), Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1980, pp. 87-122.

Ripert, G.: "Le régime matrimonial de Droit commun: rapport général", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit* (Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun), Sirey, París, 1937, pp. 1-14.

Rood-De Boer, M.: "Family law", en AA.VV.: *Introduction to Dutch law* (eds. J. Chorus, P. H. Gerver, E. Hondius y A. Koekkoek), Kluwer Law International, 3ª ed., La Haya-Londres-Boston, 1999, pp. 69-92.

Rosenbury, L.: "Two ways to end a marriage: divorce or death", *Utah Law Review*, septiembre, 2005, pp. 1227-1290.

Santoro-Passarelli, F.: "Criteri per la riforma del Diritto di famiglia", en AA.VV.: *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, t. III, Cedam, Padua, 1970, pp. 169-178.

Savolainen, M.: "Finland. The new marriage act enters into force", *Journal of Family Law*, núm. 27, 1988, pp. 127-141.

Scherpe, J. Martin: "A comparative overview of the treatment of non-matrimonial assets, indexation and value increases", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 1, 2013, pp. 61-79.

Scherpe, J. Martin: "Matrimonial causes for concern: a comparative analysis of Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane [2006] UKHL 24", *King's Law Journal*, núm. 2, 2007, pp. 348-360.

Schnyder, B.: "Suisse", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, octubre-diciembre, 1990, pp. 1313-1324.

Schwimann, M.: "Autriche", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. Rouast), L'Épargne, París, 1957, pp. 55-60.

Schwind, F.: "Évolution des structures juridiques de la famille en Autriche", en AA.VV.: *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine en Suisse, en Autriche, en Belgique, aux Pays-Bas et dans la region Scandinave)* (dirs. R. Nerson y

H. A. Schwartz-Liebermann von Wahlendorf), Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1980, pp. 59-85.

Serra, A. Paes da Silva Vaz: "A revisão geral do Código Civil: alguns factos e comentários", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. XXII, 1946, pp. 451-513.

Simler, P.: "Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts", *La Semaine Juridique (Notariale et Immobilière)*, núm. 20, mayo, 2010, pp. 52-57.

Simon, C.: "Les régimes conventionnels: la participation aux acquéts", *Annales de Droit*, núms. 1-2, 1977, pp. 305-308.

Singer, P.: "Sexual discrimination in ancillary relief", *Family Law*, núm. 2, 2001, pp. 115-124.

Taymans, J. F.: "Séparation des biens avec participation aux acquêts", en AA.VV.: *Le couple: autonomies de volontés*, Bruselas, Larcier, 2006, pp. 17-33.

Tees, D. H.: "The partnership of acquests as the proposed legal matrimonial property regime of the Province of Quebec", *McGill Law Journal*, núm. 1, febrero, 1968, pp. 113-119.

Thorpe, M.: "Financial consequences of divorce: England versus the rest of Europe", en AA.VV.: *The future of family property in Europe* (eds. K. Boele-Woelki, J. Miles y J. Martin Scherpe), Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2011, pp. 3-16.

Thorpe, M.: "The English system of ancillary relief", en AA.VV.: *Dividing assets on family breakdown* (ed. R. Bailey-Harris), Jordan Publishing, Bristol, 1998, pp. 1-9.

Tottie, L.: "Family law", en AA.VV.: *An introduction to Swedish law* (ed. S. Strömholm), P. A. Norstedt & Söners Förlag, 1ª ed., Estocolmo, 1981, pp. 179-200.

Trigo, M.: "O Direito da família de Macau", en AA.VV.: *Repertório do Direito de Macau*, Facultad de Derecho de la Universidad de Macao, 2007, pp. 553-589.

Turgeon, H.: "Matrimonial property law in the Province of Quebec", en AA.VV.: *Matrimonial property law* (ed. W. Friedmann), Stevens & Sons, Londres, 1955, pp. 139-187.

Uppström, W.: "Suède: notice générale sur les principales lois promulguées en 1920", *Annuaire de législation étrangère*, 1921, pp. 192-232.

VAN BRAKEL, S.: "Le régime matrimonial de Droit commun en Hollande", en AA.VV.: *Travaux de la semaine internationale de Droit* (Parte IV: Le régime matrimonial de Droit commun), Sirey, París, 1937, pp. 99-112.

VAN DER BURGHT, G.: "Overview of matrimonial developments", en AA.VV.: *Internatio-nal survey of family law* (ed. B. ATKIN), Jordan Publishing, Bristol, 2007, pp. 207-216.

VAN DER BURGHT, G.: *Dutch matrimonial property law and its fiscal implications*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1990.

VAN DER BURGHT, G. y DOEK, J. E.: "The Netherlands", en AA. VV.: *Family and succession law* (ed. W. PINTENS), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 2002.

VERBEKE, A.: *Le contrat de mariage de séparation de biens: plaidoyer pour une solution equitable*, Kluwer, Diegem, 1997.

VERBEKE, A.: "Marriage and property: the dutch approach", *European Review of Private Law*, núm. 1, 1993, pp. 290-298.

VOIRIN, P.: "Notes parlamentaires de Droit civil (du 13 août au 11 novembre 1932)", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1932, pp. 1231-1266.

WEIS, E.: "Law of persons and family law", en AA.VV.: *Introduction to Hungarian Law* (ed. A. HARMATHY), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, pp. 65-79.

WEITZMAN, L. J.: "Marital property: its transformation and división in the United States", en AA.VV.: *Economic consequences of divorce: the international perspective* (eds. L. J. WEITZMAN y M. MACLEAN), Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 85-142.

WEITZMAN, L. J.: *The divorce revolution: the unexpected social and economic consequences for women and children in America*, The Free Press, Nueva York, 1985.

WELSTEAD, M.: "Judicial reform or an increase in discretion: the decision in Miller v Miller; McFarlane v McFarlane", en AA.VV.: *International survey of family law* (ed. B. ATKIN), Jordan Publishing, Bristol, 2008, pp. 61-74.

WEYERS, H. L.: "La evolución del Derecho de familia en la República Federal Alemana desde la postguerra", en AA.VV.: *La reforma del Derecho de familia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, pp. 111-124.

WIERSMA, K.: "Pays-Bas", en AA.VV: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dirs. J. PATARIN e I. ZAJTAY), A. Pedone, 2ª ed., París, 1974, pp. 599-609.

WIERSMA, K.: "Le régime néerlandais de communauté universelle à gestión partagée", en AA.VV.: *Les régimes matrimoniaux: travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin (6-7 mai 1966)*, Bruylant, Bruselas, 1966, pp. 247-275.

WOLFF, M.: "El matrimonio", en KIPP, T. y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil* (trad. B. Pérez González y J. Alguer y Micó), t. IV, v. I, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1979.

ZAJTAY, I.: "Lois nouvelles en matière de mariage, famille et régime matrimonial", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, enero-marzo, 1966, pp. 59-60.

ZAJTAY, I.: "Introduction", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1965, pp. 585-605.

ZAJTAY, I.: "Hongrie", en AA.VV.: *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (dir. A. ROUAST), L'Épargne, París, 1957, pp. 207-209.

ZAJTAY, I.: "Quelques projets de réforme du régime matrimonial légal en France, Belgique et Allemagne", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1955, pp. 572-583.

ZAJTAY, I.: "Le Droit du mariage dans le nouveau Code hongrois de la famille", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1954, pp. 491-503.

ZAJTAY, I.: "Les régimes matrimoniaux du Droit hongrois", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3, julio-septiembre, 1949, pp. 274-295.

ZAJTAY, I. y VAZ FERREIRA, E.: "Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 3, 1950, pp. 813-865.

IL COLLOCAMENTO DELL'ANIMALE D'AFFEZIONE NELLA CRISI FAMILIARE: DALLA "RELAZIONE" PROPRIETARIA ALLA RESPONSABILITÀ "PADRONALE"

PLACING THE PET IN THE FAMILY CRISIS: FROM OWNER "RELATIONSHIP" TO "OWNER" LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 768-801

Giuseppe
GAROFALO

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Il saggio costituisce una riflessione sul problema dell'assegnazione dell'animale domestico in caso di separazione o divorzio. L'autore, dopo un'analisi che ha preso in considerazione la normativa multilivello in materia, che appare ancora incompleta, nonché la giurisprudenza e la dottrina, elabora un approccio ermeneutico con l'obiettivo di consentire la "custodia" dell'animale per motivi della tutela del suo benessere, con la prospettiva di una nuova categoria, denominata "responsabilità padronale".

PALABRAS CLAVE: Animali; Separazione e divorzio; affidamento; responsabilità.

ABSTRACT: *The essay represents a reflection on the problem of assigning the pet in the case of separation or divorce. The author, after an analysis which took into consideration the multilevel legislation on the subject, which appears still incomplete, as well as the jurisprudence and the doctrine, elaborate a hermeneutical approach with the aim to allow the "custody" of the pet on the grounds of the protection of its well-being, with a prospect of a new category, called "responsabilità padronale".*

KEY WORDS: *Animals; separation and divorce; reliance; responsibility.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. GLI INTERESSI RILEVANTI IN GIOCO IN IPOTESI DI "AFFIDAMENTO" DELL'ANIMALE DI AFFEZIONE.- III. LO STATO DELLE ARTI IN ITALIA.- IV. … E IN SPAGNA.- V. L'ANIMALE DI AFFEZIONE COME PORTATORE DI UNA INTRINSECA DIGNITÀ CREATURALE: IL NECESSARIO SUPERAMENTO (ANCHE IN ITALIA) DELL'OTTICA PROPRIETARIA.- VI. L'ANIMALE D'AFFEZIONE COME CREATURA PROTETTA, TERTIUM GENUS TRA SOGGETTO E OGGETTO DI DIRITTO, SUSCETTIBILE DI PROPRIETÀ CONFORMATA ALLA SUA DIGNITÀ CREATURALE E LA RESPONSABILITÀ "PADRONALE" COME CATEGORIA NORMATIVA EMERGENTE.

I. INTRODUZIONE.

Sovente accade, in seno ai giudizi di separazione personale tra coniugi, che, unitamente alle statuizioni relative all'autorizzazione a non coabitare, al mantenimento, all'assegnazione del diritto di abitazione sulla casa familiare, il giudice sia chiamato a pronunciarsi in ordine all'affidamento, a una o entrambe le parti, degli animali d'affezione e al relativo regime di "visita".

La giurisprudenza, pur mostrando attenzione agli interessi, diversi da quelli meramente proprietari, coinvolti nella fase delle crisi coniugale, in presenza di uno o più animali d'affezione, non sempre è però sembra essere riuscita ad attuare un bilanciamento rispettoso delle peculiarità delle situazioni giuridiche in gioco. Il pensiero corre, ad esempio, ad una pronuncia di merito, ove il giudice in assenza di accordo tra coniugi, fondò la sua decisione "sul presupposto che il sentimento per gli animali costituisce un valore meritevole di tutela, anche in relazione al benessere dell'animale" 1.

Un siffatto assunto, come può facilmente percepirsi, non considera altri interessi meritevoli di tutela, né esplicita in forza di quali norme il sentimento per gli animali – ma lo stesso dicasi per il loro "benessere" – sarebbe valore meritevole; né, ancora, per quale ragione tale valore dovrebbe prevalere su altri, ricorrenti nel caso concreto.

Nel tentativo di individuare una soluzione armonica all'ipotesi oggetto di studio[2], sembra pertanto imprescindibile far riferimento a tutti gli interessi in gioco,

1 Ci si riferisce a Trib. Sciacca 19 febbraio 2019, *Dir. fam. pers*., 2019, p. 1178 ss.

2 È certamente opportuno prendere le mosse dalla via tracciata da Senigaglia R.: "Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile", *Dir. fam. pers*., 2021, p. 1778. il quale sottolinea come è "il principio della corretta convivenza uomo-animale, di diretta applicazione, che deve orientare le soluzioni; le quali assumono il senso di proteggere l'animale non nella sua dimensione *individuale* (singolare), ma in quella *relazionale* con l'uomo. Significati quindi che riguardano non un soggetto o un oggetto ma una relazione inter-funzionale, la quale deve mantenere l'animale con l'uomo e per l'uomo, e viceversa".

• Giuseppe Garofalo
Ricercatore di diritto privato, Università degli studi di Salerno. E-mail: ggarofalo@unisa.it.

onde scongiurare esiti irragionevoli, disancorati da un percorso interpretativo normativamente fondato[3].

II. GLI INTERESSI RILEVANTI IN GIOCO IN IPOTESI DI "AFFIDAMENTO" DELL'ANIMALE DI AFFEZIONE.

La prima considerazione che sorge è che l'animale, sia esso d'affezione o diversamente classificabile, è ad oggi, formalisticamente ragionando, un bene mobile come qualunque altro sul quale si esercita il diritto di proprietà (o altro diritto diverso da questo)[4]: l'interesse dominicale, dunque, è sicuramente, quantomeno in ordine di emersione normativa, il primo da considerare.

Sicuramente, il cane, il gatto e in genere l'animale "domestico"[5] potrebbe essere considerato altresì inserito nell'*habitat* nel quale si svolge la vita personale e familiare, come tale, parte integrante della *domus*, seguendone, almeno in linea di prima ipotesi, le sorti, in termini di assegnazione *ex* art. 337 *sexies* c.c. Per quanto sia questo un inquadramento ancora insufficiente rispetto alla natura creaturale di esso, l'animale potrebbe altresì ben essere compreso tra i mobili che "corredano" la casa familiare, seguendone le sorti. In tal senso, il cane o il gatto, potrebbe essere "assegnato" in godimento (salvo il diverso diritto di proprietà) in ragione del preminente interesse della prole minorenne (si pensi ad un ragazzo particolarmente affezionato all'animale, il quale potrebbe contribuire al suo migliore sviluppo personale)[6].

3 Ci si riferisce, con la suddetta espressione, non soltano alle norme positive, ma a tutte le regole del sistema ordinamentale anche non scritte, ai principi espressi e inespressi ai quali va riconosciuta valenza normativa. Sul punto si v. Perlingieri P.: "Dogmatica giuridica e legalità costituzionale", *Annali SISDiC*, 2020, pp. 1-49, il quale cristallinamente ricorda che "[r]egole e principi giuridici concorrono entrambi a ordinare l'attività umana. I principi trovano applicazione ora unitamente a normative di dettaglio, ora in autonomia e direttamente, a maggior ragione, là dove la loro previsione è espressa"; Id.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", *ivi*, 2017, spec. p. 2.; nonché Addis F.: "Il valore «normativo» dei principi", Liber amicorum *per Bruno Troisi*, (a cura di C. Cicero e G. Perlingieri), I, Napoli, 2017, p. 1 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

4 Sul punto v. Cass. 25 settembre 2018 n. 22728, *DeJure*, ove si afferma che "la persona fisica che acquista un animale da compagnia (o d'affezione), per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata, vada qualificato a tutti gli effetti "consumatore"; e che vada qualificato "venditore", ai sensi del codice del consumo, chi nell'esercizio del commercio o di altra attività imprenditoriale venda un animale da compagnia; quest'ultimo, peraltro, quale 'cosa mobile' in senso giuridico, costituisce "bene di consumo"». Esclude che l'animale domestico possa essere assimilato a una "cosa" quella giurisprudenza che tende, in caso di crisi della coppia, ad applicare all'affido dell'animale d'affezione l'istituto, previsto per i minori, dell'affidamento condiviso o esclusivo. Per l'analisi di tali pronunce v., *infra*, § 3. In dottrina, si v. Pittalis M.: "Separazione personale fra coniugi e "affido" dell'animale di affezione", *Fam dir.*, 2016, 1162 ss., la quale dal fatto che la giurisprudenza non da rilievo alla iscrizione dell'animale domestico all'anagrafe canina, deduce che esso "non debba intendersi, neppure per le decisioni che lo parificano ad una 'cosa', quale 'bene mobile registrato', poiché infatti, sebbene intestato ad un membro della famiglia, ben potrebbe aver sviluppato una relazione affettiva particolare con un altro familiare".

5 V., *infra*, § 4, in merito alla nozione di animale domestico o d'affezione e alla sua rilevanza giuridica rispetto al tema che ci occupa.

6 Sul tema dell'assegnazione della casa familiare, v. *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine* (a cura di G. Carapezza Figlia, De Verda y Beamonte J.R., Frezza G. e Virgadamo P.), Napoli, 2016, *passim*; Frezza G.: "Il nuovo art. 337-*sexies* c.c.: appunti e spunti", *Arch. giur. F. Serafini*, 2014, p. 163 ss.; Id.: *I luoghi della*

I due interessi appena ricordati (*a*. diritto di proprietà sull'animale e *b. best interest of the child*[7]) sono senza dubbio dotati di giuridica tutela e dunque vanno posti in bilanciamento, ove rilevanti nel caso concreto.

Maggiori perplessità potrebbe suscitare la meritevolezza dell'interesse del coniuge non proprietario al mantenimento del rapporto affettivo con il cane o il gatto (interesse *c*), il quale è bensì sussistente in punto di fatto, ma che sembra, almeno in linea di primo approccio, non trovare immediato e testuale riscontro in alcuna norma giuridica specificamente richiamabile nel caso che ci occupa.

Lo stesso può dirsi rispetto all'interesse (*d*), enfatizzato da un giudice di merito, al "benessere" e al "miglior sviluppo dell'identità dell'animale"[8], del quale, evidentemente, lo stesso animale dovrebbe essere titolare, ma che, ad oggi, sembrerebbe, ad occhi poco attenti, non trovare fondamento giuridico esplicito in alcuna norma di legge all'uopo puntuale e che sconterebbe, con le lenti del rigido dogmatismo giuridico, la fragilità teorica dell'inconfigurabilità del cane o del gatto come soggetto di diritto[9].

famiglia, Torino, 2004, *passim*; G. Carapezza Figlia-José Ramòn De Verda Y Beamonte, *Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana*, *Dir. fam. pers*., 2013, p. 267.

7 Sotto il profilo normativo, la tutela del *best interest of the child* (tradotto, in genere, come "superiore interesse del minore", ma da intendersi, più correttamente, come "migliore interesse del minore") è enunciato all'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 (resa esecutiva in Italia dalla legge 28 maggio 1991, n. 176), mentre in ambito europeo, oltre ad essere stata ribadita nel considerando n. 33 del Regolamento 2201/2003 (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale), alla luce del quale lo stesso deve essere interpretato e applicato, è stata ulteriormente sancita all'interno dell'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Vengono in rilievo l'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli emanata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 (resa esecutiva in Italia dalla l. 20 marzo 2003, n. 77), unitamente alle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098ª riunione dei delegati dei ministri. La Corte europea dei diritti dell'uomo, inoltre, ha spesso utilizzato il principio in esame quale elemento di specificazione e concretizzazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, nonché quale criterio sulla cui base procedere al bilanciamento tra diritti individuali e interesse pubblico di cui al secondo comma, come a breve si dirà. Da un punto di vista interno, infine, il principio è desumibile dagli artt. 2, 30 e 31 Cost. e ad esso si ispirano le riforme del diritto di famiglia del 1975, dell'adozione, dell'affidamento condiviso e della filiazione. Per un caso nel quale è stato riconosciuto – ai fini risarcitori – il particolare legame instauratosi tra un cane e la propria "padroncina", che aveva spinto i genitori a portare l'animale in viaggio di nozze, v. Giud. pace Ortona 8 giugno 2007, *La resp. civ.*, 2008, p. 471.

8 Trib. Sciacca 19 febbraio 2019, cit.; fa leva sull'identità dell'animale anche il Trib. Foggia del 2008, a quanto consta *inedita*, ma richiamata nel progetto di l. n. 795 del 18 aprile 2013, a firma Brambilla – Castiello, in *camera.it*; nonché da Trib. Roma 15 marzo 2016, n. 5322, *Fam. dir.*, 2017, p. 460.

9 Sottilinea Senigaglia R.: "Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile", cit., p. 1779 come "per raggiungere l'obiettivo di protezione dell'animale nella sua dimensione relazionale con l'uomo, non è appropriato forzare la categoria della soggettività giuridica né pare possibile farlo se non a rischio di snaturarla, posto che, nella nostra tradizione di *civil law*, essa si addice all'uomo, anche quando riguarda gli enti, i quali comunque costituiscono centri di interesse dell'uomo […]. Non è dunque la categoria del diritto soggettivo che si addice allo scopo, ma piuttosto quella del dovere, la quale va fatta funzionare istituendo uno statuto giuridico (speciale) *oggettivo* del bene "animato", *sub specie* di animale di affezione. Dovere che, come tanti altri, non trova il suo corrispondente in un diritto soggettivo ma in un interesse generale, imponendo all'uomo taluni comportamenti, la mancata osservanza dei quali innesca la reazione dell'ordinamento giuridico".

Il corno della questione risiede proprio, per quanto si ritiene, nel riconoscere o meno rilievo normativo a tali ultimi interessi (in breve: quello del *partner* non proprietario al mantenimento della relazione con l'animale e quello dell'animale stesso a vivere con questi piuttosto che con il suo "padrone" *ex* art. 832 c.c.).

Se detti interessi possono dirsi giuridicamente protetti, potrebbe giustificarsi anche l'"affidamento" del cane o del gatto al *partner* non proprietario; in caso contrario, l'unica compressione del diritto dominicale potrebbe far leva sul citato art. 337 *sexies* c.c., concependo Fido (e altri "amici animali") come parte della *domus*.

Le presenti riflessioni mireranno a comprendere come il primo interesse (*a*: interesse proprietario[10]) dovrebbe essere – ma non è ad oggi, formalisticamente ragionando – tendenzialmente cedevole rispetto agli altri; come il secondo (*b*: interesse del minore) e il terzo (*c*: interesse del *partner* non proprietario alla relazione affettiva con l'animale)[11] dovrebbero essere ritenuti giuridicamente prevalenti solamente, in linea di massima, ove collimanti con il quarto (*d*: interesse dell'animale al suo benessere).

Si cercherà contestualmente di dimostrare che, se i primi due interessi trovano, mentre si sta scrivendo, adeguato sostegno normativo sul piano della legge ordinaria (artt. 832 e 337 *sexies* c.c.), il terzo, come il quarto, non ne sono provvisti *in modo soddisfacente*[12], mentre, costituzionalmente, dovrebbero esserlo; onde, in assenza di auspicabili interventi legislativi, la questione deve (e, per quanto si ritiene, in un caso simile, può) risolversi sul piano interpretativo.

III. LO STATO DELLE ARTI IN ITALIA.

In Italia, l'assenza, sul piano positivo, di specifiche disposizioni normative sul tema in esame non ha impedito alla giurisprudenza di assumere delle decisioni in

10 *Infra*, nota 12.

11 Sul "diritto visita" dell'animale al "padrone" in carcere v. Magistrato di Sorveglianza di Vercelli 24 ottobre 2006, *Giur. mer.*, 2008; e in ospedale Trib. Varese, decreto, 7 dicembre 2011, *Giur. it.*, 2012, p. 1332 ss., con nota di Amendolagine A.: *Amministrazione di sostegno e tutela del sentimento d'affezione del beneficiando verso l'animale da compagnia*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 3077 ss., con nota di Cendon P.- Rossi R.: *Amministrazione di sostegno e salvaguardia del rapporto tra beneficiario e animale d'affezione*. I giudici riconoscono che "il sentimento positivo per gli animali a ormai protezione costituzionale penale e riconoscimento comunitario, cosicché deve essere considerato un vero e proprio diritto soggettivo a un animale da compagnia; diritto, quindi, che va attribuito anche al soggetto anziano e 'vulnerabile', beneficiario di amministrazione di sostegno, allorché, ad esempio, egli esprima chiaramente con determinazione il desiderio e il bisogno di poter continuare a frequentare il proprio cane anche dopo il ricovero in struttura sanitaria assistenziale; il giudice tutelare deve riconoscere formalmente e tutelare il profondo rapporto tra il soggetto anziano e 'vulnerabile' E il suo animale, ricorrendo, se necessario, l'opera di un ausiliario, al quale è dovuto il rimborso di ogni spesa e di ogni costo inerenti all'animale".

12 Come si avrà modo di argomentare nel prosieguo, non può dirsi (ed è la chiave di volta del ragionamento che si proporrà) che ne siano del tutto sprovvisti, onde il possibile intervento adeguativo dell'interprete. Tuttavia, tra protezione *emergente* e protezione *soddisfacente*, vi è un chiaro iato da colmare.

merito alla sorte dell'animale d'affezione in seno alla crisi coniugale. La maggior parte dei provvedimenti ha riguardato l'omologazione di accordi assunti dai coniugi rispetto a separazioni consensuali. Meno frequenti, di contro, sembrano essere i casi nei quali la questione è stata risolta nell'ambito di una procedura giudiziale.

La mancanza di un "sentiero normativo positivo", come si evince dall'analisi della giurisprudenza, si traduce nella varietà di argomentazioni a supporto di statuizioni che i giudici non possono esimersi di assumere. Ai provvedimenti nei quali si valorizza il ruolo svolto oggi dagli animali di affezione nei contesti familiari, si contrappongono quelli che, pur ritenendo non equiparabile l'assegnazione dell'animale all'affidamento dei figli, addivengono all'omologazione dell'intesa tra i coniugi, poiché la si reputa, in negativo, non in contrasto con norme imperative o con principi di ordine pubblico. Non mancano poi decisioni che, pur pervenendo a conclusioni ragionevoli e condivisibili, risultano prive di adeguato apparato motivazionale a supporto.

Procedendo con ordine, precursore in materia, in un caso di separazione giudiziale, è stato il Tribunale di Foggia[13], il quale, prescindendo dall'intestazione formale del cane alla moglie[14], ne ha disposto l'affidamento al marito, ritenuto maggiormente idoneo ad assicurare il miglior sviluppo possibile dell'identità dell'animale, riconoscendo poi il diritto alla moglie di prenderlo e portarlo con sé per alcune ore nel corso di ogni giornata o per giornate concordate dalle parti.

13 Trib. Foggia del 2008, cit.; così anche Trib. Pescara 9 maggio 2002, *P.Q.M.*, 2002, pp. 2 e 5, secondo il quale "Il giudice della separazione può disporre, in sede di provvedimenti interinali, che l'animale d'affezione, già convivente con la coppia, sia affidato ad uno dei coniugi con l'obbligo di averne cura e statuire a favore dell'altro coniuge il diritto di prenderlo e tenerlo con sé per alcune ore nel corso di ogni giorno".

14 Per quanto evincibile dalla pronuncia del Trib. di Foggia, cit., l'Intestazione ricavabile dal *microchip*, infatti, come osserva Gasparre A.: "Degli animali e della famiglia (ovvero gli animali nel libri primo del codice civile)", *Diritto e animali. Verso l'affermazione di un nuovo "soggetto debole*, collana diretta da Ead., Vicalvi, 2015, p. 41, avrebbe un "mero valore presuntivo relativo, vincibile da prova contraria". In questa prospettiva si pone Pittalis M.: "Separazione personale", cit., la quale osserva che la "*ratio* del *microchip* è quella di poter risalire all'identità del 'padrone', da intendersi tuttavia in senso lato quando un cane vive all'interno di un nucleo familiare; ma v. anche, Ead.: *Cessazione della convivenza* more uxorio e *affidamento dell'animale "familiare"* nota a Trib. Roma 15 marzo 2016, n. 5322, cit., ove l'A. afferma che "nessuna rilevanza va quindi attribuita al criterio 'proprietario' dell'intestazione anagrafica del *microchip* (rispondente alla concezione dell'animale quale '*res*'), bensì va valorizzata, come può desumersi dalla motivazione del Tribunale, la corrispondenza 'analogica' fra l'interesse materiale e morale del minore e l'interesse materiale, spirituale ed affettivo dell'animale da compagnia, con applicazione quindi delle disposizioni sull'affidamento dettate per i minori in caso di crisi della coppia".
Una disciplina dettagliata sull'uso e sul valore del *microchip* si rinviene nella proposta di legge, presentata alla Camera dei Deputati il 23 marzo 2018, contenente il "*Codice delle disposizioni per la tutela degli animali di affezione, la prevenzione e il controllo del randagismo*". In particolare, l'art. 7, comma 2, prevede l'obbligo del "responsabile" del cane o del gatto, cioè del suo "detentore a qualsiasi titolo", di farlo identificare e registrare nell'anagrafe degli animali di affezione nei termini di cui al 6 comma della medesima disposizione, munendolo di medaglietta di riconoscimento che riporti il nome dell'animale e il numero telefonico del detentore, ai fini della sua rintracciabilità, e secondo le modalità previste all'art. 8, comma 1, mediante inoculazione sottocutanea di un *microchip*; in caso di cessione, poi, il cessionario dell'animale deve ottemperare alla registrazione all'anagrafe (entro tre giorni). Rilevante è inoltre il 3° comma dell'art. 8, il quale impone al veterinario che provvede all'applicazione del *microchip* di rilasciare un certificato di iscrizione nell'anagrafe degli animali di affezione, che accompagna l'animale in tutti i trasferimenti di "proprietà", denominato "carta d'identità dell'animale di affezione".

Ad analoghe conclusioni è pervenuta quella giurisprudenza che, forzando gli schemi o ricorrendo all'analogia[15], ha assimilato l'animale domestico ai figli minori, così estendendo al cane tutte le garanzie previste per l'affido condiviso della prole. Il Tribunale di Cremona[16], ad esempio, considerando gli animali d'affezione alla stregua di figli, ha sollecitato positivamente i coniugi a trovare un accordo che sancisse in capo ad entrambi l'obbligo paritario di cura dei loro due cani e la ripartizione al 50% delle spese per il mantenimento degli animali. Nella medesima direzione, alcune pronunce, in modo più esplicito, hanno focalizzato l'attenzione sull'interesse "materiale-spirituale-affettivo" dell'animale di compagnia, il quale non potrebbe più essere più collocato nell'area semantica concettuale delle "cose", ma ormai nell'area degli esseri "senzienti"[17], e ciò a prescindere dal riconoscimento di un diverso diritto comunque esistente all'animale da compagnia stesso[18].

Seguendo tale impostazione, il Tribunale di Roma[19], in continuità con le precedenti decisioni, ha giustificato il ricorso all'analogia disponendo l'affido condiviso del cane, con indicazione delle modalità di permanenza e visita nel corso dell'anno, ancorché di proprietà di uno solo dei due conviventi che ne reclamavano il godimento esclusivo.

In termini più restrittivi, di contro, altra parte della giurisprudenza di merito, prendendo atto del vuoto normativo, ha ritenuto inammissibile la domanda di assegnazione alla moglie e ai figli del gatto e del cane, considerando insuperabile, con censurabile fare pilatesco, il fatto che l'ordinamento non prevede attualmente l'istituto dell'affidamento o dell'assegnazione degli animali domestici[20].

15 Trib. Milano 21 settembre 2012, inedita, ma menzionata da Mandarini F.: "Verso un affidamento condiviso degli animali d'affezione in caso di separazione?", documento reperibile su *www.ordineforense.re.it*.

16 Trib. Cremona 11 giugno 2008 (riferimenti in Mascia K.: "Separazione consensuale: visita e mantenimento del cane rientrano nell'accordo", in *www.quotidianogiuridico.it*), considerata dalla giurisprudenza successiva, unitamente al già citato Trib. Foggia, tra le più significative pronunce sul tema.

17 Così, Trib. Milano 13 marzo 2013, in questa *Rivista*, 2013, p. 1005, il quale, in quest'ottica, ha affermato che "i coniugi che procedono a separazione personale possono validamente stabilire, in seno agli accordi, che un animale da compagnia, nella specie un gatto, resti a vivere nell'ambiente dove permane la moglie, e dove è anche collocata la figlia minorenne della coppia; sulla moglie graveranno le spese ordinarie relative all'animale, mentre le spese straordinarie per il medesimo graveranno, in parti uguali, tra i coniugi".

18 Trib. Milano 24 febbraio 2015, *www.ilcaso.it*, ove si afferma tuttavia che "ciò non giustifica, fuori da una cornice disegnata dal Legislatore, l'istituzione di '*diritti d'azione*' inediti, non sorretti da una specifica previsione normativa" […]. Il principio, come nota anche il Giudice meneghino, si ricava anche dalla pronuncia del Trib. Varese 7 dicembre 2011, *ivi*, 2012, p. 802, ove si afferma che "il sentimento positivo per gli animali ha ormai protezione costituzionale e penale e riconoscimento comunitario, cosicché deve essere considerato un vero e proprio diritto soggettivo ad un animale da compagnia; diritto, quindi, che va attribuito anche al soggetto anziano e 'vulnerabile', beneficiario di amministratore di sostegno, allorché, ad esempio, egli esprima chiaramente e con determinazione il desiderio ed il bisogno di poter continuare a frequentare il proprio cane anche dopo il ricovero in struttura sanitaria assistenziale (c.d. casa di riposo); il g.t. deve riconoscere formalmente e tutelare il profondo rapporto tra il soggetto anziano e 'vulnerabile' ed il suo animale, ricorrendo, se necessario, all'opera di un ausiliario, al quale è dovuto il rimborso di ogni spesa e di ogni costo inerenti all'animale".

19 Trib. Roma 15 marzo 2016, n. 5322, cit.

20 Trib. Milano 2 marzo 2011, citata da Scalera A.: "Separazione, il gatto al marito e il cane a entrambi a settimane alterne: il decreto del Tribunale di Sciacca", in *www.quotidianogiuridico.it*, il quale, nel commentare quest'ultima, riferisce che il giudice milanese ha dichiarato inammissibile, in sede di separazione giudiziale,

In questa scia si colloca anche la pronuncia del Tribunale di Como[21], il quale opera un distinguo: mentre le clausole dirette a regolare la suddivisione delle spese di mantenimento e di cura del cane, giacché di "indubbio contenuto economico al pari di qualunque altra spesa relativa a beni e servizi di interesse familiare", possono legittimamente essere comprese nell'accordo di separazione; quelle relative agli altri aspetti del rapporto con l'animale dovrebbero formare oggetto di accordi stragiudiziali, poiché il giudice non è tenuto ad occuparsi dell'assegnazione degli animali di affezione, né a regolamentarne la loro relazione con i coniugi. Il Tribunale, tuttavia, nonostante l'argomentare critico – rimarcato dall'invito, rivolto alle parti, a regolare *pro futuro* in via stragiudiziale le sorti del loro animale domestico – ha concluso ammettendo l'omologazione dell'accordo[22], contenente disposizioni a carattere non economico, non ostandovi alcuna norma inderogabile, né l'ordine pubblico.

Va, da ultimo, segnalato che il Tribunale di Catania, in una controversia tra coniugi nella quale gli stessi, in mancanza di prole, si contendevano il "diritto di visita" dei propri cani, ha disposto la consulenza tecnica d'ufficio, "al fine di verificare la condizione anche logistica di detti cani e le possibili modalità di 'incontro' e di 'visita' […] anche presso struttura attrezzata e specializzata"[23].

Al frammentario e incerto approccio della giurisprudenza si affiancano non abbondanti contributi della dottrina, sospinta dall'intento di fornire una chiave di lettura che tenga conto dei diversi interessi coinvolti.

Secondo una prima impostazione tracciata – in prospettiva *de iure condendo* – commentando i vari disegni di legge proposti in Parlamento[24], ciò che deve guidare la decisione sull'affidamento è la realizzazione dell'interesse materiale, spirituale ed affettivo dell'animale. Presupposto necessario della predetta decisione deve essere "la audizione di educatori, esperti del comportamento animale, destinati […] a sopperire alla impraticabilità, nella specie, dell'*ascolto*' di cui beneficia il minore

la domanda volta all'assegnazione di animali di affezione all'uno o all'altro dei coniugi, per il fatto che l'ordinamento italiano non prevede ancora nulla circa la possibilità di un loro affidamento, "né essendo compito del giudice della separazione quello di regolare i diritti delle parti sugli animali di casa".

21 Trib. Como 3 febbraio 2016, *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 820, con nota critica di Pittalis M.: *Separazione personale fra coniugi e "affido" dell'animale di affezione*. Il Tribunale (il quale, peraltro, richiama in senso adesivo la pronuncia del Giudice meneghino citata nella precedente nota) reputa "una caduta di stile sul piano culturale" ricalcare "impropriamente sul piano terminologico le clausole generalmente adottate in tema di affidamento" dei figli minori; solo il legislatore, afferma il giudice, potrebbe estendere l'applicabilità di tali norme anche agli animali.

22 Pervengono all'omologazione anche Trib. Modena 8 gennaio 2018, inedita, ma riferimenti in *www.legadelcane.org*; Trib. Roma 6 febbraio 2018 n. 2689, inedita ma riferimenti *ivi.*

23 Così Trib. Catania 31 gennaio 2019, inedita.

24 In passato sono state presentate proposte di modifica del codice civile (v., da ultimo, d.d.l. n. 76, presentato dai parlamentari De Petris, Gianmanco e Cirinnà, comunicato alla Presidenza del Senato il 13 marzo 2018, in *www.senato.it*), finalizzate a regolamentare l'affido degli animali presenti in famiglia in caso di crisi familiare, con l'inserimento di apposite norme (tra tutte, in seno al d.d.l. citato, l'art. 455 *ter* rubricato "*Affido degli animali familiari in caso di separazione dei coniugi*"). V., più diffusamente, *infra*, § V, e nota 55.

nei procedimenti di affidamento, ai sensi dell'art. 337 *octies* c.c."[25]. In questa direzione, secondo l'Autrice, "in analogia con quanto disposto dall'art. 337 *ter*, 2 comma, c.c., il giudice, oltre a poter decidere con piena discrezionalità in merito all'affido, '*prenderà atto*' degli eventuali accordi intervenuti a riguardo soltanto se detti accordi risulteranno rispettosi di tale interesse, potendo in caso contrario apportare modifiche. In particolare, in caso di separazione consensuale, il giudice potrà spingersi, come appunto in caso di accordi relativi alla prole, ad esaminare il merito di detti accordi ed eventualmente non omologarli ove in contrasto con l'interesse dell'animale, senza limitarsi [...] a verificarne la non contrarietà all'ordine pubblico".

Altra parte della dottrina[26], mettendo in dubbio l'appropriatezza della sede giudiziaria per la definizione dei rapporti tra coniugi (o conviventi) rispetto ai loro animali d'affezione, esclude che questi possano essere considerati alla stregua di "cose" e sottolinea l'opportunità di pensare e attuare "uno statuto giuridico in grado di promuovere il loro benessere e di proteggerli da aggressioni esterne, [...]". Si evidenza, tuttavia, a riguardo che "la soggettività giuridica, originariamente guardata in astratto e oggi plasmata, invece, sulla concretezza della persona, nelle Costituzioni degli Stati moderni è pensata in funzione della salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali degli esseri umani in una prospettiva saldamente ancorata al principio di uguaglianza". Pertanto, "[...] riconoscere l'animale (ogni diversa specie animale) quale soggetto di diritto senza che questi possa mai azionare direttamente le sue pretese e proteggere la propria sfera di interessi rende fragile la soluzione di attribuirgli la soggettività giuridica, essendo comunque rimessa a una persona, in qualità di rappresentante, l'iniziativa rispetto a specifici momenti di intervento funzionali al suo benessere"[27].

25 Pittalis M.: "Cessazione della convivenza more uxorio e affidamento dell'animale "familiare"", cit., la quale auspica l'adozione da parte del legislatore di una norma dal seguente tenore: "Per gli animali familiari, in caso di separazione dei coniugi, il tribunale, in mancanza di un accordo tra le parti, a prescindere dal regime di separazione o di comunione dei beni e da quanto risultante dai documenti anagrafici dell'animale, sentiti i coniugi, i conviventi e la prole, se presente, ed esperita l'audizione di esperti del comportamento animale, ne attribuisce l'affido esclusivo o condiviso alla parte in grado di realizzarne l'interesse materiale, spirituale ed affettivo. Il tribunale è competente a decidere in merito all'affido di cui al presente comma anche in caso di cessazione della convivenza *more uxorio.* In caso di affido condiviso, salvo diversi accordi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei detentori provvede al mantenimento dell'animale da compagnia in misura proporzionale al proprio reddito. In caso di affido esclusivo il mantenimento è a carico del detentore affidatario".

26 Palmeri G.: "Animali da compagnia e separazione dei coniugi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, núm. 4, p. 780.

27 L'A. precisa, inoltre, che, "tale considerazione può ritenersi superata dalla constatazione che esistono persone non in grado di azionare direttamente i loro diritti, rispetto alle quali l'ordinamento prevede meccanismi di rappresentanza, perché si tratta di condizioni, originarie o sopravvenute, che – tranne casi davvero eccezionali – presuppongono sempre la possibilità che il soggetto incapace possa in futuro recuperare la propria capacità di agire, in modo da coniugare il momento statico connesso alla capacità giuridica, di grande valore morale e politico in quanto estrinsecazione del richiamato principio di uguaglianza, con il momento dinamico di cui è espressione la capacità di agire".

IV. … E IN SPAGNA.

Prima di procedere con alcune riflessioni tese a proporre un percorso ermeneutico rispettoso degli interessi che animano la relazione uomo-animale d'affezione[28], di sicuro interesse risulta volgere lo sguardo all'ordinamento spagnolo.

La giurisprudenza spagnola, si è mostrata restia a omologare accordi conclusi tra coniugi, o conviventi tesi a regolamentare l'affidamento dell'animale domestico in caso di crisi coniugale, sul presupposto – in assenza di una specifica norma – della non giuridicità di una siffatta intesa.

La risoluzione dell'eventuale controversia, in caso di comproprietà dell'animale, veniva infatti relegata a questione relativa esclusivamente al momento dello scioglimento della comunione in ragione della rilevanza dell'animale quale bene facente parte del patrimonio comune.

Non sono tuttavia mancate pronunce che riconoscendo la rilevanza giuridica degli accordi in parola, hanno fatto ricorso all'applicazione analogica delle norme vigenti in materia di alimenti[29].

Ove invece non vi era una relazione coniugale l'affidamento (o più correttamente l'assegnazione) avveniva sulla base della prova della proprietà e in caso di comproprietà tra i conviventi – considerando l'animale alla stregua di una "cosa" indivisibile, ai sensi art. 401 c.c.[30] e in assenza di accordo *ex* art. 404 c.c.[31] – applicando l'art. 398.III c.c.[32].

A ricondurre a sistema un panorama giurisprudenziale incerto e frastagliato è però di recente intervenuta la legge nº 17/2021 del 15 dicembre sul regime

28 Si veda sul tema Parini G.A.: "La tutela degli animali e della relazione interspecifica uomo-animale", *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 998 ss. Id.: "La tutela degli animali di affezione all'interno del nostro ordinamento: "le metamorfosi"", *ivi*, 2017, p. 1548 ss. e Martini G.: "La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di giuridificazione dell'interesse alla loro protezione", *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 109 ss.

29 Cfr. La pronuncia de la *Audiencia Provincial* di Las Palmas di Gran Canaria del 24 marzo 2021, con riferimento ad un caso in cui l'animale apparteneva ad entrambi i membri della coppia, applicava per analogia l'art. 142 c.c., così condannando il comproprietario, che non si era preso cura dell'animale, al pagamento della metà delle spese sostenute dall'ex *partner*, scontati però del "valore affettivo" di qui quest'ultimo ha beneficiato occupandosi dell'animale. Nonostante il fatto che il risultato raggiunto sia quello corretto, occorre evidenziare che appare errata l'esperibilità di una interpretazione analogica dell'art. 142 c.c., posto che non vi è nessuna lacuna legale da colmare, pertanto sarebbe stato più corretto applicare direttamente l'art. 395 c.c., in materia di comproprietà, il quale obbliga ai comunisti "*di contribuire alle spese di conservazione della cosa o del diritto comune*".

30 Laddove dispone che "i comproprietari non potranno esigere la divisione della cosa comune quando ciò comporti che la cosa divenga inservibile all'uso cui è destinata".

31 "Qualora la cosa sia indivisibile, e i comproprietari non si accordino affinché la cosa venga attribuita ad uno di essi, prevedendo per gli altri un indennizzo, si procederà alla vendita con la ripartizione del prezzo".

32 "In assenza di maggioranza, oppure laddove l'accordo risultasse essere gravemente pregiudizievole per gli interessati alla cosa comune, il Giudice provvederà, su istanza di parte, su quanto necessario, incluso nominando un amministratore".

giuridico dell'animale, la quale, prendendo spunto da altri ordinamenti europei[33], ha introdotto una disciplina in linea con il principio europeo di protezione del benessere degli animali in quanto esseri sensibili sancito dall'art. 13 TFUE[34].

Pur non aderendo alle posizioni più estreme protese al riconoscimento, *sic et simpliciter*, della capacità giuridica agli animali, il legislatore spagnolo, adottando una linea più moderata, ha qualificato gli animali, non già come un *tertium genus*, diverso dalle persone e dalle cose, ma come bene particolare: 1. *Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.*

2. *El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes.* (art. 333 *bis*).

Quanto, poi, allo specifico caso dell'affidamento degli animali nella fase delle crisi di coppia il legislatore – dando seguito agli obiettivi sintetizzati nel preambolo alla legge[35] – ha introdotto una disciplina idonea a risolvere le controversie, sia nel caso in cui vi sia un accordo tra i membri della coppia, sia nell'ipotesi di mancanza di intesa.

Con riferimento alla prima ipotesi la legge riconosce dignità giuridica all'accordo, prevedendo che esso possa regolamentare "El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y

33 Si legge nel preambolo: La reforma del régimen jurídico de los animales en el Código Civil español sigue las líneas que marcan otros ordenamientos jurídicos próximos, que han modificado sus Códigos Civiles para adaptarlos a la mayor sensibilidad social hacia los animales existente en nuestros días, y también para reconocer su cualidad de seres vivos dotados de sensibilidad: la reforma austriaca de 10 de marzo de 1986; la reforma alemana de 20 de agosto de 1990, seguida de la elevación de la protección de los animales a rango constitucional en 2002 al introducir en su Ley Fundamental el artículo 20 a); la regulación en Suiza, país que también incluye en su Constitución la protección de los animales y que modificó el Código Civil y el Código de las Obligaciones a este objeto; la reforma belga de 19 de mayo de 2009; y las dos más recientes: la reforma francesa de 16 de febrero de 2015 y, de manera muy especial por la proximidad con esta que ahora se presenta, la Ley portuguesa de 3 de marzo de 2017, que estableció un estatuto jurídico de los animales y modificó tanto su Código Civil como el Código Procesal Civil y el Código Penal.

34 Sul tema si vedano, Pla Diaz C.: "La Ley 17/2021: ¿quedan protegidos los animales domésticos?", *www.idibe.org*, 3 giugno 2022 e Carrión Vidal A.: "Animales de compañía y crisis familiares en la legislación española", *ivi*, 26 giugno 2022.

35 "Esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos. En base a lo anterior, se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales. Para ello se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar".

cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal" (art. 90 comma 1, lett. b *bis* c.c.).

Tale accordo dovrà però soggiacere al controllo operato dal Giudice (art. 90, comma 2, c.c.) in sede di omologa: "2. Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Si fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado.

Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, 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.

Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio".

In caso di mancanza di accordo, ai sensi dell'art. 94 *bis* c.c., il giudice: "confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales".

Infine, all'art. 103, comma 1 *bis*, c.c. è stata prevista quale nuova misura, la possibilità per il giudice di: "[d]eterminar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá

tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno".

V. L'ANIMALE DI AFFEZIONE COME PORTATORE DI UNA INTRINSECA DIGNITÀ CREATURALE: IL NECESSARIO SUPERAMENTO (ANCHE IN ITALIA) DELL'OTTICA PROPRIETARIA.

In attesa che il legislatore italiano segua le orme di quello spagnolo, non ci si può esimere dall'osservare come lo stato delle arti sopra sintetizzato, relativo al formante dottrinale e giurisprudenziale italiano, sul tema che ci occupa, appare, come ben si comprenderà, assai lacunoso, anche rispetto ad altre esperienze giuridiche vicine[36]. Si contrappongono, in modo quasi incomunicabile, un'ottica

36 In Francia è stata approvata una modifica all'art. 515-14 *Code civil*, che oggi riconosce espressamente gli animali come "*être vivant doué de sensibilité*" e non più come semplici beni mobili, quindi oggetti, come avveniva secondo la classificazione tradizionale risalente all'antico diritto romano (si rinvia, oltre alla manualistica classica, all'ampia trattazione di Onida P.P.: *Studi sulla condizione degli animali non umani nel diritto romano*, Torino, 2012, *passim*, dalla quale trarre interessanti spunti in merito alla rilevanza storica della questione che ci occupa; cfr. anche Pocar V.: "Lo *status* giuridico degli animali nel diritto romano", *Riv. dir. rom*., 2003, p. 1 ss.). Si tratta di una definizione analoga a quella già introdotta nei codici civili di Germania, Svizzera e Austria e non dissimile rispetto a quella prevista dall'art. 13 del Trattato di Lisbona, che definisce gli animali quali "esseri senzienti", vincolando l'Unione Europea e gli Stati membri a tener conto del loro benessere (v., *infra*, § 5). Come osserva nel suo sito *internet* l'associazione *30 Milions d'Amis*, che aveva lanciato questa "battaglia" nel 2013, con una petizione che aveva raggiunto 700.000 firme di persone comuni e l'adesione di intellettuali e personalità di spicco nella società francese, "viene superata una definizione arcaica degli animali, mettendo al passo il diritto con le conoscenze scientifiche e la mutata sensibilità verso degli animali, che oggi sono riconosciuti come dotati di un valore intrinseco e non più di un mero valore di scambio al pari di un qualsiasi oggetto inanimato" (Ricciuti A.: "In Francia gli animali non sono più oggetti", *www.dirittianiamli.eu*). Specifica l'Autore che "per la verità, la proposta iniziale lanciata da una ventina di intellettuali era di più ampio respiro e implicava la creazione di una nuova categoria a metà strada tra esseri umani e beni mobili, nella quale inserire gli animali. Tale proposta aveva ricevuto la ferma avversione dell'unione degli allevatori francesi, che temeva potesse impattare sulle attività dei propri associati. Tuttavia, nel corso della discussione parlamentare il Parlamento francese non ha osato fare un passo così grande e la norma è stata limitata in modo da far rientrare gli animali nei beni mobili, pur se con la precisazione della loro peculiarità quali esseri senzienti".
Si legge, ancora, all'art. 20*a* della Legge Fondamentale tedesca che "Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto". Il § 90*a* del BGB prevede, poi, che "*Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*" ("Gli animali non sono cose. Sono protetti attraverso leggi speciali. Sono governati dalle leggi che regolano le cose, con le opportune modifiche, salvo che non sia diversamente specificato").
Anche in Svizzera, sin dal 1992, gli animali ricevono tutela costituzionale (art. 80), mentre il codice civile ha cura di specificare che essi "non sono oggetti" (art. 641a), anche se le norme sui beni materiali posso essere loro applicate, tenuto conto di tale loro diversa natura; nel 2005, è stata inoltre approvata la *Legge federale sulla protezione degli animali*, che ha lo scopo di tutelare "il benessere e la dignità degli animali" (art. 1).
In Austria, infine, gli animali sono oggi classificati come esseri viventi e non come meri beni mobili (§ 285a *ABGB*), dicitura la quale, ancora una volta, deve pur avere un significato, pur se, a seguire, si specifica che ad essi sono applicabili, salvo eccezioni, le disposizioni sulla proprietà dei beni materiali ("*Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur insoweit anzuwenden, als keine abweichenden Regelungen bestehen*").
In Portogallo, Paese dalla tradizione codicistica notoriamente vicina a quella italiana, è stato introdotto l'art. 1793-A *Código civil Português*, ai sensi del quale "*Os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal*".
In Inghilterra gli animali domestici sono considerati alla stregua di beni. Essi formano oggetto di un diritto di proprietà personale e, di conseguenza, le controversie in materia di custodia degli animali derivanti da un divorzio rientrano nei provvedimenti di carattere finanziario presi dai tribunali. Sebbene non vi sia alcuna norma che stabilisca come un giudice debba "trattare" gli animali domestici, sembrerebbe che si tenda a

tradizionale e meramente dominicale secondo la quale l'animale domestico, in quanto bene mobile, come tale andrebbe trattato anche nelle dinamiche della crisi familiare e una visione innovativa, che ne valorizza la dignità creaturale, superando la dinamica strettamente proprietaria e le conseguenze della sua stringente applicazione.

Se la prima impostazione pecca, come abbiamo cercato di dimostrare[37], per poca aderenza alla realtà, che sempre il giurista è chiamato a considerare (il cane

verificare quale coniuge abbia dedicato più tempo alla loro cura durante il matrimonio. Alcuni precedenti, in casi di divorzio, hanno avuto come esito il trasferimento di proprietà dell'animale da un coniuge all'altro, la condivisione della custodia o, ancora, la condivisione dei costi di gestione e assistenza (lo rileva Rook D.: Who Gets Charlie? The Emergence of Pet Custody Disputes in Family Law: Adapting Theoretical Tools from Child Law, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 28, núm. 2, 2014, p. 190 ss., evidenziando che "*There are no reported cases in England and Wales to indicate the courts' likely approach but property law principles will undoubtedly play a significant role*"). Tuttavia, nei Paesi anglosassoni, le coppie hanno sempre la possibilità di prevenire eventuali disaccordi futuri, relativi alla proprietà dell'animale domestico, scegliendo di stipulare quelli che vengono definiti *pre (or post) nuptial agreements*. Questi accordi possono riguardare non solo le decisioni relative agli aspetti finanziari e ai figli, ma anche stabilire cosa accadrebbe agli animali domestici della famiglia se il matrimonio dovesse sciogliersi. In argomento, si veda Rook D., *op. ult. cit*., 177 ss. la quale afferma: "[…] *it can be argued that as we better recognise the special relationship we have with our pets and the fact that many owners see pets as members of their family, the law needs to adapt and apply more suitable rules in determining pet residence disputes. Applying a rule in all cases of 'whoever adduces evidence of a better title to the pet will get custody' is too narrow and restrictive. It fails to appreciate the special na- ture of this unique type of property; the fact that it is living and sentient property and it fails to appreciate the consequences that flow from this fact: the interests of the animal to avoid physical injury and the existence of strong emotional bonds between the property and its owner*".

Con l'adozione di un emendamento alla legge sul divorzio, in Alaska – primo Stato negli U.S.A. – si è indicato ai giudici di tenere conto del "benessere dell'animale" (*The law amends* AS 25.24.160 *contained in Chapter* 24 *on Divorce and Dissolution of Marriage. The amendment states*: "*in a judgment in an action for divorce or action declaring a marriage void or at any time after judgment, the court may provide […] if an animal is owned, for the ownership or joint ownership of the animal, considering the well-being of the animal*") nelle controversie che coinvolgono coniugi o familiari. Il provvedimento *HB 147*, che è stato firmato nell'ottobre 2016 ed è entrato in vigore il 17 gennaio 2017, è stata la prima legge a richiedere espressamente ai tribunali di prendere in considerazione gli interessi degli animali domestici, quando sono chiamati a decidere come assegnarli nelle controversie relative a divorzi e separazioni. Questa novità legislativa, inoltre, conferisce ai giudici il potere di ordinare la "custodia" congiunta degli animali domestici alla stregua dello stesso trattamento riservato a un figlio. Si tratta di una previsione sicuramente innovativa, in quanto conferisce al giudice l'autorità di andare oltre un paradigma di proprietà "tradizionale", caratteristico degli animali domestici.

Alcuni giudicanti, negli Stati Uniti, sono pervenuti a decisioni fondate sul *miglior interesse dell'animale*. Nella causa *Raymond v. Lachman*, la Corte d'appello di New York ha spiegato: "Riteniamo che sia meglio per tutte le parti coinvolte che, data la sua limitata aspettativa di vita, Lovey, che ora ha quasi dieci anni, rimanga dove ha vissuto, prosperato, ed è stato amato negli ultimi quattro anni" (695 N.Y, S.2d 308, 309 – 1 999). Il caso *Zovko v. Gregory*, deciso dal Tribunale della Virginia, riguardava alcuni coinquilini che condividevano la responsabilità e i costi di mantenimento di un gatto. Quando i compagni di stanza si separarono, uno di loro portò con sé il gatto e l'altro lo accusò di furto. Dopo il processo, per determinare chi fosse il custode migliore, la Corte decise che il gatto "sarebbe stato meglio con il signor Zovko" (*Case no. CH 97-544 – Va. Cir. Ct., Arlington Cty.*, Oct. 17, 1997). Le questioni relative alla custodia degli animali d'affezione stanno sorgendo sempre più frequentemente e, se la legge inizia a riconoscerli come qualcosa di più rispetto ai meri oggetti, lo *standard* del loro "*best interest*" potrebbe alla fine diventare la regola (sul punto di vedano le riflessioni di Sullivan D.-Vietzke H.: "An animal is not an ipod", *Journal of Animal Law*, vol. IV, 2008, p. 41 ss., spec. p. 56).

In California, con la recente approvazione, nel settembre 2018, e la successiva entrata in vigore, nel gennaio 2019, dell'*Assembly Bill No. 2274* (reperibile in *leginfo.legislature.ca.gov.*), è stato previsto che la cura di un animale domestico sia presa in considerazione sia durante sia dopo il divorzio. In base alla nuova legge, si pone in risalto il benessere degli animali domestici. Un coniuge può ora presentare una richiesta al tribunale al fine di ottenere la proprietà esclusiva o congiunta, ovvero la custodia dell'animale domestico. La legge, inoltre, consente ai coniugi, che hanno avviato il procedimento di divorzio, di richiedere l'emissione di un provvedimento al fine di ottenere l'affidamento temporaneo dell'animale.

37 *Supra*, § 2.

non è persona, ma, platealmente, neanche un oggetto)[38]; la seconda sconta la carenza di basi normative espresse.

Questo, tuttavia, non è un problema insuperabile.

Le limitazioni al godimento dell'animale d'affezione da parte del *partner* proprietario, per quanto interessa queste pagine, infatti, dovrebbero concepirsi come restringimenti del diritto dominicale, consentite dall'ultimo inciso dell'art. 832 c.c. se lo stabilisca l'"ordinamento giuridico".

Sul punto, però, come si è visto, manca una regola limitativa espressa rispetto all'affidamento dell'animale da compagnia.

Tuttavia, può immaginarsi, aderendo alle impostazioni di attenta e sensibile dottrina, che quando una disposizione effettua un rinvio normativo, esso debba intendersi effettuato al sistema nel suo complesso[39], onde rimane inevaso l'interrogativo circa l'esistenza di una limitazione *inespressa*, ma nondimeno esistente, al diritto del proprietario del cane o del gatto, attivabile in ipotesi di crisi familiare.

Per rispondere al quesito, allora, si deve interpellare, come corretta ermeneutica impone[40], il sistema medesimo, procedendo ordinatamente rispetto alla gerarchia delle fonti che lo compongono.

Gli animali – in genere – rientrerebbero anzitutto, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale[41], all'interno della tutela del paesaggio consacrata

38 Non è questa la sede per ripercorrere in modo esteso l'ampio dibattito, che tanto impegna i filosofi del diritto, sulla possibile soggettività giuridica degli animali e sulla loro capacità di essere titolari di diritti. V., tuttavia, per una sintesi e alcuni essenziali riferimenti, *infra*, § V, nota 48.

39 Perlingieri G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel dritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 124; Id.: *La convalida delle nullità di protezione*, Napoli, 2010, p. 90 ss.

40 Perlingieri P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; Id.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *ivi*, 2005, p. 188 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2020, t. I, *Metodi e tecniche*, p. 157 ss.; Id.: "Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione cd. adeguatrice", (a cura di P. Femia) *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Collana Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, p. 371 ss.; Id.: "La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss. Cfr. anche Id.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss., spec. p. 319, ove l'A. ribadisce che "l'interpretazione giuridica non può che essere sistematica nel duplice e concorrente senso: quale ricerca-interpretazione delle regole e dei princípi presenti nella pluralità delle fonti, nel rispetto della loro gerarchia, ma anche dei princípi di competenza e di sussidiarietà verticale e orizzontale, e quale valutazione del fatto singolo nei contesti socio culturali"; Id.: "Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento", *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 161.

41 Si veda, per tutte, Corte cost. 28 maggio 1987 n. 210, *Foro it.*, 1988, I, p. 346, la quale propone "una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. Ne deriva la repressione del danno ambientale cioè del pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse

all'art. 9 Cost.[42]: tanto che, nel dubbio, nel tempo sono state avanzate molteplici proposte di modifica della Carta fondamentale, tramite l'inserimento *expressis verbis*, all'interno dello stesso art. 9, della protezione degli animali accanto a quella, appena ricordata, del paesaggio, oltreché del patrimonio storico e artistico della Nazione[43].

Tali proposte di modifica della norma costituzionale sono da ultimo approdate nell'inserimento nel testo dell'art. 9 Cost. dell'inciso: "[l]a legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali"[44].

Rebus sic stantibus, tuttavia, se non è escluso che si concepisca, in talune circostanze, la protezione dell'animale come parte del "paesaggio", latamente inteso, non si vede a mezzo di quale tortuoso percorso ermeneutico tale tutela possa fondare in assoluto, per quanto ci occupa, un limite al diritto di godimento del *partner* proprietario.

Ben più decisive sono le fonti di livello sovranazionale. Deve essere ricordato l'art. 13 del Trattato di Lisbona, a tenore del quale "nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale".

naturali (aria, acqua, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione".

42 Ritiene opportuna una modifica o integrazione costituzionale Rescigno F.: "Il divieto degli *animal testing* cosmetici: un passo avanti verso la soggettività animale", *Cosmetici, diritto, regolazione, bioetica* (a cura di V. Zeno-Zencovich), Roma, 2014, p. 50 ss., specie p. 56, secondo il quale "introdurre la soggettività animale in Costituzione non mette in pericolo l'impianto costituzionale in quanto la dignità animale comunque identificherà qualcosa di differente rispetto a quella umana: si realizzerebbe non già un'equiparazione, un appiattimento delle situazioni giuridiche, ma l'affermazione di un'eguaglianza parziale che, attraverso un accorto uso del principio di proporzionalità, potrebbe mediare ove possibile tra 'interessi' umani e taluni 'interessi' animali. Ciò che verrebbe a mutare non è tanto il catalogo dei diritti né quello dei loro titolari, quanto piuttosto il concetto di soggettività sotteso all'intero impianto costituzionale: un concetto non più assunto apoditticamente quale esclusiva prerogativa umana, bensì accolto nella propria intrinseca complessità in quanto articolato su livelli differenziati di sensibilità". Di contrario avviso, Gemma G.: "Costituzione e diritti degli animali", *Quad. cost.*, 2004, p. 615 ss., per il quale la tutela degli animali costituisce un "imperativo costituzionale", stante la stretta correlazione fra costituzionalismo e diritti degli animali, anche se ciò non deve intendersi "in termini tali da comportare uno *status* costituzionale di parità fra specie umana ed altre"; cfr., anche, Veronesi P.: "Gli animali nei "recinti" della costituzione, della legge e della giurisprudenza", *Quad. cost.*, 2004, p. 618 ss.

43 Si allude, da ultimo, al d.d.l. S. 212 della XVIII Legislatura, presentato il 3 aprile 2018, relativo a *Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente*, che, nel contesto di una più ampia riformulazione della prima disposizione, propone di inserire l'inciso finale secondo il quale "La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto e un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche". A sua volta, all'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., dopo la parola "ecosistema", verrebbero inserite le seguenti: ", degli animali".

44 Modifica apportata dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

Ancor più incisivo è l'art. 3 della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia – firmata a Strasburgo il 13 novembre 1987 e ratificata dall'Italia, dopo appena ventitré anni, con l. 4 novembre 2010 n. 201 – il quale dispone che "nessuno causerà inutilmente dolori, sofferenze o angosce" agli animali da compagnia. Il documento normativo, senz'altro finalizzato a "promuovere la loro salute ed il loro benessere", è volto a realizzare l'obiettivo tramite una "condotta responsabile da parte dei proprietari degli animali" (*Preambolo*).

Se scopo della normativa sovranazionale, ormai pienamente efficace in Italia, è proteggere il benessere degli animali da compagnia, è evidente che detta protezione si configura come un dovere giuridico anche e soprattutto per chi ne è proprietario, dovere che, implicitamente, limita e conforma il potere godimento che si esercita sulla creatura.

Gli animali – non solo d'affezione – sono, poi, com'è noto, sul piano della legge ordinaria, destinatari di una sempre più incisiva tutela penale, rinvenibile, in primo luogo, negli artt. 544 *bis* ss. c.p. relativi alla repressione dei maltrattamenti e di altre condotte lesive.

La normativa penalistica appare, ai nostri fini, inconferente solo *prima facie*.

Se essa è atta a manifestare una progressione nella generica protezione delle creature oggetto delle nostre riflessioni, rimane comunque evidente, agli occhi di una certa impostazione ermeneutica, che detta normativa sia essenzialmente finalizzata a proteggere il "sentimento per gli animali" – come sarebbe testimoniato, nella riferita ottica, dalla stessa dicitura leggibile nel Titolo IX *bis* del Libro Secondo del codice penale – e non questi ultimi in quanto portatori di una intrinseca dignità creaturale: il loro benessere, in altre parole, sarebbe considerato, dal legislatore penale, come mero riflesso indiretto della tutela dovuta all'affetto che ricevono, o possono ricevere, dall'uomo[45]. Affermare, sulla base degli artt. 544 *bis* ss. c.p.,

45 Anche gli autori i quali ritengono che il bene giuridico tutelato dalle norme penalistiche non sia rapportabile ai diritti degli animali, ma piuttosto al sentimento umano di pietà verso le sofferenze ad essi causate senza necessità, auspicano (come osserva Fasani F.: "L'animale come bene giuridico", *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 710) "una tutela animale *immediata* e non invece *filtrata* e *riflessa* attraverso il prisma del sentimento", pur considerando, *de lege lata*, la compassione umana quale unico bene effettivamente protetto dal legislatore (in questo senso cfr. Basini S.: *I delitti contro il sentimento per gli animali*, *Trattato di diritto penale. Parte speciale* (a cura di A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa), VI, Torino, 2009, p. 185 e 193; Passantino A.-Russo M.: *La riforma del codice penale a seguito della Legge n. 189/2004*, *La tutela giuridica del sentimento dell'uomo per gli animali* (a cura di A. Passantino), Roma, 2007. Per un'analisi delle diverse impostazioni Mazzucato C.: *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, *La questione animale* (a cura di S. Castignone-L. Lombardi Vallauri), *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2012, 687 ss.; ma anche Fasani F.: "L'animale come bene giuridico", cit., p. 710, il quale propone, rispetto al problema dell'individuazione del bene giuridico tutelato dalle norme penali in discorso, una "'soluzione semplice': nulla vieta infatti di ritenere che le fattispecie di cui sinora si è parlato tutelino proprio l'*animale*, a prescindere dai suoi supposti diritti e a prescindere dai sentimenti che i singoli individui e la collettività provano nei suoi confronti".

come di altre norme della stessa natura richiamabili[46], che l'ordinamento tutela il "benessere degli animali" – e che lo fa al punto da elevare tale benessere a criterio dirimente rispetto al suo "affidamento" in seno alla crisi familiare – sarebbe, così (formalisticamente) ragionando, davvero ardito.

Va ricordato però che una puntuale dottrina, che merita di essere seguita con fermezza, non ha indugi ad affermare, con buon senso della realtà, che il bene giuridico protetto dalle citate disposizioni penali è la dignità stessa dell'animale e null'altro[47].

Il panorama normativo appena sintetizzato sembra offrire spunti sufficienti per argomentare, in attesa di un inevitabile intervento regolativo del legislatore ordinario, l'esistenza, *de iure condito*, di un diritto dell'animale da compagnia al benessere, che può essere sacrificato, in sede di bilanciamento, esclusivamente per ragioni prevalenti. Tale diritto rappresenta certamente una limitazione implicita del diritto dominicale che insiste sull'animale, diritto qualificabile quale proprietà conformata – secondo la nozione accolta dagli studi, ormai progrediti, sul punto[48] – alla sua dignità creaturale.

L'argomento di contrasto, rispetto a tale ricostruzione, è fin troppo vetusto e, in verità, non è mai stato convincente: l'animale non potrebbe essere titolare di diritti in quanto non soggetto giuridico.

Argomento vetusto, non persuasivo e decisamente preconcetto: lo affermano da secoli i più sensibili filosofi del diritto[49]; lo dimostra la visione sistematico-

46 Si pensi, ad esempio, agli artt. 727 e 727 *bis* c.p. che prevedono, rispettivamente, il reato di "*Abbandono di animali*" e quello di "*Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette*"; al divieto di uccellagione o aucupio (tecnica di caccia agli uccelli di piccole dimensioni mediante l'uso di trappole di varia natura), previsto dall'art. 3 della legge 11 febbraio 1992, n. 157; alle diverse normative che, a partire dalla predetta legge, mirano alla prevenzione e alla repressione del bracconaggio (*Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*); alle varie leggi regionali che, seppur di natura diversa, tutelano la c.d. fauna minore.

47 In questa prospettiva, con sfumature diverse, si collocano Calabria A.: "La tutela penale degli animali: principi ispiratori ed oggetto di tutela", *Ind. pen.*, 1992, p. 442 ss., spec. p. 444, secondo la quale il bene giuridico sarebbe "l'animale stesso, oggetto diretto di tutela come tale, cioè in quanto soggettività, essendo portatore di un riconosciuto […] diritto a non soffrire"; Sala M.: "Maltrattamento e sofferenza animale: sul necessario dialogo tra diritto penale ed etologia", *Corr. mer.*, 2011, p. 729. L'A. fonda la tutela penalistica sulla natura senziente dell'animale. Cfr., anche, Valastro A.: *Spunti per una riflessione sull'uccisione ingiustificata di animali*, *Per un codice degli animali* (a cura di A. Mannucci-M. Tallacchini), Milano, 2001, p. 96 ss.; Id.: "I travagliati percorsi della normativa sulla tutela penale degli animali: la legge n. 189 del 2004", *Studium iuris*, 2005, p. 1166. Per una tutela penalistica avente ad oggetto i "*sentimenti*" che l'animale proverebbe, Madeo A.: *Disposizioni penali a tutela della fauna e della flora*, *Reati contro l'ambiente e il territorio* (a cura di M. Pelissero), Torino, 2013, p. 285 ss., spec. p. 288, secondo la quale "proprio perché i nuovi delitti sono posti a diretta e autonoma tutela degli animali come esseri senzienti, e non in quanto oggetti di proprietà dell'uomo, sarebbe stato più corretto […] denominare il titolo '*Dei delitti contro il sentimento degli animali*', anziché per gli animali". Si veda, anche, Pistorelli L.: "Così il legislatore traduce i nuovi sentimenti e fa un passo avanti verso la tutela diretta", *Guida dir.*, núm. 33, 2004, p. 20, ove si parla di "animalicidio".

48 Sull'argomento di veda, per un'attenta panoramica, Gambaro A.: *La proprietà*, Aa. Vv., *Proprietà e possesso*, in *Trattato dei diritti reali* (diretto da Id. e Morelli U.), I, Milano, 2008, p. 300 ss.

49 I filosofi del diritto, a partire dalla famosa frase di Jeremy Bentham, divenuta lo *slogan* del nuovo animalismo, "l'importante non è chiedersi se essi (*n.d.a.*: gli animali) sappiano ragionare, e neppure se sappiano parlare,

assiologica dell'apparato normativo italo-europeo; lo conferma l'analisi comparatistica brevemente ricordata[50], dalla quale si evince che, per un principio di aderenza al reale, l'animale può e deve avere diritti.

Da questo punto di vista, l'angusta gabbia concettuale costruita dalla nozione di soggettività giuridica e da quella di diritto soggettivo, che sicuramente definisce, ma non esaurisce, l'orizzonte della giuridicità, dovrebbe, al pari di ogni astratto

ma se essi sappiano soffrire!", si sono via via sempre di più aperti alla prospettiva dei "diritti degli animali". L'evoluzione del pensiero filosofico ha trovato concretizzazione storica, sotto il profilo normativo, in alcune fondamentali leggi. L'evoluzione del rapporto tra il diritto e gli animali è segnato, come osserva Castignone S.: *Gli animali, soggetti senza diritti? Prefazione*, *I diritti degli animali* (a cura di A. Pisanò e E. Leucci), Napoli, 2015, p. 7, da una fondamentale data, ossia il 1822. Infatti, in quell'anno venne emanato in Inghilterra il "*Cruel Treatment of Cattle Act*" (*Del maltrattamento del bestiame*), prima legge a protezione degli animali, nota anche come *The Martin's Act* (il parlamentare Richard Martin fu uni dei principali fondatori della RSPCA: *The Royal Society for thr Prevention of Cruelty to Animals*). Come evidenzia l'A., l'esempio inglese venne ben presto seguito in altre Nazioni: in Francia con la *Loi Grammont* del 1850, in Italia con una disposizione del Codice Penale del Granducato di Toscana del 1856 e nel 1859 con l'art. 685 del Codice Penale del Regno di Sardegna.

Sul riconoscimento di diritti nei confronti degli animali, v. Licò N.: *I diritti degli animali*, Milano, 1939, *passim*; Aa.Vv, *I diritti degli animali* (a cura di S. Castiglione), Bologna, 1985, *passim*; Regan T.: *Pro* e *contro i diritti degli animali*, *ivi*, 184; Castiglione S.: *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, Genova, 1996, *passim*; Somma A.: "Lo *status* dell'animale tra antropocentrismo e retorica animalista: in particolare negli ordinamenti austriaco e tedesco", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, pp. 209-231; Aa.Vv.: *Per un codice degli animali* (a cura di A. Mannucci e M. Tallachini), Milano, 2001, *passim*; Singer P.: *Liberazione animale. Il manifesto di un movimento diffuso in tutto il mondo*, Milano, 2003, *passim*. L'A. da ultimo ricordato parte dal presupposto che casi analoghi debbano essere trattati in modo analogo e considera quindi inaccettabile che agli animali, che soffrono, provano sentimenti e "pensano" in modo (almeno parzialmente) simile all'uomo, "*non vengano riconosciuti* […] *i diritti che appartengono agli umani o almeno una parte di questi diritti, cioè quelli confacenti alla natura di animale*"; Gemma G.: "Costituzione e tutela degli animali", *Quad. cost.*, 2004, p. 615. Cfr., anche, Rescigno F.: *I diritti degli animali. Da res a soggetti,* Torino, 2005, p. 181 s., la quale sostiene che, per effetto dell'intervento legislativo del 2004, gli animali abbiano ottenuto una nuova soggettività, onde non possono essere intesi più come mera *res*; in questa linea, v. anche Ciarla C.M.: "Maltrattamento di animali, da delitto contro il patrimonio a delitto contro l'integrità psico-fisica degli stessi", *Dir. giust.*, 2010, 7, p. 361. Per un approccio critico, v. Riondato S.: "Entità naturali come persone giuridiche? Note sulla recente legislazione ambientale", *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, p. 751 ss.

Spunti interessanti possono trarsi da Pocar V.: *Gli animali non umani*, Roma-Bari, 1998, p. 9 ss., il quale propone un'analisi sociologica della questione dei diritti degli animali non umani; cfr. anche Id.: "Una nuova sensibilità per la tutela degli animali", *Cass. pen.*, 2006, p. 2215 ss. Per una sintesi del dibattito filosofico e bioetico v., anche, Palazzani L.: *Introduzione alla Biogiuridica*, Torino, 2002, 253 ss.; Battaglia L.: *Etica* e *diritti degli animali*, Roma-Bari, 1999, 26 ss.; Aa. Vv., *I filosofi* e *gli animali* (a cura di G. Ditadi), Este, 1994. Non ci si può esimere dal ricordare, all'interno della concisa esposizione dei principali scritti che hanno contribuito allo sviluppo pensiero filosofico-giuridico, quella che è stata definita la "rivoluzione corpernicana di Salt". Egli "propone per la prima volta una teoria che utilizza un linguaggio normativo ed evocativo dei diritti per caratterizzare l'estensione agli animali del rapporto etico" (lo evidenzia Pisanò A.: "La Rivoluzione copernicana di Henry Salt", *I diritti degli animali*, cit., 87). Il contributo di Salt, secondo Pisanò, comporta un capovolgimento di prospettiva che "consente di guardare al rapporto uomo-animale non dalla parte dell'uomo (gravato di doveri nei confronti degli animali), ma da quella degli animali (titolari di diritti seppur morali)".

In argomento, ancora, tra gli altri, Aa.Vv.: *Droit et animal* (a cura di A. Couret), Toulose, I-II, 1988; D'Agostino F.: "I diritti degli animali", *Riv. inter. fil. dir.*, 1994, pp. 78-104 ss.; Aa. Vv.: *Soggetto animale, "Il piccolo Hans"*, 66, 1990; Chapoutier G.: *Les droits de l'animal*, Paris, 1992; Fox M.W.: *I diritti degli animali. Guida al rispetto degli animali* e *alla salvaguardia della natura* (trad. it.), Milano, 1992; Lombardi Vallauri L.: "La questione animale come questione filosofico-giuridica", *Riv. fil. dir.*, 2014, pp. 521-531; Castignone S.: "Umanesimo, Animalismo e Diritti", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, pp. 209-217; Scruton R.: *Animal Rights and Wrongs*, 3ª ed., 2000, trad. it. a cura di D. Damiani, *Gli animali hanno diritti?*, Milano, 2008, *passim*; Pisanò A.: *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012; Aa.Vv.: *La questione animale*, cit., *passim*.

50 *Supra*, nota 44.

dogmatismo[51], essere finalmente scardinata con decisione[52]: il diritto protegge ciò che ha un valore e una dignità, talvolta accordando questa protezione in vista del soggetto futuro che potrà avvalersene (ciò vale sicuramente per i cc.dd. diritti delle generazioni future[53] e, secondo alcuni, anche per il concepito[54]), talaltra dirigendola a favore della creatura presente, anche in ragione del fatto che non è in grado di farlo. Le categorie di soggettività e di diritto soggettivo, nate sotto l'idea della pretesa, della *claim* da far valere[55], mostrano – già nel limitato orizzonte del caso che ci fa riflettere in queste pagine – tutta la loro insufficienza: il sistema giuridico non è solamente finalizzato a riconoscere pretese a chi ne è protagonista attivo (soggetto in senso *pretensivo*), ma a proteggere la dignità, variamente gradata, di chiunque e qualunque essere che vi si trova sottoposto (soggetto in senso, diremmo, *etimologico*).

La soluzione prospettata, peraltro, sembra candidata a ricevere l'avallo legislativo.

È noto che in Parlamento sono state, in un recente passato, presentate proposte di modifica del codice civile, finalizzate a regolamentare l'affido degli animali presenti in famiglia in caso di crisi familiare, con l'inserimento di apposite

51 Ci si riferisce all'insegnamento di Perlingieri P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm*., 1969, I, p. 455 s., ora in Id.: *Scuole tendenze e metodi, Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 3 ss.; per una visione ricognitiva, tra gli innumerevoli contributi dell'A., si veda, anche, Id.: "Dogmatica giuridica e legalità costituzionale", *Annali SISDiC*, Napoli, 2019, p. 1 ss.

52 Lo auspicava, già, Perlingieri P., "Scuole civilistiche e dibattito ideologico", *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 405 ss., ora in Id.: *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 75 ss.

53 Lo sviluppo sostenibile e la difesa delle generazioni future sono ora divenuti principi anche dell'ordinamento interno (art. 9 Cost. "[La Repubblica: n.d.r.] [t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni"; art. 3 *quater* d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152: "Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle *generazioni future*"). Per una riflessione autorevole sul tema, v. Giorgianni A.: "Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future", *Riv. dir. civ*., 2003, p. 10 ss., spec. p. ß24 ss.

54 Cfr. in argomento Giacobbe E.: *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003; Ead.: "Questioni vecchie sulla condizione giuridica del concepito", *Giust. civ*., 2001, 721 ss. la quale sposa, ad ogni buon conto, la tesi del concepito come persona in senso giuridico; v., in generale, anche Baldini G.: "Il nascituro e la soggettività giuridica", *Dir. fam. pers*., 2000, p. 334 ss.; Toscano G.: "L'embrione tra ontologia e diritto", *ivi*, 2018, p. 653; Ballarani G.: "La capacità giuridica "statica del concepito", *ivi*, 2007, p. 1464. Per un'analisi del problema, Petrucci M.G.: "Quale *status* per il nascituro?", *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 462; Mazzoni C.M.: *Il diritto privato nella società moderna*, Seminario in onore di Stefano Rodotà, Napoli, 2005, p. 423 e ss., spec. p. 437, il quale osserva che "la tutela della vita umana prima della nascita può esser propugnata come valore di interesse generale – e costituzionale – indipendentemente dal fatto che il sistema giuridico si impegni verso una qualificazione in senso soggettivo. L'embrione reclama una salvaguardia in quanto tale e non in quanto uomo potenziale".

55 Cfr., a riguardo, Castignone S.: "Gli animali, soggetti senza diritti?", cit., 12. Peraltro, come ricorda Battaglia L.: *Etica e diritti degli animali*, cit., p. 23, secondo Henry Salt, l'attribuzione di diritti morali agli animali non si connette al fatto che essi siano in grado di ragionare o parlare, ma è sufficiente che essi siano capaci di soffrire. Nel mondo antico, come osserva Castignone S.: *op. ult. cit*., p. 8, vigeva uno "imperativo non giuridico ma morale (...) il quale prendeva in considerazione la sofferenza animale". L'A. riporta un verso di Ovidio (I° sec. d.C.) che ben rende l'idea: "*Saevitia in bruta est tirocinium crudelitatis in homines*", ossia "non si deve essere crudeli con gli animali perché questo abitua ad esercitare la crudeltà anche verso gli altri uomini"; si tratta della c.d. teoria dei doveri indiretti, assurta a principio morale con San Tommaso (IV° sec. d.C.).

norme (tra tutte, in seno al d.d.l. citato, l'art. 455 *ter* rubricato "*Affido degli animali familiari in caso di separazione dei coniugi*")[56].

Di là dal *drafting* legislativo, quantomeno perfettibile, delle disposizioni delle quali si auspica l'introduzione[57], il proposto art. 455 *ter* prevederebbe che: "In caso di separazione dei coniugi, proprietari o detentori di un animale familiare, il tribunale competente per la separazione, in mancanza di un accordo tra le parti, sentiti i coniugi e, se del caso, familiari conviventi e la prole, nonché esperti di comportamento animale, nell'esclusivo interesse dell'animale, affida lo stesso in via esclusiva al coniuge che ne garantisce il migliore benessere psicofisico ed etologico. Qualora sussistano volontà e opportunità comuni ai due coniugi per il benessere dell'animale, il giudice ne dispone l'affidamento condiviso, con obbligo di dividere le spese. Ai fini della decisione concernente l'affidamento, la proprietà dell'animale desunta dalla documentazione anagrafica costituisce un criterio orientativo per il giudice, che decide nell'esclusivo interesse dell'animale quale sia la persona che meglio può garantirne il benessere, sempre che non sia dimostrato che l'animale ha avuto un rapporto esclusivo con chi ne risulta proprietario. Nel caso di cessazione della convivenza *more uxorio* e in ogni caso quando la decisione debba essere assunta successivamente al procedimento di separazione, è competente funzionalmente a decidere il giudice di pace del luogo dell'ultima residenza comune degli interessati. Ai fini dell'affidamento, si applicano le medesime procedure valutative previste in caso di separazione coniugale".

56 V., da ultimo, d.d.l. n. 76, presentato dai parlamentari De Petris, Gianmanco e Cirinnà, comunicato alla Presidenza del Senato il 13 marzo 2018 e attualmente in corso di esame in commissione, *www.senato.it*. L'art. 455 *ter* sarebbe preceduto dall'art. 455 *bis*, che ne è presupposto logico e valoriale, ai sensi del quale "Gli animali sono esseri senzienti. Le disposizioni relative ai diritti civili si applicano anche agli animali, in quanto compatibili e con le leggi speciali in materia di animali".
Viste le incertezze giuridiche esistenti in materia, che hanno condotto ad uno sviluppo giurisprudenziale esiguo e frastagliato, in svariate province italiane si è assistito al sorgere del "Tribunale degli Animali" (con sede nazionale a Parma). Si tratta di una struttura coinvolgente molti avvocati in tutta Italia, gestita da Aidaa (Associazione Italiana Difesa Animali e Ambiente), allo scopo di dirimere controversie e questioni coinvolgenti gli animali, sia quelli domestici che quelli di allevamento o selvatici. Le numerose questioni che possono essere sottoposte all'attenzione del Tribunale riguardano le vicende concernenti gli animali in condominio o le controversie con veterinari e allevatori; non sono mancate anche, per quanto qui rileva, le richieste di affidi, congiunti o di parte, dell'animale in caso di separazione o divorzio. L'*iter* della controversia (che inizia con l'invio, da parte del ricorrente, di una *e-mail* al Tribunale) è particolarmente agile: la causa sarà presa in carico da uno dei legali del Tribunale e sarà istruita in vista di una transazione stragiudiziale, arrivando, laddove possibile, ad un accordo bonario. Se ciò non fosse possibile, si arriverà alla camera di conciliazione arbitrale, dove, oltre alla presenza delle parti, vi sarà anche la presenza di un avvocato degli animali. Cfr. Izzo L.: "Tribunale degli Animali: gli avvocati in difesa dei "pelosi" dopo il divorzio", *www.studiocataldi.it*.

57 Parlare, come si fa nel precedente art. 455 *bis*, di "diritti civili" riferibili agli animali d'affezione, in quanto compatibili, sembra quantomeno inconferente già dal punto di vista etimologico, posto che i *cives*, all'evidenza, sono altra categoria. Continuare a ragionare della protezione degli animali con metodo, più o meno consapevolmente, "analogico" rispetto ai diritti umani, in senso lato intesi, non sembra pertinente e, in definitiva, non è neanche vantaggioso rispetto alla loro causa. Riconoscere i diritti degli animali non deve significare estendere loro i diritti umani (sempre latamente intesi): sarebbe, questa, un'operazione tanto fallace quanto lo è stata, finora, quella di equipararli in modo assoluto (e mentitorio) alle *res*.

Rimane da auspicare che, alla solerzia del legislatore[58], corrisponda, *rebus sic stantibus*, l'apertura ermeneutica degli interpreti.

VI. L'ANIMALE D'AFFEZIONE COME CREATURA PROTETTA, *TERTIUM GENUS* TRA SOGGETTO E OGGETTO DI DIRITTO, SUSCETTIBILE DI PROPRIETÀ CONFORMATA ALLA SUA DIGNITÀ CREATURALE E LA RESPONSABILITÀ "PADRONALE" COME CATEGORIA NORMATIVA EMERGENTE.

Sembra, da questo punto di vista, che, almeno nelle soluzioni, la strada imboccata sia virtuosa.

I percorsi argomentativi sin qui offerti dalla giurisprudenza interna seguono un *trend*, poco sopra sintetizzato, estremamente attento all'adeguatezza e alla ragionevolezza della soluzione da fornire al caso concreto.

Tuttavia, molto spesso le motivazioni, fin troppo stringate non sembrano idonee a dare contezza dei fondamenti normativi che sorreggono l'affidamento dell'animale d'affezione. Il richiamo al necessario rispetto per il sentimento d'affezione per l'animale e per il suo benessere, pare presupporre – ma nelle pronunce esaminate non c'è esplicita traccia di ciò – la giuridica capacità di limitare, ai sensi dell'art. 832 c.c., il diritto di proprietà sull'animale stesso.

In secondo luogo, non convince appieno la tendenza a mettere sullo stesso piano valoriale il sentimento d'affezione che lega l'animale al *partner* non proprietario e il benessere della creatura "affidata"[59].

I due valori, tuttavia, non possono avere, come si è anticipato in apertura, il medesimo peso assiologico: la protezione, doverosa, del legame affettivo tra uomo e animale è connessa ad un'ottica relazionale importante, che non può tuttavia confondersi con il sovraordinato rispetto che si deve alla creatura, siccome portatrice di una sua dignità intrinseca, in quanto *capace* di *sensazione*, talvolta di *emozione*, talaltra anche di *relazione*.

58 Merita di essere evidenziato che, con decisione assai opportuna, il d.d.l. prevede (v. art. 4) l'inserimento, all'interno del codice civile, di una apposita norma che preveda espressamente la possibilità di ristorare il danno non patrimoniale in caso danno da loro subito, che così reciterebbe: "In caso di danno agli animali familiari, i rispettivi proprietari o detentori sono legittimati ad agire per il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali. Il danno non patrimoniale è rapportato anche alla relazione affettiva con l'animale". Rimarrebbe da comprendere se detto risarcimento debba riferirsi, in prospettiva, al danno-sofferenza subito direttamente dall'animale, a quello patito dal proprietario o detentore per lesione della relazione affettiva, ovvero a quello sofferto da entrambi, come sembra preferibile. In dottrina si segnala Laghi P., "L'insostenibile «patrimonializzazione» dell'«essere»: la Cassazione e l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale da perdita dell'animale d'affezione", *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 248.

59 È il caso del già citato Trib. Sciacca 19 febbraio 2019.

In termini concreti: se, ad esempio, per il miglior interesse del minore, il cane dovesse essere collocato presso la madre affidataria della prole, ma ciò non corrispondesse al miglior interesse del cane medesimo (in quanto, in ipotesi, così collocato, esso verrebbe strappato alle cure e all'affetto del padre, che riconosce da sempre come padrone, per essere accudito da una distratta e malevola nuova "padrona" – o viceversa), si dovrebbe ben valutare una collocazione dell'animale quantomeno alternata, se non esclusiva, presso il padre stesso.

Ciò non significa, ovviamente, che il *best interest of the dog pet* prevalga, a livello ordinamentale, sul *best interest of the child*. Sarebbe questa un'ingenua banalizzazione dei termini della questione. Semplicemente, i due interessi vanno soppesati e bilanciati, né potrebbe esclusivamente sacrificarsene uno in favore dell'altro solo perché ritenuto rigidamente sottordinato: il perseguimento del miglior interesse del minore non può arrivare, sempre e comunque, a sacrificare totalmente la dignità dell'animale da compagnia, non diversamente da come esso non dovrebbe poter, sempre e comunque, comprimere interessi anche squisitamente economici e, segnatamente, proprietari[60]. Altrimenti ragionando, esso non sarebbe trattato come tale (da compagnia o d'affezione), ma, né più né meno, come animale da trattamento medico-psicologico (trattamento che, si ricordi, comunque deve sempre essere effettuato nel rispetto della creatura servente[61]).

Sembra, insomma, che i tempi siano maturi per riconoscere l'animale d'affezione come creatura protetta, ovvero come *tertium genus* tra soggetto e oggetto giuridico. È questa una realtà da sempre percepibile *in rerum natura* della quale il diritto non può che, finalmente, prendere atto.

Ripercorrendo, dunque, l'analisi appena prospettata, sembra potersi concludere che l'animale d'affezione è allora sì bene giuridico, ma suscettibile solamente di proprietà (o altro diritto) conformata alla sua dignità creaturale, che

60 Emblematico è il caso del comodato di casa familiare, nel quale, a dispetto delle prese si posizione della S.C., sembra doversi ammettere che, in linea di massima, l'interesse della prole debba cedere rispetto a quello proprietario del comodante. Cfr., per i relativi argomenti, Virgadamo P.: *Il comodato di casa familiare in Italia: un rapporto precario* (a cura di G. Carapezza Figlia, J.R. De Verda y Beamonte, G. Frezza e P. Virgadamo), *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, cit., p. 149 ss., leggibile anche su *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2015, n. 3 *bis*, p. 397 ss.

61 È questo lo scopo che, ad esempio, persegue l'art. 7 della Convenzione Europea per la protezione degli animali da compagnia conclusa a Strasburgo il 13 novembre 1987 (ratificata dall'Italia con l. n 4 novembre 2010, n. 201), disponendo che "Nessun animale da compagnia deve essere addestrato con metodi che possono danneggiare la sua salute ed il suo benessere, in particolare costringendo l'animale ad oltrepassare le sue capacità o forza naturale, o utilizzando mezzi artificiali che causano ferite o dolori, sofferenze ed angosce inutili". Ciò, ben si comprende, vale anche laddove il ricorso a certe peculiari forme di addestramento sia indotto dall'esigenza di impiegare l'animale per trattamenti terapeutici o per affiancarlo, all'esito dell'addestramento, a soggetti vulnerabili.

delimita intrinsecamente le facoltà di godimento, di disposizione, di sfruttamento del titolare[62].

Esso, peraltro, appare – come, sia pure in minor misura, l'animale selvatico o comunque non caratterizzato dalla domesticità e dalla relazionalità affettiva con il padrone – destinatario di tutele peculiari, di doveri di cura e di custodia, finalizzare al suo benessere, che, insieme ai suddetti diritti del titolare, ben compongono un mosaico vario e articolato di situazioni giuridiche, le quali potrebbero sinteticamente definirsi con l'espressione "responsabilità padronale".

Il parallelismo, meramente descrittivo[63], con la responsabilità genitoriale[64], non deve sorprendere: in entrambi i casi, un soggetto esercita poteri e assume doveri nei confronti di una creatura, finalizzati alla realizzazione, in tutto (figlio) o quantomeno in parte (animale d'affezione), del suo stesso interesse: realizzare il fine naturale per il quale esso è al mondo, che, per l'animale d'affezione, non si riduce solamente al servire strumentalmente l'uomo, ma è, nella misura propria della sua specie, esercizio di *sensazione*, *emozione*, *relazione*[65].

62 Alcuni limiti sono esplicitamente consacrati dalla Convenzione di Strasburgo, citata. Oltre all'art. 7, menzionato nella nota che precede, si pensi all'art. 3, secondo cui "nessuno causerà inutilmente dolori, sofferenze o angosce ad un animale da compagnia" (par. 1) e "nessuno deve abbandonare un animale da compagnia" (par. 2); all'art. 4, par. 2, secondo il quale "ogni persona che tenga un animale da compagnia o se ne occupi, deve provvedere alla sua installazione e fornirgli cure ed attenzione, tenendo conto dei suoi bisogni etologici secondo la sua specie e la sua razza […]"; all'art. 5, il quale dispone che "qualsiasi persona la quale selezioni un animale da compagnia per riproduzione, è tenuta a tener conto delle caratteristiche anatomiche, fisiologiche e comportamentali che sono di natura tale da mettere a repentaglio la salute ed il benessere della progenitura o dell'animale femmina"; all'art. 9, par. 1, il quale limita l'utilizzo di animali "per pubblicità, spettacoli, esposizioni, competizioni o manifestazione analoghe a meno che: *a*) l'organizzatore non abbia provveduto a creare le condizioni necessarie per un trattamento di tali animali che sia conforme con i requisiti dell'articolo 4, par. 2, e che *b*) la loro salute ed il loro benessere non siano messi a repentaglio"; all'art. 9, par. 2, che prevede il divieto di somministrazione, nel corso di competizioni o in qualsiasi altro momento, qualora ciò possa mettere a repentaglio la salute ed il benessere dell'animale, di sostanze ad un animale da compagnia, o di sottoposizione dello stesso a trattamenti al fine di elevare o diminuire il livello naturale delle sue prestazioni; all'art. 10, che vieta gli interventi chirurgici destinati a modificare l'aspetto di un animale da compagnia, o finalizzati ad altri scopi non curativi (es. taglio della coda o delle orecchie); ancora, all'art. 11, che disciplina in modo analitico i casi (e i soggetti legittimati) in cui può procedersi all'uccisione.

63 Onde va escluso con decisione che possa operare l'analogia. Se sul piano espositivo delle situazioni giuridiche il parallelismo è efficace e ampiamente evocativo, su quello degli interessi in gioco non lo è affatto: l'animale domestico non è "figlio" del padrone, bensì, per quanto sia ovvio evidenziarlo, dei suoi genitori biologici, che alla sua specie appartengono. Il padrone assume allora un ruolo giuridico diversamente caratterizzato: l'interesse protetto non è quello al benessere del figlio, ma dell'animale domestico. Interesse diverso, sul piano della gerarchia dei valori, che innesca poteri e doveri diversi; che conforma un differente concetto di "benessere" della creatura, la quale non deve avere un papà premuroso, ma un padrone amorevole, dotato di un'autorità direzionale del tutto diversa (e, nell'esplicazione etologica della vita dell'animale, decisamente più incisiva).

64 Per le diverse posizioni in dottrina e giurisprudenza v., *supra*, § 3.

65 Per alcuni studi etologici che dimostrano e analizzano, secondo il paradigma dell'etologia cognitiva, le capacità emozionali e relazioni degli animali, v. Bekoff M.: "Animal Emotions: Exploring Passionate Natures: Current interdisciplinary research provides compelling evidence that many animals experience such emotions as joy, fear, love, despair, and grief – we are not alone", *BioScience*, vol. 50, núm. 10, 2000, pp. 861-870; Sümegi Z., Oláh K., Topál J.: "Emotional contagion in dogs as measured by change in cognitive task performance", *Applied Animal Behaviour Science*, vol. 160, 2014, pp. 106-115 (studio, quest'ultimo, che tende a dimostrare come lo stress del padrone possa influenzare negativamente le azioni e la memoria del cane), ai quali si rinvia per ulteriori studi sull'argomento. Analizzano l'intensità delle emozioni provate dell'animale in base alla quantità di ossitocina presente nelle urine, Mitsu S., Yamamoto M., Nagasawa M.,

Quella stessa relazione che, nei limiti nella sua sussistenza, il diritto è, per suo fine naturale, chiamato a riconoscere, proteggere, regolare.

Mogi K., Kikusui T., Ohtani N., Ohta M., "Urinary oxytocin as a noninvasive biomarker of positive emotion in dogs", *Hormones and Behavior*, vol. 60, núm. 3, 2011, pp. 239-243. Sulla sofferenza animale, sotto il profilo giuridico, si vedano, poi, Dawkins M.S., *Animal Suffering: The science of Animal Welfare*, London, 1980.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *I diritti degli animali* (a cura di S. Castiglione), Bologna, 1985.

AA.VV.: *I filosofi e gli animali* (a cura di G. Ditadi), Este, 1994.

AA.VV.: *Droit et animal* (a cura di A. Couret), Toulose, I-II, 1988.

AA.VV.: La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine (a cura di G. Carapezza Figlia, De Verda y Beamonte J.R., Frezza G. e Virgadamo P.), Napoli, 2016.

AA.VV.: *Per un codice degli animali* (a cura di A. Mannucci e M. Tallachini), Milano, 2001, *passim*.

AA.VV.: *Soggetto animale, "Il piccolo Hans"*, 66, 1990.

Addis F.: "Il valore «normativo» dei principi", Liber amicorum *per Bruno Troisi*, (a cura di C. Cicero e G. Perlingieri), I, Napoli, 2017, p. 1 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Amendolagine A.: *Amministrazione di sostegno e tutela del sentimento d'affezione del beneficiando verso l'animale da compagnia*, *Giur. it.*, 2012, p. 1332 ss.

Baldini G.: "Il nascituro e la soggettività giuridica", *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 334 ss.

Ballarani G.: "La capacità giuridica "statica del concepito", *ivi*, 2007, p. 1464.

Basini S.: *I delitti contro il sentimento per gli animali*, *Trattato di diritto penale. Parte speciale* (a cura di A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa), VI, Torino, 2009, p. 185 e 193.

Battaglia L.: *Etica e diritti degli animali*, Roma-Bari, 1999, 26 ss.;

Bekoff M.: "Animal Emotions: Exploring Passionate Natures: Current interdisciplinary research provides compelling evidence that many animals experience such emotions as joy, fear, love, despair, and grief - we are not alone", *BioScience*, vol. 50, núm. 10, 2000, pp. 861-870.

Calabria A.: "La tutela penale degli animali: principi ispiratori ed oggetto di tutela", *Ind. pen.*, 1992, p. 442 ss., spec. p. 444.

Carrión Vidal A.: "Animales de compañía y crisis familiares en la legislación española", *www.idibe.org.*, 26 giugno 2022.

Castignone S.: "Umanesimo, Animalismo e Diritti", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, pp. 209-217.

Castignone S.: *Gli animali, soggetti senza diritti? Prefazione*, *I diritti degli animali* (a cura di A. Pisanò e E. Leucci), Napoli, 2015, p. 7.

Cendon P.- Rossi R.: *Amministrazione di sostegno e salvaguardia del rapporto tra beneficiario e animale d'affezione*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 3077 ss.

Chapoutier G.: *Les droits de l'animal*, Paris, 1992.

Ciarla C.M.: "Maltrattamento di animali, da delitto contro il patrimonio a delitto contro l'integrità psico-fisica degli stessi", *Dir. giust.*, 2010, 7, p. 361.

D'Agostino F.: "I diritti degli animali", *Riv. inter. fil. dir.*, 1994, pp. 78-104 ss.

Dawkins M.S., *Animal Suffering: The science of Animal Welfare*, London, 1980.

Fasani F.: "L'animale come bene giuridico", *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 710).

Fox M.W.: *I diritti degli animali. Guida al rispetto degli animali e alla salvaguardia della natura* (trad. it.), Milano, 1992.

Frezza G.: "Il nuovo art. 337-*sexies* c.c.: appunti e spunti", *Arch. giur. F. Serafini*, 2014, p. 163 ss.

Frezza G.: *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004.

G. Carapezza Figlia-José Ramòn De Verda Y Beamonte: *Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana*, *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 267.

Gambaro A.: *La proprietà*, Aa. Vv., *Proprietà e possesso*, in *Trattato dei diritti reali* (diretto da Id. e Morelli U.), I, Milano, 2008, p. 300 ss.

Gasparre A.: "Degli animali e della famiglia (ovvero gli animali nel libri primo del codice civile)", *Diritto e animali. Verso l'affermazione di un nuovo "soggetto debole*, collana diretta da Ead., Vicalvi, 2015, p. 41.

Gemma G.: "Costituzione e diritti degli animali", *Quad. cost.*, 2004, p. 615 ss.

Giacobbe E.: "Questioni vecchie sulla condizione giuridica del concepito", *Giust. civ.*, 2001, 721 ss.

Giacobbe E.: *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003.

Giorgianni A.: "Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future", *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 10 ss., spec. p. 24 ss.

Izzo L.: "Tribunale degli Animali: gli avvocati in difesa dei "pelosi" dopo il divorzio", *www.studiocataldi.it*.

Laghi P., "L'insostenibile «patrimonializzazione» dell'«essere»: la Cassazione e l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale da perdita dell'animale d'affezione", *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 248.

Licò N.: *I diritti degli animali*, Milano, 1939.

Lombardi Vallauri L.: "La questione animale come questione filosofico-giuridica", *Riv. fil. dir.*, 2014, pp. 521-531.

Madeo A.: *Disposizioni penali a tutela della fauna e della flora*, *Reati contro l'ambiente e il territorio* (a cura di M. Pelissero), Torino, 2013, p. 285 ss., spec. p. 288.

Mandarini F.: "Verso un affidamento condiviso degli animali d'affezione in caso di separazione?", documento reperibile su *www.ordineforense.re.it*.

Martini G.: "La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di giuridificazione dell'interesse alla loro protezione", *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 109 ss.

Mascia K.: "Separazione consensuale: visita e mantenimento del cane rientrano nell'accordo", in *www.quotidianogiuridico.it*.

Mazzoni C.M.: *Il diritto privato nella società moderna*, Seminario in onore di Stefano Rodotà, Napoli, 2005, p. 423 e ss., spec. p. 437.

Mazzucato C.: *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, *La questione animale* (a cura di S. Castignone-L. Lombardi Vallauri), *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2012, 687 ss.

Mitsu S., Yamamoto M., Nagasawa M., Mogi K., Kikusui T., Ohtani N., Ohta M., "Urinary oxytocin as a noninvasive biomarker of positive emotion in dogs", *Hormones and Behavior*, vol. 60, núm. 3, 2011, pp. 239-243.

Onida P.P.: *Studi sulla condizione degli animali non umani nel diritto romano*, Torino, 2012.

Palazzani L.: *Introduzione alla Biogiuridica*, Torino, 2002, 253 ss.

Palmeri G.: "Animali da compagnia e separazione dei coniugi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, núm. 4, p. 780.

Parini G.A.: "La tutela degli animali di affezione all'interno del nostro ordinamento: "le metamorfosi"", *ivi*, 2017, p. 1548.

Parini G.A.: "La tutela degli animali e della relazione interspecifica uomo-animale", *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 998 ss.

Passantino A.-Russo M.: *La riforma del codice penale a seguito della Legge n. 189/2004*, *La tutela giuridica del sentimento dell'uomo per gli animali* (a cura di A. Passantino), Roma, 2007.

Perlingieri G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel dritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 124.

Perlingieri G.: *La convalida delle nullità di protezione*, Napoli, 2010, p. 90 ss.

Perlingieri P., "Scuole civilistiche e dibattito ideologico", *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 405 ss., ora in Id.: *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 75 ss.

Perlingieri P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss., spec. p. 319;

Perlingieri P.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.

Perlingieri P.: "Dogmatica giuridica e legalità costituzionale", *Annali SISDiC*, 2020, pp. 1-49.

Perlingieri P.: "Dogmatica giuridica e legalità costituzionale", *Annali SISDiC*, Napoli, 2019, p. 1 ss.

Perlingieri P.: "Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione cd. adeguatrice", (a cura di P. Femia) *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Collana Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, p. 371 ss.

Perlingieri P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", in *Annali SISDiC*, 2017, p. 1 ss.

Perlingieri P.: "Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento", *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 161.

PERLINGIERI P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

PERLINGIERI P.: "La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.

PERLINGIERI P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 s., ora in ID.: *Scuole tendenze e metodi, Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 3 ss.

PERLINGIERI P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2020, t. I, *Metodi e tecniche*, p. 157 ss.

PETRUCCI M.G.: "Quale *status* per il nascituro?", *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 462.

PISANÒ A.: *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012.

PISTORELLI L.: "Così il legislatore traduce i nuovi sentimenti e fa un passo avanti verso la tutela diretta", *Guida dir.*, núm. 33, 2004, p. 20.

PITTALIS M.: "Separazione personale fra coniugi e "affido" dell'animale di affezione", *Fam e dir.*, 2016, 1162 ss.

PLA DÍAZ C.: "La Ley 17/2021: ¿quedan protegidos los animales domésticos?", *www.idibe.org*, 3 giugno 2022 .

POCAR V.: "Lo *status* giuridico degli animali nel diritto romano", *Riv. dir. rom.*, 2003, p. 1 ss.

POCAR V.: *Gli animali non umani*, Roma-Bari, 1998, p. 9 ss.

POCAR V.: *Una nuova sensibilità per la tutela degli animali*, *Cass. pen.*, 2006, p. 2215 ss.

REGAN T.: *Pro e contro i diritti degli animali*, *ivi*, 184; CASTIGLIONE S.: *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, Genova, 1996, *passim*.

RESCIGNO F.: "Il divieto degli *animal testing* cosmetici: un passo avanti verso la soggettività animale", *Cosmetici, diritto, regolazione, bioetica* (a cura di V. ZENO-ZENCOVICH), Roma, 2014, p. 50 ss., specie p. 56.

RESCIGNO F.: *I diritti degli animali. Da* res *a soggetti*, Torino, 2005, p. 181 s.

Riondato S.: "Entità naturali come persone giuridiche? Note sulla recente legislazione ambientale", *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, p. 751 ss.

Rook D.: Who Gets Charlie? The Emergence of Pet Custody Disputes in Family Law: Adapting Theoretical Tools from Child Law, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 28, núm. 2, 2014, p. 190 ss.

Sala M.: "Maltrattamento e sofferenza animale: sul necessario dialogo tra diritto penale ed etologia", *Corr. mer.*, 2011, p. 729. L'A. fonda la tutela penalistica sulla natura senziente dell'animale.

Scalera A.: "Separazione, il gatto al marito e il cane a entrambi a settimane alterne: il decreto del Tribunale di Sciacca", in *www.quotidianogiuridico.it*.

Scruton R.: *Animal Rights and Wrongs*, 3ª ed., 2000, trad. it. a cura di D. Damiani, *Gli animali hanno diritti?*, Milano, 2008.

Senigaglia R.: "Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile", *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 1778.

Singer P.: *Liberazione animale. Il manifesto di un movimento diffuso in tutto il mondo*, Milano, 2003, *passim*.

Somma A.: "Lo *status* dell'animale tra antropocentrismo e retorica animalista: in particolare negli ordinamenti austriaco e tedesco", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, pp. 209-231.

Sullivan D.-Vietzke H.: "An animal is not an ipod", *Journal of Animal Law*, vol. IV, 2008, p. 41 ss., spec. p. 56).

Sümegi Z., Oláh K., Topál J.: "Emotional contagion in dogs as measured by change in cognitive task performance", *Applied Animal Behaviour Science*, vol. 160, 2014, pp. 106-115.

Toscano G.: "L'embrione tra ontologia e diritto", *ivi*, 2018, p. 653.

Valastro A.: "I travagliati percorsi della normativa sulla tutela penale degli animali: la legge n. 189 del 2004", *Studium iuris*, 2005, p. 1166.

Valastro A.: *Spunti per una riflessione sull'uccisione ingiustificata di animali*, *Per un codice degli animali* (a cura di A. Mannucci-M. Tallacchini), Milano, 2001, p. 96 ss.

Veronesi P.: "Gli animali nei "recinti" della costituzione, della legge e della giurisprudenza", *Quad. cost.*, 2004, p. 618 ss.

VIRGADAMO P.: *Il comodato di casa familiare in Italia: un rapporto precario* (a cura di G. CARAPEZZA FIGLIA, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, G. FREZZA e P. VIRGADAMO), *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, cit., p. 149 ss.

LA GENITORIALITÀ DELLE COPPIE OMOSSESSUALI IN ITALIA. LE SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI NEL SILENZIO DEL LEGISLATORE

THE PARENTALITY OF HOMOSEXUAL COUPLES IN ITALY. THE JURISPRUDENTIAL SOLUTIONS IN THE SILENCE OF THE LEGISLATOR

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 802-825

Daniela
MARCELLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: In Italia il dibattito sulla genitorialità delle coppie omosessuali, sull'accesso alla procreazione artificiale e all'adozione da parte di genitori omosessuali si è molto acceso negli ultimi anni. La Corte Cassazione e la Corte Costituzionale, chiamate a pronunciarsi molto spesso, nelle più recenti sentenze invitano il Parlamento a discutere una nuova legge per migliorare la tutela dei bambini nati con PMA all'estero e rimuovere le discriminazioni tra i bambini.

In questo contributo ci sono le ultime soluzioni trovate dalle Corti Superiori italiane nel silenzio del Parlamento.

PALABRAS CLAVE: Procreazione artificiale; genitore biologico; genitore intenzionale; adozione; ordine pubblico; maternità surrogata; stato di filiazione.

ABSTRACT: *In Italy the discussion about the access to artificial procreation and adoption by parents omosex is very strong in the last years. Many sentences by Corte Cassazione and Corte Costituzionale invite the Parliament to discuss a new law to improve the protection of children born with PMA abroad and to remove discrimination among children.*

In this paper there are the last solutions find by the italian superior Courts in the silence of Parliament.

KEY WORDS: *artificial procreation; biological parent; intentional parent; adoption; public order; surrogacy maternity; status filiationis.*

SUMARIO.- I. CONTESTO: LO STATUS FILIATIONIS E LA FORMAZIONE DELL'ATTO DI NASCITA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.- II. LA TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA FORMATO ALL'ESTERO DEL FIGLIO DI COPPIA OMOSESSUALE E LA SUA CONFORMITÀ ALL'ORDINE PUBBLICO.- III. LA NASCITA DI UN FIGLIO MEDIANTE TECNICHE DI FECONDAZIONE ASSISTITA PROIBITE DALLA LEGISLAZIONE ITALIANA: GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA.- IV. UNA RECENTE GIURISPRUDENZA DI MERITO DEL TRIBUNALE DI MILANO: IL CASO E IL PERCORSO MOTIVAZIONALE.- V. IL PROGRESSIVO SUPERAMENTO DELLA PREVALENZA DEL GENITORE BIOLOGICO SUL GENITORE INTENZIONALE, L'IMPORTANZA DEL PROGETTO GENITORIALE.

I. CONTESTO: LO STATUS FILIATIONIS E LA FORMAZIONE DELL'ATTO DI NASCITA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

In Italia il dibattito sulla genitorialità delle coppie omosessuali si è molto animato negli ultimi anni, sia da un punto di vista politico che giurisprudenziale. I pressanti inviti al legislatore ad intervenire sulla materia non hanno ancora trovato adeguato riscontro e di fronte a tale inerzia la Corte costituzionale si trova sempre più spesso a dover giudicare della legittimità di un impianto normativo carente, il quale non sempre riesce a fornire risposte alle istanze di tutela avanzate da genitori o figli nati con tecniche e/o modalità diverse o contrarie a quelle contemplate nell'ordinamento. Per non dire dei Tribunali di merito che soffrono ancor di più del silenzio del legislatore in quanto essi sono chiamati in prima linea a rispondere alle domande – senza poterle eludere e/o rinviare- con le quali le coppie chiedono di rimuovere ostacoli concreti e quotidiani all'esercizio di una responsabilità genitoriale talvolta già esistente e consolidata in via di fatto.

Nel tentativo di delineare il contesto nel quale si inserisce siffatto dibattito si può prendere le mosse dalla legge italiana sulle unioni civili (L. 76 del 2016), la quale nel corso della sua approvazione ha sollevato accesi contrasti sulla genitorialità delle coppie omossessuali, tanto che nel corso dell'esame parlamentare il Senato ha stralciato dal provvedimento una disposizione che prevedeva la possibilità della c.d. stepchild adoption, ovvero l'adozione del figlio da parte del partner (unito civilmente o sposato) del genitore naturale, tramite una progettata modifica dell'art. 44, lett. b), l. n. 184/1983 sulla adozione[1]. Il Disegno di legge n. 2081 discusso

1 Vedi iter parlamentare disegno legge 2081, atto camera 3634 in www.camera.it.. In dottrina, tra gli altri: Trimarchi, M: "Unioni civili e disciplina delle convivenze", in AA.VV.: *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (a cura di Salvatore Patti), Zanichelli, Torino, 2020, p. 2-17; Calò, E: *Le unioni civili in Italia*, ESI; Napoli, 2016, p. 63 ss. ; Dell'Osta, L e Spadaro, G: *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 37 e ss.; Sesta, M: "La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", *Famiglia e diritto*, 2016, 10, pp. 881-888; Bianca, M: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", *giudicedonna.it*, 2016, 2.; Casaburi, G:

• Daniela Marcello
Ricercatrice Università degli Studi di Firenze, avvocata. E-mail: daniela.marcello@unifi.it.

in Senato nella 17° legislatura prevedeva all'art. 5 una modifica dell'articolo 44, lettera b) della legge 4 maggio 1983 n. 184, riguardante l'ipotesi di adozione c.d. non legittimante, vale a dire quel tipo di adozione particolare che pur creando un vincolo di filiazione giuridica, si sovrappone a quello della filiazione biologica, non facendo cessare il legame con la famiglia naturale. In particolare, la proposta di legge consentiva alla persona parte di una unione civile di fare richiesta di adozione del figlio minore anche adottivo del partner, ampliando così le ipotesi tassativamente previste dal su citato art. 44. Il tema ha rischiato di far saltare l'approvazione di una legge che è stata molto controversa, sulla quale il Governo ha posto la questione di fiducia in entrambi i rami del Parlamento[2].

La legge nella formulazione approvata esclude espressamente l'applicazione all'unione civile delle disposizioni di cui alla l. n. 184/1983 e precisa che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Dunque, il legislatore non ha voluto riconoscere alla parte dell'unione civile la facoltà di adottare ed ha fatto salva la disciplina già vigente[3]. Di conseguenza la legge del 2016 non ha modificato l'assetto normativo sulla genitorialità, il quale resta regolato principalmente dalle norme sulla filiazione del Codice civile, dalla legge sull'adozione e dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita[4].

In ordine alla attribuzione della qualità di madre e padre in Italia, il Codice civile all'art. 231 c.c. pone la presunzione legale secondo la quale «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio», superabile soltanto mediante l'azione di disconoscimento con la quale la madre, il padre o il figlio sono ammessi a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre. Per quanto riguarda la madre, essa è colei che partorisce. Inoltre, la qualità di genitori si acquisisce anche mediante l'adozione: la legge 184 del 1983 stabilisce che possono adottare i coniugi (e non come detto gli uniti civilmente) sposati da almeno tre anni, tra i quali non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto; il procedimento teso ad accertare lo stato di adottabilità dell'adottando e l'idoneità degli adottanti è di competenza del Tribunale per i minorenni, il quale, all'esito, emette una sentenza che dichiara se fare luogo o non fare luogo all'adozione. In caso positivo per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti, dei quali

"Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella L. 20 maggio 2016, n. 76", *Foro it*., 2016, I, 1, c. 2246 e ss.; Alpa, G: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *Nuova Giur. Civ. comm*., 2016, 12 , pp. 1718 e ss.

2 Ponendo la fiducia la mancata approvazione della legge avrebbe comportato la caduta dell'esecutivo con tutte le conseguenze ad essa connesse.

3 Ferrando, G: "Unioni civili e disciplina delle convivenze art. 1 comma 20", *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (a cura di Salvatore Patti), Zanichelli, Torino, 2020, pp. 284 ss.

4 Codice civile Libro I Titolo VII, VIII e IX, Legge 4 maggio 1983 e successive modifiche (diritto del minore ad una famiglia), Legge 19 febbraio 2004, n. 40 e successive modifiche (Procreazione medicalmente assistita).

assume e trasmette il cognome. La legge disciplina anche la c.d. adozione in casi particolari, già su richiamata, ammissibile anche in assenza dei requisiti previsti per l'adozione c.d. piena. Si può ricorrere a questo tipo di adozione nelle ipotesi tassativamente indicate dalla legge: a) da parte di persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento; b) quando il minore sia orfano di padre e di madre, dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi in condizioni di invalidità e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi. Infine, sono genitori coloro che accedono alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) disciplinate dalla legge 140 del 2004, come attualmente in vigore alla luce delle sentenze della Corte costituzionale che l'hanno significativamente modificata[5]. Essa all'art 5 sancisce che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.». Il consenso al trattamento terapeutico espresso nei modi e termini stabiliti dall'art. 6 della legge può essere revocato da ciascuno dei soggetti componenti la coppia fino al momento della fecondazione dell'ovulo, dopo tale momento esso costituisce atto di assunzione di responsabilità genitoriale non più revocabile né impugnabile[6]. Il donatore di gameti non acquisisce

5 La Corte Costituzionale, con sentenza 5 giugno 2015, n. 96 (in Gazz. Uff., 10 giugno 2015, n. 23), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge nella parte in cui non consentiva 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 legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche ed alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche. Inoltre, la Corte Costituzionale, con sentenza 10 giugno 2014, n. 162 (in Gazz.Uff., 18 giugno, n. 26), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge nella parte in cui stabiliva il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

6 Sul punto vedi tra le sentenze più recenti: Tribunale S.Maria Capua a Vetere, sentenza 27 gennaio 2021, *www.dejure.it*, nella quale si stabilisce che dopo la fecondazione dell'ovulo il consenso alla fecondazione medicalmente assistita è irrevocabile anche se i coniugi si siano nel frattempo separati, dunque la donna potrà continuare ad essere madre. (A commento della suddetta sentenza vedi Faccioli, M: "Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo", *Persona e mercato*, 2021, 2, p. 361 ss.); Cass. 15 maggio 2019 n. 13000, *www.dejure.it*, nella quale si chiarisce che i genitori devono essere entrambi viventi al momento della fecondazione dell'ovulo, successivamente l'impianto dell'embrione può avvenire anche qualora il padre sia deceduto. Inoltre, la Corte costituzionale con sentenza del 13 aprile 2016 n. 84 ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 comma 3 della L. 40/2004 nella parte in cui non prevede la revoca del consenso al trattamento PMA dopo la fecondazione dell'ovocita.
In dottrina tra i più recenti Ferrando, G: "Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 3, p. 649 ss.; Meola, F: "Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, commi 1 e 6, commi 1 e 3 della legge n. 40/2004", *Biolaw Journal*, 2021, 1, p. 75 e ss; Orestano, A: "Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione", (Nota a ordinanza Tribunale civile Perugia 28 novembre 2020), *Giurisprudenza italiana*, 2021,

alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto nè essere titolare di obblighi, il padre c.d. intenzionale - che abbia prestato il consenso alla fecondazione eterologa - non può effettuare il disconoscimento della paternità e la madre, in tutti i casi, perde la possibilità di esercitare il diritto all'anonimato. I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita dunque acquistano lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime.

Ne deriva che lo status di figlio[7] si acquisisce secondo uno dei modi su descritti ed è riportato nell'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile. Dunque, l'ufficiale di stato civile, in caso di nascita del figlio in Italia, è tenuto ad indicare come genitore nell'atto di nascita colui e colei che risultino tali o per presunzione legale, o per intervenuta sentenza di adozione o per nascita da tecniche di fecondazione assistita a cui la coppia abbia validamente prestato il consenso, rimanendo esclusi tutti gli altri.

L'atto di nascita può essere tuttavia formato all'estero, ossia in quei paesi in cui le coppie dello stesso sesso possono accedere alle tecniche di PMA, ivi compresa la maternità surrogata (che per le coppie di uomini è l'unico modo per diventare genitori) e dove quindi possono dare alla luce i loro figli. In questi casi l'ufficiale di stato civile italiano su richiesta dei o del genitore può trascrivere l'atto di nascita formato all'estero secondo le regole di diritto internazionale privato sulla trascrizione dei provvedimenti formati all'estero i quali possono acquisire valore ed efficacia interna soltanto se conformi ai principi di ordine pubblico del nostro ordinamento[8]; ma, proprio sull'interpretazione dell'ordine pubblico la dottrina e la giurisprudenza italiana si sono divise nei casi di richiesta di trascrizione di un atto di nascita del figlio nato all'estero da tecniche di procreazione medicalmente

12, pp. 2613 – 2621; D'Auria, M: "Informazione e consensi nella procreazione assistita", *Familia*, 2005, 6, p. 1005 e ss.

7 Riunificato dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219, che modificando il codice civile ha eliminato la distinzione tra figli legittimi (nati durante il matrimonio) e figli naturali (nati fuori dal matrimonio). Vedi tra gli altri, Chiappetta G. (a cura di), *Lo Stato unico di Figlio*, Atti del convegno SISDiC Cosenza 29 novembre 2013, Napoli, 2014, p. 11 ss.. Mantovani M: "Lo stato di figlio (artt. 231-249)", *Il codice civile commentato* (fondato e già diretto da Piero Schelisinger continuato da Francesco Busnelli e Giulio Ponzanelli) Giuffrè, Milano, 2022, p. 30 ss.; Ferrando, G:, "Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 952 e ss.
Sull'interesse del figlio nelle azioni di accertamento dello status e le evoluzioni interpretative tra favor veritatis e salvaguardia dell'affettività vedi Sassi, A: "Filiazione intenzionale e interesse allo status", *Diritto successioni famiglia*, 2018, 2, p. 531 ss; Corte Costituzionale, sentenza 18 dicembre 2017 n.272, *www.dejure.it*.; Clarizia, O: "Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità e conservazione dello stato di figlio in séguito a violazione del divieto di maternità surrogata" (nota a Corte Costituzionale 19 dicembre 2017, n. 272), *Il foro napoletano,* 2018, 1, p. 244 ss.

8 Legge del 31 maggio 1995 n. 218 all'art. 65 recita: «Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa».

assistite vietate in Italia e la stessa giurisprudenza di merito, chiamata a valutare la legittimità della trascrizione di detti atti oppure del diniego da parte degli ufficiali di stato civile, mostra un andamento oscillante, naturalmente sensibile ai continui interventi delle magistrature superiori, con grave incertezza per le sorti dei diritti dei nati[9].

II. LA TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA FORMATO ALL'ESTERO DEL FIGLIO DI COPPIA OMOSESSUALE E LA SUA CONFORMITÀ ALL'ORDINE PUBBLICO.

Le nuove forme di genitorialità rese possibili dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita sfidano il limite della scienza, sollecitano scelte etiche e coinvolgono i diritti fondamentali della persona, per questo le norme che regolano tali fenomeni vanno a caratterizzare l'assetto valoriale di un ordinamento. Ora, quanto questa caratterizzazione vada a concretizzare la clausola generale dell'ordine pubblico non è facile da dirsi. Come insegna autorevole dottrina[10], le clausole generali non hanno una valenza assiologica autonoma e compiuta, ma si compongono dei valori emergenti dalla realtà sociale e dalle fonti normative sovraordinate, costituzionali, europee e internazionali. E proprio sul ruolo di quest'ultime, specie nella materia qui trattata, si evidenzia un «ripensamento»[11] della nozione di ordine pubblico internazionale da una concezione statualista e difensiva ad una concezione sempre meno ancorata agli interessi squisitamente nazionali e sempre più aperti all'assetto valoriale condiviso a livello internazionale[12]. E così i principi sanciti dalle convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti dell'infanzia cui l'Italia ha aderito, come per esempio la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, la Convenzione dell'AJA del 19 ottobre 1996, oppure la Convenzione Europea di Strasburgo del 25 gennaio 1996, la Carta di Nizza del 2000, integrano l'assetto valoriale dell'ordinamento in quanto contribuiscono a realizzare e promuovere i valori costituzionali. Dunque, la clausola dell'ordine

9 Tra i più recenti vedi Grasso, A.G: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 195 e ss.. l'Autore ripercorre le pronunce giurisprudenziali italiane ed europee che hanno segnato il passo nel dibattito sui confini dell'ordine pubblico di fronte alle nuove realtà genitoriali; Paterniti, F: Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali", *Rivista AIC*, 2021, 4, pp. 228-253; Ferri, G: "Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore.Introduzione", *Biolaw Journal*, 2021, 3, p. 7-11; Barba, V: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass., sez. un. 12193/2019", *Genius*, 2020, 2, p. 21.

10 Perlingieri, P: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 224; Id., *Stagioni del diritto civile*, ESI, Napoli, 2021, p. 85 ss.

11 L'espressione è utilizzata da Grasso, A. G: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 202 e ss., il quale descrive l'evoluzione della nozione di diritto pubblico internazionale.

12 Attenti studiosi della materia qui trattata sottolineano che l'idea che l'ordine pubblico internazionale dipenda da ciascuno Stato nazionale può essere conservata soltanto se si precisa che si assiste ad una forte attenuazione della natura esclusivamente statale del suo contenuto, sul punto vedi Barba, V.: "Ordine pubblico..", cit., p. 823.

pubblico non coincide con l'ordine pubblico interno, ma incarna i valori caratterizzanti dell'ordinamento e non comprende necessariamente tutte le norme imperative interne, ma solo quelle che sono espressione di principi identificativi della Repubblica e che ne inverano i valori fondamentali[13].

In Italia la legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita vieta espressamente l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie omosessuali ed impedisce in ogni caso la maternità surrogata, ossia la possibilità che la gestazione possa essere portata avanti da colei che non vuole e non sarà madre, sia che il materiale genetico sia proprio, sia di altri, fecondato in vitro e impiantato. Nell'ambito della Unione Europea se per un verso si registra una certa omogeneità sul divieto di maternità surrogata[14], per altro, invece, sulla disciplina dell'accesso alla fecondazione assistita da parte delle coppie omosessuali la regolamentazione si presenta molto variegata. Inoltre, recenti modifiche sono intervenute a favore di una maggiore apertura dei requisiti d'accesso in Francia e in Norvegia[15]. Anche tra la Spagna e l'Italia[16] vi è differenza tanto che moltissimi italiani hanno scelto di sottoporsi a trattamenti in centri spagnoli e ciò era ancora più frequente finché in Italia era impedita anche la fecondazione eterologa per le coppie eterosessuali. Questa diversificazione è frutto della scelta che ciascuno Stato sovrano ha fatto di vietare alcune condotte nell'aspirazione di tutelare i valori del proprio ordinamento[17], soprattutto la tutela dei minori, a cui deve essere assicurata la crescita in un ambiente familiare adeguato e che potrebbero diventare oggetto di traffici, e delle donne, che potrebbero decidere di sottoporsi a pratiche di maternità surrogata non solo, o meglio non sempre, per fini esclusivamente solidaristici. Le scelte restrittive operate dalla legge italiana (40/2004) si fondano, per un verso, sull'idea

13 Sul punto importante Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Diritto successioni famiglia*, 2019, 2, p. 337 ss; Perlingieri, G.: e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI; Napoli, 2019, p. 15 ss. e ivi bibliografia; Ferrando, G.: "I bambini, le loro mamme e gli strumenti di diritto", *GenIUS*, 2019, 1, p. 6 ss

14 I nuovi dati forniti a Euronews da Families Through Surrogacy, *www.familiesthrusurrogacy.com*, un'organizzazione no-profit australiana che fornisce consulenza a chi cerca soluzioni di maternità surrogata, dimostrano che la maternità surrogata è fortemente limitata in Europa.
Italia, Spagna, Francia e Germania sono tra i Paesi che vietano ogni forma di maternità surrogata. In Irlanda, Paesi Bassi, Belgio, Belgio e Repubblica Ceca, "non esiste una legislazione che riconosca la maternità surrogata e quindi - spiega Families Through Surrogacy - non c'è modo di trasferire la paternità ai genitori committenti".
Nel Regno Unito la maternità surrogata è legale ma limitata ai cittadini britannici ed è permessa solo a titolo gratuito (maternità surrogata altruistica). Il Portogallo consente la maternità surrogata altruista per le coppie eterosessuali con esigenze mediche.
L'Ucraina e la Russia hanno le leggi sulla maternità surrogata più permissive in Europa, permettendo alle persone - compresi gli stranieri - di pagare una madre surrogata per il suo servizio.

15 Vedi per esempio in Francia nel settembre 2021 è entrata in vigore la nuova legge, che modificando la precedente disciplina, permette l'accesso alle tecniche di PMA alle donne single ed alle donne omosessuali. In Norvegia dal 2020 è consentito l'accesso alle donne single.

16 In Spagna la legge 2006 n. 14. Sull'accesso alla fecondazione assistita da parte di una coppia di donne e sulle problematiche connesse al divieto di maternità surrogata in Spagna vedi de Verda y Beamonte, J R: *Persona umana e comunità familiare nell'esperienza giuridica spagnola,* Milano, 2020, p. 206 e ss.

17 Sovranità rimarcata anche dalla Corte di Giustizia Europea, vedi Corte Giustizia 28 agosto 2012 Costa e Pavan, *www.eur-lex.europa.eu.*

che la procreazione medicalmente assistita abbia una funzione terapeutica, come rimedio alla sterilità o infertilità derivante da patologie altrimenti non rimovibili e non già la funzione di realizzare il desiderio di genitorialità e/o di realizzare un diritto a procreare completamente rimesso alla autodeterminazione delle parti; per altro verso, sulla predilezione verso un modello familiare caratterizzato da genitori di sesso diverso in età potenzialmente fertile e viventi[18].

Queste scelte non sono discutibili in sede giudiziale nemmeno alla luce delle sentenze di incostituzionalità che hanno fatto cadere il divieto assoluto di fecondazione eterologa e nemmeno con i successivi orientamenti giurisprudenziali tesi alla salvaguardia del minore nato da tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate, come precisato dalla stessa Corte Costituzionale italiana. Essa in una sentenza recente[19] ha ribadito che la scelta di ricorrere alla PMA e di alterare le dinamiche naturalistiche del processo di procreazione apre scenari innovativi rispetto ai paradigmi tradizionali della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, rispetto ai quali la ponderazione di interessi e valori spetta al legislatore, che deve rendersi interprete della collettività nazionale. Dunque, l'ammissione delle coppie omosessuali all'accesso alle tecniche di PMA potrebbe avvenire soltanto mediante una nuova legge, dal momento che allo stato una simile apertura sconfesserebbe completamente la funzione attribuita alla legge 40. Per questa ragione la Corte costituzionale non potrebbe introdurre un simile accesso per il tramite di una pronuncia di costituzionalità. Nella sentenza è chiaramente sottolineato che il compito istituzionale della Corte Costituzionale è quello di verificare la congruità e legittimità del divieto in relazione all'impianto costituzionale interno ed al valore di tutela della persona. E nell'espletamento di tale compito, nella sentenza su citata, essa ha rigettato la questione di legittimità costituzionale affermando che la scelta legislativa non sia considerarsi «irrazionale e ingiustificata».

Ferma restando la legittimità del divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte delle coppie omosessuali, tuttavia, l'argomento di discussione a cui sia la giurisdizione che il legislatore non possono sottrarsi è l'effetto discriminatorio che siffatto divieto può avere sui nati e concepiti con PMA effettuate da coppie dello stesso sesso. Infatti, l'esistenza di molte coppie omosessuali che ricorrono a tecniche di procreazione medicalmente assistita nei paesi in cui non incontrano barriere all'accesso a questi trattamenti, fa si

18 Angelini, F.: *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità : la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 167 ss; Bucelli, A.: "Procreazione assistita e famiglia, *Produrre uomini*, 2005, University Press, Firenze, pp. 127-192.

19 Corte Cost., sentenza del 23 ottobre 2019 n. 221. www.dejure.it, la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12 commi 2,9,10 della L. 40 /2004 nella parte in cui rispettivamente limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole coppie di sesso diverso e sanzionano invece chiunque applichi dette tecniche a coppie dello stesso sesso.

che ciascun ordinamento si trovi poi di fronte alla necessità di regolare lo status filiationis dei nati. Le scelte del legislatore in questo ambito, infatti, non mancano di creare discriminazioni irragionevoli oppure esiti pregiudizievoli per i nati, i quali, incolpevoli delle modalità con cui sono venuti al mondo, scontano le scelte dei genitori. Ne consegue che le leggi chiamate a regolare il fenomeno procreativo non possono contravvenire o trascurare l'assetto di principi e valori espressi non soltanto dalla nostra Costituzione, soprattutto gli articoli 2 e 3 Cost., ma anche quelli espressi dalle fonti internazionali ed europee, prime tra tutte la Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176, gli artt. 8 e 14 della Convezione per salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 5 agosto 1955 e gli artt. 21 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo[20].

Sul punto assume particolare importanza la recente sentenza a sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione italiana[21]. Il caso riguardava una coppia genitoriale omosessuale che era ricorsa alla maternità surrogata in Canada e lì aveva ottenuto un provvedimento giurisdizionale con il quale era stato accertato il rapporto di genitorialità di entrambi i componenti la coppia con i minori nati con la tecnica suddetta. In Italia la coppia aveva impugnato il diniego opposto dall'ufficiale di stato civile di trascrivere il provvedimento che riconosceva la genitorialità di entrambi i componenti la coppia e non soltanto del genitore che aveva un legame biologico con i nati e quindi aveva chiesto all'autorità giurisdizionale competente di riconoscere efficacia nell'ordinamento interno italiano al provvedimento giurisdizionale emesso in Canada; la Corte di Appello di Trento aveva accolto la domanda per il riconoscimento. La decisione veniva impugnata[22] dinnanzi alla Corte di Cassazione. La Corte di legittimità tratteggia la nozione di ordine pubblico interno e internazionale evidenziandone il carattere unitario legato all'identità di un singolo Paese e, richiamando anche altri precedenti pronunce, assegna alla norma che proibisce in Italia la maternità surrogata la funzione essenziale di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. In maniera condivisibile, la Corte di legittimità supera la visione dell'ordine pubblico fortemente legata alla salvaguardia della coerenza interna dell'ordinamento ed apre ad una nozione di ordine pubblico da valutare alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione interna nonché quelli desumibili dai principi fondamentali consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti. Inoltre, precisa

20 Per questa ragione la Corte Costituzionale italiana è stata chiamata più a pronunciarsi sulla legittimità dell'impianto normativo esistente. Vedi tra le più importanti Corte Costituzionale, 18 dicembre 2017 n.272; *www.dejure.it.*; Corte Costituzionale, 04 novembre 2020 n.230, *ibidem*; Corte Costituzionale, 15novembre 2019 n.237, *ibidem*; Corte Costituzionale, 23 ottobre 2019 n.221, *ibidem*.

21 Cass. sezioni unite 8 maggio 2019 n. 12193, *www.dejure.it*.

22 La decisione veniva impugnata dalla Procura generale presso la Corte d'Appello di Trento.

che l'assetto di valori di un ordinamento si evince anche dall'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria che agiscono in una incessante opera di ricomposizione e sintesi dell'ordinamento. Secondo la Suprema Corte la tutela di interessi fondamentali sanciti dalle convenzioni internazionali - come per esempio la già richiamata Convenzione di New York o la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo - non esclude tuttavia che tali interessi debbano essere contemperati con altri valori essenziali ed irrinunciabili dell'ordinamento. Essa sottolinea come il bilanciamento di valori sulle tecniche di PMA riguardi temi eticamente sensibili dove il punto di equilibrio tra gli interessi in gioco spetta al legislatore. Ebbene, in Italia sulla pratica di maternità surrogata la legge ha posto un chiaro divieto. Quindi, la Suprema Corte enuncia il principio di diritto secondo cui il divieto di maternità surrogata previsto dalla L. 40 /2004 è qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali come la dignità umana della gestante e l'istituto della adozione, valori che secondo la Corte il legislatore ha ritenuto, non irragionevolmente, prevalenti sull'interesse del minore operando un bilanciamento al quale il giudice non può sostituire una propria valutazione. Di conseguenza, la Corte accoglie il ricorso e cassa la sentenza della Corte di Appello di Trento che aveva attribuito efficacia nell'ordinamento interno al provvedimento canadese che riconosceva la genitorialità anche al partner del genitore biologico e censura la decisione della Corte territoriale nella parte in cui esclude che il divieto di maternità surrogata costituisca un principio di ordine pubblico. Tuttavia, la Corte ritiene di non escludere completamente la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, infatti, afferma che un corretto bilanciamento degli interessi in gioco permette il ricorso ad altri strumenti giuridici come l'adozione in casi particolari ex art. 44 comma 1, lettera d) della L 184 del 1983.

In sostanza l'adozione in casi speciali viene indicata dagli ermellini come strumento capace di bilanciare gli interessi protetti[23]. Detto indirizzo interpretativo è confermato anche in sentenze più recenti della Suprema Corte di cassazione nelle quali si afferma che la tutela del miglior interesse del minore nato a seguito di PMA praticata da genitori dello stesso sesso resta presidiato dalla possibilità del ricorso alle adozioni in casi particolari ex art 44 comma 1 lettera d) della L. 184 del 1983[24].

23 Sull'ammissibilità dell'adozione in casi particolari (ex art. 44 comma 2 lettera d) L. 4 maggio 1983 n. 184) in caso di coppie omosessuali e unioni civili si rinvia alle osservazioni favorevoli presenti in Perlingieri, G: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi, *Rass. dir. civ.*, 2018, 1, p. 101-130.

24 In tal senso Cass. Sentenza 25 febbraio 2022 n. 6383, *www.dejure.it*; Cass. 4 aprile 2022 n. 10844, ibidem.

III. LA NASCITA DI UN FIGLIO MEDIANTE TECNICHE DI FECONDAZIONE ASSISTITA PROIBITE DALLA LEGISLAZIONE ITALIANA: GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA.

Di fronte a tale via indicata dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, la Corte Costituzionale si è espressa con pronunce assai ravvicinate, le quali in prima battuta ribadiscono la grave lacuna legislativa esistente nell'ordinamento italiano nel quale non sussistono strumenti giuridici adeguati alla tutela dei diritti dei bimbi nati con tecniche di procreazione medicalmente assistite non consentite in Italia, o perché vietate (come la gestazione per altri) o perché portate avanti da soggetti prive dei requisiti legali richiesti dalla legge 40 (per quel che qui interessa le coppie omosessuali), in seconda battuta nei limiti del compito istituzionale già sopra evidenziato cercano di superare alcuni limiti pregiudizievoli per i nuovi nati.

In particolare, ci si riferisce alle sentenze della Corte Costituzionale del 9 marzo 2022 n. 32 e 33[25], le quali intervengono sulla scelta indicata dalla Corte Suprema di Cassazione italiana, nella sentenza su richiamata, che ha prescelto come strumento di tutela dei minori nati da coppie omosessuali con tecniche vietate in Italia quello dell'adozione in casi speciali prevista dalla legge del 1983/184 e la sentenza 28 marzo 2022 n 79, con la quale ha accolto la questione di legittimità costituzionale della L. 184/1983 nella parte in cui non consente di estendere nelle adozioni speciali il legame parentale anche alla famiglia dell'adottante.

Nella prima sentenza[26], il caso riguardava due gemelle nate in Italia mediante PMA a cui si era sottoposta la madre biologica con il consenso della allora sua partner, la quale aveva condiviso con lei il progetto di PMA e si era presa cura delle bimbe come madre intenzionale, insieme alla made biologica; le due donne per quasi 5 anni avevano vissuto insieme nel medesimo contesto familiare, contribuendo entrambe alla cura educazione e mantenimento delle figlie. Cessata l'affectio coniugalis tra le donne, la madre intenzionale veniva estromessa dal rapporto e dalla cura delle figlie e per questo avviava domanda giudiziale dinnanzi al Tribunale di Padova per ottenere: i) l'autorizzazione ad essere inserita nell'atto dello stato civile come genitore delle gemelle, ai sensi dell'art. 8 della Legge 40/2004 per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa; ii) in subordine ad accertare il riconoscimento delle figlie ex art. 250 c.c.; iii) in via ulteriormente subordinata chiedeva la rettifica dell'atto di nascita nel quale si menzionava solo la

25 Corte Costituzionale del 9 marzo 2022 n. 32 e 33, *www.dejure.it*. Utili spunti di riflessione in Ruggeri, A: "La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore" (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021), *Consulta Online*, 1, 2021, 221 s.

26 Corte Costituzionale del 9 marzo 2022 n. 32, *www.dejure.it*. Con ordinanza del Tribunale di Padova veniva rimessa davanti alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della L 19 febbraio 2004 n. 40 (norme sulla procreazione medicalmente assistita) e dell'art. 250 c.c. in riferimento agli artt. 2,3,30 e 117 della Costituzione italiana, quest'ultima in relazione agli artt. 2,3,4,5,7,,8 e 9 della Convezione sui diritti del fanciullo di new York, agli artt. 8 e 14 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950.

madre biologica, aggiungendo anche la madre intenzionale per aver la stessa dato il suo consenso alla fecondazione eterologa. Nell'ordinanza di rimessione il problema viene sollevato in relazione a quelle disposizioni vigenti in Italia, le quali non consentirebbero ad una coppia dello stesso sesso di vedersi riconosciuto il ruolo genitoriale nei confronti del nato da tecniche di procreazione assistita eterologa. Inoltre, la peculiarità del caso in esame, faceva si che nessuno strumento potesse essere azionato a tutela del diritto alla bigenitorialità delle minorenni. Infatti, esse erano nate in Italia ed all'atto di nascita era stata indicata come unico genitore la madre biologica, pertanto non poteva operarsi la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero; la rottura del rapporto sentimentale tra le madri aveva portato la madre biologica a negare l'assenso all'adozione in casi speciali prevista dalla legge del 1983/184 impedendo in tal modo l'applicabilità di quello, che, come detto, sarebbe lo strumento di tutela dei minori nati da coppie omosessuali con tecniche vietate in Italia prescelto dalla Corte Suprema di Cassazione italiana. L'ordinanza evidenzia come di fronte alla situazione di fatto creatasi vi sia un gravissimo vuoto di tutela che contravviene ai principi costituzionali ed alle su richiamate fonti internazionali. Ciò anche in considerazione del parere reso dalla Cedu il 10 aprile 2019 ai sensi del Protocollo n. 16 della Corte EDU, il quale, ancorché non vincolante, afferma che l'assenza di riconoscimento di un legame tra il bimbo e la madre intenzionale lo pregiudica lasciandolo in una situazione di incertezza giuridica che lede la sua identità personale e sociale.

Nella motivazione della sentenza la Corte Costituzionale conferma la preoccupante lacuna dell'ordinamento italiano nel garantire la tutela dei minori e i loro migliori interessi in riferimento alla salvaguardia e permanenza di legami affettivi e familiari, anche se non biologici. La Corte costituzionale critica apertamente la soluzione suggerita dalla Suprema Corte che ha ritenuto applicabile un'interpretazione estensiva dell'art. 44 comma 1 lettera d) della legge 184 del 1983 in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico, ciò perché tale istituto crea un legame con il genitore intenzionale che non è pieno. Inoltre, l'istituto è limitato a specifiche ipotesi, tanto che nel caso deciso il diniego della madre biologica impediva all'applicazione dell'istituto lasciandole le gemelle prive di qualsivoglia diritto e/o azione a tutela dei loro diritti. Ciò nonostante la Corte Costituzionale rigetta la questione di legittimità in quanto ritiene di non poter porre rimedio al riscontrato vuoto di tutela, richiamando ancora una volta il legislatore ad individuare un ragionevole punto di equilibrio e conclude pronunciando: «l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia».

Nel medesimo giorno viene depositata la seconda sentenza [27]. Il caso riguardava un bambino nato in Canada da una donna che aveva acconsentito all'impianto di un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo italiano unito in matrimonio in Canada con un altro uomo pure italiano (unione registrata in Italia come unione civile) che aveva prestato il proprio consenso al progetto genitoriale. Al momento della nascita le autorità canadesi avevano formato l'atto di nascita indicando il solo padre biologico. I genitori avevano fatto ricorso alla Corte Suprema della British Columbia che aveva accolto la richiesta e rettificato l'atto di nascita. I due uomini avevano fatto analoga richiesta di rettifica allo stato civile italiano, ma la stessa veniva negata. Il diniego veniva impugnato e la Corte di Appello di Venezia accoglieva la domanda dei genitori, ma l'avvocatura di Stato impugnava dinnanzi alla Suprema Corte. Investita della questione la Suprema Corte adiva la Corte Costituzionale, la quale veniva, così, nuovamente posta dinnanzi all'interrogativo se il diritto vivente espresso dalle Sezioni Unite (2019/12193) sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate. Nella sentenza si evidenzia che l'interesse di un bambino accudito fin dalla nascita da una coppia che ha deciso e condiviso di farlo è quello di ottenere un pieno e celere riconoscimento anche giuridico di tale situazione fatto, prima di tutto perché questi legami sono parte integrante dell'identità stessa del minore e lo collocano in una comunità di affetti. La Corte mette quindi in luce l'aspetto identitario della tutela invocata, tuttavia, avverte che la preminenza dell'interesse del minore non esclude che esso si trovi pur sempre in un rapporto di integrazione reciproca con gli altri diritti fondamentali della Costituzione, perché se così non fosse tale interesse diventerebbe «tiranno» nei confronti di altre situazioni costituzionalmente protette. Dunque, alla luce del principio di proporzionalità gli interessi del minore dovranno essere bilanciati con lo scopo legittimo di disincentivare le pratiche di maternità surrogata, ma, ancora una volta, si ribadisce che solo il legislatore può adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela dei figli nati da tali pratiche vietate e lo richiama in maniera assai risoluta e severa a svolgere tale ruolo. Pertanto, la Corte conclude rigettando la questione di legittimità.

Dalla lettura delle suddette sentenze, ferma restando la scelta legislativa di vietare la maternità surrogata perché in contrasto con la tutela della dignità della donna, sembra che la Corte costituzionale solleciti comunque verso

27 Corte Costituzionale del 9 marzo 2022 n. 33, *www.dejure.it*. Con ordinanza della Corte di cassazione è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 comma 6 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, dell'art. 64 comma 1 lettera g della legge 31 maggio 1995 n. 218 (diritto provato internazionale) e dell'art. 18 del DPR 3 novembre 2000 n. 396 (ordinamento stato civile) nella parte in cui non consentono secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo per contrasto all'ordine pubblico il provvedimento straniero in cui sia indicato come genitore , colui che abbia dato il consenso alla pratica di maternità surrogata, intendendo assumere il ruolo di genitore d'intenzione non biologico. Per un commento sull'ordinanza di rimessione vedi Ferrando G: "I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte Costituzionale" (Nota a ordinanza Cass. Civ. 29 aprile 2020 n. 8325), *Famiglia e diritto*, 2020, 7, p. 685 ss.

un'interpretazione del caso concreto, nel senso che il bilanciamento tra gli interessi dei minori e quelli della gestante, soprattutto al fine di evitare effetti discriminatori a danno dei figli, non sia esclusivamente quello operato una volta e per sempre dal legislatore, ma quello che nella specifica fattispecie realizzi al meglio i valori di dignità della donna e tutela del minore.

Infine, nella terza pronuncia richiamata del 28 marzo 2022 n 79, la Corte Costituzionale ha pronunciato una sentenza di accoglimento di legittimità costituzionale[28]. Il caso riguardava un genitore che aveva chiesto l'adozione della figlia biologica del proprio partner al quale era unito civilmente (per aver trascritto come unione civile il matrimonio contratto all'estero) e con il quale aveva condiviso il percorso di procreazione medicalmente assistita che aveva portato alla nascita della figlia di cui chiedeva l'adozione ex art. 44 comma 1 lettera d) della legge 184/1983 nonchè l'instaurazione dei rapporti civili della minore anche con i propri parenti. Il Tribunale per i minorenni sollevava la questione di legittimità perché riteneva di poter accogliere la richiesta di adozione in casi speciali alla luce della interpretazione offerta dalla Suprema Corte[29] che consente al componente della coppia dello stesso sesso di ricorrere all'adozione in casi speciali ex art. 44 comma 1 lettera d) della figlia biologica del partner, ma riteneva di non poter accogliere la ulteriore richiesta di riconoscere i legami parentali con il resto della famiglia dell'adottante, con esito in tal guisa pregiudizievole e discriminatorio rispetto per la figlia. Investita della questione, la Corte Costituzionale nella motivazione della sentenza ripercorre l'evoluzione della suddetta norma in tema di adozione in casi speciali evocandone i suoi tratti di istituto marginale nella iniziale intenzione del legislatore che in ipotesi tipizzate e marginali consente di accedere all'istituto dell'adozione pur senza la sussistenza di uno stato di abbandono. Tratti che però sono stati significativamente modificati allargandone l'applicazione per esempio a tutti quei casi in cui i genitori non siano nelle condizioni di poter prendersi cura del figlio, il quale tramite l'adozione in casi particolari può evitare il succedersi di affidamenti temporanei o ricoveri presso case famiglia o altri istituti e può godere del sostegno duraturo di una famiglia disposto ad accoglierlo senza rescindere il legame con la famiglia d'origine; ciò ha portato anche all'elaborazione della figura della c.d. adozione mite[30]. Tratti, poi, ulteriormente modificati dalla già più volte

28 Corte Cost., sentenza 28 marzo 2022 n 79, *www.dejure.it.* Con ordinanza del 26 luglio 2021 il Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna, sede Bologna, sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983 n. 184 (diritto del minore ad una famiglia) in riferimento agli artt. 3,31 e 117 primo comma della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU firmata a Roma il 4 novembre 1950, nella parte in cui stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

29 Nella sentenza più volte citata Cass. sezioni unite 8 maggio 2019 n. 12913

30 Rovacchi, M.: *Le adozioni in casi particolari : adozione nazionale e internazionale da parte dei single; rapporti con la famiglia di origine; adozione da parte di coppie dello stesso sesso; procedimento: domanda istruttoria, impugnazione, revoca; adozione mite nella prassi e nella giurisprudenza; il diritto alla continuità affettiva*, Giuffrè, Milano, 2016; Mendola, A.: "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. "mite"" (Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezione I 25 gennaio 2021, n. 1476; decreto Corte di appello Cagliari 16 aprile 2021; sentenza Corte suprema di Cassazione civile sezioni unite 31

citata sentenza della Cassazione del 2019/12913 che individua in questo strumento (ex art. 44 comma 1 L. 184/1983) quello idoneo a dare riconoscimento giuridico alle situazioni giuridiche in cui vi sia una relazione affettiva del minore con il partner del genitore biologico quando questi sia impossibilitato ad adottarlo, come per esempio nel caso del partner dello stesso sesso. Questo fenomeno evolutivo del diritto vivente, l'attenzione per l'interesse del minore nonché la valorizzazione dei legami parentali espressa dal legislatore nella riforma dello status di figlio del 2012 induce la Corte Costituzionale ad accogliere la questione di legittimità sottolineando come nei casi in cui sia lo stesso legislatore ad affiancare il vincolo di filiazione giuridica a quello di sangue non estinguendo il rapporto con la famiglia d'origine, allora «l'unicità della famiglia si tramuta in un dogma, che tradisce il retaggio di una logica di appartenenza in via esclusiva».

Quindi, con detta sentenza rimuove uno dei limiti che l'istituto della adozione in casi speciali aveva per le coppie omosessuali, assicurando in tal modo l'inserimento anche nella famiglia del coniuge adottante.

IV. UNA RECENTE GIURISPRUDENZA DI MERITO DEL TRIBUNALE DI MILANO: IL CASO E IL PERCORSO MOTIVAZIONALE.

Sulla base di questo scenario giurisprudenziale, alcuni Tribunali di merito hanno ritenuto di modificare il proprio orientamento proponendo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 8 l. n. 40/2004 la quale possa consentire, in assenza dell'auspicato intervento del legislatore, la trascrizione dell'atto di nascita originario formato all'estero del minore figlio di coppia omosessuale con l'indicazione di entrambi i suoi genitori. Assai significativa appare la vicenda decisa in una sentenza dal Tribunale di Milano[31] che riguarda una coppia omosessuale che è stata residente prima a New York, poi a Milano, poi in Florida e che per motivi di lavoro viveva tra la Florida e Milano. I due uomini X (cittadino statunitense) e Y (cittadino italiano), coniugati a seguito di matrimonio contratto nello Stato di New York e trascritto anche nel registro dello stato civile del Comune di Milano, avevano fatto ricorso nello Stato della Pennsylvania alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri - ivi regolarmente ammessa - ed avevano così un bimbo del quale veniva attestata la nascita con certificato formato

marzo 2021, n. 9006), *Foro it*., 2021, 6, p. 2122 – 2127; Thiene, A.: "Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. i legami familiari narrati con lessico europeo" (Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezione I 13 febbraio 2020, n. 3643), *Famiglia e diritto*, 2020, 11, p. 1067 – 1076. In giurisprudenza tra le più recenti vedi Cass., 1 luglio 2022, n.21024, *www.dejure.it*; Cass. 22 novembre 21 n. 35840, *ibidem*, nella quale si afferma che nel nostro ordinamento oltre all'adozione c.d. piena o legittimante, costitutiva di un rapporto sostitutivo di quello di sangue con definitivo ed esclusivo inserimento del minore in una nuova famiglia, è prevista l'adozione c.d. mite, avente il proprio fondamento normativo nell'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983, costitutiva di un vincolo di filiazione giuridica che si sovrappone a quello di sangue senza estinguere il rapporto del minore con la famiglia di origine, ma attribuendo l'esercizio della responsabilità genitoriale all'adottante.

31 Tribunale Milano, 23 settembre 2021, *www.dejure.it*.

negli USA nei quali venivano indicati entrambi come genitori. Poco dopo il parto il padre biologico si era trasferito a Milano per ragioni lavorative, mentre il padre intenzionale era rimasto in Florida con il minore. Intervenuta nel frattempo l'emergenza sanitaria per l'epidemia da Covid-19, una volta cessato il c.d. lock-down in Italia i genitori intendevano riunire la famiglia a Milano, ma non ottenevano dal Consolato italiano il passaporto per il minore (cittadino statunitense per lo ius soli), poiché il Consolato riteneva che il minore non fosse cittadino anche italiano in ragione della assenza di legame biologico tra il minore e l'unico genitore munito di cittadinanza italiana. Per questo motivo la coppia richiedeva all'Ufficiale di stato civile di Milano la trascrizione dell'atto di nascita del minore, trascrizione che veniva rifiutata. Di conseguenza essi sono ricorsi in via cautelare dinnanzi al Tribunale di Milano per impugnare il diniego dell'Ufficiale dello Stato civile del Comune di Milano alla trascrizione del suddetto atto di nascita per contrarietà all'ordine pubblico.

Il Tribunale adito non riteneva sussistere i motivi d'urgenza e disponeva la trattazione del giudizio secondo il rito ordinario, successivamente la causa veniva sospesa per la pendenza della decisione della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale sull'art. 12 comma 6 della L. 40, dell'art. 18 DPR 396/2000 e 64 comma 1 L218/1995. All'esito della pronuncia della sentenza della Corte Costituzionale con la sentenza n. 33/2021 il giudizio veniva riassunto e i ricorrenti insistevano nella richiesta in via principale di accertare l'illegittimità del provvedimento di rigetto dell'Ufficiale dello stato civile del Comune di Milano e di conseguenza di ordinare al Sindaco del Comune di Milano, quale Ufficiale dello stato civile, di trascrivere integralmente nei registri dello stato civile l'atto di nascita del minore nato in York (Stato della Pennsylvania, Stati Uniti d'America), atto redatto dall'Ufficiale dello stato civile del Commonwealth della Pennsylvania[32]. Il Tribunale di Milano accoglieva la domanda principale dei ricorrenti ordinando all'Ufficiale dello stato civile del Comune di Milano di trascrivere integralmente nei registri dello stato civile l'atto di nascita del minore nato in York (Stato della Pennsylvania, Stati Uniti d'America) con indicazione quali genitori di X e Y.

Il Tribunale di Milano con la decisione in commento muta nuovamente il proprio orientamento giurisprudenziale. Infatti, sulla base della sentenza pronunciata a sezioni unite nel 2019 dalla Suprema Corte (Cass. n. 12193/2019) in suddette fattispecie i giudici meneghini avevano iniziato a rigettare le richieste di trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, censurando in tal modo la condotta del

32 I ricorrenti formulavano in via subordinata anche un'ulteriore richiesta, qui riportata per completezza del caso, ma non di interesse ai fini del presente commento, ossia la richiesta di accertare l'illegittimità della trascrizione nel registro atti di nascita della sentenza di adozione coparentale (step-child adoption judgment) nel frattempo ottenuta dalla coppia in Florida quale adozione che produce in Italia gli effetti minori di cui all'adozione ex art. 44, legge n. 184/1983, affinché risultasse il provvedimento attributivo dello stato di figlio di pieno diritto e conseguentemente rettificare l'annotazione sull'atto di nascita del minore adottato.

Comune milanese propenso a registrare tali atti. Alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n.33/2021 il medesimo Tribunale ritiene invece di poter operare una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 L. 2004/40 a tutela del prevalente interesse del minore, accogliendo la richiesta formulata dai ricorrenti di trascrivere l'atto di nascita del minore nato da procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri, regolarmente effettuata all'estero.

Il ragionamento seguito dal Tribunale tiene conto proprio delle ultime sentenze della Corte Costituzionale (32 e 33 del 2021) nonché del parere della Corte Europea dei Diritto dell'Uomo ed afferma in maniera molto decisa che «vertendosi in tema di diritti da attribuire ad un soggetto minore d'età, la loro tutela non può essere sospesa a tempo indeterminato, nell'attesa che il legislatore vari la normativa atta a consentire il riconoscimento giuridico del legame di fatto esistente tra il minore e coloro che ne hanno voluto la nascita, si occupano di loro sotto il profilo morale e materiale e costituiscono il suo stabile riferimento affettivo nell'ambito del medesimo nucleo familiare». Il Tribunale ritiene di superare il problema della contrarietà della violazione del divieto di maternità surrogata all'ordine pubblico poiché nel caso di specie, sulla base della documentazione in atti, ha escluso che vi sia stata una concreta lesione della dignità della gestante, infatti la donna risultava rappresentata da un avvocato ed aveva liberamente e pienamente espresso anche dinnanzi ad un giudice il suo consenso prima e dopo il parto ribadendo la volontà di non voler essere madre del nato. Dunque, non concretandosi alcuna lesione della dignità della madre la cui tutela può prevalere sui diritti del nato, per il Tribunale milanese si rende manifesta la necessità di garantire invece la tutela dei diritti del nato ad essere mantenuto educato e istruito e assistito moralmente ed economicamente da entrambi coloro che di fatto sono suoi genitori.

Il Tribunale meneghino rimuove in tal modo un ostacolo alla piena e libera espressione del nucleo familiare di fatto esistente, luogo di affetti sviluppo e promozione della personalità dei minori e bilancia i valori normativi fondamentali in gioco: quello della dignità della gestante e quello del minore avendo riguardo alla specificità del caso concreto. Ciò sembra aderente a quanto evidenziato dalla dottrina[33], secondo la quale l'attività di bilanciamento non è di competenza esclusiva del legislatore, come invece sembra assumere la Suprema Corte nella sentenza più volte richiamata[34], ma è compiuta anche dall'interprete nel momento applicativo della norma.

33 Perlingieri, G.: "Ordine pubblico…..", *cit.,* p. 341 ss; Id., "La fallacia dei luoghi comuni", *Rass dir civ,* 2018, p. 1492; Perlingieri, P.: *Stagioni del diritto civile*, ESI, Napoli, 2021, p. 51 e ss. L'autore sottolinea che: «L'attività interpretativa comporta un bilanciamento di interessi e di valori nel tentativo di ricercare "il miglior diritto possibile" rispetto al caso concreto» (p. 56)

34 Cass. 8 maggio 2019 n. 12193

V. IL PROGRESSIVO SUPERAMENTO DELLA PREVALENZA DEL GENITORE BIOLOGICO SUL GENITORE INTENZIONALE, L'IMPORTANZA DEL PROGETTO GENITORIALE.

Dunque, sembra definitivamente tramontare il principio secondo cui il rapporto di filiazione sarebbe ancorato al rapporto biologico tra il nato ed i genitori[35]. Nel percorso che la coppia intraprende per accedere alle tecniche di riproduzione umana: a partire dall'identificazione di una problematica di infertilità fino alla presa in carico in strutture specializzate, l'elemento senz'altro centrale è il progetto genitoriale. L'intero trattamento terapeutico infatti è stato finalizzato alla realizzazione della volontà riproduttiva della coppia che intende concretizzare l'aspirazione di essere genitori e di creare una propria discendenza. Questo fa si che il consenso al trattamento terapeutico assuma una portata giuridica diversa e ben più ampia rispetto a al consenso per qualsiasi altro trattamento terapeutico[36]. L'importanza e la necessità di tutelare il progetto genitoriale - che si realizza con le tecniche di riproduzione umana- non possono del tutto essere ignorate nel caso di coppie che siano ricorse a tecniche di PMA all'estero. Appare anacronistico fuorviare la discussione su un preteso diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali, come a sottintendere una scelta capricciosa di chi vuole dei figli pur non essendo nelle condizioni fisiche naturali per farlo perché unito con persona del medesimo sesso. Il punto ineludibile, che la Corte Costituzionale ha espresso a gran voce (si ricordi il monito che sarebbe intollerabile una protrazione dell'inerzia legislativa), è quello dei diritti dei figli nati con tecniche di PMA da genitori omosessuali. E se si guarda alla vicenda da questo punto di osservazione un ordinamento fondato sui valori di tutela della dignità della persona e salvaguardia del minore non può lasciare senza tutela questi minori, non può trasformarli in bambini senza diritti, emblema della punizione inflitta dall'ordinamento ai loro genitori per non aver rispettato le regole.

Ad oggi, il quadro normativo così delineato dal dialogo tra le Corti pur lasciando ancora alcuni vuoti, tuttavia offre una soluzione ai figli delle coppie omosessuali. In questo dialogo il silenzio del legislatore italiano è davvero assordante e imbarazzante e forse per questo la Corte Costituzionale chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale delle norme in tema di adozioni speciali

35 Sul punto interessanti spunti in Nazzaro, A.C.: "Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative", *Diritto successioni famiglia*, 2017, 3, pp. 864 ss.; Del Prato, E.: "La scelta come strumento giuridico di filiazione?", *Familia*, 2001, pp. 1035 ss.

36 Il medico intraprende con la coppia un dialogo informativo che sulla base dell'art. 6 della Legge 40 non si limita alle informazioni tradizionalmente connesse alla somministrazione di cure sanitarie, ma si estende ai problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari, ma anche psicologici connessi proprio alle aspettative genitoriali che vengono in gioco, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate.

ha inteso adeguare detta disciplina alla finalità assegnatagli dalla Suprema Corte di Cassazione di strumento utile per la tutela dei bimbi nati da tecniche di PMA vietate in Italia, consentendo loro di essere inseriti anche nei vincoli di parentela del genitore adottivo, superando in tal modo uno dei limiti che della norma che discriminava i figli di coppie omossessuali.

L'equilibrio tra diritto e scienza è in continua evoluzione, come pure il senso del limite all'agire umano. Ed è per questo che le questioni che riguardano il c.d. biodiritto sono assai sensibili alle spinte culturali, religiose, scientifiche e tecnologiche; il luogo di convergenza di queste spinte sono principalmente le aule giudiziarie dove le istanze convergono in prima battuta ed esigono risposta; il divieto di non liquet fa si che il giudice debba comunque "inventare"[37] ossia rinvenire nella complessità dell'ordinamento una soluzione del caso concreto che sia coerente con i valori dell'ordinamento e che sia in grado di salvaguardare gli interessi costituzionalmente garantiti. Tale dovere irrinunciabile del giudice lo porta a contribuire alla creazione del diritto, ma non già in un'ottica di usurpazione del potere normativo bensì in un'ottica di interpretazione che estrae dall'ordinamento tutte le sue potenzialità[38].

37 Grossi, P.: "La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici", Cortecostituzionale.it

38 Sull'argomento vedi recente D'Aloia, A: *Il diritto e l'incerto del mestiere di vivere*, Cedam, Milano 2021, p. 11 e ss. ed ivi bibliografia con puntuali richiami ai principali studi sulla interpretazione della legge. Nazzaro, A.C.: "Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia", *Rivista AIC*, 2018, 1, pp. 1-13;

BIBLIOGRAFÍA

Alpa, G.: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2016, 12 , pp. 1718 e ss.

Angelini, F.: *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità : la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

Barba, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass., sez. un. 12193/2019", *Genius*, 2020, 2, p. 21.

Bianca, M.: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", *giudicedonna.it*, 2016, 2.

Bucelli, A.: "Procreazione assistita e famiglia, *Produrre uomini*, 2005, University Press, Firenze, pp. 127-192.

Calò, E.: *Le unioni civili in Italia*, ESI; Napoli, 2016.

Casaburi, G.: "Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella L. 20 maggio 2016, n. 76", *Foro it.*, 2016, I, 1, c. 2246 e ss.

Chiappetta G.: (a cura di), *Lo Stato unico di Figlio*, Atti del convegno SISDiC Cosenza 29 novembre 2013, Napoli, 2014.

Clarizia, O.: "Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità e conservazione dello stato di figlio in séguito a violazione del divieto di maternità surrogata" (nota a Corte Costituzionale 19 dicembre 2017, n. 272), *Il foro napoletano,* 2018, 1, pp. 244 ss.

D'Aloia, A.: *Il diritto e l'incerto del mestiere di vivere*, Cedam, Milano, 2021.

D'Auria, M.: "Informazione e consensi nella procreazione assistita", *Familia*, 2005, 6, pp. 1005 e ss.

De Verda y Beamonte, J. R.: *Persona umana e comunità familiare nell'esperienza giuridica spagnola,* Milano, 2020.

Del Prato, E.: "La scelta come strumento giuridico di filiazione?", *Familia*, 2001, pp. 1035 ss.

Dell'Osta, L e Spadaro, G.: *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Giuffrè, Milano, 2016.

Faccioli, M.: "Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo", *Persona e mercato*, 2021, 2, pp. 361 ss.

Ferrando G.: "I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte Costituzionale" (Nota a ordinanza Cass. Civ. 29 aprile 2020 n. 8325), *Famiglia e diritto*, 2020, 7, pp. 685 ss.

Ferrando, G.: "I bambini, le loro mamme e gli strumenti di diritto", *GenIUS*, 2019, 1, pp. 6 ss.

Ferrando, G.: "Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 3, pp. 649 ss.

Ferrando, G.: "Unioni civili e disciplina delle convivenze art. 1 comma 20", *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (a cura di Salvatore Patti), Zanichelli, Torino, 2020, pp. 284 ss.

Ferrando, G.: "Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari", *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 952 e ss.

Ferri, G.: "Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Introduzione", *Biolaw Journal*, 2021, 3, pp. 7-11.

Grasso, A. G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022.

Grossi, P.: "La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici", Cortecostituzionale.it.

Mantovani M.: "Lo stato di figlio (artt. 231-249)", *Il codice civile commentato* (fondato e già diretto da Piero Schelisinger continuato da Francesco Busnelli e Giulio Ponzanelli) Giuffrè, Milano, 2022.

Mendola, A.: "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. "mite"" (Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezione I 25 gennaio 2021, n. 1476; decreto Corte di appello Cagliari 16 aprile 2021; sentenza Corte suprema di Cassazione civile sezioni unite 31 marzo 2021, n. 9006), *Foro it.*, 2021, 6, pp. 2122-2127.

Meola, F.: "Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, commi 1 e 6, commi 1 e 3 della legge n. 40/2004", *Biolaw Journal*, 2021, 1, pp. 75 e ss.

Nazzaro, A.C.: "Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia", *Rivista AIC*, 2018, 1, pp. 1-13.

Nazzaro, A.C.: "Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative", *Diritto successioni famiglia*, 2017, 3, pp. 864 ss.

Orestano, A.: "Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione", (Nota a ordinanza Tribunale civile Perugia 28 novembre 2020), *Giurisprudenza italiana*, 2021, 12, pp. 2613-2621.

Paterniti, F.: Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali", *Rivista AIC*, 2021, 4, pp. 228-253.

Perlingieri, G e Zarra, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI; Napoli, 2019.

Perlingieri, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi, *Rass. dir. civ.*, 2018, 1, pp. 101-130.

Perlingieri, G.: "La fallacia dei luoghi comuni", *Rass dir civ*, 2018, p. 1492.

Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Diritto successioni famiglia*, 2019, 2, pp. 337 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

Perlingieri, P.: *Stagioni del diritto civile*, ESI, Napoli, 2021.

Rovacchi, M.: *Le adozioni in casi particolari : adozione nazionale e internazionale da parte dei single; rapporti con la famiglia di origine; adozione da parte di coppie dello stesso sesso; procedimento: domanda istruttoria, impugnazione, revoca; adozione mite nella prassi e nella giurisprudenza; il diritto alla continuità affettiva*, Giuffrè, Milano, 2016.

Ruggeri, A.: "La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore" (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021), *Consulta Online*, 1, 2021, 221 s.

Sassi, A.: "Filiazione intenzionale e interesse allo status", *Diritto successioni famiglia*, 2018, 2, pp. 531 ss.

Sesta, M.: "La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", *Famiglia e diritto*, 2016, 10, pp. 881-888.

THIENE, A.: "Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. i legami familiari narrati con lessico europeo" (Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezione I 13 febbraio 2020, n. 3643), *Famiglia e diritto*, 2020, 11, pp. 1067-1076.

TRIMARCHI, M.: "Unioni civili e disciplina delle convivenze", in AA.VV.: *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (a cura di SALVATORE PATTI), Zanichelli, Torino, 2020, pp. 2-17.

LA "CONTRATTUALIZZAZIONE" DELLE RELAZIONI FAMILIARI

THE "CONTRACTUALIZATION" OF FAMILY RELATIONSHIPS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 826-851

Angela
MENDOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: È ormai sempre più diffusa la tendenza volta a discorrere di una "genitorialità che si materializza in un contratto", prospettandosi una trasposizione dello status filiationis dal campo naturalistico a quello negoziale che, se sembra aprire rilevanti spazi di autonomia, rischia nondimeno di patire soluzioni artificiose, non in linea con la salvaguardia dei delicati interessi e valori ivi riscontrabili. Di qui, la necessità e l'urgenza di regole che scongiurino il rischio della "contrattualizzazione" del rapporto di filiazione. La progressiva e sempre più inarrestabile espansione dell'autonomia privata deve essere, infatti, bilanciata dall'emersione di un ulteriore strumento di controllo della libertà contrattuale, quale risulta essere il principio della dignità della persona volto ad integrare quelli già consolidati di libertà, eguaglianza e solidarietà.

PALABRAS CLAVE: Autonomia privata; contratto; rapporto di filiazione; genitorialità.

ABSTRACT: *The tendency to talk about a "parenthood that materializes in a contract" is now increasingly widespread, with the prospected transposition of the "status filiationis" from the naturalistic field to the negotiation one, which, if it seems to open up significant spaces of autonomy, nevertheless risks suffering artificial solutions, not in line with the protection of the delicate interests and values found there. Hence the need and urgency of rules that avert the risk of the "contractualization" of the parentage relationship. The progressive and increasingly unstoppable expansion of private autonomy must be balanced, indeed, by the emergence of a further instrument for controlling contractual freedom, which is the principle of the dignity of the person, aimed at integrating the already consolidated ones of freedom, equality and solidarity.*

KEY WORDS: *Private autonomy; contract; parentage relationship; parenthood.*

SUMARIO.- I. ILLICEITÀ E IMMERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO DI MATERNITÀ SURROGATA. 1. Divieto di gestazione per altri, stato di figlio formato all'estero e cc.dd. controlimiti. 2. I diritti successori del nato da madre surrogata e la tutela della dignità della gestante. II. LA NON INCIDENZA DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE NEI RAPPORTI FAMILIARI. 1. Convenzioni prematrimoniali e indisponibilità della filiazione.

I. ILLICEITÀ E IMMERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO DI MATERNITÀ SURROGATA.

Il diritto di famiglia, come noto, è stato sempre ritenuto impermeabile all'autonomia dei privati, tanto che ci si è chiesti se una materia in cui la posizione di una persona discende dal suo status possa essere disciplinata mediante un contratto[1]. Quando si pensa, ad esempio, ad una possibile relazione tra contratto e filiazione viene immediatamente alla mente il delicato fenomeno della c.d. gestazione per altri[2]. Dal punto di vista civilistico è ben noto che il contratto di maternità surrogata sia nullo, per illiceità della causa (*ex* art. 1343 c.c.), per contrarietà alla legge[3], all'ordine pubblico, nonché al buon costume e, nel caso in cui esso sia diretto ad eludere le norme sull'adozione, perché in frode alla legge (art. 1344 c.c.). La nullità del negozio in questione procede anzitutto dal combinato disposto degli artt. 1418, comma II, 1325 e 1346 c.c., per difetto dei requisiti della possibilità e della liceità non potendo costituire oggetto di un atto di autonomia privata le parti del corpo - non essendo beni in senso giuridico - né il nascituro, vigendone un'"extrapatrimonialità"[4]. Sono, peraltro, violati i principi sanciti dagli

1 Cfr., in questo senso, la ricostruzione di Patti, S.: "La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia", *Fam. pers. succ.*, 2005, 3-4, p. 197, per il quale conviene anzitutto verificare se può parlarsi di una tendenza generale «*From Status to Contract*». Cfr. Rossi Carleo, L.: "*Status* e contratto nel mosaico della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2016, 1, p. 235 che rinviene una correlazione in termini di complementarietà fra *status* e contratto "considerati come modi e strumenti atti a coniugare istanze di ordine e di libertà nel diritto di famiglia, la cui specialità sussiste solo in presenza di regole volte ad armonizzare queste diverse istanze".

2 Il fenomeno della surroga di maternità si estrinseca nella contrattazione, a titolo oneroso ovvero gratuito, avente ad oggetto l'obbligo assunto da una donna di provvedere alla gestazione e al parto per conto di una coppia sterile committente. Si è soliti individuare due distinte ipotesi ovverosia la "surrogazione per sola gestazione" e la "surrogazione per concepimento e gestazione" che si hanno nei casi, rispettivamente, di solo accoglimento in grembo dell'embrione ovvero di contribuzione alla gestazione.

3 Con riguardo alla prole procreata per effetto del ricorso alla maternità surrogata, Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Eur. e dir. priv.*, 2017, 3, p. 952 ss., parla, infatti, di "filiazione illegale", perché ottenuta "per mezzo di pratiche non consentite dalla legge".

4 In questo senso, l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato "Diritto all'integrità della persona", al punto n. 2 lett. c) prescrive il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro. Cfr. Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile del 1997 per cui, all'art. 21, "il corpo umano e le sue parti non devono, in quanto tali, essere fonte di profitto". Cfr. Resta, G: "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità" (note a margine della Carta dei diritti), *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, p. 808 per cui "il corpo, le sue parti e le sue informazioni tendono prevalentemente ad incanalarsi lungo i binari della *market-inalienability*".

• Angela Mendola
Professore a contratto di diritto privato, Università degli studi di Salerno. Email: amendola@unisa.it.

artt. 2, 29, 30 e 31 Cost., nonché le norme in materia di filiazione, famiglia e adozione.

Per giunta, il contratto di surrogazione di maternità integra una fattispecie contrattuale atipica che non supera lo sbarramento del controllo in positivo, costituito dalla meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, ravvisandosi un'evidente difformità con le disposizioni in difesa della persona umana in connessione con la certezza del relativo *status* di filiazione nonché con i rapporti familiari. La liceità e la meritevolezza del detto contratto, ancor prima che col divieto di cui alla L. n. 40/2004, erano, infatti, misurate con l'istanza di tutelare la dignità umana della gestante[5].

Come in altre ipotesi[6], il sistema giuridico impone, tuttavia, un bilanciamento dei diritti sistematicamente correlati, degli interessi e dei valori in collisione: dei quali, cioè, si esige una ponderazione, non determinata a priori, ma da compiersi in relazione agli elementi della fattispecie concreta. Ciò che rileva, al fine di verificare la violazione o meno dell'ordine pubblico, è, infatti, l'effetto prodottosi, vale a dire se esso sia o meno inaccettabile, in quanto incompatibile con i principi collocati alla base dell'ordinamento giuridico[7]. Nella "gestazione per altri", segnatamente, la lesione della dignità della gestante, concretizzatasi con la conclusione del contratto di maternità surrogata, va, quindi, inderogabilmente bilanciata con la violazione dell'interesse del minore, che si invera ex post[8], ovvero nella sottrazione dello

5 Sul rapporto tra la maternità di sostituzione ed il principio costituzionale di dignità umana, cfr. Corti, I.: "La maternità per sostituzione", Giuffrè, Milano, 2000, p. 33 ss. Cfr. Busnelli, F.D.: "Quali regole per la procreazione assistita?", *Riv. dir. civ.*, 1996, 1, p. 570 ss.

6 Ad esempio, per l'art. 4, legge n. 194/1978, l'interruzione volontaria della gravidanza può avvenire esclusivamente a determinate condizioni, cioè entro i primi novanta giorni e sempre che la donna accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza stessa, il parto o la maternità possano arrecarle un serio pericolo per il suo stato di salute, per le sue condizioni economiche o familiari, per le circostanze in cui è avvenuto il concepimento ovvero, ancora, per gravi anomalie o malformazioni del concepito. Come noto, Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, *Foro it.*, 1975, cc. 515 ss. ha affermato che nel bilanciamento tra il "diritto a venire al mondo" del nascituro (quale si desume dagli artt. 2 e 31 Cost.) e l'altro, distinto, alla tutela del benessere fisio-psichico della madre (art. 32 cost.), è quest'ultimo a imporsi dal momento che "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute propria di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare". Rilevante, in argomento, risulta il rinvio alla recente pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti del 24 giugno 2022 - *Dobbs c. Jackson Women's Health Organization* (No. 19–1392. *Argued December* 1, 2021), in *www.supremecourt.gov* ove, in applicazione della dottrina dell'*original intent*, si nega il diritto della donna ad abortire atteso che "la Costituzione degli Stati Uniti non fa alcun riferimento all'aborto e nessun diritto del genere è implicitamente protetto da alcuna disposizione", ribaltandosi la storica sentenza *Roe c. Wade,* del 22 gennaio 1973, che, invece, a fronte di una interpretazione evolutiva della carta costituzionale, riconosceva il diritto costituzionale della donna all'aborto, legalizzandolo.

7 Irti, C.: "Digressioni attorno al mutevole 'concetto' di ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, p. 484.

8 Osserva Ballarani, G.: "La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore, (tra norme e principi)", in "Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità", Atti del 13° Convegno Nazionale SISIDC, 3-4-5 maggio 2018, a cura di Perlingieri, P., Giova, S., Esi, Napoli, 2019, p. 366, come, in materia, l'interesse del minore assuma carattere "intrinsecamente secondario e a scopo assertivamente rimediale, valutandosi esclusivamente *ex post*, a condotta posta in essere".

stesso a coloro che, fino a un dato momento, costui aveva conosciuto come i suoi genitori[9].

L'attribuzione dello stato di figlio, nei casi di nascita da madre surrogata, chiede infatti di verificare l'eventuale consolidarsi di situazioni affettive con i genitori richiedenti la pratica di sostituzione di maternità, la cui rimozione facilmente recherebbe danno ai soggetti coinvolti[10]. Tanto si ricava dalle sentenze *Mennesson v. Francia* e *Labassee c. Francia*, con cui la Corte di Strasburgo ha condannato la Francia, per violazione dell'art. 8 CEDU, per non aver trascritto i rapporti di filiazione derivanti da contratti di maternità surrogata stipulati negli Stati Uniti[11]. Si pensi, ancora, al caso *Paradiso* e *Campanelli c. Italia*, concernente una coppia di coniugi italiani che lamentava la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, per non aver ottenuto la trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato in Russia, tramite gestazione per altri - atteso il divieto imperante in Italia, all'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 - e conclusosi con una condanna del nostro paese per non aver considerato i legami di fatto instauratisi tra i ricorrenti ed il minore [12]. Problematica questa esaminata, da ultimo, dalla *Grande Chambre*, su richiesta della *Cour de Cassation*, allorché la Corte EDU, in difetto di un orientamento omogeneo delle legislazioni e della giurisprudenza europea, si è pronunciata sullo stato dei figli

9 Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, *Vita not.*, 2015, 2, pp. 676 ss., con nota di Mendola, A.: "L'interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata", per cui è contrario all'ordine pubblico e non è pertanto riconoscibile l'atto amministrativo straniero che dichiara il nato a seguito di un contratto di maternità surrogata, concluso per una finalità lucrativa e nella vigenza dell'art. 12 comma 6 l. 19 febbraio 2004 n. 40, figlio della madre e del padre committenti allorquando questi ultimi siano privi di qualsivoglia legame biologico con lo stesso. Lo scrutinio della Corte, in tal caso, ha dapprima investito la questione della veridicità dell'atto di nascita per l'ordinamento giuridico di emissione, atteso che la coppia ha eluso prima di tutto la legge straniera e, solo successivamente, ha dichiarato all'anagrafe italiana il minore quale figlio biologico tanto da essere sottoposta a procedimento penale per il delitto di alterazione di stato. Nel caso in esame, si assiste, a ben vedere, ad uno scontro tra principio di legalità ed interesse del minore, che conduce la Cassazione a negare al nato, non geneticamente riconducibile ad alcuno dei due committenti, lo *status* di figlio degli stessi e a dichiararne l'adottabilità perché in stato di abbandono, in quanto "figlio d'ignoti". La decisione è destinata a non mutare anche nell'impero della disciplina straniera poichè il certificato di nascita, pur se apostillato, e la stessa legge ucraina in materia di maternità surrogata sono contrari all'ordine pubblico tanto da non poter trovare efficacia ed applicazione in Italia, ai sensi degli artt. 65 e 16 della L. n. 218/1995.

10 Turlon, F.: "Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e *favor veritatis*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, p. 719; Varano, C.: "La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e trasnazionali", *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, p. 830.

11 Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, *Mennesson v. Francia*, e Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, *Labassee v. Francia*, *www.hudoc.echr.coe.int.* Cfr. AKkrrêt n° 281 du 19 mars 2014 - *Cour de cassation - Première chambre civile*, *www.courdecassation.fr*, che negava il riconoscimento di effetti ad un rapporto di filiazione costituito all'estero attraverso un contratto di maternità surrogata, proprio in applicazione del limite della *fraude à la loi*. Cfr. altresì Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet v. Francia*, *www.hudoc.echr.coe.int*. Si rinvia anche ad *Arrêt n. 638 du 5 octobre 2018* - Assemblée plénière, *www.courdecassation.fr*, con cui la Cassazione francese ha richiesto il primo parere "preventivo" alla Corte europea dei diritti dell'uomo, conformemente alle previsioni del Protocollo n. 16 addizionale alla CEDU, che prevede che i giudici nazionali possano rivolgersi alla Corte di Strasburgo per ottenere un parere consultivo in merito all'interpretazione oppure all'applicazione dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione. Cfr. O'Leary S., Eicke, T.: "Some Reflections on Protocol No. 16", *European Human Rights Law Review*, 2018, 3, pp. 220 ss.

12 Corte eur. dir. uomo, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli v. Italia*, *www.hudoc.echr.coe.int*, per il cui commento si rinvia a Vesto, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam. e dir.*, 2015, 3, pp. 306 ss.

nati da maternità surrogata[13], concludendo in favore dell'adozione da parte dei soggetti richiedenti tale pratica, al fine di salvaguardare la continuità affettiva e fornire adeguata tutela al nato e, al contempo, impedire che si giunga a legittimare la tecnica de qua[14].

Nell'ordinamento giuridico italiano, per effetto di una incessante attività ricostruttiva della giurisprudenza, la necessità di salvaguardare l'interesse del minore alla continuità affettiva è alla base del riconoscimento della c.d. adozione in casi particolari: il genitore non biologico può adottare il nato da madre surrogata *ex* art. 44, lett. d), l. n. 184/1983[15]. Tuttavia, in base all'art. 55, l. n. 184 del 1983, che applica all'adozione in casi particolari la disciplina di cui all'art. 300 c.c., propria dell'adozione piena, non possono sorgere legami di parentela tra l'adottato e la famiglia del genitore adottante[16]. Ciò fino alla recente sentenza del Giudice

13 Lamarque, E.: "La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali (prime riflessioni in vista della ratifica del Prot. 16 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo)", Giappichelli, Torino, 2015, *passim*.

14 Corte eur. dir. uomo, *Grande Chambre*, 8 maggio 2019, *www.echr.coe.int*. Per una disamina, cfr. Riccardi, L.: "Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano", *Freedom, Security e Justice: European Legale Studies*, 2019, 2, pp. 160 ss.; Martone, A.: "La maternità surrogata e la convergenza tra *favor veritatis* e *favor minoris*, in AA.VV., "CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno", a cura di Di Stasi, A., Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2020, pp. 717 ss.

15 Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, *Foro it*., 2014, I, c. 2743; nonché *Dir. fam. pers.*, 2015, I, pp. 174 ss., con nota di Cipriani, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali". Cfr. Trib. min. Roma, 23 e 30 dicembre 2015, *Fam. e dir*., 2016, 6, p. 584 ss., con nota di Scalera, A.: "Adozione incrociata del figlio del *partner* e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma". Cfr. Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, *Foro it*., 2016, 7-8, I, cc. 2342 ss., per cui l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983, presuppone la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che può essere di fatto ma anche di diritto, in quanto, a differenza dell'adozione piena, non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando e può essere disposta allorché si accerti, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo invece alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante (nella specie, la Suprema corte ha confermato la decisione di merito che aveva disposto tale forma di adozione nei riguardi di una bambina, di circa sei anni di età, da parte della compagna stabilmente convivente della madre, che vi ha consentito, avendo accertato in concreto l'idoneità genitoriale dell'adottante e, quindi, la corrispondenza all'interesse della minore).

16 Secondo parte della dottrina, ancorché la lettera dell'art. 74 c.c., così come riformato per effetto della l. n. 219 del 2012, preveda espressamente l'esclusione del vincolo di parentela solo con riguardo agli adottati maggiori di età, è necessario procedere ad un'interpretazione estensiva del testo di legge, in ragione della sostanziale identità, in punto di effetti, della disciplina tra adozione dei maggiorenni e quella c.d. in casi particolari. La contraria soluzione, del resto, finirebbe per modificare radicalmente gli effetti di quest'ultima, equiparandola sostanzialmente a quella ordinaria. È la tesi di Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. e dir*., 2013, 3, pp. 236 ss., per il quale non è ipotizzabile una terza via che, fatti salvi i caratteri dell'adozione in casi particolari, ammetta anche la creazione di coesistenti rapporti di parentela dell'adottato con i genitori biologici e con quelli adottivi. Ciò significherebbe collocare il figlio in più famiglie, stravolgendo la natura stessa della società familiare. Per altra parte di dottrina, invece, il richiamo dell'art. 55, L. 184/1983, in tema di adozione di minori in casi particolari, alle norme del codice sull'adozione dei maggiorenni, ha convinto a ritenere lo stesso abrogato, per effetto del riformato art. 74 c.c., nella parte in cui rinvia all'art. 300, comma II, c.c., ultimo periodo, secondo il quale "l'adozione non induce alcun rapporto civile tra (…) l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge". In tale ultimo senso Morozzo della Rocca, P.: "Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam. e dir.*, 2013, 8-9, p. 839, nt. 5, per cui, peraltro "non pare poter essere utilizzato, al fine di affermare la formale compatibilità tra il nuovo art. 74 ed il combinato disposto di cui all'art. 55 della legge sull'adozione con l'art. 300 c.c., il riferimento di quest'ultima disposizione alle "eccezioni previste dalla legge", considerando l'adozione del minore di età in casi particolari una di quelle ipotesi di eccezione alla mancanza di effetti legittimanti delle adozioni sottoposte alla disciplina dell'art. 300

delle Leggi, n. 79 del 28 marzo 2022, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del predetto art. 55 nella parte in cui stabilisce che l'adozione in casi particolari non fa sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, per violazione degli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 8 CEDU che sancisce il diritto alla vita privata e familiare[17]. In altre parole, in attesa di un intervento del legislatore, secondo la Corte costituzionale, il nato da madre surrogata, adottabile *ex* art. 44, lett. d.), l. n. 184 del 1983 dal genitore c.d. intenzionale, può stringere relazioni parentali anche con la famiglia del genitore non genetico, in piena rispondenza al principio di unicità dello stato di figlio, introdotto dalla l. n. 219 del 2012 all'art. 315 c.c., e del diritto del minore ad avere una famiglia[18]. "La spinta del principio di uguaglianza, alla luce delle evoluzione della coscienza sociale ha, dunque, inciso", per la Corte, sulla concezione stessa dello status di figlio che riflette l'appartenenza a una comunità familiare "secondo una logica fondata sulle responsabilità che discendono dalla filiazione e sull'esigenza di perseguire il migliore interesse del minore"[19].

1. Divieto di gestazione per altri, stato di figlio formato all'estero e cc.dd. controlimiti.

Per una parte della giurisprudenza, partendo dall'assunto per cui "le conseguenze della violazione (…) dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 imputabili agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia non possono ricadere su chi è nato"[20], "il principio del best interest dei minori a vedere riconosciuto il proprio status di figli non ha valenza assoluta, ma nondimeno potrebbe cedere unicamente di fronte ad altri interessi e valori di rilevanza costituzionale primaria e vincolanti per il legislatore ordinario"[21]. La tutela

c.c. Il richiamo alle eccezioni di legge di cui all'art. 300 c.c. è, infatti, indubbiamente rivolto al singolo effetto di parentela e non alla possibilità che un'adozione pur astrattamente ricadente nel tipo regolato possa avere effetti di parentela".

17 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, *www.rivistafamilia.it*, 16 maggio 2022, con nota di Trezza, R.: "I correttivi 'funzionali' all'istituto dell'adozione in casi particolari".

18 Diritto riconosciuto anche con riferimento alla c.d. adozione mite, come si evince da Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, *Foro* it., 2021, 6, cc. 2074 ss., con nota di Mendola, A.: "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. «mite»", per cui il giudice, chiamato a decidere sulla dichiarazione di adottabilità del minore in stato di abbandono, deve accertare l'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, costituendo l'adozione "piena" una "extrema ratio", alla quale dover preferire, ricorrendone i presupposti, la cd. adozione mite, idonea a non recidere del tutto il rapporto tra il minore e la famiglia di origine.

19 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit.

20 Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, *Dir. fam. pers*., 2017, 1, pp. 52 ss., per cui non contrasta con l'ordine pubblico e, dunque, può essere trascritto in Italia l'atto di nascita formato all'estero in cui un bambino è registrato come figlio di due madri (colei che lo ha partorito e quella che ha donato l'ovulo, fecondato con seme di uomo anonimo).

21 App. Trento, 23 febbraio 2017, *Corr. giur*., 2017, 7, pp. 935 ss., con note di Ferrando, G.: "Riconoscimento dello *status* di figlio: ordine pubblico e interesse del minore" e di Tuo, C.E.: "Riconoscimento di *status* familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore" (in commento anche a Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017); *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 7-8, pp. 986 ss., con nota di Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", (in commento anche a Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017), cit.

predetta costituisce, infatti, principio di ordine pubblico e impone di riconoscere continuità transnazionale allo status di figlio validamente formato all'estero, salvo che vi ostino, quali controlimiti, interessi e valori di rilevanza costituzionale[22], tra i quali, per il predetto orientamento, "non rientrerebbe il divieto di accesso alla gestazione per altri"[23].

L'impostazione così delineata, tuttavia, non risulta condivisibile, non solo per la ristretta nozione di ordine pubblico, limitata ai precetti costituzionali[24], ma sol che si consideri che la nostra carta costituzionale non cristallizzi esplicitamente il divieto di maternità surrogata - essendo essa un contenitore di valori e principi supremi[25] e non un insieme di regole o divieti - ma lo preveda ugualmente, sia pur implicitamente, come ricavabile a contrario proprio dagli articoli a presidio della dignità umana.

Di talché, le Sezioni Unite, con sentenza n. 12193 del 2019, hanno negato la trascrizione, in Italia, del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione italiano, trovando essa un controlimite nel principio di ordine pubblico rappresentato dal divieto di surrogazione di maternità[26], posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, "prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione"27. Ed infatti, ai sensi dell'art. 18,

22 Cfr. Perlingieri, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti", Esi, Napoli, p. 537. Cfr. Id., "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1990, 1, p. 114. Per l'A. l'unitarietà dell'ordinamento esige di ravvisare, nelle norme costituzionali e nei valori che esse esprimono, i principi fondamentali e generali caratterizzanti ciascun settore normativamente rilevante.

23 Per App. Trento, 23 febbraio 2017, cit. "è stato dichiarato efficace in Italia a norma dell'art. 67, L. n. 218 del 1995 il provvedimento giudiziale straniero che attribuisce la co-genitorialità al compagno del padre biologico dei minori, già riconosciuto genitore degli stessi, nati da gestazione per altri mediante impianto nella gestante di un ovocita proveniente da una donatrice e fecondato con il seme del padre". La Corte accoglie la ristretta nozione di ordine pubblico, limitata ai principi costituzionali, offerta da Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

24 Cfr. Cass. civ., (ord.) 22 febbraio 2018, n. 4382, *www.articolo29.it* la quale critica la limitata nozione di ordine pubblico offerta da Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. e rimette la questione della definizione della nozione di "ordine pubblico internazionale" alle Sezioni Unite.

25 Cfr. al riguardo Mengoni, L.: "Il diritto costituzionale come diritto per principi, "Ars Interpretandi", 1996, pp. 102 ss.

26 Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Familia*, 2019, 3, pp. 345 ss., con nota critica di Bianca, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico *versus* superiore interesse del minore?"; *Fam. e dir.*, 2019, 7, pp. 653 ss., con note di Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri" e di Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento". Cfr., Trib. Roma, 27 luglio 2018, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, pp. 496 ss. con nota di Barone, I.: "Omogenitorialità maschile da surrogazione di maternità tra aperture giurisprudenziali e sistema costituzionale" per cui "è contraria all'ordine pubblico la condotta del cittadino italiano che abbia fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata in uno Stato estero con conseguente riconoscimento della genitorialità in capo a due persone di sesso maschile".

27 Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit. Critica, l'impostazione di Cordiano, A.: "«C'era una volta e una volta non c'era…»: l'interesse del minore nella pronuncia delle Sezioni unite in tema di maternità surrogata", Relazione tenuta a San Benedetto del Tronto, il 12 settembre 2019, in occasione della Scuola

d.P.R. n. 396 del 2000, gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se contrari all'ordine pubblico e, parimenti, in base agli artt. 16 e 64, L. n. 218 del 1995, la legge e la sentenza straniere non possono trovare, rispettivamente, applicazione e riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano qualora i loro effetti siano contrari all'ordine pubblico[28].

Il punto, però, è che le Sezioni Unite hanno declinato diversamente la nozione di ordine pubblico internazionale[29], consentendo la trascrizione dell'atto di nascita (e, quindi, la costituzione del legame) rispetto al solo genitore biologico, non anche, quindi, nei confronti di quello intenzionale (il quale può solo adottare il nato *ex* art. 44, lett. d, l. n. 184 del 1983), solo perché privo quest'ultimo di qualsivoglia collegamento genetico con il nato. Come a dire che, anche a fronte di un divieto "assoluto" come quello di maternità surrogata, la clausola dell'ordine pubblico prevalga irragionevolmente solo in mancanza di derivazione biologica con il nato[30].

Tanto che, la Cassazione civile, con pronuncia del 29 aprile 2020, n. 8325, ha ritenuto che ci siano i presupposti per rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2014, 18, d.P.R. n. 396 del 2000, e 64 comma 1, lett. g, l. n. 218/95, nella parte in cui non

estiva dell'Associazione Dottorati di Diritto privato, per la quale si tratta di un bilanciamento "solo apparente con quello che dovrebbe essere il vero centro argomentativo di tutta questa vicenda, ovvero, su quale sia realmente l'interesse del minore nei riguardi del rapporto con il genitore di intenzione". Osserva Salvi, G.: "Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità", Esi, Napoli, 2018, p. 72 che "secondo un corretto bilanciamento dei valori in gioco, non può darsi prevalenza assiologica alla logica punitiva nei confronti dei genitori che pongano in essere un contegno riprovato dal nostro sistema giuridico, rispetto alla logica di tutela del bambino, quale persona meritevole di speciale protezione".

28 Al riguardo, per Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", cit., p. 676 il "Tribunale o la Corte d'Appello, investiti di analoga questione, potrebbero esprimere contrario avviso" ed "eventualmente sollevare questione di legittimità costituzionale, non tanto sul divieto di maternità surrogata, che avrebbe poche probabilità di essere accolto, ma semmai, riguardo agli artt. 16, L. n. 218/1995 e 18, d.P.R. n. 396/2000, già ricordati, circa l'impossibilità o la possibilità di dichiarare efficace in Italia un provvedimento straniero che riguardi la maternità surrogata, stante il divieto della legge italiana".

29 Per Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli art. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nelle disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico.

30 Lo rileva efficacemente Cordiano, A.: *op. cit.*, la quale sottolinea altresì come "la Corte ometta di considerare il tempo del bambino, quale elemento valoriale imprescindibile nella costruzione reciproca del legame e, di qui, nella valutazione della fattispecie della *surrogacy*: il tempo di vita e di accudimento, quello che segue alla nascita, quello del percorso giudiziario, quello del radicamento nel luogo e nello spazio"; "questo tempo", conclude l'A. "acquisisce per il bambino un ruolo essenziale". Preferibile sarebbe, allora, secondo Ferrando, G.: "I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, p. 820, distinguere la sanzione da comminare per la condotta dei genitori dalla questione attinente allo *status* del figlio sicché si dovrebbe impedire che l'interesse del minore possa essere oggetto di una valutazione astratta, occorrendo piuttosto una disamina in concreto, atta a considerare l'intensità e la durata del legame con il genitore sociale. Per l'A., a prescindere dal grado di disvalore che venga attribuito alla maternità surrogata "si deve infatti tenere presente che, in materia di *status*, il legislatore ha definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria: se la tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento", conclude l'A., "allora non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori".

consentono che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento, nell'atto di stato civile di un minore procreato con la maternità surrogata, del cosiddetto genitore di intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, Cost.[31]. Secondo la Corte, infatti, l'interpretazione delle Sezioni Unite impedirebbe l'esercizio, da parte del minore, del diritto all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla carta costituzionale, attesa l'impossibilità di sancire la genitorialità legale del genitore d'intenzione, con la conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione[32].

Ebbene, la Corte Costituzionale, con le pronunce n. 32 e 33 del 9 marzo 2021[33], sul presupposto che i nati da tali tecniche siano titolari di diritti indipendentemente dalle modalità di concepimento, ha ravvisato la necessità di un intervento del legislatore, in punto di *status filiationis* e adozione, al fine di individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti[34]. La coniugalità eterosessuale e la generatività biologica non sono più condizioni imprescindibili per la definizione di un vincolo di filiazione[35], eppure evidente è la condizione deteriore dei soggetti in questione rispetto a quella di tutti gli altri

31 Quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, che designano lo statuto dei diritti inviolabili dei minori, e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Così, Cass. civ., 29 aprile 2020, n. 8325, *www.cortedicassazione.it*. La Cassazione civile si pronuncia in seguito a Corte eur. dir. uomo, *Grande Chambre*, 10 aprile 2019, Parere consultivo sulla richiesta preventiva dell'Adunanza Plenaria della Corte di Cassazione francese (*Arrêt n. 638, 5 octobre 2018*), in merito al caso *Mennesson c. Francia*, *www.hudoc.echr.coe.int*, con cui i Giudici di Strasburgo si sono posti in contrasto con Cass. civ., Sez. Un., n. 12193 del 2019.

32 Cass. civ., 29 aprile 2020, n. 8325, *Dir. fam. pers.*, 2020, 3, pp. 960 ss. Per la Corte, "l'affermazione dell'esclusione in via generale e aprioristica del riconoscimento, attribuita, da parte delle Sezioni Unite, alla scelta sanzionatoria del legislatore non tiene inoltre in alcun conto la legislazione del paese in cui è avvenuta la nascita e il riconoscimento. Invero, non può apparire irrilevante che la gestazione in questione sia avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la "maternità surrogata" altruistica, cioè senza corrispettivo e diretta a fornire sostegno a favore di una nascita, che altrimenti non potrebbe avvenire, con il consenso, accertato dalle autorità giurisdizionali, della madre gestazionale e/o genetica a non assumere lo *status* di genitore per favorire l'avvento di una nuova vita. Tale fattispecie ispirata da intenti solidaristici", conclude la Corte, va distinta da quelle ipotesi in cui, invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale".

33 Per cui sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9, l. n. 40 del 2004 e 250 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo e agli artt. 8 e 14 CEDU, nella parte in cui non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale, poiché tale aspetto impinge sulla discrezionalità spettante al legislatore, il che non esclude l'impellenza di una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, attraverso l'intervento del legislatore, attesa l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari.

34 Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 1923, nonché *Fam. e dir.*, 2021, 7, pp. 677 ss., con nota di Dogliotti, M.: "Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?".

35 È l'efficace sintesi formulata da Zambrano, V.: "Tra principio di uguaglianza e responsabilità: diversi itinerari di tutela del minore", *Revista de Direito Brasileira*, 2019, 8-9, p. 392.

nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo[36] o del tipo di tecnica di fecondazione impiegata. I nati da queste pratiche, proprio perché destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, in quanto non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono, infatti, gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi[37].

Proprio per tali ragioni, la I sezione civile della Cassazione, con pronuncia del 21 gennaio 2022, n. 19842, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, affinché valuti l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite perché si pronunci sul tema della maternità surrogata. Ciò soprattutto in conseguenza della precitata pronuncia n. 33 del 2021, che ha accertato l'inidoneità in questa materia del ricorso all'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983: v'è, in altre parole, da comprendere se tale ultimo orientamento abbia comportato il superamento del diritto vivente sancito dalla citata sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni Unite della Cassazione - che, invece, prevedevano siffatta adozione in casi particolari quale soluzione percorribile - determinando di conseguenza un vuoto normativo[38].

2. I diritti successori del nato da madre surrogata e la tutela della dignità della gestante.

L'individuazione dello statuto giuridico del soggetto generato da madre surrogata, di per sé già ardua, rende il presente studio ancora più intricato con riguardo alla definizione della disciplina mortis causa. Come, infatti, sottolineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il nato dalle dette pratiche è sottoposto ad uno stato di assoluta incertezza giuridica, in special modo successoria, non potendosi discorrere del medesimo quale successibile ex lege, rispettivamente, della madre e del padre "sociali"[39], anche con riguardo al caso in cui il padre committente (id est "sociale") sia quello biologico[40]. Limitatamente al sistema giuridico italiano, infatti, in virtù dei citati artt. 269, comma 3, e 231, c.c., il nato da madre surrogata risulta essere titolare di diritti successori, sub specie di successione

36 L'art. 5, l. n. 40 del 2004, vieta alle coppie omosessuali di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita.

37 La loro condizione, per il Giudice delle Leggi, rivela caratteri solo in parte assimilabili a un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello *status* di figli (i cosiddetti figli incestuosi), destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori. Sulla condizione giuridica dei figli cc.dd. incestuosi, sia consentito il rinvio a Mendola, A.: "Le mobili frontiere della filiazione", in *Quaderni di* Familia, dir. da Patti, S., Pacini, Pisa, 2020, pp. 50 ss.

38 Cass. civ., 21 gennaio 2022, n. 1842, *www.giustiziainsieme.it,* 10 maggio 2022, con nota di Morace Pinelli, A.; "Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite".

39 Cfr. Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, cit., e Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, cit., laddove si è stabilito che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione da parte delle autorità francesi incide in negativo sui diritti di successione dei figli nati all'estero da madre surrogata. Questi ultimi, infatti, possono ereditare dai genitori che hanno fatto ricorso alla surrogazione di maternità solo se istituiti come eredi.

40 Cfr. Gatto, A.: "Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare", *Dir. fam. pers.*, 2015, 3, pp. 1091 ss.

legittima ex art. 565 ss., c.c., solo ed esclusivamente verso la gestante ed il di lei marito e non anche verso i genitori sociali.

Corre, quindi, sottolineare che l'applicazione della disciplina legislativa sarebbe in sé in grado di tratteggiare una posizione discriminata, quanto ai diritti successori, del nato da pratiche di gestazione per altri rispetto alle altre "categorie" di figli, ormai ricondotte ad unità, per effetto della l. n. 219/2012. L'intento semplificativo e la conseguente eliminazione di ogni distinzione fra la prole nata dentro e quella generata fuori il matrimonio, così come operata dalla riforma, parrebbero, allora, traditi dal persistere di un tertium genus: quello, appunto, dei nati da procreazione medicalmente assistita, nella forma della surrogazione materna.

Trattasi, invero, di disparità che rinviene la propria ragione giustificatrice nell'ottica del bilanciamento degli interessi e dei valori coinvolti e nella natura stessa dei diritti successori tale per cui, vertendo essi sul campo degli interessi patrimoniali e non già sulla sfera di quelli personali, tollerabili sarebbero eventuali profili pregiudizievoli. Diversamente a dirsi, invece, relativamente all'interesse pubblico alla dignità della madre surrogata rispetto al quale nessuna norma è tale da giustificarne una lesione[41], vieppiù se a fronte della salvaguardia di un diritto "patrimoniale" del minore, quale risulta essere quello successorio. Come, infatti, sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale, "il diritto di proprietà" - di cui chiaramente l'attribuzione ereditaria è espressione - "sarebbe destinato a recedere di fronte a valori costituzionali di maggior rilievo'[42] quali, nei casi suddetti, la dignità, nonché il diritto di procreare[43], l'intangibilità del corpo ed il diritto di autodeterminarsi della donna che, in tali situazioni, diventa mera fattrice (rectius: madre "portante'[44]).

41 Sul punto, interessante è il contrario parere della Corte costituzionale portoghese, reso con la decisione del 24 aprile 2018, la quale, affrontando direttamente la legittimità costituzionale della gestazione per altri, ritiene quest'ultima (fatta esclusione per alcune parziali censure di incostituzionalità, relative ad esempio all'assenza del diritto al ripensamento della donna o all'automatica previsione dell'attribuzione al nato dello stato di figlio dei genitori d'intenzione o, ancora, a quelle disposizioni che non disciplinano dettagliatamente l'accordo tra la madre gestante ed i committenti) rispettosa del principio della dignità umana, *sub specie* di libertà della donna di autodeterminarsi. Tale pronuncia leggasi in *www.tribunalconstitucional.pt*. Per un commento alla stessa, si rinvia a Schillaci, A.: "Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri", *www.articolo29.it*, 25 aprile 2018.

42 Osserva Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, *Riv. dir. int.*, 2015, 3, 1022 ss. Cfr. Rolli, R.: "La proprietà come diritto dell'uomo?", *Contr. e impr.*, 2011, 4-5, pp. 1014 ss.

43 Il diritto di procreare è tutelato, sia pure implicitamente: dall'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino; dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato, a New York, il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale dell'O.N.U. e ratificato dall'Italia con la legge 25 ottobre 1977 n. 881; dall'art. 1 della legge 22 maggio 1978 n. 194, che afferma "il diritto alla procreazione cosciente e responsabile", garantito dallo Stato. Sul diritto alla procreazione come diritto della personalità, cfr. Perlingieri, P.: "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", cit., p. 174 ss.; Id., "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative", in "La procreazione artificiale tra etica e diritto", a cura di Ferrando, G., Cedam, Padova, 1989, p. 143.

44 In questi termini, si pronuncia Corti, I.: "Maternità per sostituzione e dignità umana", *Genlus*, 2017, 2, pp. 23 e 27 (nota ad App. Milano, 25 luglio 2016), che discorre altresì di "madre altra". Sul tema, cfr. Sgorbati, B.: "Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore", *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, *www.biodiritto.org*, 2016, 2, pp. 111 ss.

Si discute, in altre parole, di una "genitorialità che si materializza in un contratto"[45], prospettandosi una trasposizione dal campo naturalistico a quello negoziale che, se sembra aprire rilevanti spazi di autonomia, rischia nondimeno di patire soluzioni artificiose, non in linea con la salvaguardia dei delicati interessi e valori riscontrabili[46]. Di qui, la necessità e l'urgenza di regole che scongiurino il rischio della "contrattualizzazione" della filiazione ad opera dei "genitori d'intenzione", come pure il possibile sfruttamento di soggetti deboli, titolari del diritto di crescere in un ambiente familiare, ma anche di essere protetti dalla società.

II. LA NON INCIDENZA DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE NEI RAPPORTI FAMILIARI.

Da quanto sin qui emerso, si evince come oggi si assista "da una parte ad una maggiore elasticità dello status che, visto come strumento di protezione, perde gradualmente una serie di caratteri, dall'altra ad una funzionalizzazione del potere di autonomia che fa emergere il rilievo della comunità in considerazione della posizione del soggetto"[47].

Invero, il diritto di famiglia ha, tradizionalmente, costituito limite indiscusso all'autonomia contrattuale, in ragione di una indisponibilità pressoché totale delle situazioni giuridiche soggettive inerenti ai rapporti familiari. Basti pensare che il matrimonio costituisce un atto "a struttura complessa", una vera e propria fattispecie a formazione progressiva nell'ambito della quale il consenso dei nubendi, da solo, non è idoneo a produrre l'effetto, occorrendo altresì un atto di natura amministrativa e cioè, ai sensi degli artt. 107 e 108 c.c., che l'ufficiale di stato civile dichiari le parti unite in matrimonio [48].

Una simile impostazione rispecchiava, come noto, una concezione della famiglia c.d. istituzionale ovverosia di formazione sociale rivolta al perseguimento di finalità pubblicistiche, portatrice di interessi assoluti e trascendenti quelli dei suoi membri. Da qui, la qualificazione degli atti familiari in termini di atti in senso stretto, ove

45 L'espressione è riconducibile a Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, p. 176.

46 Osserva Natale, A.: "In tema di autonomia privata nel diritto ereditario", *Fam. pers. succ.*, 2011, 10, pp. 645 ss.

47 Rileva Rossi Carleo, L.: "*Status*", cit., p. 235 che sottolinea altresì come "significativa, in tal senso è la rilevanza sempre maggiore assegnata agli accordi, i quali sono, tuttavia, sottoposti sovente ad un controllo, e danno spazio ad un'autonomia funzionalizzata che consente di perseguire criteri valoriali. Gli accordi, difatti, non trovano più fondamento esclusivamente nella sfera di intangibilità che l'art. 29 Cost. assegna ad ogni famiglia, la quale deve «godere di una sfera di autodeterminazione», ma assumono una nuova fisionomia". Definisce il contratto "un nuovo stilema del diritto di famiglia", Spadafora, A.: "Contrattare sugli affetti", Giuffrè, Milano, 2018, pp. 43 ss.

48 Osserva, al riguardo, Patti, S.: "La rilevanza", cit., p. 108, che la famiglia lascia margini molto ridotti all'autonomia privata.

sarebbe unicamente la legge a definire e a regolare integralmente le conseguenze di essi, residuando in capo al privato la sola volontà di porli in essere.

La concezione così delineata è poi tramontata a seguito dell'entrata in vigore della carta costituzionale che ha aperto la via ad una visione della famiglia in senso costituzionale ovverosia di istituzione fondata sui principi di uguaglianza e pari dignità dei coniugi all'interno della quale la posizione del singolo non risulta più compressa ma riceve piena tutela nei diritti fondamentali dell'individuo nelle formazioni sociali[49]. L'attuazione del principio di parità tra i coniugi, consacrato all'art. 29 Cost. trova, ad esempio, espressione nel carattere inderogabile del regime patrimoniale della famiglia, come pure argomentato dalle Sezioni Unite della Cassazione, con pronuncia n. 18287 del 2018, allorché hanno attribuito all'assegno di divorzio una funzione assistenziale e, in pari misura, compensativa e perequativa[50]. In applicazione del principio di uguaglianza, ancora, la Corte costituzionale, con pronuncia n. 131 del 31 maggio 2022, ha stabilito l'illegittimità costituzionale della normativa che prevede l'automatica attribuzione al figlio del solo cognome paterno, in quanto segno di una diseguaglianza fra i genitori, che si riverbera e si imprime sull'identità del figlio. Il cognome - osservano i giudici costituzionali - collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo status filiationis, si radica nella sua identità familiare e perciò deve rispecchiare l'uguaglianza e la pari dignità dei genitori[51].

49 A tal proposito, Ferrando, G.: "Autonomia privata e rapporti familiari (note a margine del libro di Giuseppina Palmeri)", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2003, p. 651, ritiene che "il passaggio dall'autorità maritale all'eguaglianza dei coniugi segna l'abbandono di una concezione del matrimonio caratterizzato dalla fissità dei ruoli, da obblighi fortemente sanzionati dal diritto, ad una in cui sono i coniugi a modellare le proprie relazioni di coppia a seconda dei propri stili di vita, attività lavorativa, capacità economica, ripartizione dei compiti domestici, insomma delle circostanze concrete e della propria personale concezione della famiglia".

50 Cfr. Cass. civ., sez. un., n. 18287 del 2018, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, pp. 1843 ss., con nota di Rimini, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa". Nella specie, ai fini del riconoscimento dell'assegno, va adottato un criterio composito che, alla luce di una comparazione tra le rispettive condizioni economico-patrimoniali, ponga in rilievo il contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale, la durata del matrimonio, le potenzialità reddituali future e l'età dell'avente diritto. Ad attuarsi, in tal misura, è il dettato degli artt. 29 Cost. e 143 c.c. per i quali marito e moglie, con il matrimonio, acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri e sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

51 Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, *Dir. e Giust.*, 1 giugno 2022, ha stabilito che "va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1, c.c., nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto; in via consequenziale, va dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 262, comma 1, e 299, comma 3, c.c., 27, comma 1, l. 4 maggio 1983, n. 184 e 34 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, nella parte in cui prevede che il figlio nato nel matrimonio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, alla nascita, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto, dell'art. 299, comma 3, c.c., nella parte in cui prevede che «l'adottato assume il cognome del marito», anziché prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto e dell'art. 27, comma 1, l. n. 184 del 1983, nella parte in cui prevede che l'adottato assume il cognome degli adottanti, anziché prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto.

Il riconoscimento del valore dell'autonomia privata nel diritto di famiglia si intravede in talune modifiche apportate negli anni all'originario impianto codicistico, quali, a titolo esemplificativo, la regola di cui all'art. 144 c.c., in merito al conferimento a entrambi i coniugi del potere di regolamentare la vita familiare, nonché la disciplina in punto di crisi coniugale, con specifico riguardo all'accordo a vivere separati e al divorzio a domanda congiunta, oltre che, infine, all'accordo tra i genitori a proposito dell'affidamento condiviso. Anche il matrimonio ha abbandonato le vesti di istituzione protetta in funzione di superiori interessi che giustificano il sacrificio di quelli dei singoli e viene sempre più considerato come formazione sociale al cui centro sono collocati i coniugi e i figli ed in cui all'autonomia privata sono riservati spazi fino a poco tempo fa impensabili[52]. Sempre più evidente risulta, infatti, l'ampliamento della libertà di autodeterminazione riconosciuta ai componenti del nucleo familiare, potendosi finanche negoziare fuori dal processo la crisi coniugale in un'ottica di crescente privatizzazione del diritto di famiglia[53]. Trova, così, spazio la categoria del contratto della patologia familiare, quale strumento preordinato ad amministrare la fase disgregativa della coppia. L'intervento giudiziario, d'altronde, nella maggior parte dei casi, non fa altro che aumentare il contrasto coniugale e/o genitoriale in situazioni connotate da un forte coinvolgimento psicologico ed emotivo, accentuando l'ottica oppositiva dei conflitti endofamiliari[54].

In tale processo di contrattualizzazione delle vicende familiari, le disposizioni del D.L. n. 132/2014, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", convertito con modifiche nella L. n. 162/2014, prevedono forme di negoziazione dirette al conseguimento di accordi stragiudiziali in caso di disgregazione dell'unione di coppia[55]. Mutuandola dall'esperienza francese della c.d. convention de procédure

52 Come bene argomenta Ferrando, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione", *Corr. giur.*, 2015, 8-9, p. 1044. L'A. analizza la l. n. 55 del 2015, contenente disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione legale tra coniugi. Complice anche la progressiva laicizzazione dello Stato, è il c.d. divorzio breve la vera e propria novità legislativa prevista da siffatta normativa: per poter addivenire allo scioglimento dell'unione coniugale o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio vengono ridotti i tempi di separazione necessari: dai tre anni (disposti dalla disciplina antecedente), si passa ad un anno in caso di separazione giudiziale e a sei mesi per quella consensuale, decorrenti dalla comparizione dei coniugi dinnanzi al Presidente del Tribunale. La necessità di abbreviare i termini di legge muoveva dalla considerazione per cui il tempo minimo di separazione, anteriormente contemplato dal legislatore, non occorreva affatto a stimolare riconciliazioni e a ricompattare il nucleo familiare a seguito di una più attenta ponderazione, quanto piuttosto ad accrescere la conflittualità tra coniugi e tra essi e i figli, vieppiù impedendo la formalizzazione di nuove unioni.

53 Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Fam* e *dir.*, 2015, 3, p. 296.

54 Così Irti, C.: "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Dir. fam. pers.*, 2016, 2, pp. 665 ss. per la quale "da queste considerazioni nasce l'esigenza, soprattutto nell'ambito dei rapporti familiari che coinvolgono soggetti minori, di un cambio di prospettiva che abbandoni il consueto schema oppositivo - proprio tanto del giudizio, quanto della trattativa legale condotta in via esclusiva dagli avvocati - per accogliere un approccio il più possibile "conciliativo", basato, innanzi tutto, su trasparenza e reciproca fiducia fra le parti".

55 Irti, C.: "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", cit., 665 osserva che la richiamata previsione normativa finisce con il rimarcare la principale differenza tra "negoziazione assistita in ambito familiare" e "mediazione familiare", nel senso che la prima costituisce una mera tecnica deflattiva del contenzioso a differenza della seconda che, invece, si invera in una modalità di

participative par advocat di cui agli artt. 2062 e ss. code civil (introdotta dalla l. 22.12.2010, n. 1609), e, prima ancora, da quella statunitense nota come collaborative law, l'art. 6, D.L. n. 132/2014, nella specie, introduce la procedura di negoziazione assistita in materia familiare e prevede la possibilità per i coniugi (o ex coniugi) di concludere una convenzione di negoziazione, assistita da un avvocato per parte, al fine di ottenere la separazione legale, il divorzio e le modifiche alle condizioni di separazione e divorzio[56]. L'accordo, una volta raggiunto, deve essere trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, sia in mancanza sia in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ovvero economicamente non sufficienti, con rilevanti differenze, tuttavia, rispetto alla verifica alla quale è chiamato il Pubblico ministero. Infatti, nella prima ipotesi, quando il P.M. "non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti di cui al comma 3"; nella seconda, invece, egli "autorizza" l'accordo soltanto se ritiene che questo risponda "all'interesse dei figli", altrimenti "lo trasmette, entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo".

L'art. 12 del medesimo D.L. n. 132/2014, invece, riguarda la separazione, il divorzio o la modifica delle relative condizioni davanti al sindaco nella qualità di ufficiale dello stato civile, il quale riceve da ciascuna delle parti personalmente, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la propria dichiarazione di volontà[57].

Sempre nell'ottica della privatizzazione del diritto di famiglia, si muove anche la recente riforma del processo civile, di cui al d.d.l. C. 3289[58], approvato dalla Camera in data 25 novembre 2021[59], per effetto della quale la procedura di negoziazione

gestione della crisi che ha come scopo principale quello di valorizzare gli interessi e i bisogni della persona, attribuendo alle parti un ruolo centrale nella gestione del conflitto.

56 È evidente che l'introduzione degli strumenti sin qui descritti se, da un lato, favorisce lo spostamento della gestione della crisi familiare dal potere giudiziario all'autonomia privata, dall'altro, consente altresì un alleggerimento del carico della giustizia, facendo diminuire i processi per separazioni consensuali e divorzio su domanda congiunta che, fondandosi comunque sull'*in idem placitum consensus* dei richiedenti, determinano uno spreco di energie e di risorse del tutto evitabile. Lo Sottolinea Parini, G.A.: "Negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti", *Nuova giur. civ. comm*., 2015, 10, p. 605, la quale puntualizza altresì che "tale meccanismo, astrattamente, potrebbe comportare significativi risvolti positivi sotto il versante psicologico per i coniugi coinvolti, allettati dalla possibilità di evitare - seppure entro certi limiti - di recarsi presso le aule del Tribunale e di sottoporre la propria vicenda personale a un Giudice, circostanza che, pur «responsabilizzandoli» sull'importanza della decisione che vanno compiendo, è di sicuro impatto emotivo".

57 È opportuno chiarire che non si possa ricorrere a tale procedura nel caso in cui vi siano figli minori, o portatori di *handicap*, o economicamente non autosufficienti. Per un interessante commento alla normativa, cfr. Luiso, F.P.: "La negoziazione assistita", *Le nuove leggi civ. comm*., 2015, 4, pp. 602 ss.

58 D.d.l. n. 3289 della XVIII Legislatura, trasmesso dal Senato in data 22.9.2021, contenente "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata".

59 La riforma del processo civile, affidata al Governo con legge delega n. 206/2021, è stata approvata il 25 novembre 2021 ed è entrata in vigore il 24 dicembre 2021. Essa, tra le altre cose, introduce un rito unificato denominato "Procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie", nell'ambito del quale

assistita fa, peraltro, ingresso anche per le controversie sull'affidamento, sul mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, di quelli maggiorenni non economicamente autosufficienti, e su quelle relative agli obblighi alimentari, consentendo altresì ai coniugi di pattuire trasferimenti immobiliari con effetti obbligatori nonché l'assegno divorzile in un'unica soluzione.

Ebbene, fino all'entrata in vigore delle disposizioni delineate, la separazione e il divorzio, nonché la modifica delle relative condizioni, passavano necessariamente attraverso un intervento del giudice, ad oggi, invece, non più indispensabile per costituire o abdicare ad uno status familiae[60]. Assodata la funzione quasi notarile attribuita all'ufficiale di stato civile nell'ipotesi di cui all'art. 12, D.L. 132/2014, all'organo giudiziario è riservato, d'altronde, un ruolo marginale: costui rilascia un mero "nulla osta", quante volte l'accordo concluso tra i coniugi non presenti irregolarità; si discute, invece, di una "autorizzazione" allorquando vi siano, all'interno del nucleo familiare, soggetti meritevoli di adeguata tutela (figli minori o maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave od economicamente non autosufficienti)[61]. Il provvedimento giurisdizionale conclusivo della procedura di negoziazione assistita, in altre parole, "da costitutivo necessario quale tradizionalmente era considerato, degraderebbe a (…) costitutivo non necessario"[62], assumendo una posizione centrale la volontà dei richiedenti. Di guisa che il contratto, riconosciuto ormai come stilema concettuale del diritto di famiglia, assurge a referente regolativo idoneo a conquistare territori da sempre presidiati dalla legge e dal giudice[63].

ad operare deve essere un unico giudice, il Tribunale per le persone, i minorenni e per le famiglie. La competenza spetterà al tribunale in composizione collegiale, con facoltà di delega, in ordine alla trattazione e all'istruzione, al giudice relatore. Sul punto, si rinvia a Ruo, M.G.: "Area persona, relazioni familiari e minorenni: la riforma Cartabia risponde alla necessità di tutela effettiva", *www.giustiziainsieme.it*, 19 novembre 2021. Il tema, già in precedenza, era stato approfondito da Autorino, G.: "Il tribunale per le relazioni familiari: una storia infinita", *Fam. e dir.*, 2010, 1, pp. 90 ss.; Danovi, F.: "Verso il tribunale della famiglia. Il giudice e l'avvocato specialista", *Dir. fam. pers.*, 2017, 2, pp. 615 ss.; Tommaseo, F.: "Nuovi tribunali per la tutela dei minori e dei rapporti familiari", *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, pp. 813 ss.; Corder, P.: "Il Tribunale della famiglia", *www.comparazionedirittocivile.it*, 2012, pp. 1 ss.

60 Osserva Spadafora, A.: "Contratto amoroso e contratto di diritto privato: verso un nuovo ordine 'pubblico familiare'?", *Dir. fam. pers.*, 2020, 1, pp. 258 ss. che i membri del consorzio familiare reclamano la libertà delle proprie scelte rispetto alla conservazione del vincolo e, quindi, alla sua fisiologia e all'eventuale momento disfunzionale, rivendicando il potere di rappresentare anche contenutisticamente aspettative ed interessi sottesi all'esperienza coniugale.

61 Spadafora, A.: "Dalla famiglia in crisi alla 'crisi' del divorzio?", *Dir. fam. pers.*, 2020, 2, pp. 516 ss.

62 Carmellino, G.: "Crisi familiare e degiurisdizionalizzazione", *Riv. dir. proc.*, 2018, 2, p. 505 che discorre di "erosione del tradizionale monopolio pubblico". Cfr. altresì Ferrando, G.: *Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione*, cit., p. 1044, la quale definisce l'intervento dell'autorità giudiziaria quasi un passaggio "burocratico" che "soddisfa infatti prevalentemente esigenze formali di certezza, esigenze certo rilevanti nei rapporti tra i coniugi e nei confronti dei terzi, ma che sono altra cosa rispetto all'idea che originariamente sosteneva l'intervento giudiziale nella crisi coniugale: l'idea, cioè, che il consenso dei coniugi non fosse sufficiente per ottenere la modifica dello *status*, essendo necessario un intervento pubblico garante di interessi diversi e "superiori" rispetto a quelli privati dei coniugi".

63 Spadafora, A.: "Contrattare sugli affetti", cit., pp. 5 ss. Osserva Rossi Carleo, L.: *op. cit.*, p. 240 che "alla luce della sussidiarietà orizzontale si può capovolgere l'impostazione tradizionale, sicché l'autonomia non viene circoscritta ad una sfera, "ma grazie alla continuità degli interessi, sempre che sia in grado di perseguire anche un interesse generale, quale è quello della famiglia quale formazione sociale, assume il rango di fonte originaria e primaria che vede circoscritto l'intervento legislativo".

1. Convenzioni prematrimoniali e indisponibilità della filiazione.

La legge di parificazione dei figli, attuata in Italia con la. n. 219 del 2012, costituisce espressione di apertura da parte dell'ordinamento nazionale ai diversi fenomeni sociali interessati a ridefinire un nuovo modello di famiglia e a consegnare ai genitori ampi spazi di autonomia. Rinnovato modo di disegnare la famiglia, quello cui si fa cenno, che passa, però, anche attraverso l'angusto problema dell'ammissibilità degli accordi prematrimoniali[64] il cui riconoscimento nel sistema nazionale sconta proprio la non incidenza dell'autonomia contrattuale nei rapporti familiari.

I numerosi spunti offerti nel panorama normativo nonché il noto disegno di legge in tema di accordi prematrimoniali[65] inducono, allora, a riflettere sull'ampiezza dei poteri che possono ascriversi ai coniugi, consentendo di focalizzare l'attenzione su di un ulteriore aspetto, che certo secondario parrebbe non essere. Nella prospettiva che oggi viene offerta, l'ammissibilità delle convenzioni prematrimoniali passa, principalmente, attraverso un profilo squisitamente patologico e patrimoniale del rapporto coniugale per cui v'è da chiedersi se si possa o meno approdare a un allargamento delle maglie di siffatti accordi, ove riconosciuti[66]. Il rilievo è inteso ad evocare il momento fisiologico della vita di coppia e, in particolare, l'attuazione di quel progetto di vita alla base dell'unione matrimoniale ove si assiste ad un'estensione del proprio essere nella duplice prospettiva, non solo orizzontale (verso il coniuge) ma anche e soprattutto verticale (verso la genitorialità) che interessa l'aspetto più intimo e personale dell'individuo. Il rilievo non può essere disatteso dal momento che la proposta di legge in punto di convenzioni prematrimoniali interessa anche profili di natura personale, qual è quello relativo all'educazione dei figli.

64 Osserva come "questa comune denominazione non risulti precisamente compatibile con il testo della delega, giacché da esso risulta che gli accordi dovrebbero poter essere stipulati anche durante il matrimonio, ed anche tra civilmente uniti" Basini, G.F.: "I così detti 'patti paramatrimoniali'. Note *de iure condendo*", *Fam. e dir.*, 2019, 12, p. 1153. Per una disanima di tali accordi nei sistemi di *common law* e *civil law*, si rinvia a Oberto, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Fam. e dir.*, 2012, 1, pp. 69 ss.; Fusaro, A.: "*Marital contracts, eheverträge*, convenzioni e accordi prematrimoniali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 2, pp. 475 ss.; Al Mureden, E.: "I *prenuptial agreements* negli Stati Uniti e nella prospettiva di diritto italiano", *Fam. e dir.*, 2005, 5, pp. 542 ss.

65 In data 19 marzo 2019, è stato presentato al Senato della Repubblica un disegno di legge recante "Delega al Governo per la revisione del codice civile", in materia di "stipulazione di accordi tra nubendi, coniugi nonché parti di una programmata o costituita unione civile, volti a regolamentare i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto" (cfr. DDL S. n. 1151 - XVIII Legislatura). Il ricorso a tali patti potrebbe interessare anche i criteri per l'indirizzo della vita familiare e per l'educazione dei figli. Per un commento, cfr. Donadio, G.: "Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia", Giappichelli, Torino, 2020, pp. 157 ss.

66 Ed invero, Verde, C.: "Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo 'familiare'", *www.juscivile.it*, 2014, 2, p. 49, osserva: "A prescindere dall'ampio dibattito sulla validità di tali pattuizioni, emerge un dato sicuro e consolidato. La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere compatibili con il sistema del diritto di famiglia, come si è evoluto nel tempo, soprattutto dopo la novella del 1975, l'utilizzazione degli strumenti propri dell'autonomia negoziale per una sistemazione adeguata di tutti gli interessi e diritti patrimoniali e non patrimoniali, sia pure nei limiti e nei confini tracciati dalle norme d'ordine pubblico, che investe ogni attività di natura privatistica ai fini della compatibilità di questa con il progetto sistematico degli istituti di riferimento (nel caso, in esame, il diritto di famiglia)".

Più esattamente, i termini della questione attengono alla possibilità per i nubendi di regolamentare, ad esempio, il ricorso a tecniche di fecondazione medicalmente assistita ove si palesi, in corso di matrimonio, l'impossibilità di uno di essi di generare. Si tratta di un'eventualità che, solo apparentemente, si invera in una modalità di attuazione di quell'appena menzionato progetto di vita, ma che, se calata nella dinamicità del rapporto coniugale, certo sarebbe in grado di ingenerare questioni di non poco momento. Potrebbe, dunque, palesarsi un plausibile e legittimo mutamento di rotta rispetto all'originaria convinzione suggellata nell'accordo tale che lo stesso potrebbe fungere da motivo per la dissoluzione dell'unione matrimoniale. Senza, tuttavia, considerare la prospettazione di un profilo di responsabilità per il coniuge trasgressore e di rimedi per il coniuge "tradito" che tale ripensamento non vuole accettare.

Risulta, invero, impensabile che possa profilarsi un regime di responsabilità nei termini precisati vertendosi in tema di scelte di vita rispetto alle quali ogni potere giudiziario deve precludersi, dal momento che è l'esistenza stessa dell'interessato a essere messa in gioco. Su di altro versante, il "danno" che potrebbe avvertire l'altro coniuge, a seguito dell'altrui "inadempimento", non sarebbe tale da importare il ricorso alla via giudiziale, perché il desiderio di maternità ovvero paternità può senz'altro trovare compimento per il tramite di altre vie, di certo indolori rispetto alle pratiche di fecondazione assistita.

L'impraticabilità dell'agire giudizialmente verso il coniuge "inadempiente" risulta essere corollario della natura intrinsecamente e inscindibilmente collettiva degli interessi coinvolti, di cui all'art. 160 c.c.[67]. Architrave indiscusso quest'ultimo del mancato riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano degli accordi prematrimoniali, in ragione della preclusione, per l'appunto, al singolo membro della famiglia, di qualsiasi potere dispositivo degli interessi in gioco, atteso che l'interesse di ciascuno è connesso a quello degli altri. I diritti della famiglia, infatti, non possono essere costituiti, modificati o estinti dalla volontà negoziale dei privati, in considerazione della loro natura non patrimoniale che, a sua svolta, trova giustificazione nella preminenza e nella essenzialità degli interessi familiari.

67 Al riguardo, emblematiche le osservazioni di Naddeo, F.: "Diritti coniugali e disponibilità preventiva", *www.comparazionedirittocivile.it,* 2014, 9, p. 2, ad avviso della quale "sebbene l'art. 160 c.c., sia collocato nel capo del codice civile relativo al regime patrimoniale della famiglia, deve ritenersi che la regola in esso contenuta abbia una valenza di carattere generale, atta a ricomprendere tanto le situazioni giuridiche soggettive a contenuto economico quanto quelle di natura strettamente esistenziale in titolarità dei coniugi. Se pure, infatti", prosegue l'A., "si volesse limitare la portata letterale della norma ai soli diritti e doveri patrimoniali, circoscrivendola in particolare agli obblighi di contribuzione sanciti dagli artt. 143, comma 3, 147 e 148 c.c., non ne discenderebbe di certo, come taluno ha sostenuto, la derogabilità dei diritti e doveri personali. A fronte di una gerarchia costituzionale di valori che subordina e funzionalizza le situazioni giuridiche di natura economica a quelle di natura esistenziale", conclude l'A. "un'interpretazione del dato normativo che abbia come risultato quello di garantire alle seconde una tutela meno incisiva che alle prime è (…) palesemente assurda".

Proprio l'indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive inerenti al diritto di famiglia consente, in definitiva, di osservare che un eventuale e legittimo rifiuto del coniuge di sottoporsi a tecniche di fecondazione medicalmente assistita ovvero di veder l'altro assoggettarsi a tale trattamento non possa trovare quale proprio limite il consenso originariamente espresso né la volontà dell'altro coniuge. Il rischio evidente sarebbe, infatti, quello di indurre a scelte coartanti la volontà del soggetto, ledendo il diritto alla libera esplicazione del proprio essere. In altre parole, in nome di quel precedente accordo stipulato in vista del futuro matrimonio, non può e non deve accettarsi un annichilimento delle proprie scelte alla volontà non condivisa dell'altro.

BIBLIOGRAFÍA

Al mureden, E.: "I *prenuptial agreements* negli Stati Uniti e nella prospettiva di diritto italiano", *Fam. e dir.*, 2005, 5, pp. 542 ss.

Autorino, G.: "Il tribunale per le relazioni familiari: una storia infinita", *Fam. e dir.*, 2010, 1, pp. 90 ss.

Ballarani, G.: "La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore, (tra norme e principi)", in "Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità", Atti del 13° Convegno Nazionale SISIDC, 3-4-5 maggio 2018, a cura di Perlingieri, P., Giova, S., Esi, Napoli, 2019, pp. 366 ss.

Barone, I.: "Omogenitorialità maschile da surrogazione di maternità tra aperture giurisprudenziali e sistema costituzionale", nota a Trib. Roma, 27 luglio 2018, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, pp. 496 ss.

Basini, G.F.: "I così detti 'patti paramatrimoniali'. Note *de iure condendo*", *Fam. e dir.*, 2019, 12, pp. 1153 ss.

Bianca, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico *versus* superiore interesse del minore?", nota a Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Familia,* 2019, 3, pp. 345 ss.

Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, pp. 176 ss.

Busnelli, F.D.: "Quali regole per la procreazione assistita?", *Riv. dir. civ.,* 1996, 1, pp. 570 ss.

Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", nota a App. Trento, 23 febbraio 2017, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, pp. 986 ss. (in commento anche a Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017).

Carmellino, G.: "Crisi familiare e degiurisdizionalizzazione", *Riv. dir. proc.,* 2018, 2, pp. 505 ss.

Cipriani, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", nota a Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, *Dir. fam. pers.*, 2015, 1, pp. 174 ss.

Corder, P.: "Il Tribunale della famiglia", *www.comparazionedirittocivile.it*, 2012, pp. 1 ss.

Cordiano, A.: "«C'era una volta e una volta non c'era…»: l'interesse del minore nella pronuncia delle Sezioni unite in tema di maternità surrogata", Relazione tenuta a San Benedetto del Tronto, il 12 settembre 2019, in occasione della Scuola estiva dell'Associazione Dottorati di Diritto privato.

Corti, I.: "Maternità per sostituzione e dignità umana", *Genlus*, 2017, 2 pp. 23 ss. (nota ad App. Milano, 25 luglio 2016).

Corti, I.: "La maternità per sostituzione", Giuffrè, Milano, 2000.

Danovi, F.: "Verso il tribunale della famiglia. Il giudice e l'avvocato specialista", *Dir. fam. pers.*, 2017, 2, pp. 615 ss.

Di Stasi, A.: "La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno", Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2020.

Dogliotti, M.: "Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?", nota a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, *Fam. e dir.*, 2021, 7, pp. 677 ss.

Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", nota a Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Fam. e dir.*, 2019, 7, pp. 653 ss.

Donadio, G.: "Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia", Giappichelli, Torino, 2020.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", nota a Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Fam. e dir.*, 2019, 7, pp. 653 ss.

Ferrando, G.: "I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, pp. 820 ss.

Ferrando, G.: "Riconoscimento dello *status* di figlio: ordine pubblico e interesse del minore", *Corr. giur.*, 2017, 7, pp. 935 ss., nota ad App. Trento, 23 febbraio 2017, (commento anche a Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017).

Ferrando, G.: "Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione", *Corr. giur.*, 2015, 8-9, p. 1044 ss.

Ferrando, G.: "Autonomia privata e rapporti familiari" (note a margine del libro di Giuseppina Palmeri), *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2003, pp. 651 ss.

FERRANDO, G.: (a cura di), "La procreazione artificiale tra etica e diritto", Cedam, Padova, 1989.

FUSARO, A.: "*Marital contracts, eheverträge*, convenzioni e accordi prematrimoniali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 2, pp. 475 ss.

GATTO, A.: "Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare", *Dir. fam. pers.*, 2015, 3, pp. 1091 ss.

IRTI, C.: "Digressioni attorno al mutevole 'concetto' di ordine pubblico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, pp. 484 ss.

IRTI, C.: "Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita", *Dir. fam. pers.*, 2016, 2, pp. 665 ss.

LAMARQUE, E.: "La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali" (prime riflessioni in vista della ratifica del Prot. 16 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo), Giappichelli, Torino, 2015.

LUISO, F.P.: "La negoziazione assistita", *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, 4, pp. 602 ss.

MARTONE, A.: "La maternità surrogata e la convergenza tra *favor veritatis* e *favor minoris*", in AA.VV., "CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)", Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2019, pp. 717 ss.

MENDOLA, A.: "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. «mite»", *Foro it.,* 2021, 6, cc. 2074 ss., nota a Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476.

MENDOLA, A.: "Le mobili frontiere della filiazione", in *Quaderni di* Familia, dir. da PATTI, S., Pacini, Pisa, 2020.

MENDOLA, A.: "L'interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata", *Vita not.*, 2015, 2, pp. 676 ss., nota a Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001.

MENGONI, L.: "Il diritto costituzionale come diritto per principi", *Ars Interpretandi*, 1996, pp. 102 ss.

MORACE PINELLI, A.; "Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite", *www.giustiziainsieme.it,* 10 maggio 2022, nota a Cass. civ., 21 gennaio 2022, n. 1842.

Morozzo della Rocca, P.; "Il nuovo *status* di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam e dir.*, 2013, 8-9, pp. 839 ss.

Naddeo, F.: "Diritti coniugali e disponibilità preventiva", *www.comparazionedirittocivile.it*, 2014, 9.

Natale, A.: "In tema di autonomia privata nel diritto ereditario", *Fam. pers. succ.*, 2011, 10, pp. 645 ss.

Oberto, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Fam. e dir.*, 2012, 1, pp. 69 ss.

O'leary S., Eicke, T.: "Some Reflections on Protocol No. 16", *European Human Rights Law Review*, 2018, 3, pp. 220 ss.

Parini, G.A.: "La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, pp. 220 ss.

Patti, S.: "La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia", *Fam. pers. succ.*, 2005, 3-4, pp. 197 ss.

Perlingieri, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti", Esi, Napoli, 2006.

Perlingieri, P: "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative", in "La procreazione artificiale tra etica e diritto", a cura di Ferrando, G., Cedam, Padova, 1989, p. 143.

Perlingieri, P.: "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", Esi, Camerino-Napoli, 1972, pp. 174 ss.

Resta, G: "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità" (note a margine della Carta dei diritti), *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, pp. 808 ss.

Riccardi, L.: "Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità 'intenzionale': il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano", *Freedom, Security e Justice: European Legale Studies*, 2019, 2, pp. 160 ss.

Rimini, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giur. it..*, 2018, 8-9, pp. 1843 ss.

Rossi Carleo, L.: "*Status* e contratto nel mosaico della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2016, 1, pp. 235 ss.

Ruo, M.G.: "Area persona, relazioni familiari e minorenni: la riforma Cartabia risponde alla necessità di tutela effettiva", *www.giustiziainsieme.it*, 19 novembre 2021.

Salvi, G.: "Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità", Esi, Napoli, 2018.

Scalera, A.: "Adozione incrociata del figlio del *partner* e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma", *Fam. e dir.*, 2016, 6, pp. 584 ss.

Schillaci, A.: "Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri", *www.articolo29.it*, 25 aprile 2018.

Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Eur. e dir. priv.*, 2017, 3, pp. 952 ss.

Sesta, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Fam e dir.*, 2015, 3, pp. 296 ss.

Sesta, M.: "L'unicità dello stato di figlio e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam e dir.*, 2013, 3, pp. 236 ss.

Sgorbati, B.: "Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore", *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, *www.biodiritto.org*, 2016, 2, pp. 111 ss.

Spadafora, A.: "Contratto amoroso e contratto di diritto privato: verso un nuovo 'ordine pubblico familiare'?", *Dir. fam. pers.*, 2020, 1, pp. 258 ss.

Spadafora, A.: "Dalla famiglia in crisi alla 'crisi' del divorzio?", *Dir. fam. pers.*, 2020, 2, pp. 516 ss.

Spadafora, A.: "Contrattare sugli affetti", Giuffrè, Milano, 2018.

Tommaseo, F.: "Nuovi tribunali per la tutela dei minori e dei rapporti familiari", *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, pp. 813 ss.

Trezza, R.: "I correttivi 'funzionali' all'istituto dell'adozione in casi particolari", *www.rivistafamilia.it*, 16 maggio 2022, nota a Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79.

Tuo C.E.: "Riconoscimento di *status* familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore", *Corr. giur.*, 2017, 7, pp. 935 ss., nota ad App. Trento, 23 febbraio 2017, (in commento anche a Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017).

Turlon, F.: "Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità 'sociale'", interesse del minore e *favor veritatis*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, pp. 719 ss.

Varano, C.: "La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e trasnazionali", *Fam.* e *dir.*, 2017, 8-9, pp. 830 ss.

Verde, C.: "Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo 'familiare'", *www.juscivile.it*, 2014, 2, pp. 49 ss.

Vesto, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam.* e *dir.*, 2015, 3, pp. 306 ss.

Zambrano, V.: "Tra principio di uguaglianza e responsabilità: diversi itinerari di tutela del minore", *Revista de Direito Brasileira*, 2019, 8-9, pp. 392 ss.

EL DAÑO EN LOS HIJOS A CAUSA DEL DIVORCIO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PSICOLOGÍA Y EL DERECHO*

THE HARM TO MINORS DUE TO DIVORCE: AN APPROACH FROM PSYCHOLOGY AND LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 852-873

* Nota de autoría: Cristina Beatriz Flores Rosado es autora del epígrafe III; y Enlil Iván Herrera Pérez autor de los epígrafes II y IV. Asimismo, ambos tienen la autoría conjunta de los epígrafes I y V.

Cristina Beatriz FLORES y Enlil Iván HERRERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: El presente artículo pretende realizar una aproximación desde la psicología y el derecho al daño sufrido por los hijos menores a causa del divorcio de sus progenitores. Para ello, se empleó un método de revisión documental, recurriendo a estudios e investigaciones de la psicología para determinar el impacto del divorcio en los hijos, como también a doctrina jurídica e investigaciones sobre jurisprudencia vinculada al tema tratado. Los autores concluyen que no es posible negar que el divorcio impacta en los hijos menores, causando potencialmente un daño que podría catalogarse como injusto. Sin embargo, se añade que no es posible establecer una solución universal frente a este tipo de casos, dadas las particularidades que revisten.

PALABRAS CLAVE: Divorcio; hijos; responsabilidad civil; derecho de daños; daño extrapatrimonial.

ABSTRACT: *This article aims to make an approach from psychology and law to the harm suffered by minor children due to the divorce of their parents. For this purpose, a documentary review method was used, resorting to studies and investigations of psychology to determine the impact of divorce on children, as well as legal studies and investigations on jurisprudence related to the subject matter. The authors conclude that it is not possible to deny that divorce impacts minor children, potentially causing damage that could be classified as unfair. However, it is added that it is not possible to establish a universal solution to this type of case, given the particularities that they have.*

KEY WORDS: *Divorce; children; civil liability; tort law; non-patrimonial loss.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.- III. EL IMPACTO PSICOLÓGICO DEL DIVORCIO EN LOS HIJOS.- 1. El divorcio como fenómeno interrelacional y su concepción.- 2. El proceso de "duelo" en los hijos tras el divorcio. 3. Impacto emocional en los hijos a corto plazo. 4. Impacto emocional a largo plazo.- IV. DIVORCIO Y RESPONSABILIDAD DE LOS PROGENITORES.- V. LA RESPONSABILIDAD POR LA DECISIÓN DEL DIVORCIO.

I. INTRODUCCIÓN.

Las relaciones familiares no son ajenas al derecho de daños, pero sí presentan escenarios desafiantes para el mismo. En dicho ámbito, el divorcio se presenta precisamente como uno de tales escenarios desafiantes y, aunque la discusión sobre la responsabilidad civil entre cónyuges por el divorcio es la que ha abarcado la mayor parte de en dicho escenario, la responsabilidad que podría imputarse a los progenitores frente a sus hijos en los casos de divorcio no es menos discutible.

El presente artículo tiene el objetivo de evaluar si existen razones suficientes para afirmar que los progenitores que se divorcian deben responder frente a sus hijos menores y, en tal sentido, cuál sería el remedio (o los remedios) destinado a cautelar los derechos de tales hijos menores.

Para tal propósito se efectúa un estudio desde la óptica de la psicología y del derecho, iniciando por presentar una noción de daño, y sobre todo, de daño resarcible como punto de partida para la discusión; en segundo lugar, se examina el impacto psicológico del divorcio en los hijos; en tercer lugar, se aborda el panorama de la discusión acerca del divorcio y responsabilidad de los progenitores; para finalmente responder a la pregunta acerca de si la propia decisión del divorcio genera responsabilidad frente a los hijos menores.

II. EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La noción de daño no es (ni ha sido) una noción unívoca, tal como se observa no sólo en la historia[1], sino en el derecho comparado contemporáneo[2]. Por tal razón es pertinente partir de un concepto de "daño" para evitar aquellas desventuras

1 Crifò, G.: "Danno", en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1962.

2 Alpa, G.: *La responsabilidad civil. Parte general,* vol. 2, trad. C. Moreno More, Ediciones Legales, Lima, 2016, pp. 783-801.

• Cristina Beatriz Flores Rosado
Docente de la Facultad de Educación, Ciencias de la Comunicación y Humanidades (FAEDCOH), Universidad Privada de Tacna. Correo electrónico: cbflores@upt.pe

• Enlil Iván Herrera Pérez
Doctorando en Derecho, Universidad Privada de Tacna. Correo electrónico: eiherrera@upt.pe

que el lenguaje natural podría ocasionar. Para tal propósito, se propone seguir la noción de Massimo Bianca[3], quien distingue entre tres acepciones de dicho término: (1) el daño como evento lesivo; (2) el daño como efecto económico negativo; y (3) el daño como liquidación pecuniaria del efecto económico negativo.

En la primera acepción se concibe al daño como el resultado material o jurídico que lesiona un interés jurídicamente apreciable. A su vez, si el interés lesionado es un interés patrimonial, el daño podrá calificarse como un daño patrimonial, y si se trata de un interés no patrimonial, la calificación del daño seguirá a este último sentido. La segunda aceptación, sin embargo, se enfoca en aquellos daños de tipo patrimonial, al constituir un efecto económico negativo que puede resultar por la pérdida súbita del patrimonio existente (o daño emergente), o por la pérdida de las ganancias que se obtendrían (o lucro cesante). En la tercera acepción, por su parte, se concibe al daño como la liquidación pecuniaria de la lesión patrimonial ocurrida, es decir, del efecto negativo producido.

Al respecto, es pertinente resaltar que, no sólo el daño patrimonial es resarcible. Si bien la cuantificación de los daños patrimoniales es "menos problemática" que los daños no patrimoniales, ello no implica que dicha dificultad se traduzca necesariamente en la imposibilidad del resarcimiento de este último tipo de daños. Tal como lo comentaba Crifò[4] en su momento, la noción de daño, inicialmente enfocada en lesiones patrimoniales, no quedó estática en la historia, sino que fue abriéndose a distintas otras posibilidades, incluyendo su concepción como aquel resultado que lesiona intereses no patrimoniales. Un cambio que se explica por el que podría denominarse como "giro copernicano" del enfoque del derecho privado: que cambió la preminencia de lo económico por la preeminencia de la persona[5].

De este modo, en el daño no patrimonial también podrá distinguirse entre el daño como evento lesivo –en este caso a intereses no patrimoniales- y el daño como una consecuencia económica de dicho evento. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial, en este caso la consecuencia económica no es el resultado material del daño, sino el resultado imputado por el derecho vigente. En cuanto al resarcimiento económico de este tipo de daños, en algunos países tiene un alcance sumamente limitado; en países del common law, el resarcimiento es meramente nominal o simbólico (nominal damages)[6]; y en otros,

3 Bianca, C. M.: *Dirito civile*, vol. 5: responsabilità, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 123-127.

4 Crifò, G.: "Danno", cit.

5 Bianca, C. M.: *Dirito civile*, vol. 5, cit., p. 190.

6 McCormick, C.: *Handbook on the law of damages*, West Publishing, Saint Paul, 1935, p. 87. Sobre la diferencia que "un dólar" puede hacer en la práctica judicial, puede verse: Cambre, M. E.: "A single symbolic dollar: How nominal damages can keep lawsuits aliv", *Georgia Law Review*, 2019, vol. 52, pp. 933-965.

de tradición continental, donde además se suele considerar al "sufrimiento moral"[7] en la valoración del daño.

Sin embargo, lo que determina que el resultado de un evento lesivo sea resarcible o no, no es su posibilidad de valoración: el derecho debe atribuir a la conducta que ocasiona el daño la cualidad de generar responsabilidad. Véase por ejemplo el caso del daño concurrencial en el ámbito del derecho de la competencia[8], en el que, en ejercicio de sus actividades, una persona pueda ocasionar perjuicios a los competidores concurrentes: si ésta desarrolla tales actividades de manera legítima, el daño causado será lícito y no generará responsabilidad. De este modo, no todo daño ocasionado por una persona es fuente de responsabilidad civil, sino únicamente aquel daño que resulta de un comportamiento "injusto" o "injustificado". Empero, cabe aclarar que, para cada caso concreto, además deberá verificarse la concurrencia de otros elementos para la atribución de responsabilidad.

Al respecto, la pregunta que podría formularse es ¿cuándo un daño puede ser catalogado como injusto o injustificado? Las respuestas a esta pregunta, sin embargo, han sido (y siguen siendo) diversas tanto en la doctrina como en la legislación. Así, por ejemplo, mientras el Código de Napoleón de 1804 no tipificaba qué daños podrían ser catalogados injustos o injustificados, el BGB enumeraba una serie de bienes específicos sobre los cuales recaería el daño resarcible, entre otros tales como la vida, la libertad o la propiedad. Sin embargo, aunque en un caso se hiciese mención expresa a derechos subjetivos, y en otro no, la indeterminación de dichos derechos impedía de todas maneras una tipificación específica[9].

Una segunda posición consiste en abandonar un enfoque centrado en la afectación a un derecho subjetivo, para acoger un enfoque del daño como un hecho lesivo no autorizado por una norma[10], propuesta que parece ser tan o más problemática, pues la tendencia no es regular de manera expresa permisos para la realización de determinadas conductas, sino que es a asumirlos por la ausencia de prohibiciones[11].

7 Bianca, C. M.: *Dirito civile*, vol. 5, cit., p. 193.

8 Kresalja, B., y Ochoa, C.: *Derecho constitucional económico*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2019, pp. 81-84.

9 Ello debido a que, aunque en el BGB se especifiquen ciertos bienes, el contenido de dichos bienes no es específico. Salvi, C.: "Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)", en: AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1214. Esta problemática, sin embargo, no se limitaría al ámbito de la responsabilidad civil, pues es posible argumentar que el problema de la textura abierta involucra al derecho en su conjunto. Cfr. Hart, H. L. A.: *El Concepto de Derecho*, 3ra. Ed., trad. G. Carrió, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, 155-169.

10 Schlesinger, P.: "La injusticia del daño en el ilícito civil", trad. F. Forno, *THEMIS Revista De Derecho*, 1999, núm. 39, 1999, 311-319.

11 En todo, la concepción y caracterización de los permisos y normas permisivas es motivo de desacuerdos. Cfr. Bulygin, E. (ed.): *El libro de los permisos*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

Una tercera posición, propone que la calificación del daño como injusto o injustificado sea efectuada de acuerdo a si los intereses involucrados son merecedores de tutela. Al respecto, se ha argumentado que el enfoque no debe centrarse únicamente sobre el interés lesionado, sino además sobre el interés que subyace a la actividad lesiva[12], por lo que son ambos los intereses involucrados y a los que corresponde prestarse atención. Sin embargo, aun aceptando que la calificación del daño como injusto o injustificado requiere valorar los intereses involucrados, la cuestión que persiste es sobre la identificación, el contenido, y el valor de dichos intereses. Se ha argumentado que tales operaciones tendrían que hacerse siguiendo lo establecido en el ordenamiento jurídico, y, además, o de manera más específica, en atención a los principios constitucionales[13]. Esto último, empero, conduce a problemas más amplios, tales como la identificación e interpretación del derecho, que no son materia de discusión en el presente texto[14], pero que sí permiten resaltar que no existe una única respuesta en la doctrina ni en el derecho positivo, siendo necesario recordar que toda valoración de intereses que incida en las reglas de convivencia es, finalmente, una cuestión política.

Por tanto, aunque puedan proponerse ciertos elementos objetivos para determinar si un daño es injusto o injustificado, puede afirmarse que dicho ejercicio presenta un grado de subjetividad insoslayable.

III. EL IMPACTO PSICOLÓGICO DEL DIVORCIO EN LOS HIJOS.

1. El divorcio como fenómeno interrelacional y su concepción.

Según Serrano[15], desde la perspectiva sistémica, la situación del divorcio puede constituirse como un fenómeno interrelacional que involucra a todos los miembros de la familia, quienes, seguidamente de esta fragmentación, se muestran desestabilizados en su desarrollo personal. Por otro lado, según Migdyrai[16], el divorcio y la ruptura de pareja resultan ser uno de los eventos vitales del individuo más difíciles de superar, el cual como se detallará más adelante, tiene grandes efectos en los menores de edad. Aunado a esto, Ramos-Ardila y Quintero-

12 Salvi, C.: "El daño", en AA.VV.: *Estudios sobre la Responsabilidad Civil* (ed. por L. León), Ara Editores, Lima, 2001, pp. 281-316.

13 Al respecto, enfocado en el ordenamiento jurídico italiano, Guido Alpa formula un catálogo (no cerrado) en el que enumera diversos intereses tutelados (o merecedores de tutela). Alpa, G.: *La responsabilidad civil. Parte general,* vol. 1, trad. C. Moreno More, Ediciones Legales, Lima, 2016, pp. 461-771.

14 Entre otros, puede leerse Moreso, J. J.: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución,* 2da. Ed., Palestra Editores, Lima, 2014.

15 Serrano, J. A.: "Impacto psicológico del divorcio sobre los niños", *Revista de Psicología*, 2006, núm. 2, vol. 3, pp. 29-54.

16 Migdyrai, M.: *Ganar perdiendo. Los procesos de duelo y las experiencias de pérdida: Muerte-Divorcio-Migración*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2010.

Lindarte[17], refieren que la separación de los padres es considerada como una crisis familiar, que trae consigo desajustes a nivel filial, parental y fraternal, el mismo que viene acompañado de implicancias de carácter negativo que afectan su diario vivir; en este sentido, la separación de los progenitores, provoca un quiebre en el equilibrio del hogar, el cual, conduce al sufrimiento tanto para la pareja y los hijos[18].

En el proceso de divorcio, en primera instancia, acontece el estrés propiamente del conflicto matrimonial y, luego se desarrolla el de la separación de los progenitores con la despedida de uno de ellos, siendo en la mayoría de casos, el varón quien se retira del hogar, en este punto, es importante señalar, que es probable que los niños no comprendan del todo lo que está sucediendo, lo cual, les genere confusión y angustia. Asimismo, esta situación de divorcio puede repercutir en la crianza que se imparte[19].

Con respecto a ello, Amato[20], brinda tres perspectivas teóricas entorno a las consecuencias negativas al divorcio en relación al bienestar de los menores. Primeramente, resalta la privación económica que los hogares padecen como resultado de pasar de dos salarios a uno, inclusive cuando el progenitor que no reside en el hogar, brinda el pago de una pensión de manutención para el hijo, en donde esta privación se expresa en insuficiencias a nivel educativo, como la ausencia de recursos indispensables para los hijos, como por ejemplo libros, material escolar, medios para poder pagar las clases de reforzamiento o actividades extraescolares. En un segundo lugar, se encuentra la erosión del capital social para los menores, donde, después del divorcio, los hijos pasan a vivir con uno de los progenitores, en donde mayormente es la madre, y se tiene una reducción de contacto con el progenitor no residente, el cual, suele ser generalmente el padre. A su vez, la madre suele tener que laborar más horas para lograr un ingreso mayor, lo que afecta el tiempo de permanencia en casa. En definitiva, esto puede suscitar ciertas carencias a nivel emocional en los niños, que pueden repercutir en su aprendizaje de habilidades sociales, y llegar a poseer consecuencias en su calidad de vida, e inclusive, a largo plazo. Finalmente, una tercera consecuencia viene a ser el estrés, el cual puede surgir no únicamente por la relación conflictiva de los progenitores, sino también con respecto al cambio de hogar y otros cambios que devengan del hecho, además de la pérdida de contacto con familiares cercanos, como los abuelos o también por las nuevas relaciones sentimentales que posean sus padres o la presencia de hermanastros que vivan en el mismo hogar. Ahora

17 Ramos-Ardila, A., y Quintero-Lindarte, R.: *Implicaciones de la separación en hijos de padres separados*. Repositorio de la Universidad Cooperativa de Colombia, Arauca, 2019.

18 Wallerstein, J., y Resnikoff, G.: "Parental Divorce and Developmental Progression: An Inquiry into their relationship". *International Journal of Psycho-Analysis*, 1997, núm. 78, pp. 135-154.

19 Papalia, D., y Martorell, G.: *Desarrollo Humano*. 13ra Ed., Mc Graw-Hill Interamericana Editores, México, 2017.

20 Amato, P.: "Children of Divorce in the 1990s: An Update of the Amato and Keith (1991) Meta-analysis", *Journal of Family Psychology*, 2001, núm. 15, vol. 3, p. 355, doi:10.1037/0893-3200.15.3.355

bien, cabe indicar que el estrés se aúna a las propias características y cambios de la etapa o proceso de desarrollo de los menores, en donde si el escenario es hostil se puede desencadenar regresiones o retrocesos en su avance a nivel fisiológico, cognoscitivo o psicosocial.

2. El proceso de "duelo" en los hijos tras el divorcio.

De acuerdo con Migdyrai[21], se deben tener en cuenta a los hijos como participantes de una situación que, para ellos, siempre va a tener, en cierta medida, sentimientos de tristeza y pérdida; en otras palabras, tendrán que superar su propio "duelo". En este sentido, los hijos atraviesan el duelo, por la pérdida de la vida junto a los padres en unidad, y, además, por los diversos cambios a nivel la estructura familiar que acontecerán. Aunado a lo anterior, Arriagada, Ruiz, y Zicavo, refieren que "se experimentan intensas emociones y sentimientos asociados a la pérdida y al duelo como ansiedad, confusión, desamparo, inseguridad, soledad, frustración, rabia, culpa intranquilidad e inquietud, pero también se da paso al alivio y reconstrucción"[22], lo cual, puede tener amplias repercusiones en el diario vivir en sus diferentes áreas comportamentales, sentimentales y cognitivas.

En la sociedad actual, se pueden apreciar un aumento de padres ausentes en el ámbito familiar, lo cual conduce al fenómeno de duelo y crisis vivido en la niñez, el cual, repercutirá en la etapa adulta de aquellos hijos de padres divorciados, reproduciendo los mismos escenarios que hacen que la sociedad sufra estas rupturas constantemente[23].

3. Impacto emocional en los hijos a corto plazo.

El desarrollo emocional de los niños constituye la capacidad para poder comprender las emociones que experimentan y las de los demás para poder regularlas, y, con ellas, poder ejercer autonomía emocional, capacidad empática y desplegar sus habilidades sociales; acorde a ello, todo ello viene a desarrollarse de manera óptima cuando exista una crianza positiva, comunicación asertiva y un apego seguro con respecto a los progenitores[24].

21 Migdyrai, M.: *Ganar perdiendo,* cit.

22 Arriagada, F., Ruiz, P., y Zicavo, N.: "La ruptura matrimonial, un proceso de duelo", *Integración Académica en Psicología*, 2016, núm. 4, vol. 11, 2016, p. 63.

23 Mesa, K.: *Duelo y crisis en la etapa adulta en hijos de padres divorciados*, Repositorio de la Universidad Cooperativa de Colombia, Arauca, 2020.

24 Santa, F., y D'Angelo, G.: "Disciplina positiva para el desarrollo de las habilidades emocionales", *Revista de Investigación Psicológica*, 2020, núm. 24, p. 58.

De acuerdo con Barreras y Salazar[25], cuando el niño se ve expuesto a circunstancias estresantes, como lo es la separación de los progenitores o desintegración a nivel familiar, el desarrollo emocional se verá afectado, generando ansiedad por separación, sentimientos de culpa, miedo, llanto, baja autoestima, ira, agresividad dificultades a nivel de memoria, falta de apetito, bajo rendimiento académico, hasta en ciertas ocasiones generándose depresión infantil. El trastorno de ansiedad por separación en los hijos de padres divorciados por separación es considerado frecuente[26], ya que la separación al ser súbita por parte de uno de los progenitores, el niño puede vivir a consecuencia de ello, una experiencia traumática que le induce a reaccionar de forma ansiosa ante separaciones a nivel cotidiano. Este se caracteriza por la presencia de niveles altos de ansiedad ante la separación de las principales figuras de apego o pertenecientes al hogar del menor, o ante la anticipación de estos escenarios. Este trastorno se vincula a síntomas como alto malestar, disculpados a nivel somático, negativa a estar solo o dormir solo, además de preocupación constante[27].

En definitiva, los efectos que devienen del divorcio afectan de manera directa a la estabilidad emocional del niño, donde todos los casos no se dan de forma igualitaria, ya que dependerán en cierto grado de algunos factores como la crianza o el contexto social en donde se desenvuelva el menor, aunado a la edad de este[28]. Según, Al Gharaibeth[29], si el divorcio sucede antes de los cinco años, los menores resultan ser más sensibles a los conflictos emocionales de los progenitores, donde se pueden originar sentimientos de tristeza, desconcierto, ambivalencia afectiva y baja autoestima, asimismo, pueden presentar mayores dificultades para poder expresarse a nivel emocional o la posibilidad de tener baja tolerancia a la frustración[30]. Así mismo, Gómez-Ortiz, Martín, y Ortega-Ruiz[31], refieren que cuando acontece la separación de los padres en la etapa de niñez intermedia, entre 6 a 12 años, se puede percibir la afectación del desarrollo a nivel emocional en los niños a través conductas externalizantes como rebeldía, agresividad, bajo rendimiento en el entorno escolar, rebeldía, mientras que, en las niñas se evidencia

25 Barreras, G., y Salazar, R.: "Efecto de una intervención socioeducativa en mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en una unidad de medicina familiar de Ciudad Obregón, Sonora, México", *Atención Familiar*, 2017, núm. 24, vol. 4, p. 167, doi:10.1016/j.af.2017.05.003.

26 Aguilar, J. M.: *Con mamá y con papá*. Almuzara, Málaga, 2006.

27 Orgilés, M., Espada, J., y Méndez, X.: "Trastorno de ansiedad por separación en hijos de padres divorciados", *Psicothema*, 2008, núm. 20, vol. 3, pp. 383-388.

28 Zambrano, D.: *Divorcio y su influencia en las conductas disociales de un niño de 8 años*, [Tesis de licenciatura], Universidad Técnica de Babahoyo, Babahoyo, 2020.

29 Al Gharaibeth, F. M.: "The effects of divorce on children: mothers' perspectives in UAE", *Journal of Divorce & Remarriage*, 2015, núm. 56, pp. 347-368, doi:10.1080/10502556.2015.1046800.

30 Domínguez, I.: "La nueva realidad familiar: su incidencia en la infancia", *Apuntes de psicología*, 2005, núm. 23, vol. 2, pp. 209-218.

31 Gómez-Ortiz, O., Martín, L., y Ortega-Ruiz, R.: "Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil", *Pensamiento Psicológico*, 2017, núm. 15, vol. 2, pp. 67-78, doi: 10.11144/Javerianacali.PPSI15-2.cpda.

una conducta internalizante traducida mediante ansiedad social y general; timidez y escasa comunicación.

Con respecto a hijos adolescentes, se considera que esta etapa del desarrollo es en la que más influye la separación de los padres, porque se aúna ello a los diversos cambios propios de la pubertad[32]. Ahora bien, cuando los hijos poseen entre 10 a 12 años, en la preadolescencia, y el conflicto entre los progenitores es alto, existen mayores niveles de depresión, destacando específicamente la disforia[33]. A su vez, en hijos adolescentes se puede originar una madurez temprana, ya que se asumen más responsabilidades y tareas dentro del hogar[34], no obstante, esta aparente madurez que presentan, enmascara una inversión de roles a nivel instrumental, es decir, se ejercen tareas de la casa o el cuidado de los hermanos y/o a nivel emocional, cuando actúan como orientadores o consejeros de uno de los progenitores o se ubica a favor de uno de los dos. En este sentido, los adolescentes suelen sentirse atrapados a raíz de los problemas o conflictos que existen entre sus progenitores, lo cual provocan problemas de internalización o tener relaciones débiles o distantes con los padres[35].

A su vez, los hijos que provienen de familias divorciadas en contraste con aquellas que permanecen en matrimonio, presentan niveles mínimos de competencia social y habilidades prosociales, además, de un mayor riesgo de denotar dificultades en las relaciones con los progenitores, hermanos y pares, caracterizadas mayormente por negatividad, conflicto, agresión y coerción[36]. Con respecto a ello, existen estudios sobre la influencia del divorcio en las relaciones entre hermanos, donde indican que la separación supone un riesgo de que aumenten las interacciones negativas entre ellos, y esta mayor hostilidad hace que vayan desentendiéndose entre ellos, induciendo a una pérdida de afecto y apoyo[37].

En este sentido, la American Psychological Association[38], sostiene que existen evidencias sumamente nocivas producto del divorcio, las cuales, pueden llegar a

32 Ivanova, K., Mills, M. y Veenstra, R.: "The initiation of dating in adolescence: the effect of parental divorce. The TRAILS study", *Journal of research on adolescence*, 2011, núm. 21, vol. 4, pp. 769-775, doi:10.1111/j.1532-7795.2010.00734.x.

33 Orgilés, M., Samper, M.D., Fernández-Martínez, I. y Espada, J.P.: "Depresión en preadolescentes españoles: diferencias en función de variables familiares", *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, 2017, núm. 3, vol. 2, pp. 129-134.

34 Hetherington, E.M.: "Should we stay together for the sake of the children?", en AA.VV.: *Coping with divorce, single parenting, and remarriage. A risk and resiliency perspective* (ed. por E.M. Hetherington), Lawrence Erlbaum, Mahwah, 1999, pp. 93-116.

35 Cantón, J., Cortés, M. y Justicia, M.: "Las consecuencias del divorcio en los hijos", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2002, núm. 2, vol. 3, pp. 47-66.

36 Hetherington, E. M.: "Social support and the adjustment of children in divorced and remarried families", *Childhood*, 2003, núm. 10, pp. 217-236, doi:10.1177/0907568203010002007.

37 Cantón, J., Cortés, M., Justicia, M., y Cantón-Cortés, D.: *Violencia doméstica, divorcio y adaptación psicológica. De la disarmonía familiar al desarrollo de los hijos,* Ediciones Pirámide, Madrid, 2013.

38 American Psychological Association: *Guidelines for the Practice of Parenting Coordination*, 2012.

tener tanto los padres y los hijos, asimismo, manifiesta la importancia y urgencia de efectuar acciones que hagan posible atender pertinentemente casos de divorcio para prevenir alteraciones a nivel clínico o psicosocial; menciona también los efectos clínicos contrastados que se han identificado a lo largo del tiempo, tanto en los padres como en los hijos que experimentan un divorcio.

4. Impacto emocional a largo plazo.

Wallerstein y Lewis[39], realizaron un estudio longitudinal de 25 años con 45 familias divorciadas, acorde a este, el divorcio es beneficioso para los padres, pero negativo para las necesidades que poseen los hijos. Por otro lado, resaltan que la ruptura matrimonial no resulta ser una crisis temporal, es decir, que se resuelve en un tiempo breve, y en donde las relaciones entre los progenitores y los menores vuelven a ser como antes, sino que, por el contrario, la familia divorciada debe superar variadas situaciones estresantes, entre las cuales figuran dificultades a nivel económico, que los progenitores puedan comenzar una nueva vida sentimental, entre otras; por lo cual, acorde al estudio, los hijos de padres divorciados presentan mayores conflictos en las relaciones adultas que posean a largo plazo, como presentar la tendencia de contraer matrimonio con menor frecuencia y considerar el divorcio con mayor énfasis. Asimismo, presentan dificultades para confiar en los demás y en el compromiso en sus relaciones, miedo al fracaso o abandono, y, en cuanto a sus relaciones íntimas en la búsqueda de amor, intimidad sexual y compromiso, resulta ser el aspecto más afectado a largo plazo, ya que producto de la situación de divorcio, los hijos escasearían de la imagen de una pareja con una relación estable y el recuerdo que posean del fracaso de sus padres podría incidir en ellos manifestando, por ejemplo, abandono súbito ante los problemas que se les presenten o evitar del compromiso.

Por su parte, Sands, Thompson, y Gaysina[40], indican que existe asociación entre el divorcio acontecido en la infancia y depresión en la edad adulta. Además, estos autores desarrollaron otra investigación, donde analizaron los efectos del divorcio en el rendimiento académico de los hijos, donde hallaron que el divorcio de los padres sí afecta el rendimiento escolar, donde incluso esta afectación es mayor cuanto más grandes son los hijos al momento que se desarrolla la separación[41].

39 Wallerstein, J., y Lewis, M.: "The reality of divorce. Reply to Gordon (2005)", *Psychoanalytic Psychology*, 2005, núm. 22, pp. 452-454.

40 Sands, A., Thompson, E. J. y Gaysina, D.: "Long-term influences of parental divorce on offspring affective disorders: A systematic review and meta-analysis", Journal of Affective Disorders, 2017, núm. 218, pp. 105-114, doi:10.1016/j.jad.2017.04.015.

41 Anthony, C. J., DiPerna, J. C. y Amato, P. R.: "Divorce, approaches to learning, and children's academic achievement: A longitudinal analysis of mediated and moderated effects", *Journal of School Psychology,* 2014, núm. 52, vol. 3, pp. 249-261, doi:10.1016/j.jsp.2014.03.003.

A propósito de ello, Wallerstein y Lewis[42], refieren que alrededor de la mitad de los hijos adultos de parejas divorciadas presenta experiencias o recuerdos estresantes y dolorosos ocasionados por la conducta de los padres, aunado a aspectos relacionados con la custodia y el régimen de visitas. Asimismo, sostienen que suelen experimentar sentimientos de pérdida y la tendencia de ver su vida desde la perspectiva del divorcio acontecido con los progenitores, lamentándose de no haber poseído un padre cercano y cuestionándose si realmente existía afecto por parte del progenitor hacia ellos, sin embargo, algunas variables reducirían este riesgo como la custodia compartida o un bajo nivel de conflictividad.

Migdyrai[43], sostiene que diversos estudios demuestran que existe en demasía un desconocimiento de cómo afrontar una situación de divorcio, a niveles intelectuales como emocionales, por lo tanto, las consecuencias que trae consigo la falta de información o conocimiento sobre este proceso suelen ser desfavorables, tanto para los implicados, como para las personas que los rodean. Vinculado a lo anterior, acorde a las tendencias actuales sobre disoluciones matrimoniales proponen que la cantidad de rupturas puede seguir aumentando a un futuro, por lo que también puede ascender el número de menores que vivirán el proceso de divorcio de sus progenitores y, tal vez, el conflicto que exista entre ellos. Por lo tanto, resulta imprescindible identificar los elementos que pueden ocasionar un efecto negativo en los hijos para poder proponer políticas públicas que contribuyan a los hijos y a los padres durante los procesos de separación o divorcio[44].

IV. DIVORCIO Y RESPONSABILIDAD DE LOS PROGENITORES.

1. La regulación de las consecuencias del divorcio.

Abordar el daño en menores a causa del divorcio no implica considerar que el divorcio en sí mismo se trate de un ilícito generador de daños, pues, así como los cónyuges pueden decidir mantenerse juntos, pueden también decidir "separarse, divorciarse, contraer un nuevo matrimonio o formar una familia"[45], De otro lado, a partir de esta afirmación tampoco puede concluirse que del divorcio no genere (directa o indirectamente) daño alguno: es necesario prestar atención a la conducta del cónyuge (o de los cónyuges) antes y después del divorcio. Esto implica preguntar ¿qué causó el divorcio? y ¿qué generó el mismo?

42 Wallerstein, J., y Lewis, M.: "The reality", cit.

43 Migdyrai, M.: *Ganar perdiendo,* cit.

44 Escapa, S. "Los efectos del conflicto parental después del divorcio sobre el rendimiento educativo de los hijos", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2017, núm. 158, pp. 41-58, doi:10.5477/cis/reis.158.41.

45 Sesta, M.: "Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana", trad. G. Macanás Vicente, en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2013, p. 416.

Será distinto el caso del divorcio producido por culpa de uno de los cónyuges, del caso del divorcio resultante del acuerdo de ambos cónyuges. En lo que respecta a la imputación de responsabilidad civil en el primer caso, la discusión se centra normalmente en el daño causado y el daño sufrido por los cónyuges. Sin embargo, no hay razones para que se excluya la evaluación del eventual daño sufrido por los hijos –y en especial por los hijos menores. Un caso evidente de estos daños sería aquel en el que el divorcio se produjo por causa de que uno de los cónyuges violentó a los hijos, pero la discusión no amerita restringirse únicamente a ese tipo de casos. La violencia realizada contra el otro cónyuge, a pesar de no estar dirigida a los hijos, puede impactar en los mismos. Así también, pueden citarse casos de abandono del hogar conyugal, en los que aparentemente no habría violencia, pero que también podría generar un impacto negativo en los hijos. La pregunta es si tal impacto negativo generado por el cónyuge culpable del divorcio puede calificarse como un "daño injusto" y por ende resarcible.

Por otro lado, puede ocurrir que el divorcio se produzca porque los cónyuges viven separados en la práctica, o porque ambos hayan decidido proceder con el mismo de manera consensuada. Esto, aunque es permitido en numerosos ordenamientos jurídicos, no necesariamente garantiza que los hijos no sufran perjuicio alguno, y esta es una preocupación que se acentúa a partir del estudio del impacto psicológico de divorcio en los menores realizado anteriormente.

Al respecto, una observación general a la regulación del divorcio, y la situación de los hijos –y en especial hijos menores- permite identificar como consecuencias jurídicas establecidas la previsión sobre (1) la patria potestad; (2) la tenencia de los menores e hijos dependientes; (3) el régimen de visitas sobre los hijos; y (4) los alimentos –o pensión alimenticia- de los hijos. Sin embargo, no se prevé –al menos no de manera expresa- la evaluación del potencial daño provocado al menor por el divorcio o por los eventos que procedan del mismo, ni tampoco su posibilidad de resarcimiento.

2. Familia y responsabilidad civil.

Aunque pueda afirmarse que no todo supuesto que configure un daño indemnizable requiera ser regulado expresamente como tal, bajo el principio "alterum non laedere"; situaciones que se producen al interior de una familia, frente a las cuales actualmente se podría argumentar la atribución de responsabilidad civil, no siempre habrían podido tener dicha conclusión.

Esta situación se explica por la cosmovisión sostenida décadas atrás, la cual concebía a la familiar como una institución desligada del derecho de daños, o con una vinculación débil. Además de argumentos que podrían calificarse de

moralistas[46], basados en la tradición y la unidad familiar, Trimarchi[47] enumeraba otros vinculados a las "dificultades" que la responsabilidad civil por ilícitos endofamiliares podría ocasionar en la práctica: (1) exceso de litigios, (2) intervención judicial ineficaz, (3) intereses en juego delicados y difíciles de valorar, y (4) el riesgo de una intervención judicial lesiva a las libertades fundamentales. Así, parecía querer no pensarse que en los problemas familiares se produjesen daños injustos o injustificados[48], prefiriéndose –aunque no expresamente- una suerte de situación de inmunidad en lugar de discutir la atribución una situación de responsabilidad o sujeción. Relato de ello lo ofrecen Patti[49], y antes, Cian[50].

Una concepción que también se tendría en ordenamientos de Latinoamérica, y que no sólo implicaba un velo sobre la responsabilidad entre cónyuges, sino también entre estos como progenitores, y sus hijos. Sobre esto último, Kemelmajer de Carlucci llamó la atención de ello en su momento, refiriendo que el término "responsabilidad" no parecía ser un término preferido en el derecho de familia, optándose por emplear otras expresiones –aunque no menos importantes- tales como "'interés del menor', 'necesidades', 'derechos'"[51].

Con el pasar de los años, se producirían cambios a concepción tradicional, no sólo en la doctrina, sino también en la legislación y la jurisprudencia[52], los que serían motivados por cambios en la concepción de la persona y sus derechos, tomados como centro de atención. De este modo, el velo de inmunidad sería levantado, a punto de considerarse que la condición de familiar, en lugar de suponer una limitación de responsabilidad, constituye un agravante a las consecuencias por daños causados[53].

3. La responsabilidad de los progenitores ante el divorcio.

En distintos ordenamientos se faculta a una persona a peticionar el divorcio frente a otra, o el derecho de ambas a decidir separarse y divorciarse, pero

46 Mediante estos argumentos se pretende imponer en una sociedad un modelo de moralidad positivo determinado. Una práctica duramente criticada por Hart, de cuya discusión se ofrece un panorama general en Ramiro Avilés, M. A.: "A vueltas con el moralismo legal", en Hart, H. L. A.: *Derecho, Libertad, Moralidad*, Dykinson. Madrid, 2007, 9-88.

47 Trimarchi, P.: "Illecito (diritto privato)", en AA.VV.: *Enciclopedia di diritto*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 102.

48 La ausencia de comentarios críticos, sobre la responsabilidad civil vinculada al derecho de familia, son evidencia de dicha actitud.

49 Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984.

50 Cian, G.: "Introduzione generale. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato", en AA.VV.: *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, I, 1 (ed. por L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi), CEDAM, Padova, 1977, p. 42.

51 Kemelmajer de Carlucci, A.: "Daños sufridos y causados por niños", *Revista de Derecho de Daños,* 2002, núm. 2, p. 33.

52 Sesta, M., "Infracción de los deberes familiares y responsabilidad", cit., p. 409.

53 Ibid., p. 411.

también se observan normas que pretenden garantizar el interés de los hijos –y en especial de los hijos menores. De este modo, a pesar de que podría afirmarse que la separación y el divorcio de los padres de un menor no son aspectos deseables ni ideales para éste, son eventos cuyo acontecimiento se permite, sea para evitar una situación más grave –como en casos de violencia- o para que la decisión de los cónyuges produzca efectos jurídicos –como en la separación y divorcio por acuerdo mutuo.

La pregunta es si, considerando las implicancias psicológicas en el menor, el divorcio podría ser considerado como un evento generador de daño resarcible. La respuesta dependerá de cada caso concreto, pues, como se ha visto, el divorcio puede afectar incluso gravemente a los menores involucrados, pero no en todos los casos tiene el mismo efecto; dependerá en gran manera del comportamiento que sus padres tengan antes, durante, y después del divorcio.

En la doctrina se ha hecho referencia a que los hijos tienen un "derecho a ser amados"[54]. Esto, sin embargo, no en un sentido meramente emotivo, ni tampoco restringido a lo moral[55], sino en un sentido jurídico que, siguiendo a Chiavassa y Marinangelo[56], podría traducirse en como un deber de cuidado dentro de la relación familiar. Empero, frente a las situaciones comentadas, este deber no implica que los padres deban estar forzosamente casados sin posibilidad alguna de separación.

Como se ha dicho anteriormente, existen casos de violencia que justificarían plenamente la separación y el divorcio, y en los cuales se podría imputar responsabilidad civil al cónyuge culpable, no sólo en relación al otro cónyuge, sino además respecto de los menores que resultasen afectados. Al respecto, la violencia señalada no sólo debe ser entendida como un acto de uso de fuerza restringido a una situación concreta, sino en un sentido más amplio, como el proceder de una persona que afecta la integridad, física o psicológica de otra. Bajo tal perspectiva, no sólo los "golpes", sino incluso hábitos de vida de los progenitores, en tanto supongan una afectación a la salud de los menores, podrían considerarse como daño-evento y, por tanto, generador de responsabilidad civil[57]. En consecuencia, la conducta de los progenitores que provoque el divorcio, también podría generar responsabilidad civil.

54 En palabras de Bianca, al comentar la reforma del Codice Civile italiano y en especial referencia al artículo 315 *bis* del referido cuerpo normativo. Bianca, C. M.: *Dirito civile*, vol. 2.1: la famiglia, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 367-369.

55 El derecho no puede regular los aspectos internos de la persona, aunque pueda influir en tales.

56 Chiavassa, M., Marinangelo, R.: "É possível a indenização de natureza extrapatrimonial por abandono afetivo?", en AA.VV.: *Los nuevos retos del derecho de familia* (coord. por A. Gallardo Rodríguez, A. A. Estancona Pérez, y G. Berti de Marinis), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 293-308.

57 López Sánchez, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 247-293.

Por otro lado, también es pertinente poner atención al escenario posterior a la separación y divorcio. Al respecto, cabe recordar que el divorcio extingue el vínculo matrimonial, no sucede lo mismo con el vínculo paterno-filial, ni, en consecuencia, con las obligaciones que cada progenitor tiene frente a sus hijos –y en especial, a sus hijos menores. En ese sentido, el hecho del divorcio no justifica o autoriza que las relaciones verticales se afecten o perjudiquen[58]. La omisión al cumplimiento del deber de cuidado, o su entorpecimiento u obstaculización a causa de alguno de los progenitores, también tiene un impacto psicológico en los menores con diversas consecuencias –y en diferente grado- dependiendo de cada caso. De este modo, es posible afirmar que el "abandono afectivo" –o mejor, la afectación del deber de cuidado- que puedan sufrir los menores constituye un perjuicio tanto normativo como fáctico. Por lo que, a pesar de que en un ordenamiento jurídico no se atribuya responsabilidad civil expresamente a este tipo de casos, es posible afirmar la posibilidad de imputar responsabilidad por el incumplimiento de dicho deber –o de las obligaciones que lo componen.

En tal contexto, en las obligaciones de los progenitores, separados o divorciados, frente a los hijos, se suele poner énfasis en cuestiones tales como el ejercicio de la patria potestad, el derecho de visitas, y a los alimentos[59]. Cuestiones respecto de las cuales también se ha discutido en el derecho de daños, argumentándose la existencia de razones para sustentar que el incumplimiento de dichas obligaciones, o la obstaculización que pueda ejercer un progenitor sobre otro para el cumplimiento de las mismas, genera responsabilidad civil. En ese sentido, se ha argumentado que el incumplimiento del derecho de visitas o su obstaculización contra el otro progenitor, al afectar su relación personal con el menor[60]; como también el quebrantamiento del deber de cuidado[61] o, en general, el abuso en el ejercicio de la patria potestad, generan responsabilidad civil[62].

58 Roca i Trías, E.: *Libertad y familia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 155-200.

59 Vid. Nevado Montero, J. J.: *El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores*, J. M. Bosch, Barcelona, 2021; Serrano Molina, A.: "Las concretas medidas de protección para los hijos menores de edad", en AA.VV.: *Tratado del menor: la protección jurídica a la infancia y adolescencia* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 314-344; Roca i Trías, E.: *Libertad y familia,* cit.; Garnica García, M. C.: "Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio", en AA.VV.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: una aproximación interdisciplinar* (dir. por Garnica García), Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 43-62.

60 Ramos Maestre, A.: "La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 383-407; Moreno Marín, M. D.: "El daño moral en el ámbito de las relaciones familiares", en AA.VV.: *Derecho de daños y protección de la persona* (ed. por E. Llamas Pombo, J. Arrubla Paucar, y C. I. Jaramillo), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 537-542.

61 López Sánchez, C.: "Daños causados", cit., pp. 247-293.

62 Con un enfoque en el derecho italiano puede citarse a Sesta, M., "Infracción de los deberes", cit., pp. 409-436; en el derecho brasilero a Chiavassa, M., Marinangelo, R.: "É possível a indenização", cit., pp. 293-308; en el derecho uruguayo a Howard Alanis, W.: "Panorama jurisprudencial de la responsabilidad en el derecho de familia", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2016, núm. 15, vol. 30, pp. 171-188; y en el derecho argentino a Kemelmajer de Carlucci, A.: "Daños sufridos", cit.

V. LA RESPONSABILIDAD POR LA DECISIÓN DEL DIVORCIO.

Tal como se ha visto, los progenitores tienen responsabilidad frente a sus hijos por hechos y situaciones que surgen antes y después del divorcio. La pregunta que sigue es si también responden frente al menor por la decisión del divorcio misma. Una cuestión que no se enfoca a cuestionar la permisibilidad del divorcio, sino en determinar si existe responsabilidad civil de los progenitores frente a sus hijos menores por la decisión del divorcio.

Para Medina[63], los hijos menores se tratarían de "damnificados indirectos" y, por tanto, en aquellos ordenamientos en los que sólo se reconozca el derecho a los "damnificados directos" de obtener una indemnización o un resarcimiento, tales hijos no tendrían legitimidad. Sin embargo, sería pertinente repensar si realmente se tratan de "damnificados indirectos", dado el impacto psicológico que el divorcio puede tener sobre los hijos.

Esto, empero, no alcanza para negar la permisibilidad del divorcio, ni tampoco para afirmar que en todos los casos de divorcio deba establecerse responsabilidad civil a los progenitores, dada la multiplicidad de escenarios que se presentan en las dinámicas familiares, y las distintas situaciones que se pueden generar producto del divorcio. En ese sentido, la solución debe pensarse en función a las particularidades de cada caso, la cual no necesariamente tendría que conducir a imputar responsabilidad civil por el divorcio mismo, pues el cuidado de los hijos menores se ve cubierto –al menos idealmente- por el establecimiento de obligaciones a cada uno de los progenitores, siendo que dichas obligaciones no se extinguen ni "suspenden" por el divorcio.

En todo, cabe considerar si corresponde establecer ciertos deberes de diligencia a los progenitores que deciden optar por el divorcio, tales como el diálogo, la reflexión, o incluso la terapia familiar. Una discusión cuya respuesta probablemente sería complicada de consensuar, dadas las diversas circunstancias que se suscitan al interior de las familias, pero que al mismo tiempo se presenta como una discusión necesaria, dadas las implicancias del divorcio en el bienestar de los menores.

63 Medina, G.: *Daños en el Derecho de Familia,* 2da. Ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, J. M.: *Con mamá y con papá.* Almuzara, Málaga, 2006.

Al Gharaibeth, F. M.: "The effects of divorce on children: mothers' perspectives in UAE", *Journal of Divorce & Remarriage*, 2015, núm. 56, pp. 347-368, doi:10.1080/10502556.2015.1046800

Alpa, G.: *La responsabilidad civil. Parte general,* vols. 1 y 2, trad. C. Moreno More, Ediciones Legales, Lima, 2016.

Amato, P.: "Children of Divorce in the 1990s: An Update of the Amato and Keith (1991) Meta-analysis", *Journal of Family Psychology*, 2001, núm. 15, vol. 3, p. 355, doi:10.1037/0893-3200.15.3.355

American Psychological Association: *Guidelines for the Practice of Parenting Coordination*, 2012.

Anthony, C. J., DiPerna, J. C. y Amato, P. R.: "Divorce, approaches to learning, and children's academic achievement: A longitudinal analysis of mediated and moderated effects", *Journal of School Psychology,* 2014, núm. 52, vol. 3, pp. 249-261, doi:10.1016/j.jsp.2014.03.003

Arriagada, F., Ruiz, P., y Zicavo, N.: "La ruptura matrimonial, un proceso de duelo", *Integración Académica en Psicología*, 2016, núm. 4, vol. 11, 2016, p. 63.

Barreras, G., y Salazar, R.: "Efecto de una intervención socioeducativa en mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en una unidad de medicina familiar de Ciudad Obregón, Sonora, México", *Atención Familiar*, 2017, núm. 24, vol. 4, p. 167, doi:10.1016/j.af.2017.05.003

Bianca, C. M.: *Dirito civile*, vol. 2.1: la famiglia, Giuffrè, Milano, 2017.

Bianca, C. M.: *Dirito civile,* vol. 5: responsabilità, Giuffrè, Milano, 2020.

Bulygin, E. (ed.): *El libro de los permisos,* Marcial Pons, Madrid, 2019.

Cambre, M. E.: "A single symbolic dollar: How nominal damages can keep lawsuits alive", *Georgia Law Review*, 2019, vol. 52, pp. 933-965.

Cantón, J., Cortés, M. y Justicia, M.: "Las consecuencias del divorcio en los hijos", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2002, núm. 2, vol. 3, pp. 47-66.

Cantón, J., Cortés, M., Justicia, M., y Cantón-Cortés, D.: *Violencia doméstica, divorcio y adaptación psicológica. De la disarmonía familiar al desarrollo de los hijos,* Ediciones Pirámide, Madrid, 2013.

Chiavassa, M., Marinangelo, R.: "É possível a indenização de natureza extrapatrimonial por abandono afetivo?", en AA.VV.: *Los nuevos retos del derecho de familia* (coord. por A. Gallardo Rodríguez, A. A. Estancona Pérez, y G. Berti de Marinis), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 293-308.

Cian, G.: "Introduzione generale. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato", en AA.VV.: *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, I, 1 (ed. por L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi), CEDAM, Padova, 1977.

Crifò, G.: "Danno", en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1962.

Domínguez, I.: "La nueva realidad familiar: su incidencia en la infancia", *Apuntes de psicología*, 2005, núm. 23, vol. 2, pp. 209-218.

Escapa, S.: "Los efectos del conflicto parental después del divorcio sobre el rendimiento educativo de los hijos", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2017, núm. 158, pp. 41-58, doi:10.5477/cis/reis.158.41

Garnica García, M. C.: "Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio", en AA.VV.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: una aproximación interdisciplinar* (dir. por Garnica García), Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 43-62.

Gómez-Ortiz, O., Martín, L., y Ortega-Ruiz, R.: "Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil", *Pensamiento Psicológico*, 2017, núm. 15, vol. 2, pp. 67-78, doi: 10.11144/Javerianacali.PPSI15-2.cpda

Hart, H. L. A.: *El Concepto de Derecho*, 3ra. Ed., trad. G. Carrió, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009.

Hetherington, E. M.: "Social support and the adjustment of children in divorced and remarried families", *Childhood*, 2003, núm. 10, pp. 217-236, doi:10.1177/0907568203010002007

Hetherington, E.M.: "Should we stay together for the sake of the children?", en AA.VV.: *Coping with divorce, single parenting, and remarriage. A risk and resiliency perspective* (ed. por E.M. Hetherington), Lawrence Erlbaum, Mahwah, 1999, pp. 93-116.

Howard Alanis, W.: "Panorama jurisprudencial de la responsabilidad en el derecho de familia", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2016, núm. 15, vol. 30, pp. 171-188.

Ivanova, K., Mills, M. y Veenstra, R.: "The initiation of dating in adolescence: the effect of parental divorce. The TRAILS study", *Journal of research on adolescence*, 2011, núm. 21, vol. 4, pp. 769-775, doi:10.1111/j.1532-7795.2010.00734.x

Kemelmajer de Carlucci, A.: "Daños sufridos y causados por niños", *Revista de Derecho de Daños, 2002,* núm. 2, pp. 7-68.

Kresalja, B., y Ochoa, C.: *Derecho constitucional económico*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2019.

López Sánchez, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 247-293.

McCormick, C.: *Handbook on the law of damages*, West Publishing, Saint Paul, 1935.

Medina, G.: *Daños en el Derecho de Familia,* 2da. Ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

Mesa, K.: *Duelo y crisis en la etapa adulta en hijos de padres divorciados*, Repositorio de la Universidad Cooperativa de Colombia, Arauca, 2020.

Migdyrai, M.: *Ganar perdiendo. Los procesos de duelo y las experiencias de pérdida: Muerte-Divorcio-Migración*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2010.

Moreno Marín, M. D.: "El daño moral en el ámbito de las relaciones familiares", en AA.VV.: *Derecho de daños y protección de la persona* (ed. por E. Llamas Pombo, J. Arrubla Paucar, y C. I. Jaramillo), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 537-542.

Moreso, J. J.: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución,* 2da. Ed., Palestra Editores, Lima, 2014.

Nevado Montero, J. J.: *El ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores*, J. M. Bosch, Barcelona, 2021.

Orgilés, M., Espada, J., y Méndez, X.: "Trastorno de ansiedad por separación en hijos de padres divorciados", *Psicothema*, 2008, núm. 20, vol. 3, pp. 383-388.

Orgilés, M., Samper, M.D., Fernández-Martínez, I. y Espada, J.P.: "Depresión en preadolescentes españoles: diferencias en función de variables familiares", *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, 2017, núm. 3, vol. 2, pp. 129-134.

Papalia, D., y Martorell, G.: *Desarrollo Humano*. 13ra Ed., Mc Graw-Hill Interamericana Editores, México, 2017.

Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984.

Ramiro Avilés, M. A.: "A vueltas con el moralismo legal", en Hart, H. L. A.: *Derecho, Libertad, Moralidad*, Dykinson. Madrid, 2007, 9-88.

Ramos Maestre, A.: "La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 383-407.

Ramos-Ardila, A., y Quintero-Lindarte, R.: *Implicaciones de la separación en hijos de padres separados*. Repositorio de la Universidad Cooperativa de Colombia, Arauca, 2019.

Roca i Trías, E.: *Libertad y familia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Salvi, C.: "El daño", en AA.VV.: *Estudios sobre la Responsabilidad Civil* (ed. por L. León), Ara Editores, Lima, 2001, pp. 281-316.

Salvi, C.: "Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)", en: AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988.

Sands, A., Thompson, E. J. y Gaysina, D.: "Long-term influences of parental divorce on offspring affective disorders: A systematic review and meta-analysis", Journal of Affective Disorders, 2017, núm. 218, pp. 105-114, doi:10.1016/j.jad.2017.04.015

Santa, F., y D'Angelo, G.: "Disciplina positiva para el desarrollo de las habilidades emocionales", *Revista de Investigación Psicológica*, 2020, núm. 24, p. 58.

Schlesinger, P.: "La injusticia del daño en el ilícito civil", trad. F. Forno, *THEMIS Revista De Derecho*, 1999, núm. 39, 1999, 311-319.

Serrano Molina, A.: "Las concretas medidas de protección para los hijos menores de edad", en AA.VV.: *Tratado del menor: la protección jurídica a la infancia y adolescencia* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 314-344.

SERRANO, J. A.: "Impacto psicológico del divorcio sobre los niños", *Revista de Psicología*, 2006, núm. 2, vol. 3, pp. 29-54.

SESTA, M.: "Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana", trad. G. MACANÁS VICENTE, en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiare*s (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 409-436.

TRIMARCHI, P.: "Illecito (diritto privato)", en AA.VV.: *Enciclopedia di diritto*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970.

WALLERSTEIN, J., y LEWIS, M.: "The reality of divorce. Reply to Gordon (2005)", *Psychoanalytic Psychology*, 2005, núm. 22, pp. 452-454.

WALLERSTEIN, J., y RESNIKOFF, G.: "Parental Divorce and Developmental Progression: An Inquiry into their relationship". *International Journal of Psycho-Analysis*, 1997, núm. 78, pp. 135-154.

ZAMBRANO, D.: *Divorcio y su influencia en las conductas disociales de un niño de 8 años*, [Tesis de licenciatura], Universidad Técnica de Babahoyo, Babahoyo, 2020.

NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS ANTE EL NACIMIENTO DE NUEVOS HIJOS

TNEW FAMILY MODELS AND MODIFICATION OF THE FOOD PENSION BEFORE THE BIRTH OF NEW CHILDREN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 874-891

Pablo
TORTAJADA
CHARDÍ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El propósito del presente trabajo reside en el examen y reconocimiento de los nuevos modelos de familia, con el fin de considerar las nuevas familias reconstituidas en sus múltiples supuestos, y con especial atención a la afectación en el nacimiento de nuevos hijos en situaciones de crisis familiares, dado que el nuevo escenario, propicia la modificación de la situación existente, con la consecuencia de emprender una modificación de medidas ante la alteración producida.

PALABRAS CLAVE: Familia, nacimiento nuevos hijos, modificación medidas, pensión de alimentos, interés superior del menor.

ABSTRACT: *The purpose of this work resides in the examination and recognition of the new family models, in order to consider the new reconstituted families in their multiple assumptions, and with special attention to the impact on the birth of new children in situations of family crisis, given that the new scenario encourages the modification of the existing situation, with the consequence of undertaking a modification of measures in the face of the alteration produced.*

KEY WORDS: *Family, birth of new children, modification of measures, alimony, best interests of the minor.*

SUMARIO.- I.- BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA. 1. Consideraciones Preliminares. - 2. Concepto de familia.- 3.- Concepto de familia numerosa. II.- MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS. 1. Presupuestos necesarios para la modificación. Práctica judicial sobre la modificación de las circunstancias. 2.- Dies a quo. Retroactividad limitada de los alimentos. 3.- Sobre la modificación de la pensión ante el nacimiento de nuevos hijos. III.- CONCLUSIONES.

I. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA.

1. Consideraciones preliminares.

El desarrollo producido en nuestra sociedad propicia nuevas realidades sociales y en consecuencia nuevos modelos familiares. Es necesario efectuar una breve reflexión en primer lugar sobre el íter producido en la materia, sirviéndonos recordar en un primer estadio, el matrimonio canónico, como sistema absolutamente dominante. Con posterioridad, y ante el progreso y avance social, se lleva a cabo la admisión del matrimonio homosexual, como meta reciente, "desplegando una profunda transformación en la sociedad española, que impulsa una nueva imagen del concepto tradicional de familia[1]". Debemos resaltar que la normativa que conforma el régimen de familia[2] es muy amplia y diversa,

1 Salar Otillos, M.J.: La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, bis (extraordinario), jul. 2018, p. 197.

2 De forma cronológica mencionamos las normas que conforman el régimen de familia: Ley 1/1982 de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela. Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos de Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción. Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En los Capítulos II y III del Título XII, sobre alteración de la paternidad, estado y condición del menor y derechos y deberes familiares (quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio, sustracción de menores y abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección). Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Ley 40/2003, de 18 de noviembre de Protección a las Familias Numerosas. 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. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para posibilitar que la institución matrimonial se extienda a contrayentes del mismo sexo. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana asistida de 26 de mayo. Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Dependencia. Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificada por Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Texto Refundido de

• Pablo Tortajada Chardí
Abogado. Mediador. Árbitro del Tribunal Arbitral del ICAV. Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: pablo.tortajada-chardi@uv.es.

y por ello, es de destacar la importancia de la materia, pues la misma afecta a un sector enormemente amplio de la población, y por ende, precisará de una especialización de los operadores jurídicos, y sobre todo de una jurisdicción de familia especializada, que actualmente es solicitada desde diversos foros.

En este marco, y fruto del desarrollo social y económico, se abordan las diversas realidades familiares, con la asunción de la referencia y fundamento de lo dispuesto en el artículo 14 CE, en relación con el artículo 32 y 39, principio de igualdad ante la ley y no discriminación, igualdad entre cónyuges y entre los hijos, con independencia de su filiación.

En particular, resulta una exigencia establecida en nuestra Constitución[3], y recogida en numerosos instrumentos internacionales[4] el deber de asegurar una protección social, económica y jurídica de la familia.

Sin embargo, el paso del tiempo y la transformación social que el mismo conlleva, han producido una evolución en las estructuras y modelos familiares, con una reducción del número de miembros de la familia, producido por la baja natalidad, lo cual ha derivado y favorecido la creación o nacimiento de familias monoparentales, algún autor señala en esta evolución ciertas características, tales como familia reducida en sus miembros "atenuación de los principios institucionales que tradicionalmente organizaba el grupo familiar y deslegalizada, por la reducción del formalismo histórico y revalorización de la autonomía individual[5]. Este cambio estructural, no debe alejarnos del fin de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad y de su organización, que sirve al libre desarrollo de la personalidad de todos sus miembros, siendo el medio natural de crecimiento y bienestar de todos ellos[6].

la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

3 Artículo 39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

4 La Declaración Universal de los derechos Humanos en su numeral 16.3 establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

5 Tena Piazuelo, I.: "La nueva familia y el nuevo derecho de familia español", *Nuevo Derecho*, núm. 9, 2011, p. 81.

6 Linacero De LaFuente, M.: *Derecho de la persona y de las relaciones familiare*s, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 321, donde reflexiona acerca de "un concepto dinámico de la familia que ha dado lugar a nuevos modelos familiares, entre otros: familia matrimonial, familia no matrimonial, familia monoparental, familia reconstituida, familia con personas dependientes o con discapacidad".

En suma, abordamos el cambio producido por la familia, en su concepción y en tal sentido la creación de nuevas familias por sus miembros, con la consecuente modificación y alteración en las circunstancias existentes en situaciones de crisis familiares, como se acomete, analizando sus consecuencias, y concretamente, y con el ánimo de situar el estudio, en el nacimiento de nuevos hijos y su posterior consecuencia en la alteración del núcleo o núcleos familiares.

2. Concepto de familia.

Hemos de acudir en primera instancia al diccionario de la lengua española[7], que nos ofrece como definición de familia, la de un "Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas". Debido a que nuestra Carta Magna, no nos ha facilitado una definición de la familia, acudimos a nuestro Tribunal Constitucional, quien nos da una respuesta en sentido negativo, así la STC 11 diciembre 1992, en su Fundamento Quinto, establece que el concepto constitucional de familia no se reduce a la familia matrimonial, por lo que no es factible dar un concepto legal[8].

El propio Parlamento Europeo entiende y considera igualmente, en sentido negativo (2004) "Que, por familia no debe entenderse obligatoriamente un conjunto formado por padre, madre e hijos, sino que este concepto debe incluir distintos proyectos de vida en común".

Cabe colegir, en suma, y como elemento común, que "la familia, se entiende en sentido amplio, formada por los parientes más cercanos entre los que existen relaciones de afecto o de convivencia[9]".

Es importante resaltar y en este sentido STS 29 septiembre 2006[10], que el concepto de familia actual, articula la inclusión de todos los hijos, sin discriminación por razón de su filiación, incluyendo los adoptivos sin posibilidad de distinción o discriminación[11].

7 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23. ª ed., [versión 23.4 en línea] en https://dle.rae.es [Fecha de consulta 12/12/2021].

8 A modo de ejemplo Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV Familia, Dykinson, Madrid, 2017, p. 23, manifiesta en mismo sentido que "La ley no define la familia, ni es posible dar un concepto legal general de ella porque el grupo familiar tiene muy distinta amplitud en los diversos aspectos en los que es considerado […] una definición legal sería innecesaria, induciría a confusión y favorecería indebidas exclusiones".

9 Lorenzo Rego, I.: *El concepto de familia en Derecho español: un estudio interdisciplinar*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014. p. 279, donde establece acertadamente el autor que en vez de buscar una posible "unidad de concepto", a raíz del análisis y regulación de la familia en las diversas ramas jurídicas, se transita hacia la "diversidad familiar" conceptualmente. Si bien entiende el autor que "el concepto de familia que subyace en la regulación del matrimonio contenida en el Código Civil es la familia matrimonial, formada por los cónyuges y los hijos, familia constitucionalmente protegida".

10 STS 29 septiembre 2006 (RJ 2006, 6513).

11 STS 6 febrero 1997 (RJ 1997, 682).

La STS 30 junio 2009[12], recoge la doctrina seguida por el TEDH[13] donde se llevó a cabo la condena a Alemania (caso Elholz vs Alemania, sentencia de 13 julio 2000) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo[14], en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental. Recoge la resolución y "El Tribunal recuerda que el concepto de familia con arreglo a este artículo no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones "familiares" factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula "familiar" desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Por tanto, existe entre el niño y sus padres una relación constitutiva de una vida familiar".

El sistema familiar actual es plural, teniendo la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, y por ende, siempre que se respeten las reglas constitucionales[15], amparadas por el tenor abierto e inclusivo del artículo 39 de nuestra Carta Magna.

3. Concepto de familia numerosa.

Avanzamos desde la anterior concepción hacía el modelo de familia numerosa, donde se nos ofrece en el artículo 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, la cual derogó la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familiar Numerosas[16], un concepto de ésta. En base a ello, la definición actual, en la meritada Ley 40/2003, dispone que: "1. A los efectos de esta ley, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes. 2. Se equiparan a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por: a) Uno o dos ascendientes con dos

12 STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 5490), y en mismo sentido la SAP Valencia 5 abril 2019 (AC 2019, 636), AP Granada 28 septiembre 2018 (JUR 2018, 310399), entre otras.

13 STEDH 26 mayo 1994 (TEDH 1994, 21).

14 Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999, Resolución de 5 de abril 1999 (RCL 1999\1190).

15 STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280), STS 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7566). En este sentido se Comparte las conclusiones del Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de fecha 16 de mayo de 2017, p.72, accesible en:http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf [Fecha consulta 16/12/2021], donde se reafirma el tenor abierto e inclusivo del artículo 39, que reconoce y protege las más diversas formas de familia.

16 Vid. Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas, la cual en su Artículo 2.1, dispone que: "Se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley, esté constituida por: a) El cabeza de familia, su cónyuge y cuatro o más hijos. b) El cabeza de familia, su cónyuge, si lo hubiere, y tres hijos, siempre que uno de éstos sea subnormal, minusválido o incapacitado para el trabajo en los términos que reglamentariamente se determine. c) El cabeza de familia en situaciones de viudedad, de separación matrimonial legal o hecho, en la forma y condiciones que reglamentariamente se establezca, y, en cualquiera de estos supuestos, tres hijos. d) El cabeza de familia, su cónyuge si lo hubiere, cuando alguno de ellos tuviera incapacidad absoluta para todo trabajo, concurriendo tres hijos".

hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar. b) Dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes. c) El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal. En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos. En el caso de que no hubiera acuerdo de los padres sobre los hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia. d) Dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas. e) Tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos. El padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor." concepto más amplio y adaptado a nuestros tiempos.

Señalar por tanto, que se ofrece una definición detallada en el texto legislativo, que aborda la particular problemática de las mismas, al representar las familias numerosas unas mayores necesidades que redundarán en la consiguiente percepción y obligación de alimentos en el supuesto de crisis familiares[17], y sobre todo y objeto de nuestro estudio del nacimiento de nuevos hijos en las nuevas unidades. Así pues, cabe traer a colación, la SAP Soria 1 septiembre 2021[18], que aumenta el importe de la pensión de alimentos, pues ha de ser proporcional conforme a las necesidades de los hijos en cada momento, fundamenta la SAP Madrid 11 de diciembre 2020 que "la mera evolución no da lugar a la disminución de las necesidades en los hijos, sino su mera transformación, dando paso unas que desaparecen a otras que van surgiendo, siendo además que las pensiones de alimentos se fijan siempre con vocación de futuro, en evitación de que cualquier incidencia derivada del crecimiento aboque a las partes a incesantes procesos de modificación de medidas", desarrollando dicha argumentación ante la pretensión e invocación por parte del progenitor no custodio de una disminución de la cuantía de la pensión de alimentos dados los descuentos y beneficios que existen para las familias numerosas.

17 En sentido contrario, la SAP Madrid 16 mayo 2018 (JUR 2018, 216685), no aprecia los beneficios económicos que se perciben por la cualidad de familia numerosa para reducir la cuantía de la pensión de alimentos.

18 SAP Soria 1 septiembre 2021 (JUR 2021, 343665).

Aprecia la SAP Guadalajara 25 mayo 2021[19], que la demandante percibe desempleo y prestación por familia numerosa para llevar a cabo una reducción de la pensión, al llevar a cabo el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC[20].

II. MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS.

1. Presupuestos necesarios para la modificación. Práctica judicial sobre la modificación de las circunstancias.

En la actualidad para que se lleve a cabo la modificación de medidas, se precisa la necesidad de un cambio "cierto" de las circunstancias, priorizado en base al art. 90.3 CC, en el interés del menor[21]. La ley de Jurisdicción Voluntaria 2015, modificó dicho precepto, en el sentido de anular la necesidad de cambio sustancial[22] para llevar a cabo la modificación, la cuestión estriba en la necesidad, o el olvido de modificar el código civil artículo 91 CC sin alterar el elemento "sustancial", tal vez en dichos epígrafes, resulta más coherente y adecuado a la realidad actual que el cambio pueda solicitarse cuando "así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges"[23].

19 SAP Guadalajara 25 mayo 2021 (JUR 2021, 292708).

20 Entre otras STS 21 octubre 2015 (RJ 2015, 4917) y STS 16 diciembre 2014 (RJ 2014, 6302).

21 STS 12 abril 2016 (RJ 2016,1336) y STS 13 abril 2016 (2016, 1339), recogen en este sentido el interés del menor como prioritario de la modificación, y se adiciona la postura jurisprudencial que da preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto. Añadimos la definición recogida en STS 17 enero 2019 (RJ 2019, 97), donde se establece: "El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

22 En el artículo 219-3 relativo a la Modificación de las medidas definitivas de la "Propuesta de Código Civil", llevada a cabo por la Asociación de profesores de Derecho Civil, Tecnos 2018, p.376, sigue utilizándose la expresión "alteración sustancial" como requisito para promover la modificación, dispone: "1. Tanto las medidas adoptadas en convenio regulador como las adoptadas por la autoridad judicial en defecto de acuerdo entre los cónyuges pueden ser modificadas por nueva resolución judicial, a instancia de uno o ambos cónyuges, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias contempladas en los mismos, o así lo requieran las necesidades de los hijos".

23 Así se dispone en el análisis que se lleva a cabo en Alvarez De Olalla, P.: "Modificación de medidas y custodia compartida. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2018" (RJ 2018, 5376), *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 110, 2019, la cual concibe la custodia compartida como regla general STS 7 julio 2011 (RJ 2011, 5008), STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269) o STS 11 enero 2018 (RJ 2018, 104), entre otras, y donde concluye que "dada la variedad de modos de ejercicio de la custodia compartida, en función de las circunstancias de cada familia, no debería haber inconveniente en acceder a la modificación del régimen, aunque sea nominalmente, pasando a denominarse "de custodia compartida" y no de "custodia exclusiva con régimen de visitas amplio" cuando de facto, ambos cónyuges tienen en su compañía a los menores períodos similares del tiempo no escolar". En este sentido Martínez Calvo, J.: "Modificación de medidas definitivas relativas a los hijos menores sin necesidad de que se produzca una alteración "sustancial" de las circunstancias. Comentario a la STS núm. 211/2019, de 5 de abril (RJ 2019, 1866)", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 112, 2020, recoge igualmente en el análisis de la referida sentencia, que "ya no resulta necesario que concurra en todo caso una alteración de las circunstancias, sino que basta con que las nuevas necesidades de los hijos hagan aconsejable la modificación de las medidas adoptadas" concluye que "no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial sino que sea cierto e instrumentalmente

En efecto, conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos[24]:

1º.- Un cambio objetivo al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2º.- Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º.- Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4º.- Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

Asimismo, el éxito de la pretensión se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la invocada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada en la sentencia de divorcio. Por tanto, tal y como recoge la jurisprudencia[25], la razón de ser del proceso de modificación es realizar un juicio comparativo entre dos momentos, el de la sentencia que fija las medidas y el de la demanda, en que se pide su modificación, quedando fuera de su objeto lo relativo a la nueva valoración de la posible sujeción a Derecho de las circunstancias tomadas en cuenta en aquel primer momento.

Debemos, abrir un paréntesis y traer a colación la doctrina seguida por el Tribunal Supremo[26], dado que la gran mayoría de recursos presentados son

dirigido al interés del menor", lo que lleva a consolidar la doctrina del propio Tribunal en STS 24 mayo 2016 (RJ 2016, 2284), que recoge la "postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto".

24 Son innumerables las sentencias que recogen la concurrencia de los meritados requisitos: entre otras, AP A Coruña 24 septiembre 2021 (JUR 2021, 381975), AP Málaga 14 mayo 2021 (JUR 2021, 268146), AP Salamanca 27 abril 2021 (JUR 2021, 212078), AP Valladolid 5 diciembre 2012 (AC 2012, 180), AP Sevilla 8 enero 2019 (JUR 2019, 155636).

25 STS 27 junio 2011 (RJ 2011, 4890).

26 STS 19 enero 2017 (EDJ 2017/1973), "considera que la fijación de la entidad económica de las pensiones alimenticias para los menores y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, de forma proporcional, entran de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación"., el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC corresponde a los tribunales que resuelven las instancias. STS 27 enero 2014 (EDJ 2014/3028), STS 28 marzo 2014 (EDJ 2014/43684), STS 16 diciembre 2014 (EDJ 2014/222756); y STS 21 octubre 2015 (EDJ 2015/187102).

inadmitidos, ante la insistente petición de la revisión del juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC, que correspondería a los tribunales de instancia, y en este sentido y con el fin de paliar la avalancha de recursos y demandas, tendentes a la modificación de la cuantía de la pensión de alimentos, se expone y como propuesta *de lege ferenda* propugnamos la utilización de mecanismos que permitan una mayor adecuación y concreción de la cuantía de la pensión a abonar, incluyendo ello el establecimiento de un porcentaje fijo en los ingresos, o la obligatoriedad de la utilización de las actuales Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ[27], si bien necesitadas de una mayor y ágil actualización de sus datos.

2. Dies a quo. Retroactividad limitada de los alimentos.

Establece el artículo 148 del CC la exigibilidad de la obligación de dar alimentos desde que los necesitare para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos y el abono, desde la fecha de interposición de la demanda. La reciente STS 30 noviembre 2020[28], en su fundamento tercero, relativo a la aplicación de la retroactividad limitada de los alimentos determinada en el art. 148 CC, destaca la doctrina constante y fijada por la STS 26 marzo 2014[29], "entendiendo que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación. Sin embargo, cuando la pensión se fija en la primera instancia, la pensión se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda", dicha Doctrina establece la propia resolución, se asiente en que, "de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta.

Por tanto, no existirá controversia, en el supuesto de modificación de pensión de alimentos, objeto del presente estudio, cuyo efecto "ex nunc", excluye la retroacción de las resoluciones, desplegando cada resolución su eficacia desde la fecha que se dicte.

27 La última actualización de las tablas data de mayo de 2019, tal y como se expone en la "Memoria Explicativa de la Actualización de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial" y que se puede extraer de su página web, https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ [Fecha consulta 01/01/2022].

28 STS 30 noviembre 2020 (RJ 2020, 5354), en mismo sentido STS 6 febrero 2020 (RJ 2020, 321), STS 17 enero 2019 (RJ 2019, 105), STS 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1096) y STS 6 octubre 2016 (RJ 2016, 4737), matizando STS 6 febrero 2020 (RJ 2020, 321).

29 STS 26 marzo 2014 (RJ 2014, 2035).

En este orden, traer a colación la STS 20 febrero 2019[30], donde se expresa que los alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda y si el progenitor deudor pagó algunas cantidades en concepto de alimentos entre la fecha de interposición de la demanda en la que se le reclamaron las pensiones alimenticias y la fecha en la que se dictó la sentencia que las fijó se descontarán las cantidades que conste probado como pagadas. En efecto, los efectos han de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces[31].

Cabe resaltar reciente STS 6 febrero 2020[32] (RJ 2020, 321), que reitera la doctrina expuesta de la Sala, con la peculiaridad de la existencia de medidas cautelares: "Cuando la pensión se fija en la primera instancia se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda aunque existan medidas provisionales o cautelares previas conexas con el procedimiento principal, sin perjuicio de que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas para evitar un doble pago: cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas la pensión que en él se fije si es diferente a la de primera instancia, opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación".

3. Sobre la modificación de la pensión ante el nacimiento de nuevos hijos.

No ha habido unanimidad en el criterio adoptado sobre la modificación de la pensión de alimentos ante el nacimiento de nuevos hijos de los progenitores, pese a ser uno de los supuestos que producen mayor incidencia e interposición de acciones judiciales, en este recorrido las posturas jurisprudenciales han sido contradictorias.

Una postura seguida por algunas Audiencias negaba que existiera cambio de circunstancias porque el "aumento de las necesidades económicas, se produce de forma voluntaria por el obligado a su pago, y por lo tanto no impuestas al mismo contrariamente a su voluntad, lo que determina que no pueden ser repercutidas sus consecuencia en los alimentos correspondientes a sus hijos", por lo cual se considera que el nacimiento de nuevos hijos, fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, una alteración de circunstancias que permita reducir las pensiones alimenticias establecidas para con los hijos de una relación anterior, toda vez que dicha situación deriva de un acto voluntario y consciente de las obligaciones asumidas que no puede perjudicar a aquellos.[33]

30 STS 20 febrero 2019 (RJ 2019, 615). STS 6 octubre 2016 (RJ 2016/4737).

31 STS 20 diciembre 2017 (2017, 5763).

32 STS 6 febrero 2020 (RJ 2020, 321).

33 En este sentido la SAP de Valencia 6 marzo 2008 (JUR 2008, 191151), SAP Madrid 3 febrero 2009 (JUR 2009, 155682), SAP Madrid 13 febrero 2009 (JUR 2009, 238103), SAP Málaga 17 octubre 2007 (JUR 2008, 69455), SAP Sevilla 29 diciembre 2003 (JUR 2004, 69455).

En contra de dicha postura, otras Audiencias Provinciales resuelven sobre la base de que las pensiones se fijan atendiendo al caudal y medios del obligado y a las necesidades del beneficiario y la igualdad de todos los hijos por lo que consideran que el nacimiento de un nuevo hijo es un hecho nuevo susceptible de alterar la situación preexistente y, con ello, de reducir las prestaciones establecidas a favor de los hijos de una anterior relación[34].

Algún autor refleja una postura intermedia, "considerando que el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos de una relación anterior, afirma que únicamente tendría lugar tal reducción en circunstancias muy excepcionales y cuando se acredite la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones de todos ellos", recogida en diversas sentencias de nuestras Audiencias. [35]Se ha superado, por ende, la discusión en cuanto a la posibilidad de reducir la cuantía de la pensión de alimentos, ante el nacimiento de nuevos hijos, superando por tanto la concepción de considerar que se trataba de una circunstancia que no era ajena a la voluntad del obligado[36], por lo que se puede responder de una forma afirmativa, que tenga cabida bajo dicha interpretación doctrinal y judicial, la acción de modificación de la pensión ante el nacimiento de nuevos hijos.[37]

Es una circunstancia de suma importancia, pues en gran número de situaciones, no se alcanza el pretendido acuerdo y conformidad consensuada de ambas partes a una modificación en la cuantificación de la pensión de alimentos, y ello desgraciadamente supone mayoritariamente el gran obstáculo para la consecución de un acuerdo o pacto entre los progenitores que aleje la adopción de la decisión a la vía contenciosa. Ello, en suma, provoca la indefectible y necesaria solicitud por las partes del auxilio judicial, donde existe una enorme discrecionalidad al fijar la cuantía de los alimentos, evidenciando un aumento de litigiosidad contenciosa, ante la incertidumbre y carencia de uniformidad en el criterio.

34 La postura contraria se recoge, entre otras en SAP A Coruña 3 noviembre 2.005 (JUR 2007, 119272), SAP Badajoz 4 diciembre 2002 (JUR 2003, 32934), SAP Las Palmas 2 febrero 2001 (AC 2001, 653) y SAP Vizcaya 20 diciembre 2006 (JUR 2007, 98799).

35 SAP Madrid 3 febrero 2.009 (JUR 2009, 155682) y apunta, que con ciertos matices las SAP Badajoz 10 septiembre 2008, SAP Baleares 19 noviembre 2007, SAP Barcelona 21 enero 2009 (JUR 2009, 129352) y 10 abril 2008 (JUR 2007, 293956) y SAP Navarra 4 mayo 2004 (JUR 2004, 185029), en Moreno Navarrete, M.A.: "Comentario a la Sentencia de 30 de abril de 2013", *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, 2014.

36 De Verda, J.R. y Bueno Biot, A.: "Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un Estudio Jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 13, agosto 2020, p. 476.

37 La STS 30 abril 2013 (RJ 2013, 4607), establece la siguiente doctrina jurisprudencial: "el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad".

La fundamentación acertada[38], que condensa la relevancia en cuanto a las nuevas cargas familiares pueda haber en la pensión de alimentos precedentes[39], destaca que por sí solo, no ser suficiente para dar lugar a la modificación pretendida, sino que es necesario, además, que el demandante justifique que la nueva carga afecta de tal modo a sus posibilidades económicas que la no alteración implique dificultad para dar al nuevo hijo el mismo estatus que disfrutaba el primero.

Dispone y se recopila entre otras sentencias[40], la doctrina que establece la STS 30 abril 2013 enunciada: "Sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura, determina una redistribución económica de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero si es la misma la obligación que se impone en beneficio de todos ellos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior, fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante". En suma, cabe la posibilidad de una modificación en la cuantía de la pensión de alimentos, si bien

38 SAP Zaragoza 11 mayo 1998 (AC 1998, 981).

39 Cabe resaltar, tal y como establece Magro Servet, V.: "Casuística de las obligaciones alimenticias en la reciente jurisprudencia", *Boletín de Derecho de Familia*, El Derecho, núm. 7, febrero 2008, p. 3, que por "consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales", lo que lleva a mayores necesidades, y a un interés a demandar del otro progenitor los alimentos del hijo, y legitimado para ello.

40 STS 1 febrero 2017(EDJ 2017/5817), STS 30 abril 2013 (EDJ 2013/55342), STS 21 septiembre 2016 (EDJ 2016/157700) o STS 21 noviembre 2016 (EDJ 2016/208759), entre otras. Se recoge asimismo la doctrina de la Sala, en relación al nacimiento de nuevos hijos que: «[...]La STS 30 abril 2013 (RJ 2013, 4607), donde se reproduce las STS 21 septiembre 2016 (RJ 2016, 4448) y STS 21 noviembre 2016 y declara como doctrina jurisprudencial que: «el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad»[...]». y recoge el ATS 22 noviembre 2017 (RJ 2017, 5262) en relación a la proporcionalidad, y la cuantía de los alimentos es doctrina de esta Sala recogida entre otras en la STS 28 marzo 2014 (RJ 2014, 1941): «[...]que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación". STS 21 noviembre 2005 (RJ 2005, 7734); STS 26 octubre 2011 (RJ 2012, 1125); STS 11 noviembre 2013 (RJ 2013, 7262), STS 27 enero 2014 (RJ 2014, 792), SAP Málaga 8 julio 2020 (JUR 2020, 252719) entre otras[...]».

resulta preceptiva la valoración y acreditación que la capacidad económica del alimentante ha disminuido en su caso.

Se precisa por tanto la acreditación, puesto que en caso contrario se producirá el fracaso de los motivos alegados, si no se acompaña la prueba acreditativa en consecuencia, sobre todo de la capacidad económica del nuevo núcleo familiar, teniendo en cuenta como señala la jurisprudencia[41], habida cuenta la facilidad probatoria que corresponde a la parte, pues dispone en su nuevo núcleo familiar de los datos al efecto, contrato de arrendamiento, nóminas, extractos bancarios, declaraciones fiscales, y documentación al efecto de la nueva pareja, pues en caso contrario dicha omisión total de actividad probatoria determinará que la acción modificativa esté abocada al fracaso.

Por último, reseñar que del mismo modo que la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, amplió el ámbito de libertad de los cónyuges "en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución matrimonial", pues venía garantizado en nuestra Carta Magna, artículo 10, al estimar que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, se debe compartir esa asunción del principio, al considerar igualmente, que nos encontraríamos ante una clara vulneración del libre desarrollo de la personalidad del progenitor, si el nacimiento de un nuevo hijo, como "hecho natural"[42], no puede implicar, en su caso, un cambio sustancial en las circunstancias para poder modificar la pensión de los hijos anteriores, pues no cabe una limitación legal de los hijos que pueda tener el progenitor, con su misma pareja o con cualquier otra, pues es presupuesto indispensable para el libre desarrollo de la personalidad una mayor libertad individual[43].

III. CONCLUSIONES.

Nos encontramos en el Siglo XXI, rigiendo nuestras relaciones personales y jurídicas con una legislación de hace uno o dos siglos, pese a las sucesivas reformas acaecidas, como si nuestro entorno no hubiera sufrido cambio alguno. Esta

41 SAP Málaga 31 enero 2018 (2018, 267046), donde se desestima la petición del demandante ante la insuficiencia de medios de prueba aportados y que pudieran hacer ver y conocer si la capacidad patrimonial era insuficiente para hacer frente de la obligación impuesta.

42 Moreno Navarrete, M.A.: "Comentario a la", cit. p.1, compartiendo el autor en mismo sentido que, Florit Fernandez, C.: "El nacimiento de un nuevo hijo del deudor alimenticio como causa de modificación de la pensión, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2019. Recoge la SAP Navarra 31 julio 1998 (AC 1998, 6388), que "el hecho de contraer nuevo matrimonio y tener nueva descendencia, además de ser un derecho al desarrollo de la personalidad y a rehacer la vida en los planos de la persona y en lo sentimental, es una circunstancia sustancial, en principio, a tener en cuenta a la hora de acordar una modificación de medidas".

43 Rocha Espíndola, M.A.: *El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia*, Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano, núm. 2(2), 2016, p. 127.

evidencia resultaría impensable en sectores como en el industrial o el tecnológico, cuya capacidad de evolución y crecimiento excede muchas veces nuestro conocimiento. El legislador va por detrás, o simplemente ni va. La realidad social ha demostrado que no son válidas soluciones de siglos pasados para problemas del presente, pues el daño que se produce ante una estructura lenta y obsoleta resulta irreparable en multitud de ocasiones, la realidad cambia, y del mismo modo se produce un cambio en los modelos familiares, en sus integrantes, en su composición y relación.

Ante el continuo agotamiento y colapso de nuestro sistema judicial, que incluso ya es público y notorio su reconocimiento, como en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, donde se dispone que "desde hace décadas el sistema de Justicia padece de insuficiencias estructurales, con un problema de déficit de recursos, con problemas crónicos y una ineficiencia de las soluciones implantadas hasta la fecha", apremia una transformación en nuestro sistema de cuantificación, toma de soluciones y resultados, que no podemos abandonar y dejar al albur del juez de turno, que valore y pondere "a discreción y según su criterio" un tema tan sensible, personal, como la cuantificación de la pensión de alimentos, y en lo que nos ocupa en este trabajo, en la modificación por el nacimiento de nuevos hijos.

El legislador no ha hecho uso, y parece que huye de las herramientas y avances tecnológicos que dispone hoy en día y tenemos al alcance, y no hablamos de una mera tabla de Excel o Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ, las cuales debieran haberse propuesto de forma preceptiva desde hace ya mucho tiempo, sino hablamos de un verdadero sistema que pueda recopilar datos, cuyo sustrato estadístico, numérico se actualiza y alimenta de forma diaria. Es necesaria, una verdadera revolución, un sistema contundente y realizable del cual se dispone en otras administraciones, para proceder al cálculo y atribución concreta de la pensión de alimentos y de las sucesivas modificaciones o desviaciones que puedan llevarse a cabo durante la vigencia de la obligación.

La doctrina jurisprudencial establecida por nuestro Tribunal Supremo en relación a la modificación de la pensión de alimentos ante el nacimiento de nuevos hijos, que establece que «el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad», precisa un conocimiento de la situación y capacidad económica de los intervinientes y

su entorno, necesitado de gran información y datos que con los mecanismos adecuados no resultarían de una gran dificultad descubrir y conocer, con el fin de adoptar la medida o resolución con mayor rigor y criterio, y dada la sensibilidad de la materia que estamos tratando.

Resaltar por último, el deber de proceder a una valoración conjunta en el momento de producida la crisis familiar, tanto en un primer estadio de ruptura, como en un segundo estadio de modificación de las circunstancias habidas y establecidas en la resolución primigenia, pues entiendo que habría que llevar a cabo un exhaustivo estudio, junto con la capacidad económica, y el régimen de visitas nuevo al adoptar medidas paterno-filiales, pues a buen seguro, se pretenderá y buscará un mayor acercamiento a los hermanos nuevos, que enriquecen[44] la relación con el consecuente crecimiento del menor, en esa búsqueda tan necesaria y ansiada del interés del menor, pues atendiendo al interés superior del mismo y el cambio jurisprudencial, tendente a una guarda y custodia compartida como régimen idóneo que comporta mayores beneficios[45], no sólo cabe la realización de una modificación patrimonial, sino también personal.

44 Lacalle Noriega, M y otros.: "Relaciones familiares y tiempo compartido y su efecto en el bienestar de los adolescentes", *Revista complutense de educación*, núm. 3, 2019, p. 913, constata en el artículo las conclusiones que se llegan en el estudio acerca de diversas variables que reflejan el bienestar familiar y sus consecuencias, donde se establece que el tiempo dedicado a los hijos, redunda en mejores relaciones familiares, mayor autoestima, actitudes prosociales, etc, evidenciándola importancia del tiempo compartido por padres e hijos.

45 En este sentido STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269); STS 28 febrero 2017 (RJ 2017, 606); STS 12 mayo 2017 (RJ 2017, 2053); STS 13 julio 2017 (RJ 2017, 3622); STS 13 noviembre 2018 (RJ 2018, 4930).

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez De Olalla, P.: "Modificación de medidas y custodia compartida. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5376)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 110, 2019.

Asociación Profesores Derecho Cicvil, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, 2018.

Beltrán De Heredia, P.: "La obligación legal de alimentos entre parientes", Universidad de Salamanca, Salamanca, 1958.

Cuena Casas, M.: "Comentario del artículo 147 CC", en A.A. VV.: Comentarios al Código Civil, T. I, (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

De Verda, J.R. y Bueno Biot, A.: "Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un Estudio Jurisprudencial". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 13, agosto 2020.

Florit Fernández, C.: "El nacimiento de un nuevo hijo del deudor alimenticio como causa de modificación de la pensión", *Actualidad Civil*, núm. 9, 2019

Jimenez Muñoz, F.J.: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de derecho Civil*, Ministerio de Justicia, núm. 2, 2006.

Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2017.

Lacalle Noriega, M y otros.: "Relaciones familiares y tiempo compartido y su efecto en el bienestar de los adolescentes". *Revista complutense de educación*, núm. 3, 2019.

Linacero De La Fuente, M.: *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

Lorenzo Rego, I.: *El concepto de familia en Derecho español: un estudio interdisciplinar*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014.

Magro Servet, V.: "Casuística de las obligaciones alimenticias en la reciente jurisprudencia", *Boletín de Derecho de Familia*, El Derecho, núm. 7, febrero 2008.

Martínez Calvo, J.: "Modificación de medidas definitivas relativas a los hijos menores sin necesidad de que se produzca una alteración "sustancial" de las

circunstancias. Comentario a la STS núm. 211/2019, de 5 de abril (RJ 2019, 1866)", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 112, 2020.

Moreno Navarrete, M.A.: "Comentario a la Sentencia de 30 de abril de 2013". *Revista Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, 2014.

Rocha Espíndola, M.A.: "El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia", *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 2(2), 2016.

Salar Sotillos, M.J.: "La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, bis (extraordinario), julio 2018.

Tena Piazuelo, I.: "La nueva familia y el nuevo derecho de familia español". *Nuevo Derecho*, núm.9, 2011.

LA CONFORMITÀ DEI PRODOTTI AGLI STANDARD TECNICI TRA TUTELA DEL CONSUMATORE E LIMITI ALLA RESPONSABILITÀ DEL FABBRICANTE

COMPLIANCE OF PRODUCTS WITH TECHNICAL STANDARDS BETWEEN CONSUMER PROTECTION AND LIMITS TO MANUFACTURER'S LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 892-911

Enrico AL MUREDEN

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: La crescente rilevanza assunta dalla normazione tecnica nell'ambito della disciplina della sicurezza dei prodotti si riflette su plurimi profili che investono sia la responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da un prodotto non conforme, e quindi difettoso, sia la più complessa questione concernente la responsabilità per i danni derivanti dall'utilizzo di un prodotto conforme agli standard legislativi, ma nondimeno pericoloso. Proprio nell'ambito di questa peculiare questione si riscontra un rinnovato interesse per il severo regime di responsabilità contemplato dall'art. 2050 c.c. che da una parte fornisce una maggiore tutela al consumatore, ma, dall'altra, costituisce un ostacolo alla realizzazione del disegno della armonizzazione del diritto dell'Unione Europea.

PALABRAS CLAVE: Responsabilità del produttore; responsabilità oggettiva; standard tecnici; prodotto difettoso; prodotto conforme; armonizzazione del diritto dell'UE.

ABSTRACT: *The technical standards growing importance within safety product regulation is reflected in multiple profiles involving both the manufacturer's liability for damage caused by non-compliant and henceforth defective products and the more complex issue concerning liability for damage resulting from the use of a product compliant with legislative standards, but nevertheless dangerous. Precisely in the context of this particular issue a renewed interest arises toward the strict liability regime contemplated by art. 2050, Italian Civil Code, which on the one hand provides greater protection to the consumer, but, on the other hand, constitutes an obstacle to the implementation of the harmonization of European Union law.*

KEY WORDS: *Product liability; strict liability; technical standards; defective products; compliant products; EU law harmonization.*

SUMARIO.- I. L'IMPATTO DELLA NORMAZIONE TECNICA ARMONIZZATA SULLA RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE.- II. LA DISTINZIONE TRA PRODOTTO DIFETTOSO E PRODOTTO DANNOSO.- III. IL DANNO DA PRODOTTO CONFORME.- IV. I PRODOTTI PERICOLOSI E L'APPLICAZIONE DELL'ART. 2050 C.C.- V. LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE NELLE FILIERE PRODUTTIVE INTEGRATE.

I. L'IMPATTO DELLA NORMAZIONE TECNICA ARMONIZZATA SULLA RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE.

Ad oltre tre decenni dall'introduzione della disciplina attuativa della direttiva 85/374/CEE[1], la casistica giurisprudenziale in materia di responsabilità del produttore fa emergere da una parte un significativo incremento delle decisioni di merito e di legittimità registrato principalmente nel corso degli ultimi due lustri e, dall'altra, un persistente ricorso al regime di responsabilità contemplato dall'art.

1 Come noto, il problema della responsabilità del produttore nel nostro ordinamento è stato profondamente indagato già a partire dagli anni '70. Con riferimento al periodo precedente l'entra in vigore del d.p.r. n. 224/1988 si segnalano i contributi di Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Napoli, 1961; Ghidini, G.: *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano, 1970, p. 82; Carnevali, U.: *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974; Alpa, G.: *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975; Id.: *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; Castronovo, C.: *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979. Tra i numerosi contributi successivi all'entrata in vigore del d.p.r. n. 224/1988 si vedano Salvi, G.: voce "Responsabilità extracontrattuale", *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1988, p. 1229; AA.VV., *Il danno da prodotti in Italia, Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera* (a cura di S. Patti), Padova, 1990; Gorassini, A.: *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990; Alpa, G., Carnevali, U., Di Giovanni, F., Ghidini, G., Ruffolo, U., Verardi, C.M.: *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990; Ponzanelli, G.: *Commentario alla responsabilità da prodotti difettosi* (a cura di R. Pardolesi, R. Ponzanelli), *Nuove leggi civili commentate*, 1989, 3, p. 509; Ponzanelli, G.: "Responsabilità del produttore", *Rivista di diritto civile*, 1995, 2, pp. 215 ss.; Id., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 112; Alpa, G., Bin, M., Cendon, P., "La responsabilità del produttore", *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. Galgano), XIII, Padova, 1989; Castronovo, C.: voce "Danno da prodotti (dir. it. e straniero)", *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1995, 11; Id., voce "Responsabilità oggettiva (dir. it. e straniero)", *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, p. 11; Franzoni, M.: "Dieci anni di responsabilità del produttore", *Danno e responsabilità*, 1998, 8-9, p. 823; Monateri, P.G.: "Illecito e responsabilità civile", *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), Torino, X, 2, 2002, p. 257; Cabella Pisu, L.: "Cittadini e consumatori nel diritto dell'Unione Europea", *Contratto e impresa Europa*, 2007, 2, p. 680; Ead.: "Ombre e luci nella responsabilità del produttore", in *Contratto e impresa Europa*, 2008, 3, pp. 617 ss.; Cordiano, A.: commento *sub* art. 114, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. Capobianco, G. Perlingieri), Napoli, 2009, p. 645; Cafrì, V.: commento *sub* art. 114, *Codice del consumo e norme collegate* (a cura di Cuffaro, V.), terza edizione, Milano, 2012, pp. 603 ss.; Franzoni, M.: *L'illecito. Trattato della responsabilità civile*, seconda edizione, I, Milano, 2010, pp 661 ss.; Thiene, A.: commento *sub* art. 114 cod. cons., *Commentario breve al Diritto dei consumatori* (diretto da G. De Cristofaro, A. Zaccaria), Padova, 2010, p. 767; AA.VV., *Speciale 2012, "I 25 anni di* products liability" (a cura di R. Pardolesi, G. Ponzanelli), *Danno e responsabilità*, 2012, numero speciale. Con specifico riferimento alle complesse questioni che si manifestano a seguito della diffusione di prodotti che si avvalgono dell'intelligenza artificiale Montinaro, R.: "Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra *soft law* e *hard law*", *Persona e mercato*, 2020, p. 349; Capilli, M.G.: *La responsabilità per la produzione di* robot, *La responsabilità del produttore*, (a cura di G. Alpa), Milano, 2019, p. 625. Sull'attuale processo di revisione delle norme che governano la responsabilità del produttore Alpa, G.: "Programmi e iniziative dell'Unione Europea in materia di libera circolazione delle merci e responsabilità del produttore", *La responsabilità del produttore* (a cura di Id.), Milano, 2019, p. 651.

• Enrico AL Mureden
Professore ordinario dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Correo electrónico: enrico.almureden@unibo.it.

2050 c.c. quale alternativa rispetto alla disciplina attualmente contenuta nel codice del consumo (artt. 114-129)[2].

Il dato che sembra destare maggiore interesse e denota un significativo progresso nel processo di attuazione del disegno di armonizzazione delle discipline in materia di responsabilità del produttore nell'Unione Europea emerge dalla crescente propensione ad operare una lettura sistematica della disciplina che governa i profili civilistici della responsabilità del fabbricante (artt. 114-129 cod. cons.) alla luce di quella che regola la sicurezza dei prodotti (artt. 101-113 cod. cons.) sottolineando il rapporto di complementarietà che lega i due sistemi normativi.

Un simile approccio, invero, riflette un fenomeno da tempo consolidatosi nel contesto statunitense nel quale il rapporto di complementarietà tra «product safety» e «product liability» ha condotto a circostanziare il concetto di sicurezza che il consumatore può legittimamente attendersi sulla base delle dettagliate indicazioni contenute negli standard tecnici elaborati delle «Agencies» deputate a definire i livelli di sicurezza ragionevole di ciascuna tipologia di prodotto[3].

Similmente nell'Unione Europea la regola generale secondo cui deve considerarsi difettoso il prodotto che non garantisca il livello di sicurezza che il consumatore può legittimamente attendersi (art. 117, comma 1, cod. cons.) è stata rigorosamente circostanziata negli ambiti, ormai sempre più estesi, in cui il legislatore ha predisposto complessi sistemi di regole tecniche che definiscono dettagliatamente le caratteristiche che determinati prodotti debbono possedere per poter essere considerati sicuri. A questo proposito gli interpreti statunitensi hanno utilizzato l'espressione particolarmente incisiva di «intrusione» di regole

2 Sulla quale v. *amplius* Alpa, G.: "Introduzione", *La responsabilità del produttore* (a cura di Id.), cit., p. 3; Id.: "Aspetti e problemi di diritto comunitario", *ivi*, pp. 187 ss.

3 Osserva Carnevali, U.: "Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti", *Responsabilità civile* e *previdenza*, 2005, 1, pp. 5-6, che l'utilizzo delle norme tecniche da parte della Comunità ha avuto inizio con la Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985. Il c.d. nuovo approccio è retto da quattro principi fondamentali sanciti dal Consiglio: l'armonizzazione legislativa deve limitarsi ai requisiti fondamentali in materia di sicurezza (o ad altri requisiti di interesse collettivo) che i prodotti commercializzati devono soddisfare per essere messi in libera circolazione nella Comunità; il compito di elaborare specifiche tecniche armonizzate deve essere affidato a organismi competenti per la normalizzazione industriale e accreditati dalla direttiva 83/189/CE; le specifiche tecniche non debbono avere carattere obbligatorio e rivestono carattere volontario; le amministrazioni sono tenute a riconoscere ai prodotti fabbricati conformemente alle norme armonizzate una presunzione di conformità ai requisiti fondamentali stabiliti dalla direttiva. Qualora il produttore non fabbrichi attenendosi a tali norme, incomberà su di lui un dovere di dimostrare la conformità di tali prodotti ai requisiti fondamentali (sul punto si vedano le indicazioni riportate all'indirizzo *http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_for_goods/technical_harmonisation/l21001a_it.htm*). Si vedano, inoltre, le osservazioni di Salmoni, F.: *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 326, la quale precisa che le direttive prevedono come regola un'armonizzazione totale: quindi solamente i prodotti conformi possono essere commercializzati. In definitiva le direttive fissano i requisiti essenziali di sicurezza e le norme armonizzate impongono le specifiche tecniche secondo un modello definito di «rinvio agli standard». In argomento Cavallo, V.: commento *sub* art. 102, *Codice del consumo* e *norme collegate* (a cura di V. Cuffaro), terza edizione, Milano, 2012, p. 575; Cordiano, A.: *Sicurezza dei prodotti e tutela preventiva dei consumatori*, Padova, 2005, pp. 43 ss.

tecniche nelle norme giuridiche proprio per evidenziare come, con riferimento a determinate categorie di prodotti, le regole dell'arte siano state trasfuse direttamente in norme di legge che contengono dati tecnici o che rinviano a standard predisposti da enti di normalizzazione accreditati[4]. Queste previsioni costituiscono un fondamentale elemento unificante che consente di realizzare l'armonizzazione della responsabilità del produttore in un sistema giuridico unitario composto da differenti ordinamenti statali; esse, infatti, contengono «pre-valutazioni» tecniche che incidono profondamente sull'applicazione delle norme in tema di responsabilità civile in quanto forniscono uno standard unico sulla base del quale valutare in modo uniforme la difettosità del prodotto nelle diverse giurisdizioni statali.

Nell'Unione Europea l'obbligo di immettere sul mercato prodotti sicuri viene sancito in termini generali, per tutte le tipologie di prodotto, dalla direttiva 2001/95/CE (c.d. legislazione orizzontale) ed è costantemente ribadito nella c.d. legislazione verticale, ossia nelle singole discipline specificamente riferite a determinate categorie di beni, come, ad esempio, i farmaci (direttiva 2001/83/CE), i dispositivi medici (Reg. 2017/745/UE), i cosmetici (Reg. 2009/1223/CE), il materiale elettrico (direttiva 2014/35/UE), gli autoveicoli (direttiva 2007/46/CE) ed i giocattoli (direttiva 2009/48/CE).

L'obbligo di sicurezza enunciato in termini generali dalla legislazione verticale e dalla legislazione orizzontale (direttiva 2001/95/CE) è assai di frequente circostanziato da «norme tecniche armonizzate». Proprio mediante questo strumento si realizza la c.d. armonizzazione giuridica che il legislatore dell'Unione Europea ha inaugurato a partire dalla c.d. «direttiva bassa tensione» (direttiva 73/23/CEE del 19 febbraio 1973), ulteriormente sviluppato con il c.d. «nuovo approccio» risalente alla Decisione n. 93/465/CEE del Consiglio dell'Unione europea e successivamente ribadito nel «New Legal Framework» (Decisione n. 768/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008 relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la Decisione 93/465/CEE), dando vita ad un articolato sistema di direttive settoriali riguardanti determinate tipologie di prodotti e particolari fattispecie di rischio. Così, per ogni categoria di prodotti regolati da una direttiva, la Commissione Europea conferisce un mandato agli Enti europei di Normazione, ossia al CEN (Comitato europeo di normalizzazione), al CENELEC (Comitato europeo di normalizzazione elettrotecnica), o all'ETSI (Istituto europeo norme e telecomunicazioni). Le norme tecniche elaborate ed approvate dagli organismi europei di normalizzazione vengono pubblicate, in seguito, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea e nella Gazzetta Ufficiale di ogni Paese aderente. Da questo momento la loro adozione

4 Al Mureden, E.: "*Product safety* e *product liability* nella prospettiva del danno da prodotto conforme", *La responsabilità del produttore* (a cura di G. Alpa), cit., pp. 515 ss.

come norme tecniche nazionali è obbligatoria per gli enti di normalizzazione istituiti in ciascuno degli Stati membri che dovranno riprodurre a livello nazionale le norme tecniche corrispondenti a quelle emanate dagli enti di normazione europei. Occorre precisare che nella prospettiva del produttore, invece, le norme tecniche armonizzate assumono una valenza non obbligatoria, ma meramente volontaria. Ciascun fabbricante è quindi libero di uniformarsi ad esse e tende spontaneamente a farlo in quanto la «compliance» allo standard consente di conseguire un pieno riconoscimento di conformità legale da cui deriva sia la possibilità di effettuare legittimamente l'immissione in commercio del prodotto in qualunque Stato dell'Unione, sia una presunzione di non difettosità allorché venga in considerazione l'esigenza di dare applicazione alla disciplina in materia di danno da prodotto.

Sotto quest'ultimo profilo le norme tecniche armonizzate sono state osservate alla stregua di un «anello di congiunzione»[5] tra la disciplina della sicurezza dei prodotti e quella della responsabilità del produttore, atteso che il carattere insicuro e difettoso del prodotto che cagiona un danno costituisce il presupposto indefettibile della responsabilità del fabbricante, la quale può configurarsi solo laddove si riscontri un difetto che si manifesti nell'ambito della progettazione, della fabbricazione o del corredo di informazioni che dovrebbero accompagnare il prodotto. A tale riguardo occorre precisare che, essendo la conformità di una grande maggioranza di prodotti affidata ad un'autocertificazione emessa dal fabbricante, si verifica non di rado che, in concreto, il prodotto accompagnato da un'autocertificazione di conformità non presenti caratteri del tutto coincidenti con quelli postulati dalla legge e dalle norme tecniche armonizzate. In quest'ottica, pertanto, il giudizio di responsabilità si incentra sulla prova del carattere difettoso del prodotto, ossia sulla non effettiva rispondenza dello stesso agli standard di sicurezza che dovrebbe soddisfare per risultare conforme; ne deriva che ove tale prova non sia conseguita risulta esclusa la possibilità di configurare una responsabilità in capo al fabbricante di un prodotto conforme agli standard legislativi, ma nondimeno dannoso[6].

La regola secondo cui «il danneggiato deve provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno» (art. 120 cod. cons.) e quella che tipizza ipotesi di esclusione della responsabilità (art. 118 cod. cons.) sono state lette secondo un orientamento ormai consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità e di merito nel senso per cui incombe sul danneggiato la «dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto» e, una volta fornita la prova del nesso eziologico tra difetto e

5 L'incisiva espressione viene utilizzata da Carnevali, U.: "Prevenzione e risarcimento", cit., p. 12, il quale sottolinea l'imprescindibile rapporto di complementarietà tra la disciplina preventiva che governa la sicurezza dei prodotti e quella risarcitoria in materia di responsabilità del fabbricante.

6 Carnevali, U.: "Prevenzione e risarcimento", cit., p. 12.

danno, grava sul produttore la prova liberatoria che verte sulla dimostrazione del ricorrere di una delle cause di esclusione della responsabilità[7].

La prova del difetto, tuttavia, può essere raggiunta talvolta anche attraverso un meccanismo presuntivo. In applicazione di questa lettura interpretativa la Corte di Giustizia UE ha considerato difettosi i dispositivi medici già impiantati nei pazienti inferendone il carattere non conforme dalla circostanza per cui altri dispositivi non ancora impiantati appartenenti alla medesima serie presentavano significative difformità rispetto agli standard di sicurezza[8].

Una decisione più recente, concernente il diritto al risarcimento delle vittime di un danno subito a seguito della somministrazione di un vaccino, ha ulteriormente ribadito la possibilità di dimostrare il carattere difettoso del prodotto e, ancora una volta ricorrendo a presunzioni, è giunta ad affermare la responsabilità del produttore anche in presenza di una situazione di incertezza scientifica nella quale «la ricerca medica non stabilisce né esclude l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della malattia»[9].

II. LA DISTINZIONE TRA PRODOTTO DIFETTOSO E PRODOTTO DANNOSO.

La dilagante diffusione di norme tecniche armonizzate quale strumento obiettivo al fine di demarcare la sicurezza del prodotto e la sua difettosità ha fatto emergere il problema dell'allocazione dei costi derivanti dai danni provocati dall'utilizzo di prodotti conformi agli standard legislativi. La maturata consapevolezza circa la sussistenza dei rilevanti pericoli che possono derivare dall'utilizzo di prodotti pienamente conformi agli standard di sicurezza individuati dal legislatore al fine della loro immissione in commercio conduce ad osservare beni quali i derivati dal tabacco, i veicoli, il telefono cellulare, gli alimenti ed i cosmetici o i farmaci alla stregua di unavoidably unsafe products ossia di prodotti che, pur risultando pienamente conformi alle prescrizioni legali che ne regolano la sicurezza e perfettamente funzionali alle finalità per le quali vengono utilizzati, conservano un ampio margine di dannosità.

7 Cass., 20 novembre 2018, n. 29828, *dejure.it*; in senso analogo Cass., 28 settembre 2018, n. 23477, *dirittoegiustizia.it*, Editoriale del 1° ottobre 2018; Cass., 19 febbraio 2016, n. 3258, *dirittoegiustizia.it*, Editoriale del 19 febbraio 2016; Trib. Milano, 27 gennaio 2020, n. 723, *dejure.it*; Trib. Parma, 14 gennaio 2019, n. 68, *dejure.it*; Trib. Rimini, 9 aprile 2018, *Danno e responsabilità*, 2018, p. 773.

8 Corte di giustizia UE, 5 marzo 2015, cause riunite C-503 e 504/13, *Il Corriere giuridico*, 2015, 5, pp. 567 ss.; *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 4, pp. 751 ss.

9 Corte di giustizia UE, 21 giugno 2017, n. 621, *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, pp. 1810 ss.; *Il Foro italiano*, 2017, IV, cc. 53 ss.

Sotto questo profilo emerge la fondamentale importanza assunta dalla distinzione tra prodotto difettoso e prodotto dannoso[10]. Nella prima categoria ricadono i prodotti che risultino difformi rispetto alle caratteristiche delineate dalle norme tecniche standardizzate o, ove queste non siano presenti, a quelle definite dallo stato dell'arte; nella seconda, invece, rientrano i prodotti dai quali possano scaturire rilevanti danni per coloro che li utilizzano o vengono a contatto con essi. Le due categorie coincidono solo occasionalmente: il prodotto non conforme rispetto alle caratteristiche tecniche prescritte dal legislatore, e quindi difettoso, può sicuramente assumere in alcune circostanze un carattere dannoso (si pensi, ad esempio, all'automobile il cui difetto provochi un incidente o al telefono cellulare difettoso che, per ipotesi, esploda durante il funzionamento), ma potrebbe, in altre, risultare – quasi paradossalmente – completamente privo di rischi (è il caso, ad esempio, dell'automobile o del telefono cellulare non funzionanti e per questo motivo assolutamente privi di rischi); al tempo stesso il prodotto conforme alle caratteristiche tecniche prescritte dalla legislazione sulla sicurezza potrebbe conservare significativi margini di dannosità proprio perché perfettamente funzionante. In quest'ultimo caso l'utilizzatore o colui che entra in contatto con il prodotto si troverebbe a subire un danno derivante da un prodotto pienamente conforme agli standard legislativi di sicurezza ed utilizzato secondo modalità appropriate, ma, nondimeno, caratterizzato da una elevata capacità di produrre danni.

Nel nostro ordinamento giuridico il problema dell'allocazione dei costi derivanti dai danni provocati da prodotti conformi agli standard di sicurezza è rimasto per lungo tempo in ombra sia nella casistica giurisprudenziale, sia nelle ricostruzioni interpretative, che tendevano a polarizzarsi intorno al problema dei danni cagionati dal prodotto difettoso. L'analisi delle decisioni emesse nell'arco dei primi venti anni successivi all'entrata in vigore del d.p.r. n. 224/1988, infatti, fa emergere che il problema della responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da un prodotto conforme agli standard legislativi in materia di sicurezza non viene inizialmente delineato e colto con chiarezza. Sotto tale profilo si riscontra anzitutto una limitatissima propensione ad operare una lettura sistematica e coordinata delle norme che regolano la responsabilità del produttore e di quelle che definiscono la sicurezza dei prodotti sulla base degli standard legislativi armonizzati, quindi, in definitiva, a valorizzare quell'anello di congiunzione tra le due discipline che anche il legislatore europeo considera imprescindibile. Un simile approccio ha condotto ad affrontare per un lungo tempo il problema della responsabilità del produttore di beni la cui sicurezza è definita da *standard* legislativi omettendo, inopinatamente, ogni riferimento a questi ultimi e ricavando il carattere difettoso del prodotto sulla base del criterio generico che si riferisce alla sicurezza che il consumatore può

10 Fusaro, Ar.: "I prodotti difettosi e pericolosi: le responsabilità", *La responsabilità del produttore* (a cura di G. Alpa), cit., p. 361; Al Mureden, E.: "*Product safety*", cit., pp. 515 ss.

«legittimamente attendere» (art. 6, direttiva 85/374/CEE; art. 5, d.p.r. n. 224/1988; art. 117 cod. cons.) nell'uso normale[11].

III. IL DANNO DA PRODOTTO CONFORME.

Il punto di svolta in questo senso può essere individuato in una decisione di legittimità che ad oltre dieci anni di distanza può essere considerata alla stregua di un «leading case» in quanto, adottando una lettura interpretativa in funzione della quale la difettosità del prodotto viene determinata sulla base di rigoroso riferimento agli standard legislativi resi rilevanti dalle norme tecniche armonizzate, ha posto in risalto la netta distinzione che corre tra il problema della responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da prodotti difettosi e quello della responsabilità per i danni provocati da prodotti conformi agli standard legislativi, escludendo che in quest'ultima ipotesi fosse configurabile un obbligo risarcitorio[12]. Ad essa hanno fatto seguito altre pronunce di legittimità e di merito in cui è stato ribadito che «la dimostrazione del carattere difettoso del prodotto e della sua non conformità alle regole tecniche armonizzate che ne definiscono la sicurezza costituisce un «prerequisito» in assenza del quale non è possibile configurare alcun giudizio di responsabilità nei confronti del fabbricante». Così la S.C. è giunta ad escludere la responsabilità del fabbricante per un danno causalmente riconducibile all'utilizzo di uno strumento chirurgico affermando che la circostanza che il danno «sia temporalmente conseguito l'utilizzazione del prodotto» non può necessariamente condurre a conseguire la prova della sua difettosità[13]. In altri termini, quindi, «per riconoscere la difettosità di un prodotto non è sufficiente accertare il danno da questo provocato e la sussistenza di un nesso causale» tra l'utilizzo del prodotto e il danno; ciò «non prova indirettamente, di per sé, la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo una più indefinita pericolosità del prodotto, di per sé insufficiente per integrare la responsabilità del produttore, in mancanza del concreto accertamento della violazione degli standard minimi di sicurezza richiesti dalla utenza o dalle leggi in materia». Il livello di sicurezza prescritto dagli standard legislativi, quindi, costituisce una soglia al di sotto della quale il prodotto può considerarsi difettoso, ma non corrisponde ad un livello di sicurezza assoluto

11 In questo senso, con riferimento ai danni provocati da una scala difettosa Trib. Milano, 31 gennaio 2003, *Responsabilità civivili e previdenza*, 2003, 6, p. 1151; *Danno e responsabilità*, 2003, 3, p. 634; relativamente ai danni cagionati da una caffettiera, Trib. Vercelli, 7 aprile 2003, *Danno e responsabilità*, 2003, 5, p. 1001.

12 Cass., 15 marzo 2007, n. 6007, *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 2, pp. 158 ss., la quale ha escluso la responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da un prodotto cosmetico conforme agli standard legislativi; in senso analogo Cass., 13 dicembre 2010, n. 25116, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 2, pp. 590 ss. Per un'analisi sistematica della giurisprudenza nazionale anche alla luce della comparazione con l'ordinamento statunitense Al Mureden, E.: "Il danno da "prodotto conforme". Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del "*Translatlantic Trade and Investment Partnership*" (T.T.I.P.)", *Contratto e impresa*, 2015, 2, pp. 388 ss.; Bellisario, E.: "Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitori", *Europa e diritto privato*, 2016, 3, pp. 841 ss.

13 Cass., 29 maggio 2013, n. 13458, *Il Corriere giuridico*, 2014, 1, p. 31.

tale da garantire la «più rigorosa innocuità» del prodotto stesso[14]. In definitiva, al fine di configurare una responsabilità del produttore per i danni cagionati dai prodotti che egli immette sul mercato non è sufficiente dimostrare il nesso causale tra l'utilizzo del prodotto ed il verificarsi del danno; occorre, altresì, assolvere all'onere di individuare la difettosità del prodotto, ossia la sua non conformità agli standard legislativi che ne definiscono le caratteristiche di sicurezza, la quale costituisce un «prerequisito» imprescindibile al fine di giustificare un obbligo risarcitorio in capo al produttore.

Una simile limitazione trova una piena corrispondenza nel diritto statunitense ove, in ragione della «preemption doctrine»[15], la conformità del prodotto agli standard stabiliti dalle agenzie federali che ne regolano la sicurezza conduce in linea di principio ad un'esclusione della responsabilità del fabbricante[16].

Proprio l'osservazione del diritto statunitense, tuttavia, pone in evidenza che, a fronte di una generale limitazione della responsabilità del produttore per i danni provocati da prodotti conformi («preemption doctrine»), si rende talvolta necessario individuare specifici contesti nei quali le esigenze di tutela della persona impongono l'adozione di sistemi di «strict liability» capaci di assicurare una tutela risarcitoria anche per i danni provocati da prodotti pienamente conformi agli standard legislativi. Così, con riferimento ai danni cagionati da prodotti farmaceutici, la conformità allo standard legislativo assume la valenza di standard minimo di sicurezza il cui rispetto non esclude una persistente responsabilità del produttore[17].

14 Cass., 19 febbraio 2016, n. 3258, cit., in cui è stata esclusa la responsabilità del produttore di un fustino per detersivo che, esplodendo, aveva danneggiato l'utilizzatore. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 27 gennaio 2020, n. 723, cit. (esclusa la responsabilità del produttore di lenti intraoculari) e Trib. Prato, 6 giugno 2021, *dejure.it* (esclusa la responsabilità del produttore di protesi d'anca). La conformità agli standard costruttivi emerge altresì in App. Salerno, 7 luglio 2020, *onelegale.wolterskluwer.it* (non provato il difetto di una scala), Trib. Ragusa, 15 maggio 2020, *ivi* (non provato il difetto di un substrato di coltura).

15 Con questa espressione si indica la prevalenza delle leggi costituzionali e federali su quelle statali. Nello specifico contesto della responsabilità del produttore la «preemption doctrine» è stata applicata al fine di sancire la prevalenza degli standard federali su quelli previsti dalle singole giurisdizioni e costituisce uno strumento fondamentale per perseguire l'obiettivo della armonizzazione degli *standard* di sicurezza nei diversi stati. In argomento v. McGarity, T.O.: *The Preemption War: When Federal Bureaucracies Trump Local Juries*, New Haven, London, 2008; Untereiner, A.E., *The preemption defense in tort actions: Law Strategy and Practice*, Washington D.C., 2008; O'Reilly, J.T., *Federal Preemption of State and Local Law*, Chicago, 2006; Dinh, D.: "Rassessing the law of Preemption", *Georgetown Law Journal*, 2000, 88, p. 2085; Goldsmith, J.: "Statury Foreign Affairs Preemption, Supreme Court Review", 2000, p. 175; Sharkey, C.M.: "Products Liability Preemption: an Institutional Approch", *George Wasington Law Review*, 2008, 76, p. 449; Davis, M.J.: "On Restating Products Liability Preemption", *Brooklyn Law Review*, 2009, 74, p. 759. Per un'esaustiva illustrazione in lingua italiana Querci, A.: "Responsabilità da prodotto negli Usa e in Europa. Le ragioni di un revirement "globale"", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 2, p. 118.

16 La responsabilità per i danni cagionati da un prodotto conforme agli standard federali è stato espresso in materia di danni provocati da telefono cellulare nella «leading decision» *Farina* v. *Nokia Inc.*, 625 F.3d 97, 131 (3d Cir. 2010), nonché relativamente ai danni subiti a seguito di incidenti nei quali il consumatore lamentava un difetto di sicurezza di automobili equipaggiate in conformità agli standard della «National Highway Traffic Safety Administration« nelle decisioni *Geier* v. *American Honda Company*, 529 U.S. 861 (2000); *Morgan* v. *Ford Motor Co.*, No. 34139 (W.V. Sup. Jun. 18, 2009).

17 *Wyeth* v. *Levine*, 555 U.S. 555 (2009).

Proprio in questa particolare prospettiva di comparazione sembra possibile cogliere le ragioni che stanno alla base della persistente utilità dell'orientamento giurisprudenziale che ricorre al particolare regime di responsabilità contemplato dall'art. 2050 c.c. al fine di assicurare un'adeguata tutela a coloro che subiscano danni da prodotti conformi, ma pericolosi e non possano trovare un adeguato ristoro mediante l'applicazione della disciplina contenuta nel codice del consumo.

IV. I PRODOTTI PERICOLOSI E L'APPLICAZIONE DELL'ART. 2050 C.C.

Il progressivo stagliarsi del problema del danno da prodotto conforme e delle limitazioni che la tutela del danneggiato incontra in virtù di un'interpretazione della disciplina contenuta agli artt. 114 ss. cod. cons. alla luce della disciplina sulla sicurezza dei prodotti e delle norme tecniche armonizzate ha costituito il presupposto per valorizzare una lettura dell'art. 2050 c.c. funzionale a mitigare il rigore dell'orientamento secondo cui, una volta approvata la conformità del prodotto agli standard legislativi che ne governano la sicurezza, non residua spazio per affermare una responsabilità del fabbricante per i danni da questo provocati[18]. In quest'ottica sono stati considerati pericolosi e attratti entro la disciplina dell'art. 2050 c.c. prodotti quali le bombole a gas[19], i derivati del tabacco[20] i fuochi d'artificio[21] e, soprattutto, i farmaci[22].

Una simile lettura consente di attribuire rilievo anche a profili di dannosità e potenziale pericolosità che potrebbero rientrare sia nei rischi che non era possibile prendere in considerazione al momento in cui la sicurezza del prodotto

18 Fusaro, Ar.: "I prodotti difettosi e pericolosi: le responsabilità", *La responsabilità del produttore* (a cura di G. Alpa), cit., p. 393; Cuffaro, V.: "La giurisprudenza", *ivi*, p. 449.

19 Cass., 4 giugno 1998, n. 5484, *Studium Iuris*, 1998, 12, p. 1119; Cass., 19 gennaio 1995, n. 567, *Giustizia civile. massimario annotato della Cassazione*, 1995, p. 97; più di recente Cass., 26 luglio 2012, n. 13214, *Giustizia civile. Massimario annotato della Cassazione*, 2012, p. 967.

20 Cass., 17 dicembre 2009, n. 26516, *Danno e responsabilità*, 2011, p. 57; *Il Corriere giuridico*, 2010, p. 488; Trib. Milano, 11 luglio 2014, *Danno e responsabilità*, 2014; da ultimo Cass., 10 maggio 2018, n. 11272, *onelegale. wolterskluwer.it*; Cass., 11 ottobre 2018, n. 25161, *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 1319; Cass., 21 gennaio 2020, n. 1165, *dejure.it*.

21 Cass., 20 novembre 2018, n. 29828, cit.

22 Cass., 20 luglio 1993, n. 8069, *Il Foro italiano*, 1994, I, c. 455; App. Roma, 21 novembre 2006, *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2007, 3, p. 602; Trib. Salerno, 2 ottobre 2007, I, *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2008, p. 29; Trib. Brescia, 31 marzo 2003, *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2004, 6, p. 1221. L'orientamento è stato ribadito da ultimo da Cass., 7 marzo 2019, n. 6587, *Il Foro italiano*, 2019, I, c. 3684 e segnalata ne *Il Corriere giuridico*, 2019, 5, p. 722 e in *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, p. 1584, la cui motivazione, affermando la responsabilità del produttore per i danni provocati da un farmaco conforme alle discipline che ne governano la sicurezza, specifica che «non vale ad escludere la responsabilità dell'esercente una qualunque informativa circa i possibili effetti collaterali del farmaco, essendo viceversa necessario che l'impresa farmaceutica svolga una costante opera di monitoraggio e di adeguamento delle informazioni commerciali e terapeutiche allo stato di avanzamento della ricerca, allo scopo di eliminare o almeno ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori». Per un caso recente di danno da farmaco in cui si è fatta applicazione della responsabilità *ex* art. 114 ss., c. cons., v. Cass., 10 maggio 2021, n. 12225, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 5, pp. 1152 ss., con nota di Fusaro, Ar.: "Effetto avverso del farmaco: obblighi informativi e responsabilità". Si v. in proposito Al Mureden, E.: "Il danno da farmaco tra valenza delle norme tecniche armonizzate e responsabilità per esercizio di attività pericolosa", *Contratto e impresa*, 2021, 4, pp. 1038 ss.

è stata valutata (rischio da sviluppo) sia nei profili di dannosità «accettata», ossia di quella pericolosità nota al momento dell'ideazione dello standard legislativo e deliberatamente inclusa nell'ambito dei rischi ragionevolmente correlati all'uso normale del prodotto.

La lettura interpretativa dell'art. 2050 c.c. appena richiamata, seppur motivata dalla condivisibile istanza di individuare specifici contesti nei quali le esigenze di protezione della persona impongo un rafforzamento della tutela risarcitoria, incontra un significativo ostacolo laddove si pone in contrasto con il disegno dell'armonizzazione del diritto dell'Unione Europea in materia di responsabilità del produttore e con un consolidato orientamento della Corte di Giustizia[23] che ha costantemente stigmatizzato ogni «disallineamento» creatosi nell'ambito della giurisprudenza nazionale sottolineando che esso finisce per assumere la valenza di un *vulnus* al valore dell'armonizzazione.

Invero proprio l'osservazione del diritto statunitense consente di individuare un punto di sintesi tra due assunti apparentemente inconciliabili[24]. La coesistenza di una regola generale in base alla quale la conformità agli standard legislativi rappresenta un limite oltre il quale non può essere affermata una responsabilità del produttore («preemption doctrine») con regimi di «strict liability» circoscritti ad ipotesi eccezionali nelle quali l'esigenza di tutela del danneggiato può giustificare una persistente responsabilità del fabbricante del prodotto conforme, ma dannoso, testimonia che la lettura interpretativa sviluppata dalla Corte di Cassazione con riferimento all'art. 2050 c.c. da una parte è sottesa da esigenze assolutamente condivisibili, ma, al tempo stesso, deve essere sviluppata al di fuori degli angusti confini nazionali e condotta nella prospettiva più ampia ed appropriata dell'armonizzazione del diritto dell'Unione Europea, conducendo all'individuazione di fattispecie di «strict liability» comuni a tutti i Paesi dell'Unione.

In quest'ottica sembra muoversi una decisione di legittimità che, riconducendo il problema della risarcibilità del consumatore danneggiato entro la disciplina della responsabilità del produttore contemplata dal codice del consumo ed integrata dalle norme in materia di sicurezza dei prodotti, ha precisato che «l'osservanza di norme tecniche non vale ad escludere la responsabilità del produttore, se le norme tecniche cui questi si è uniformato non concernono lo specifico rischio da cui il danno è scaturito». Un simile percorso argomentativo consente di estendere la responsabilità del fabbricante anche laddove si riscontrino profili di difettosità che riguardano aspetti non considerati dallo standard legislativo rispetto al quale il prodotto si era integralmente uniformato valorizzando il profilo della mancanza

23 Corte di giustizia CE, 25 aprile 2002, nn. 52, 154 e 183, *Il Foro italiano*, 2002, IV, cc. 294 ss. In proposito si v. quanto recentemente affermato da Cass., 2021/12225, cit.

24 Owen, D.G., Montgomery, E., Davis, M.J., *Product Liability and Safety,* IV ed., New York, 2010, p. 2; Owen, D.G., *Products Liability Law*, II ed., Thompson West, St. Paul, MN, 2008, p. 704.

delle necessarie informazioni e fondando l'obbligo risarcitorio sul disposto dell'art. 117, lett. *a*), cod. cons.[25]. La via seguita dalla decisione appena illustrata appare a prima vista maggiormente funzionale a risolvere il problema dell'individuazione di ambiti nei quali affermare il diritto al risarcimento della persona danneggiata da un prodotto conforme senza arrecare un *vulnus* alle imprescindibili esigenze di armonizzazione del diritto dell'Unione Europea. Tuttavia proprio la comparazione con il sistema statunitense pone in evidenza l'esigenza di abbandonare un'impostazione in ragione della quale il problema dell'individuazione dei contesti produttivi caratterizzati da particolare pericolosità sia affidato a decisioni giudiziali isolate ed «indipendenti» e di promuovere, invece, un diverso e nuovo approccio in virtù del quale la delimitazione degli specifici ambiti nei quali introdurre un regime di «strict liability» capace di allocare sul produttore il costo del danno derivante dall'utilizzo del prodotto conforme sia affidata a livello «federale» al legislatore.

Occorre osservare, da ultimo, che la sempre più accentuata complementarietà tra il sistema di regole compendiate nella «product liability» con quelle della «product safety» determina una crescente rilevanza del profilo dell'esatta qualificazione dei prodotti sotto il profilo merceologico-legale. Il problema di ricondurre ciascun bene entro la precisa disciplina che ne governa la sicurezza risulta infatti particolarmente avvertito in settori merceologici caratterizzati dalla presenza di prodotti «borderline». La rilevanza assunta da una corretta qualificazione è stata recentemente ribadita dal Reg. 2017/745/UE che, nel regolare i dispositivi medici, sottolinea le rilevanti peculiarità che caratterizzano questa tipologia di prodotti ed impediscono di estendere l'applicazione della disciplina ad essi dedicata agli alimenti (Reg. 2002/178/CE) ed ai cosmetici (Reg. 2009/1223/ CE).

La fondamentale rilevanza di una simile distinzione, del resto, emerge anche nella differente prospettiva della giurisprudenza nazionale che, da una parte, ha incluso la produzione e commercializzazione di farmaci nell'ambito delle attività pericolose soggette al regime di responsabilità contemplato dall'art. 2050 c.c.[26], ma, dall'altra ha recisamente escluso la possibilità di considerare pericolosa la produzione di cosmetici[27].

25 Cass., 15 febbraio 2018, n. 3692, *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, 1, p. 277, con la quale è stato disposto il risarcimento a favore del consumatore, danneggiato da una reazione allergica provocata dalla presenza di nichel in fazzoletti di carta.

26 Cass., 7 marzo 2019, n. 6587, cit.

27 Cass., 19 luglio 2018, n. 19180, *Il Foro italiano*, 2018, 1, c. 3968 ss.

V. LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE NELLE FILIERE PRODUTTIVE INTEGRATE.

Il significativo impatto delle discipline tecniche armonizzate assume peculiare rilievo anche nella particolare prospettiva della ripartizione della responsabilità all'interno di filiere produttive e commerciali nelle quali una molteplicità di operatori concorre a garantire la sicurezza finale del prodotto occupandosi di segmenti integrati in un articolato percorso e collegati da stretti mezzi di interdipendenza.

Sotto questo profilo riveste particolare interesse la distinzione tra la posizione del fornitore del prodotto – che ponendosi quale *trait de union* tra il processo produttivo ed il consumatore risponde solamente nell'ipotesi in cui non sia in grado di fornire al danneggiato l'indicazione dell'identità del fabbricante del prodotto difettoso che abbia cagionato il sinistro (art. 116 cod. cons.) – e quella del produttore di un componente o di una materia prima (comunemente indicato nei rapporti commerciali con l'acronimo OEM, «Original Equipemet Manufacturer») che, incorporandosi nel prodotto finale, abbiano concorso a determinarne l'insicurezza (art. 121 cod. cons.).

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il regime di responsabilità solidale contemplato dall'art. 121 cod. cons. «opera solo tra i produttori che collaborano nella destinazione del prodotto finito alla circolazione», ma non riguarda il fornitore, che, «in quanto estraneo alla catena produttiva», è gravato dalla diversa forma di responsabilità contemplata dall'art. 116 cod. cons. In definitiva, quindi, la responsabilità del fornitore scaturisce esclusivamente dalla mancata comunicazione al danneggiato entro il termine di tre mesi dell'identità e del domicilio del produttore. Essa, pertanto, risulta nettamente distinta rispetto alla responsabilità imputabile al produttore finale o a quella che quest'ultimo condivide con altri soggetti che facciano parte integrante della filiera produttiva[28].

Con specifico riferimento alla responsabilità del fornitore la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente specificato che nell'ipotesi in cui il prodotto dannoso sia stato fabbricato da un'impresa di un Paese dell'Unione Europea, la possibilità di esperire l'azione risarcitoria direttamente nei confronti del produttore conduce ad escludere una legittimazione passiva concorrente del fornitore che abbia importato in Italia il prodotto[29].

28 Cass., 13 dicembre 2018, n. 32226, *dejure.it*.

29 In tal senso Cass., 29 ottobre 2019, n. 27596, *dejure.it*, che, dando applicazione a questo principio, ha escluso che per i danni conseguiti al mancato funzionamento degli airbag di un'autovettura fabbricata da società avente sede all'interno dell'Unione Europea potesse rispondere la società meramente distributrice che aveva solamente commercializzato la vettura sul mercato italiano; in senso analogo, Cass., 30 agosto 2019, n. 21841, *dejure.it*; sul punto si veda anche App. Catanzaro, 25 luglio 2019, n. 1590, *dejure.it,* ove è stato confermato che «nella vendita a catena di beni di consumo l'importatore del bene è soggetto estraneo al rapporto contrattuale intervenuto tra l'acquirente finale ed il venditore finale del bene»; l'importatore, pertanto, «può essere parificato, ai fini della responsabilità extracontrattuale, al produttore solo ove abbia

Del resto la limitazione della responsabilità del fornitore alle sole ipotesi in cui il produttore non possa essere individuato è stata ribadita anche da una «leading decision» della Corte di Giustizia nella quale è stato sottolineato che l'esigenza di armonizzazione del diritto dell'Unione Europea in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi esclude la possibilità di configurare una disciplina nazionale che contempli un'estensione delle fattispecie tassativamente contemplate dall'art. 3, n. 3, direttiva 85/374/CEE, nelle quali il fornitore risponde in luogo del produttore[30].

L'appartenenza dei danneggianti ad una medesima articolata filiera produttiva nella quale ciascun segmento appare inscindibilmente collegato agli altri, di modo che la presenza di un difetto può potenzialmente propagarsi fino a giungere al danneggiamento del consumatore finale, imprime alla responsabilità solidale caratteri del tutto peculiari. Essa, in particolare, sembra dover essere osservata in una duplice prospettiva: quella dell'art. 121 cod. cons. – che regola il rapporto intercorrente tra il consumatore danneggiato e la pluralità dei produttori danneggianti (B2C) – e quella dell'art. 2055 c.c. che assume rilievo all'interno della filiera produttiva nell'ambito di una trama di rapporti che coinvolge solamente professionisti (B2B). Sotto questo profilo appare opportuno distinguere l'ipotesi in cui si configuri un danno in capo al consumatore, da quella in cui il difetto di sicurezza del prodotto emerga in una fase nella quale, essendo ancora possibile il ritiro o il richiamo del bene potenzialmente dannoso, non si riscontrino danni a carico del consumatore. Mentre nella prima fattispecie si configura una responsabilità solidale «esterna» di una pluralità di imprenditori chiamati dapprima a risarcire il consumatore danneggiato (art. 121 cod. cons.) e quindi ad esercitare in seguito le rivalse nell'ambito dei rapporti interni, nella seconda, la presenza di un danno patito dal produttore finale del bene o dal distributore in ragione di una non conformità dalla quale sia scaturito un provvedimento di richiamo o di ritiro in un segmento della filiera produttiva precedente al consumo induce ad escludere l'applicabilità dalle norme in materia di tutela del consumatore ed a fare capo alle regole codicistiche che governano l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali o la responsabilità aquiliana. Sotto questo profilo riveste particolare interesse una decisione di legittimità nella quale è stato sottolineato che, in una filiera alimentare caratterizzata dalla marcata concatenazione tra diversi operatori che la compongono, è configurabile in capo a ciascun operatore un dovere di controllo sulla sicurezza che travalica i limiti del singolo segmento della propria

importato il bene o il servizio nel territorio dell'Unione Europea» con la conseguenza che «l'importatore in Italia di un bene prodotto nella C.E. non potrà essere parificato al produttore in ordine alla responsabilità per difetti del bene importato»; Trib. Roma, 4 luglio 2017, n. 13546, *dejure.it*. Più di recente e sul medesimo punto, v. due sentenze gemelle di Trib. Palermo, 22 ottobre 2020 (nn. 13634/2015 e 9857/2016 R.G.A.C.), entrambe consultabili nella banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*. Sull'onere addossato all'importatore (da Paesi extra UE) di indicare al danneggiato l'identità e il domicilio del produttore, App. Catania, 20 novembre 2020, *onelegale.wolterskluwer.it*.

30 Corte di giustizia CE, Grande Sezione, 10 gennaio 2006, C-402/03.

competenza per spingersi sino alla verifica dell'assenza di profili di rischio scaturenti dall'operato di altri soggetti integrati nel processo produttivo. In particolare, la SC chiamata a decidere riguardo alla pretesa risarcitoria avanzata dal produttore di olive confezionate nei confronti del fornitore di un ingrediente che, in quanto pericoloso per la salute, aveva determinato il ritiro di considerevoli partite del prodotto finito, ha chiarito che la pretesa risarcitoria avanzata doveva essere limitata nella misura corrispondente al concorso colposo del produttore finale danneggiato, il quale, omettendo di effettuare ulteriori attività di controllo, aveva contribuito al verificarsi del danno lamentato. Sotto quest'ultimo profilo riveste particolare interesse il passo della motivazione nel quale il dovere di controllo sull'operato dei fornitori delle materie prime gravante sul produttore finale trova il proprio fondamento nel principio di precauzione che permea l'intera legislazione in materia di sicurezza alimentare e si riflette in questo specifico ambito anche nei rapporti tra soggetti privati[31].

In definitiva, pertanto, la ripartizione delle responsabilità all'interno di filiere nelle quali è integrata una molteplicità di operatori sottolinea ulteriormente l'importanza rivestita dalla conformità del processo produttivo o del componente un prodotto finito rispetto a standard legislativi. Proprio questo elemento, infatti, consente di delineare il carattere lecito o illecito della condotta ed effettuare una ripartizione delle responsabilità in funzione di canoni obiettivi, escludendo la responsabilità degli operatori che dimostrino la piena conformità dei processi di fabbricazione e delle materie confluite nel prodotto finale.

31 Cass., 10 luglio 2014, n. 15824, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 6, pp. 1200 ss.; *Contratti*, 2015, 6, pp. 891 ss.; Cass., 27 novembre 2018, n. 30620, *dirittoegisutizia.it*, Editoriale del 28 novembre 2018; App. Bari, 13 maggio 2019, n. 1085, *dejure.it*.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Il danno da prodotti in Italia, Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera* (a cura di S. Patti), Padova, 1990.

AA.VV.: *Speciale 2012, "I 25 anni di* products liability" (a cura di R. Pardolesi, G. Ponzanelli), *Danno e responsabilità*, 2012, numero speciale.

Al Mureden, E.: "Il danno da "prodotto conforme". Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del "*Translatlantic Trade and Investment Partnership*" (T.T.I.P.)", *Contratto e impresa*, 2015, 2, pp. 388 ss.

Al Mureden, E.: "*Product safety* e *product liability* nella prospettiva del danno da prodotto conforme", *La responsabilità del produttore* (a cura di G. Alpa), Milano, 2019, pp. 515 ss.

Al Mureden, E.: "Il danno da farmaco tra valenza delle norme tecniche armonizzate e responsabilità per esercizio di attività pericolosa", *Contratto e impresa*, 2021, 4, pp. 1038 ss.

Alpa, G., Bin, M., Cendon, P., "La responsabilità del produttore", *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. Galgano), XIII, Padova, 1989.

Alpa, G., Carnevali, U., Di Giovanni, F., Ghidini, G., Ruffolo, U., Verardi, C.M.: *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990.

Alpa, G.: *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975.

Alpa G.: *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977.

Alpa, G.: "Introduzione", *La responsabilità del produttore* (a cura di Id.), Milano, 2019, pp. 1 ss.

Alpa, G.:, "Aspetti e problemi di diritto comunitario", *La responsabilità del produttore* (a cura di Id.), Milano, 2019, pp. 187 ss.

Alpa, G.: "Programmi e iniziative dell'Unione Europea in materia di libera circolazione delle merci e responsabilità del produttore", *La responsabilità del produttore* (a cura di Id.), Milano, 2019, p. 651.

Bellisario, E.: "Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitori", *Europa e diritto privato*, 2016, 3, pp. 841 ss.

Cabella Pisu, L.: "Cittadini e consumatori nel diritto dell'Unione Europea", *Contratto e impresa Europa*, 2007, 2, pp. 680 ss.

Cabella Pisu, L.: "Ombre e luci nella responsabilità del produttore", in *Contratto e impresa Europa*, 2008, 3, pp. 617 ss.

Cafrì, V.: commento *sub* art. 114, *Codice del consumo e norme collegate* (a cura di Cuffaro, V.), terza edizione, Milano, 2012, pp. 603 ss.

Capilli, M.G.: *La responsabilità per la produzione di* robot, *La responsabilità del produttore*, (a cura di G. Alpa), Milano, 2019, pp. 625 ss.

Carnevali, U.: *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974.

Carnevali, U.: "Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti", *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, 1, pp. 3 ss.

Castronovo, C.: *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.

Castronovo, C.: voce "Responsabilità oggettiva (dir. it. e straniero)", *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991

Castronovo, C.: voce "Danno da prodotti (dir. it. e straniero)", *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1995.

Cavallo, V.: commento *sub* art. 102, *Codice del consumo e norme collegate* (a cura di V. Cuffaro), terza edizione, Milano, 2012, pp. 575 ss.

Cordiano, A.: *Sicurezza dei prodotti e tutela preventiva dei consumatori*, Padova, 2005.

Cordiano, A.: Commento *sub* art. 114, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. Capobianco, G. Perlingieri), Napoli, 2009, pp. 645 ss.

Cuffaro, V.: "La giurisprudenza", *La responsabilità del produttore* (a cura di G. Alpa), Milano, 2019, pp. 449 ss.

Davis, M.J.: "On Restating Products Liability Preemption", *Brooklyn Law Review*, 2009, 74, pp. 759 ss.

Dinh, D.: "Rassessing the law of Preemption", *Georgetown Law Journal*, 2000, 88, pp. 2085 ss.

FRANZONI, M.: "Dieci anni di responsabilità del produttore", *Danno e responsabilità*, 1998, 8-9, pp. 823 ss.

FRANZONI, M.: *L'illecito. Trattato della responsabilità civile*, seconda edizione, I, Milano, 2010, pp 661 ss.

FUSARO, AR.: "I prodotti difettosi e pericolosi: le responsabilità", *La responsabilità del produttore* (a cura di G. ALPA), Milano, 2019, pp. 361 ss.

FUSARO, AR.: "Effetto avverso del farmaco: obblighi informativi e responsabilità", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, pp. 1150 ss.

GHIDINI, G.: *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano, 1970.

GOLDSMITH, J.: "Statury Foreign Affairs Preemption, Supreme Court Review", 2000, pp. 175 ss.

GORASSINI, A.: *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990.

O'REILLY, J.T., *Federal Preemption of State and Local Law*, Chicago, 2006.

MCGARITY, T.O.: *The Preemption War: When Federal Bureaucracies Trump Local Juries*, New Haven, London, 2008.

MONATERI, P.G.: "Illecito e responsabilità civile", *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), Torino, X, 2, 2002.

MONTINARO, R.: "Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra *soft law* e *hard law*", *Persona e mercato*, 2020, 4, pp. 349 ss.

OWEN, D.G., MONTGOMERY, E., DAVIS, M.J., *Product Liability and Safety,* IV ed., New York, 2010.

OWEN, D.G., *Products Liability Law*, II ed., Thompson West, St. Paul, MN, 2008.

PONZANELLI, G.: *Commentario alla responsabilità da prodotti difettosi* (a cura di R. PARDOLESI, R. PONZANELLI), *Nuove leggi civili commentate*, 1989, 3, pp. 495 ss.

PONZANELLI, G.: "Responsabilità del produttore", *Rivista di diritto civile*, 1995, 2, pp. 215 ss.

PONZANELLI, G.: *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992.

Querci, A.: "Responsabilità da prodotto negli Usa e in Europa. Le ragioni di un revirement "globale"", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 2, p. 118

Salmoni, F.: *Le norme tecniche*, Milano, 2001.

Salvi, G.: voce "Responsabilità extracontrattuale", *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1988, pp. 1229 ss.

Sharkey, C.M.: "Products Liability Preemption: an Institutional Approch", *George Wasington Law Review*, 2008, 76, pp. 449 ss.

Thiene, A.: commento *sub* art. 114 cod. cons., *Commentario breve al Diritto dei consumatori* (diretto da G. De Cristofaro, A. Zaccaria), Padova, 2010, pp. 767 ss.

Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Napoli, 1961.

Untereiner, A.E.: *The preemption defense in tort actions: Law Strategy and Practice*, Washington D.C., 2008.

IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE COME STRUMENTO DI ATTUAZIONE DEGLI OBIETTIVI DI SVILUPPO SOSTENIBILE DELL'AGENDA ONU 2030

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AS AN IMPLEMENTATION TOOL OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS OF THE UN AGENDA 2030

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 912-933

Carlotta
IPPOLITI
MARTINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Muovendo dall'analisi degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile dell'Agenda ONU 2030, l'A. analizza il ruolo che il principio di precauzione svolge quale elemento capace di implementare la sinergia tra strumenti di public enforcement e di private enforcement funzionali ad attuare un modello di sviluppo improntato al canone della sostenibilità. In questa prospettiva l'attenzione si concentra sulla lettura delle tradizionali norme in materia di responsabilità civile alla luce delle discipline pubblicistiche attuative del principio di precauzione e delle finalità espresse negli obiettivi dell'Agenda ONU 2030.

PALABRAS CLAVE: Sviluppo sostenibile; principio di precauzione; responsabilità civile; doveri della Pubblica Amministrazione

ABSTRACT: *Starting from the analysis of the Sustainable Development Goals of the UN Agenda 2030, the Author analyzes the role that the precautionary principle plays as an element capable of implementing the synergy between public enforcement and private enforcement tools functional to achieve a development model based on the value of sustainability. In this perspective, the article will focus on reading the traditional liability rules in the light of the disciplines inspired by the precautionary principle and the purposes expressed in the objectives of the UN Agenda 2030.*

KEY WORDS: *Sustainable Development; Precautionary Principle; Liability Rules; Duties of the Public Administration.*

SUMARIO.- I. LO SVILUPPO SOSTENIBILE TRA PRINCIPI SOVRANNAZIONALI E DIRITTO INTERNO.- II. IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE COME BASE DELLA LEGISLAZIONE EUROUNITARIA A PRESIDIO DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE.- III. L'IMPATTO DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE SUL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE TRA PUBLIC ENFORCEMENT E PRIVATE ENFORCEMENT.- IV. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. LO SVILUPPO SOSTENIBILE TRA PRINCIPI SOVRANNAZIONALI E DIRITTO INTERNO.

L'esigenza di operare una profonda riorganizzazione del *framework* sociale, economico e giuridico funzionale a conciliare le ineludibili istanze sottese all'efficiente funzionamento del mercato con quelle, altrettanto fondamentali, compendiate nel concetto di sviluppo sostenibile[1] costituisce il denominatore comune delle soluzioni delineate a livello sovrannazionale e dell'Unione Europea, nel solco delle quali, a livello nazionale, si pone la recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost.[2].

La complessità insita nel conseguimento di un simile obiettivo in uno scenario segnato da decenni da un'economia fortemente globalizzata[3] nella quale appaiono indissolubilmente interconnessi e reciprocamente condizionati una molteplicità

1 La strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile – avviata all'inizio del nuovo Millennio (COM/2001/0264) e periodicamente aggiornata nel corso del primo decennio degli anni Duemila (Documento del Consiglio 10917/06; COM [2009] 400) – ha subito una significativa accelerazione dapprima nel 2010 a seguito della Comunicazione *Europa 2020: la strategia dell'Unione europea per la crescita e l'occupazione* (COM [2010] 2020), quindi nella successiva *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità* (COM [2016] 739) che eleva la sostenibilità ad obiettivo ispiratore fondamentale delle politiche legislative dell'Unione Europea.

2 In questo senso Monterossi, M. W.: L'*orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Edizioni ETS, Pisa, 2020, p. 19 ss., sulla scorta di un'accurata analisi sistematica del *framework* di principi sovranazionali in materia di tutela dell'ambiente, individua il fondamento di un modello di sviluppo sostenibile attento alla salvaguardia dei diritti delle generazioni future. Una simile lettura trova significativo riscontro nelle norme costituzionali modificate dalla recente riforma, le quali, nel fare espresso riferimento all' "interesse delle future generazioni" (art. 9, comma 3, Cost.) e nel contemplare esplicitamente il diritto alla salute tra i limiti all'iniziativa economica privata (art. 41, comma 2, Cost.), testimoniano l'incedere di un nuovo approccio al tema della tutela della salute.

3 Sul fenomeno della globalizzazione e sulla conseguente aspirazione a superare la frammentazione del diritto statuale attraverso la creazione di regole uniformi Galgano, F.: *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2016.
La particolare complessità che caratterizza interventi legislativi necessariamente destinati ad incidere su fattispecie di danno cagionate dal concorso di soggetti appartenenti a diversi ordinamenti giuridici è stata sottolineata con specifico riferimento al diverso problema della conservazione dell'integrità dell'ecosistema per i danni derivanti da inquinamento marino da idrocarburi. In questo senso Tellarini, G.: "La responsabilità civile per danni da inquinamento marino da idrocarburi: i casi delle petroliere Erika e Prestige", in AA. VV.: *Emergenze ambientali e tutela giuridica* (a cura di M. A. Lupoi), Maggioli, Rimini, 2017, p. 195, all'esito della ricostruzione del sistema di regole convenzionali tese a fronteggiare il problema in conformità al principio "chi inquina paga" pone in luce i profili di criticità e di debolezza che necessariamente emergono in un sistema segnato da una significativa globalizzazione ed una conseguente frammentazione delle discipline applicabili.

• Carlotta Ippoliti Martini
Ricercatrice di Diritto privato dell'Alma Mater Studiorum, Università di Bologna. E-mail: carlotta.ippoliti@unibo.it.

di Paesi tra loro eterogenei dal punto di vista politico, economico e giuridico, già emersa a partire dagli anni Ottanta, è stata ulteriormente sottolineata dall'irrompere dell'inatteso e devastante evento pandemico[4].

Sotto questo profilo un significativo punto di svolta a livello mondiale è stato segnato dalla Settantesima Assemblea Generale delle Nazioni Unite che, nel 2015, ha sintetizzato nella cosiddetta Agenda 2030[5] i diciassette Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (OSS).

Il rapporto di interazione e reciproca interdipendenza che lega inscindibilmente i profili economico, sociale ed ambientale, efficacemente sottolineato nell'Agenda 2030, appare pienamente in linea con i principi fondamentali e le politiche da tempo perseguite dall'Unione Europea, per la quale l'attuale processo di svolta in atto a livello globale rappresenta una favorevole opportunità le cui potenzialità devono essere necessariamente "sfruttate appieno"[6]. In questa prospettiva la radicata propensione dell'Unione Europea a perseguire attraverso un "approccio olistico" e "politiche transettoriali" l'obiettivo di dar vita ad una società in cui lo sviluppo economico non può prescindere dal perseguimento di un elevato livello di tutela della salute e di conservazione dell'integrità del patrimonio ambientale[7] appare destinata ad amplificarsi ulteriormente nel contesto di un disegno di portata globale.

Nell'ambito delle politiche europee funzionali a contribuire al conseguimento degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (OSS) dell'Agenda 2030 il principio di precauzione può essere osservato alla stregua di uno strumento fondamentale che consente di indirizzare le politiche legislative, l'azione delle Pubbliche Amministrazioni e le condotte dei privati verso un modello di "crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile" (obiettivo 8 dell'Agenda 2030) e una "industrializzazione equa, responsabile e sostenibile" (obiettivo 9 dell'Agenda 2030) orientato alla finalità di "assicurare la salute e il benessere per tutti e per tutte le età" (obiettivo 3 dell'Agenda 2030). Nel conseguimento di simili obiettivi – che presuppongono l'implementazione di "modelli sostenibili di produzione e di consumo" (obiettivo 12 dell'Agenda 2030), un approvvigionamento energetico ispirato ai canoni dell'affidabilità e della sostenibilità (obiettivo 7 dell'Agenda 2030)

4 Castelli, A.: "Riduzione dell'inquinamento e miglioramento della qualità dell'aria: l'impatto della Direttiva Ue 2016/2284", *Ambiente e sviluppo*, 2020, 3, p. 211.

5 Risoluzione delle Nazioni Unite A/RES/70/1.

6 In questi termini si esprime la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità* (COM [2016] 739), in part. par. 2.2.

7 La già richiamata *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità* (COM [2016] 739), sottolinea che la necessità di considerare in una visione complessiva le tre dimensioni dell'impatto economico, sociale ed ambientale trova costante conferma nella lettura sistematica dei Trattati dell'Unione Europea.

ed una complessiva tensione verso la conservazione dell'integrità dell'ambiente ed il contrasto ai cambiamenti climatici (obiettivo 13 dell'Agenda 2030) – il principio di precauzione assume una rilevanza fondamentale. Esso, infatti, consentendo di giustificare limitazioni delle attività economiche al fine di garantire un elevato livello di tutela dell'ambiente e della salute anche a fronte di rischi potenziali non ancora compiutamente e definitivamente dimostrati, costituisce un imprescindibile strumento funzionale ad assicurare che le politiche dell'Unione Europea possano risultare "a prova di sostenibilità"[8].

Le osservazioni svolte con riferimento al contesto sovranazionale trovano puntuale riscontro concentrando l'attenzione sul diritto interno dove l'esigenza di declinare l'esercizio delle attività economiche secondo modalità che non si pongano "in contrasto con l'utilità sociale" e non rechino "danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41 Cost.), storicamente presente nel sistema, appare invero ancor più accentuata a seguito della recente riforma costituzionale fortemente ispirata all'imprescindibile necessità di dare vita ad un modello di sviluppo nel quale la tutela dell'ambiente viene perseguita "anche nell'interesse delle generazioni future"[9] e costituisce un elemento fondamentale al fine di garantire un'effettiva tutela della salute esplicitamente introdotta tra i limiti posti all'esercizio delle attività economiche[10].

8 L'efficace espressione è contenuta nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità*, ove si sottolinea che, nel delineare le "azioni chiave" nelle quali dovrà articolarsi la futura *governance*, "la Commissione si impegna a integrare gli obiettivi di sviluppo sostenibile nelle politiche e iniziative dell'UE, facendo dello sviluppo sostenibile il principio guida di tutte le sue politiche. Le politiche in atto e quelle nuove devono tener conto dei tre pilastri dello sviluppo sostenibile, vale a dire i fattori sociali, ambientali ed economici. A tal fine la Commissione farà in modo che le sue politiche siano «a prova di sostenibilità» attraverso i suoi strumenti per legiferare meglio".

9 Il valore della salvaguardia dei diritti fondamentali in una prospettiva intertemporale che garantisca le aspettative delle generazioni future viene posto in rilievo da Carapezza Figlia, G.: *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche: contributo a una teoria dei beni comuni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 161, che, con specifico riferimento alla materia delle acque, sottolinea la rilevanza del disposto dell'art. 144, comma 2, d. lgs. n. 152 del 2006, laddove dispone che "le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà" e che "qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale". La rilevanza della tutela delle generazioni future emerge, altresì, in materia di sicurezza alimentare e, in particolare, nell'esplicita menzione contenuta nell'art. 6, Reg. (CE) n. 178/2002 (sul punto v. Gradoni, L.: "La sicurezza alimentare nell'Unione europea", *Nuove leggi civili commentate*, 2003, 1-2, p. 188). In termini più generali, muovendo da un'approfondita analisi del tessuto normativo eurounitario e nazionale Monterossi, M. W.: *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile*, cit., sottolinea la fondamentale rilevanza di un approccio assiologico volto alla salvaguardia dei diritti delle generazioni future.
Sotto questo profilo assume una valenza assai significativa l'attuale disposto dell'art. 9 Cost., il cui terzo comma enuncia il principio secondo cui la Repubblica "tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni".

10 A tale riguardo il testo del nuovo art. 41, comma 2, Cost. dispone che l'iniziativa economica privata "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

II. IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE COME BASE DELLA LEGISLAZIONE EUROUNITARIA A PRESIDIO DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE.

La centrale rilevanza attualmente rivestita dal principio di precauzione nella politica legislativa dell'Unione Europea funzionale a garantire un elevato livello di integrità dell'ambiente e di tutela della salute[11] costituisce l'approdo di un processo avviato a partire dagli anni Ottanta nel diritto internazionale dell'ambiente[12]. In questa prospettiva la *Comunicazione della Commissione Europea sul principio di precauzione*[13], adottata oltre vent'anni orsono, ha segnato un fondamentale punto di svolta fornendo circostanziate indicazioni circa l'effettiva portata che il principio di precauzione assume sul piano applicativo. In particolare la citata Comunicazione ha preliminarmente chiarito che una corretta implementazione del principio di precauzione presuppone, anzitutto, l'individuazione di conseguenze potenzialmente negative per la salute, nonché una valutazione complessiva del rischio per l'integrità della persona e dell'ambiente basata sui dati scientifici disponibili più affidabili e sui risultati più recenti della ricerca internazionale[14]. Ciò consente al legislatore e all'amministrazione pubblica di adottare misure restrittive dell'iniziativa economica privata anche ove la portata del rischio non sia ancora stata pienamente e definitivamente dimostrata.

11 Per un'accurata ricostruzione dei caratteri del principio di precauzione e del suo impatto sull'ordinamento interno si veda il documento *Il Principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, redatto dal C.N.B. e pubblicato il 18 giugno 2004 (*http://www.governo.it/BIOETICA*).

12 Il principio di precauzione, inizialmente delineato nella Carta mondiale della natura adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1982, ha trovato la sua definitiva consacrazione nella Dichiarazione di Rio, elaborata nell'ambito della Conferenza sull'Ambiente e lo sviluppo delle Nazioni Unite di Rio de Janeiro del 1992 il cui Principio 15 enuncia: "al fine di proteggere l'ambiente, il principio di precauzione sarà ampiamente applicato dagli Stati secondo le rispettive capacità. Laddove vi siano minacce di danni seri o irreversibili, la mancanza di piene certezze scientifiche non potrà costituire un motivo per ritardare l'adozione di misure efficaci in termini di costi volte a prevenire il degrado ambientale". In argomento Marini, L.: *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario: disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Cedam, Padova, 2004, p. 71 ss.; Sollini, M.: *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 26; Nanna, C. M.: *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003, p. 172; De Leonardis, F.: *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 181; Gradoni, L.: "La sicurezza alimentare", cit., p. 199.

13 Cfr. *Comunicazione della Commissione Europea sul principio di precauzione*, adottata in data 2 febbraio 2000 (COM [2000] 1). Per un'accurata illustrazione della Comunicazione v. Franzone, D.: "Il principio di precauzione in diritto comunitario", in AA. VV.: *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario* (a cura di A. Bianchi e M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2006, p. 3 ss.

14 In seno alla giurisprudenza amministrativa è ormai consolidato l'orientamento secondo cui l'attuazione del principio di precauzione comporta che, "ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche" (Cons. Stato 21 agosto 2012, n. 4583, *Vita Notarile*, 2012, 3, p. 1319; Cons. Stato 6 ottobre 2014, n. 4988, *De Jure Giuffrè*; Cons. Stato 22 settembre 2014, n. 4727, *Ambiente e sviluppo*, 2015, 1, p. 44, a cura di Cosentino, M. G.: *Consiglio di Stato e TAR*; Cons. Stato 3 settembre 2014, n. 4484, *De Jure Giuffrè*; Cons. Stato 11 novembre 2014, n. 5525, *Foro amministrativo*, 2014, 11, p. 2781; Cons. Stato 18 maggio 2015, n. 2495, *Giurisprudenza italiana*, 2015, 11, p. 2474, con nota di Vivani, C.: *Principio di precauzione e conoscenza scientifica* e, da ultimo, Cons. di Stato 3 ottobre 2019, n. 6655, *Foro amministrativo*, 2019, 10, p. 1607). In dottrina De Leonardis, F.: "*Sub* art. 301", in AA. VV.: *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 2585; Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità d'impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, p. 141 ss.

L'adozione di tali misure anche in condizioni nelle quali sussista solamente la probabilità di un danno per la salute, pertanto, risulta legittima[15] solo laddove essa si conformi ai canoni della proporzionalità[16], della non discriminazione e della coerenza[17]. Occorre, inoltre, che ciascuna misura si fondi su un'attenta analisi dei costi e dei benefici[18] seguita da un costante monitoraggio che permetta una tempestiva revisione delle misure adottate ogniqualvolta, sulla base di dati scientifici sopravvenuti, si delinei l'esigenza di operare una rinnovata valutazione del rischio[19]. Anche nel peculiare contesto generato dalla recente crisi globale determinata dalla pandemia dilagata nei primi mesi del 2020, del resto, è ulteriormente emersa la fondamentale rilevanza del principio di precauzione che ha costituito dapprima il presupposto sulla base del quale giustificare l'emanazione di una "legislazione di

15 In proposito riveste particolare interesse una decisione della Corte di Giustizia (Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 1° ottobre 2019, causa C-616/17, *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 1, p. 69, con nota di Bevilacqua, D.: "La regolazione dei prodotti fitosanitari e il precautionary test"), nella quale il principio di precauzione ha assolto alla funzione di strumento mediante il quale "valutare la validità di un atto legislativo europeo". In questi termini si esprime Bevilacqua, D.: "La regolazione dei prodotti fitosanitari e il *precautionary test*", *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 1, p. 69, il quale parla in proposito di un "nuovo utilizzo del principio di precauzione".

16 Nella citata Comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000 viene precisato che una razionale gestione del rischio deve attuarsi attraverso la predisposizione di misure di contenimento proporzionate alla probabilità del verificarsi di eventi dannosi ed alla loro potenziale portata lesiva contemperando le esigenze di tutela delle persone anche con altri fattori di natura economica e sociale. In quest'ottica, pertanto, "il rischio può essere raramente ridotto allo zero" in quanto un simile approccio, salvo casi del tutto eccezionali, si risolverebbe nel perseguimento di un livello di sicurezza dal quale scaturirebbero irragionevoli compressioni di diritti fondamentali di natura economica e personale.

17 Sotto questo profilo i principi della non discriminazione e della coerenza si pongono in un rapporto di complementarietà in quanto il primo impone di evitare l'adozione di misure differenziate al fine di fronteggiare situazioni di rischio potenziale sostanzialmente comparabili ed il secondo incentra proprio sulla comparabilità delle misure già adottate in determinati contesti sulla base di precisi dati scientifici disponibili l'assunzione di queste ultime a modello da estendere a situazioni che presentino caratteristiche analoghe.

18 Al riguardo assume una fondamentale rilevanza la comparazione dei costi che, nel breve e nel lungo periodo, potrebbero derivare dalla "inazione" con quelli che, invece, siano richiesti in caso di assunzione di provvedimenti contenitivi del rischio potenziale. Una simile valutazione, pur muovendo da un processo di analisi economica dei costi e dei benefici, riveste invero una portata assai più ampia laddove si estende alla valutazione dell'impatto delle misure su aspetti di natura non economica e, più in generale, sulla loro "accettabilità da parte del pubblico". Sul punto si vedano le considerazioni di Calabresi, G.: *Il futuro del* law and economics*: saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Giuffrè, Milano, 2018.

19 Nell'ambito di un principio generale secondo il quale la protezione della salute si pone in posizione di preminenza rispetto alle istanze di carattere economico si impone una valutazione del rischio soggetta ad un costante aggiornamento, di guisa che, ogniqualvolta sopravvenute scoperte scientifiche alterino il rapporto tra benefici connessi all'esercizio di una determinata attività e rischi che da essa scaturiscano, si impone una rimodulazione dei provvedimenti assunti in applicazione del principio di precauzione (Corte giustizia UE 19 gennaio 2017, n. 282/15, *Foro amministrativo*, 2017, 1, p. 1).
In questo senso appare significativa una recente pronuncia di legittimità che, decidendo in materia di rischi conseguenti all'esposizione ai campi elettromagnetici, ha chiarito che "il principio di precauzione" non "può indurre lo Stato o la comunità scientifica a non monitorare più i livelli di rischio, posto che i rischi dell'inazione possono essere di gran lunga superiori a quelli di prendere misure per ridurre o impedire effetti rivelatisi più nocivi del previsto" (Cass. 10 giugno 2020, n. 11105, *Studium juris*, 2021, 2, p. 222). In senso analogo T.A.R. Campania 22 aprile 2020, n. 826, in *Quotidiano Giuridico*, 2020, ha rigettato l'istanza di sospensiva di un provvedimento con il quale è stata disposta la chiusura temporanea di una casa di cura. In particolare, la motivazione rileva in sede cautelare che, stante l'assenza di "acclarate e solide conoscenze scientifiche in ordine alle modalità di trasmissione del coronavirus (...) deve trovare applicazione il principio di precauzione". In definitiva, continua la motivazione, il "principio di precauzione, di derivazione comunitaria (art. 7, Regolamento n. 178 del 2002), impone che quando sussistono incertezze o un ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi".

emergenza"[20] in cui la temporanea e parziale compressione di diritti fondamentali ha trovato una giustificazione nell'esigenza preminente di assicurare la tutela del diritto alla salute nella sua dimensione individuale e collettiva[21] e, in un secondo momento, ha ispirato le decisioni con le quali è stata confermata la piena ragionevolezza e legittimità delle limitazioni imposte dal legislatore al fine di contenere il diffondersi del contagio[22].

Nel contesto attuale, ad oltre vent'anni di distanza dalla *Comunicazione della Commissione Europea sul principio di precauzione*, il principio di precauzione può essere osservato alla stregua di un "tessuto connettivo" che permea un'articolata disciplina pubblicistica di derivazione eurounitaria ormai divenuta parte integrante dell'ordinamento nazionale. Esso, infatti, costituisce la radice comune di molteplici discipline di settore tra loro eterogenee che con un'efficace espressione le Sezioni Unite hanno recentemente osservato alla stregua di un "precipitato del principio di precauzione"[23]. Proprio questa peculiare prospettiva induce a porre in risalto la profonda connessione che collega una molteplicità di norme che, nel loro insieme, concorrono a realizzare il disegno della sostenibilità sintetizzato negli obiettivi

20 Sui numerosi provvedimenti emanati al fine di contenere la pandemia e sul principio di precauzione quale fondamento di un compendio di regole ispirate alla realizzazione di un adeguato contemperamento tra diritto alla salute e altri diritti fondamentali Donati, A.: "L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione", *BioLaw Journal*, 2020, 2, p. 591; Penna, T.: "Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da covid-19", *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 563; Ronchetti, T.; Medugno, M.: "Gestione ambientale «in pandemia»: provvedimenti d'urgenza e nodi al pettine", *Ambiente e sviluppo*, 2020, 5, p. 367.

21 In questo senso Pasquino, T.: "Il principio di precauzione ai tempi del covid-19 tra «rischio» ed «emergenza»", *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 597; Del Corona, L.: "Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti", *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 71, la quale, anche sulla scorta della decisione della Corte costituzionale concernente il caso ILVA (Corte cost. 23 marzo 2018, n. 58, *Foro italiano*, 2018, 1, 4, c. 1073, con nota di Romboli, R.: "In tema di rapporto tra tutela dell'ambiente e attività produttiva e d'impresa"; Corte Cost. 9 maggio 2013, n. 85, in *Giurisprudenza* costituzionale, 2013, 3, p. 1494, con nota di Onida, V.: "Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente"; *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, p. 1498, con nota di Pulitanò, D.: "Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA"; *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, p. 1505, con nota di Bin, R.: "Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza «Ilva»"; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, p. 1511, con nota di Sereno, G.: "Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento"), sottolinea la preminenza del diritto alla salute rispetto ad istanze di natura economica.

22 In questo senso T.A.R. Calabria 9 maggio 2020, n. 841, in *Foro italiano*, 2020, 3, c. 354, ha sancito l'illegittimità dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37, recante "Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019", laddove, disallineandosi rispetto ai precetti contenuti nella legislazione nazionale, consentiva nel rispetto di determinate precauzioni di carattere igienico sanitario "la ripresa delle attività di bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto".
In senso analogo T.A.R. Lazio 27 maggio 2020, n. 4098, *De Jure Giuffrè*, ha ritenuto ragionevoli le previsioni contenute in un'ordinanza del Comune di Roma limitativa degli orari di apertura degli esercizi commerciali (conforme T.A.R. Napoli 8 giugno 2020, *De Jure Giuffrè*). Il principio di precauzione ha costituito altresì la base sulla quale è stata confermata la legittimità di un'ordinanza che – in ragione di particolari esigenze di contenimento della pandemia riscontratesi in un delimitato contesto geografico – prevedeva un regime dell'obbligo di utilizzo della mascherina sul territorio comunale più severo rispetto allo standard definito a livello nazionale (T.A.R. Genova 23 maggio 2020, n. 147, *De Jure Giuffrè*).

23 Cass., Sez Un., 4 febbraio 2020, n. 2502, in *Giustizia civile massimario*, 2020.

della Agenda 2030[24]. Così, ad esempio, la disciplina della Valutazione Strategica Ambientale (VAS), quella Valutazione di Impatto Ambientale (VIA)[25] e quelle che regolano l'integrità idrogeologica del territorio, costituiscono espressioni del principio di precauzione che, intervenendo in contesti differenziati, convergono verso il comune obiettivo di realizzare un disegno sistematico ispirato alle finalità compendiate negli obiettivi di sostenibilità delineati dalle Nazioni Unite e condivisi dall'Unione Europea.

Anche le articolate discipline funzionali a tutelare la salute rispetto alle possibili occasioni di rischio scaturenti dall'esposizione ad onde elettromagnetiche[26] o dall'utilizzo di acque destinate ad uso umano[27] costituiscono una manifestazione del principio di precauzione che, proprio attraverso l'introduzione di dettagliati standard tecnici e di doveri di vigilanza in capo alla Pubblica Amministrazione, influenzano l'applicazione dei rimedi civilistici di natura inibitoria (art. 844 c.c.) e risarcitoria (art. 2043 c.c.) orientandoli verso l'attuazione del più elevato livello di tutela della salute compatibile con l'efficiente funzionamento del sistema economico e con le ineludibili esigenze di coesione e solidarietà sociale[28]. Considerazioni analoghe possono essere ripetute con riferimento alla normativa in materia di

24 In proposito Napolitano, G.: "Le Funzioni", in AA. VV.: *Istituzioni di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), V ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 49, osserva che uno dei compiti principali dei pubblici poteri consiste ormai da tempo nella pianificazione razionale e nella conservazione del territorio, nonché nella tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

25 Le discipline menzionate appaiono pienamente in linea rispetto all'Obiettivo 9 (Agenda ONU 2030), concernente il problema di "costruire un'infrastruttura resiliente e promuovere l'innovazione ed una industrializzazione equa, responsabile e sostenibile", che, nella prospettiva del piano di investimenti per l'Europa, costituisce un punto strategico di primaria rilevanza.

26 Sotto questo profilo assume particolare rilievo l'Obiettivo 7 (Agenda ONU 2030), concernente "l'accesso a sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni".
Sul ruolo del principio di precauzione nel contenimento dei rischi scaturenti dall'esposizione a campi elettromagnetici Casolari, F.: "Politiche precauzionali ed esposizione a campi elettromagnetici artificiali: modelli gestionali dell'inquinamento elettromagnetico nel diritto internazionale e comunitario", in AA. VV.: *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario* (a cura di A. Bianchi e M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2006, p. 381 ss.

27 La gestione del servizio idrico e di quello elettrico viene osservata nella prospettiva dei beni extra mercato da Gambino, A. M.: *Beni extra mercato*, Giuffrè, Milano, 2004, che ripercorre nell'ambito di un'accurata ricostruzione storica le fasi che hanno condotto ad attribuire allo Stato il potere esclusivo della produzione e della gestione di detti servizi.
In argomento v. Carapezza Figlia, G.: *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche*, cit.; Betzu, M. (a cura di): *Diritto all'acqua e servizio idrico integrato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019; Nivarra, L.: "Il servizio idrico integrato: evoluzione e prospettive", *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2015, XIII, p. 171.

28 Il fondamentale ruolo assolto dal principio di precauzione quale strumento capace di orientare "l'interpretazione operata dal Giudice nazionale secondo il canone della conformità al diritto eurounitario" individuando la soluzione "più coerente con la norma europea" nell'ambito di una gamma di possibili significati emerge nelle considerazioni svolte da Zoppini, A.: *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 163. Tale principio, infatti, rientra tra quelli che seppur "non appartenenti geneticamente all'alveo del diritto privato", hanno trovato in esso una "consolidata accoglienza". Detti principi, continua l'A., costituiscono uno strumento funzionale a "veicolare una pluralità di funzioni: una funzione interpretativa quando concorrono a lumeggiare i precetti esistenti; una funzione suppletiva e integrativa, quando favoriscono la produzione di regole o tutele; una funzione correttiva quando sono evocati per vagliare e correggere i processi interpretativi".

danno ambientale[29] ed alle recenti disposizioni tese a ridurre progressivamente l'utilizzo di materie plastiche[30] che nell'articolato disegno concepito dal legislatore dell'Unione Europea concorrono a garantire l'effettività del fondamentale valore alla conservazione di un ambiente integro e salubre.

Occorre considerare, da ultimo, la rilevanza assunta dalla funzione di Protezione civile la cui disciplina nazionale è stata oggetto di un articolato processo di implementazione in un *framework* definito nell'ultimo decennio dall'Unione Europea[31].

Nel quadro delineato, pertanto, assumono una crescente rilevanza le discipline che, ispirandosi al principio di precauzione, compongono un'articolata cornice di regole pubblicistiche di carattere preventivo capaci di imprimere significative modificazioni sui rapporti governati dal diritto privato e, in particolare, di plasmare le norme in materia di responsabilità civile rendendole un efficace strumento di *private enforcement* posto a presidio dei plurimi valori nei quali si declina la sostenibilità.

29 Sull'ampio tema del danno ambientale – che all'esito di un articolato percorso teso all'implementazione del principio "chi inquina paga" (Mezzetti, L., Martelli A.: "L'applicazione del principio "chi inquina paga" alla luce della normativa e della giurisprudenza in materia di bonifica di siti contaminati", in AA. VV.: *Tutela dell'Ambiente e principio "chi inquina paga"* (a cura di G. Moschella e A. M. Citrigno), Giuffrè, Milano, 2014, p. 369) ha trovato una disciplina sistematica nella Dir. 21 aprile 2004, n. 2004/35/CE, attuata in Italia dal D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, successivamente modificato dal D. L. 25 settembre 2009, n. 135 e dalla L. 6 agosto 2013, n. 97. In argomento si veda Benozzo, M.: "La responsabilità per danno ambientale da attività autorizzate tra imputazione oggettiva e assenza dell'antigiuridicità", *Contratto e Impresa*, 2018, 4, p. 1323; Salanitro, U.: "Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali", *Rivista di diritto civile*, 2018, 1, p. 246; Covucci, D.: "Il nuovo statuto del risarcimento del danno ambientale dopo la Legge Europea 2013", *Danno e responsabilità*, 2016, 6, p. 638.

30 Sulle azioni poste in essere dall'Unione Europea al fine di arginarne le esternalità negative connesse all'impiego di materia plastiche Balocco, G.: "L'inquinamento determinato dalla plastica: una problematica planetaria", *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 4, p. 470, che, dapprima si sofferma sulla Dir. UE 2019/904 e sulle sue finalità consistenti nel "prevenire e ridurre l'incidenza della plastica tanto sull'ambiente (in particolare quello acquatico) quanto sulla salute umana, promuovendo la transizione verso un'economia circolare, eretta su modelli imprenditoriali, prodotti e materiali innovativi e sostenibili, che contribuiscano al corretto funzionamento del mercato interno", quindi, ne pone in rilievo i limiti muovendo dalla osservazione per cui il fenomeno riveste una "dimensione planetaria".

31 La funzione della Protezione civile a livello eurounitario trova la propria base nell'art. 196 TFUE che ha consentito l'adozione di rilevanti decisioni (Decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 su un meccanismo unionale di Protezione civile e la successiva n. 2014/762/UE concernente la Decisione di esecuzione della Commissione del 16 ottobre 2014) e la conseguente istituzione dell'*European Disaster Response Law* (Casolari, F.: "La dimensione esterna dell'azione dell'Unione europea nella risposta a disastri naturali ed antropici: quale coerenza?", in AA. VV.: *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale* (a cura di M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2016, p. 63 ss.; Gestri, M.: "La risposta alle catastrofi nell'Unione europea: protezione civile e clausola di solidarietà", in AA. VV.: *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale* (a cura di M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2016, p. 3 ss.) dando vita ad una significativa sinergia fra l'azione europea e quella nazionale (D'angelo, L.: "Il nuovo sistema europeo di Protezione civile e il suo impatto sull'ordinamento italiano", in AA. VV.: *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario* (a cura di A. Bianchi e M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2006, p. 123).
Con specifico riferimento alla dimensione nazionale regolata dal nuovo Codice della Protezione civile introdotto dal D. Lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 v. Agusto, S.; Bernabei, G.; Tommasi, C.; "Il nuovo Codice della Protezione civile: il difficile rapporto tra continuità e innovazione", *Studium Iuris*, 2018, 10, p. 1127; Visconti, G.: "Nuovo Codice della Protezione civile: la disciplina del volontariato organizzato", *Cooperative e enti non profit*, 2018, 7, p. 16; Allegretti, U.: "Il codice della Protezione civile (d. lg. 2 gennaio 2018, n. 1)", *Aedon*, 2018, 1, p. 5.

III. L'IMPATTO DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE SUL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE TRA *PUBLIC ENFORCEMENT E PRIVATE ENFORCEMENT.*

L'assurgere del principio di precauzione contenuto nell'art. 191 TFUE a fondamentale canone ermeneutico[32] in funzione del quale valutare l'operato del legislatore[33] e della Pubblica Amministrazione suggerisce, anzitutto, l'opportunità di operare una rilettura delle norme in materia di illecito civile orientata in funzione degli specifici obblighi di vigilanza e controllo che quest'ultima è chiamata ad esercitare su specifiche attività[34].

Sotto questo profilo l'analisi della casistica giurisprudenziale riferita al contesto nazionale testimonia che il principio di precauzione ha trovato ampia applicazione assurgendo a canone ermeneutico fondamentale in plurimi ambiti nei quali si manifesta l'esigenza di fronteggiare rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa attraverso un'azione "dei pubblici poteri" capace di "tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche"[35]. L'applicazione di detto principio, infatti, conduce ad un bilanciamento delle azioni amministrative che risultino maggiormente affidabili e conformi ad un canone di stretta necessità al fine di contenere un rischio specifico individuato all'esito di un'esaustiva valutazione condotta sulla scorta dei dati disponibili[36]. Esso, in altri termini, appare in primo luogo funzionale a segnare i confini di un'azione amministrativa volta a prevenire i rischi e, al tempo stesso, ad evitare l'assunzione di misure irragionevolmente cautelative portatrici di ingiustificati limiti imposti ad attività economiche private.

32 In questo senso si esprime Cass., Sez Un., 4 febbraio 2020, n. 2502, cit., nella cui motivazione viene sottolineato come il principio che impone a tutti gli Stati membri di attuare misure necessarie al fine di "impedire il deterioramento dello stato dei corpi idrici superficiali" (cd. *no deterioration*) costituisce "il precipitato del più generale «principio di precauzione», di cui (attualmente) all'art. 191 TFUE". Principio che, continua la motivazione, "rappresenta nell'ordinamento Eurounitario, il «cardine della politica ambientale» e, come tale, è sovraordinato rispetto al diritto interno".

33 Sul principio di precauzione come strumento funzionale alla valutazione della ragionevolezza delle discipline legislative istitutive di limiti all'attività economica privata Bevilacqua, D.: "La regolazione dei prodotti fitosanitari e il precautionary test", cit., p. 69.

34 Addis, F.: "Sulla distinzione tra norme e principi", *Europa e diritto privato*, 2016, 4, p. 1043, sottolinea la fondamentale importanza assunta dai principi quale strumenti funzionali ad "enucleare quello che il legislatore (…) non riesce più a fare in via esclusiva, cioè predisporre la norma giuridica". Una simile funzione, continua l'Autore, appare ancor più rilevante in uno scenario nel quale il legislatore eurounitario "ritiene spesso preferibile abdicare al suo ruolo e lasciare al giudice il compito della creazione della regola, così da legittimare un sistema normativo che ha mutato la propria logica giustificatrice e che permette la nascita di regole che possono essere ipotizzate ma con certezza non possono essere più predette" (p. 1048).

35 Cons. Stato, 3 ottobre 2019, n. 6655, cit.; Cons. Stato, 11 novembre 2014, n. 5525, cit.; Cons. Stato, 18 maggio 2015, n. 2495, cit.

36 Cons. Stato, 27 dicembre 2013, n. 6250, *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, p. 551, con nota di Monaco, G.: "Dal Consiglio di Stato quasi un «decalogo» sull'applicazione del principio di precauzione"; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 3 settembre 2015, n. 581, *Foro amministrativo*, 2015, p. 2299; Cons. Stato, 28 febbraio 2018, n. 1240, *De Jure Giuffrè*.

In quest'ottica una rilevante decisione del Consiglio di Stato concernente un bando di gara relativo alla fornitura di vaccini destinati ad aziende sanitarie ha precisato che la minore copertura assicurata dal vaccino fabbricato dalla società vincitrice non può essere osservato alla stregua di un "rischio specifico" idoneo a giustificare un'applicazione del principio di precauzione conforme al canone della "proporzionalità"[37]. Cionondimeno, laddove detto rischio specifico venga individuato, si impone l'adozione delle misure più rigorose proprio in virtù di quel principio di precauzione che – secondo una recente pronuncia delle Sezioni Unite – "rappresenta nell'ordinamento eurounitario, il "cardine della politica ambientale" e, come tale, è sovraordinato rispetto al diritto interno"[38].

In questo senso una fondamentale indicazione si ricava da quelle decisioni nelle quali è stata esclusa l'applicazione di rimedi civilistici preventivi e risarcitori a fronte di profili di pericolosità correlati all'esercizio di attività svolte in conformità a previsioni legislative. Così, con particolare riguardo ai potenziali pericoli conseguenti alla prolungata esposizione ad emissioni elettromagnetiche provenienti da impianti conformi alle disposizioni legislative, è stata esclusa sia l'applicazione della disciplina in materia di immissioni (art. 844 c.c.) sia quella concernente la responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.) precisando che il principio di precauzione non poteva essere invocato giacché di esso "si è fatto già carico lo stesso legislatore" nel delineare l'articolata disciplina (art. 1, Legge 22 febbraio 2001, n. 36 [*Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici*]) che, proprio in applicazione di detto principio, appresta una significativa tutela della persona rispetto ai rischi scaturenti dall'esposizione a onde elettromagnetiche[39].

La presenza del principio di precauzione e di discipline di settore che ne costituiscono il "precipitato" introducendo una molteplicità di doveri di vigilanza e controllo determina, altresì, un significativo ampliamento dell'ambito di rilevanza della condotta omissiva della Pubblica Amministrazione, la quale può essere

37 Cons. Stato, 3 ottobre 2019, n. 6655, cit., chiarisce in proposito che "il c.d. «principio di precauzione», di derivazione comunitaria (art. 7, Reg. CE 178/2002), impone che quando sussistono incertezze o un ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi". Pertanto, continua la motivazione, l'attuazione del principio di precauzione "comporta che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche".

38 In questo senso si esprime Cass., sez. un., 4 febbraio 2020, n. 2502, cit.

39 In questo senso si veda Cass., 28 luglio 2015, n. 15853, *Massimario Giustizia civile*, 2015, che enuncia il principio con riferimento al problema dell'esposizione all'inquinamento elettromagnetico. Questo indirizzo giurisprudenziale ha ricevuto un ulteriore significativo avallo da una successiva decisione di legittimità (Cass., 10 giugno 2020, n. 11105, cit.) che, facendo esplicito riferimento alla motivazione della pronuncia appena citata, ha ulteriormente ribadito l'assunto secondo cui, una volta conseguita la conformità alle disposizioni che individuano un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire un efficiente funzionamento di attività indispensabili ed una ragionevole tutela della salute, si ravvisa una "presunzione di non pericolosità delle soglie fissate dal legislatore". In dottrina Franzoni, M.: "Dei fatti illeciti", *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), *Libro IV, Delle obbligazioni*, art. 2043-2059, II ed., Zanichelli, Bologna, 2020, p. 23; Poto, M.: "Il principio di precauzione: eterogenesi dei fini", *Giurisprudenza italiana*, 2014, 10, p. 2253.

chiamata a rispondere di tutte le conseguenze dannose causalmente riconducibili alla mancata attuazione di plurime attività funzionali alla tutela dei consociati[40]. L'espansione della responsabilità civile conseguente ad una condotta omissiva può risultare ancor più significativa laddove si aderisca alla lettura che attribuisce rilievo alla "omissione precauzionale", che, valorizzando il principio di precauzione, consenta di individuare in capo ad un soggetto una molteplicità di doveri fondati su un generico principio di solidarietà sociale dal quale scaturisce l'obbligo di attivarsi al fine di fronteggiare situazioni di potenziale pericolo anche in assenza di specifiche disposizioni normative[41].

Questa ricostruzione interpretativa trova una significativa conferma nelle decisioni in cui la sussistenza di un obbligo risarcitorio in capo alla Pubblica Amministrazione è stata giustificata in ragione del "difetto di precauzione" che aveva caratterizzato la condotta della Protezione civile responsabile di non aver posto in essere tutte le misure disponibili al fine di prevenire il verificarsi di danni o mitigarne la portata[42]. Entro una simile prospettiva possono essere altresì ricondotte le numerose decisioni che hanno ravvisato una responsabilità *ex* art. 2043 c.c. in capo al Ministero della Salute per i danni cagionati da emoderivati

40 Alpa, G.: "Sulla responsabilità della banca per i danni risentiti dai clienti nel corso di una rapina", *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 2, c. 159; Aiello, G. F.: "La responsabilità del Ministero per omessa vigilanza sull'attività di raccolta e distribuzione di sangue ed emoderivati", *La nuova giurisprudenza civile* e *commentata*, 2014, I, 7-8, p. 659.

41 In questo senso Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità d'impresa*, cit., p. 170, riferendosi alla responsabilità di impresa, indica importanti decisioni (Cass., 22 ottobre 2014, n. 22344, *Danno* e *responsabilità*, 2015, 4, p. 357, con nota di Izzo, U.: "La «precauzione mancata» nella responsabilità civile: il gestore e lo scontro fra utenti delle aree sciabili"; Cass., 23 maggio 2006, n. 12111, *Danno* e *responsabilità*, 2007, 2, p. 163, con nota di Guerreschi, G.: "Soliti ignoti di nuovo sui ponteggi: l'impresa è responsabile") nelle quali il principio di precauzione ha condotto ad un'espansione della rilevanza della responsabilità per omissione anche in assenza di specifici precetti normativi; Montinaro, R.: *Dubbio scientifico* e *responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012. In questo senso, da ultimo, appare significativo il passo di una recente pronuncia di legittimità (Cass., 10 maggio 2021, n. 12225, *Diritto* e *giustizia*, 2021, 94, p. 5, con nota di Giagnotti, G. D.: "La responsabilità del produttore di farmaci difettosi") che – confermando la decisione di merito nella quale era stata sancita la responsabilità del produttore di farmaco che aveva conseguito l'autorizzazione all'immissione in commercio, ma risultava nondimeno pericoloso per la salute dei consumatori – ha sottolineato il fondamentale ruolo svolto dal principio di precauzione dal quale scaturisce un dovere in capo al fabbricante di prevenire anche i rischi eventuali e potenziali adottando ogni misura idonea a tal fine, giungendo, ove necessario, anche a sospendere la commercializzazione del prodotto.

42 Sul punto Trib. Genova, 8 agosto 2017, *Danno* e *responsabilità*, 2019, 1, p. 136, con nota di Roberti, C.: "Responsabilità extracontrattuale della P.A. per omessa allerta meteo e concorso di colpa del danneggiato", ove è stata affermata la responsabilità *ex* art. 2043 c.c. della Pubblica Amministrazione conseguente all'omessa tempestiva comunicazione di un'allerta meteo circa l'imminente verificarsi di un'anomala perturbazione atmosferica. Detta omissione, infatti, è stata osservata alla stregua di una violazione di specifici doveri scaturenti da un'articolata disciplina pubblicistica gravante sul sistema di Protezione civile e, nel caso specifico, sul Comune che, con riferimento all'evento meteorologico che ha cagionato il danno, si trovava a rivestire la qualità di "anello principale" tra la Pubblica Amministrazione e le persone destinatarie del dovere di protezione. La condanna al risarcimento dei danni, pertanto, è stata motivata sulla base di una "precauzione mancata", ossia dando applicazione alla generale regola contenuta nell'art. 2043 c.c. letta alla luce della legislazione pubblicistica che istituisce un articolato sistema di protezione delle persone nel quale soggetti pubblici qualificati sono investiti di specifici doveri di protezione la cui violazione si risolve in un'omissione o in una difettosa attuazione che giustificano l'applicazione della tutela risarcitoria. Tale orientamento è stato in seguito avallato da Cass., 15 gennaio 2020, n. 512, *Massimario Giustizia civile*, 2020, che, sulla scorta di una lettura dell'art. 2043 c.c. operata in funzione del principio di precauzione, dapprima ha ravvisato la sussistenza in capo alla Protezione civile di un "obbligo specifico" di allertare la popolazione sottoposta a pericolo ricorrendo ad "ogni mezzo", quindi ha ricollegato alla violazione di detto "dovere di protezione e informazione specifico" il presupposto di un obbligo risarcitorio.

infetti e riconducibili all'omissione di una condotta qualificata come illecita in quanto non ispirata al principio di "massima precauzione"[43].

Occorre considerare, da ultimo, che la valenza del principio di precauzione può emergere anche sotto il peculiare profilo della responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni patrimoniali derivanti dall'adozione di misure che si rivelino non proporzionali e non supportate da effettive esigenze di tutela della salute rispetto a pericoli definitivamente ed incontrovertibilmente dimostrati. In questo senso la casistica formatasi nell'ambito della giurisprudenza amministrativa fornisce indicazioni significative riguardo al ruolo rivestito dal principio di precauzione nel limitare la responsabilità civile della Pubblica Amministrazione. Nel contesto della legislazione alimentare, ad esempio, il principio di precauzione ha consentito di escludere una colpa in capo alla Pubblica Amministrazione con riferimento all'adozione di un provvedimento mediante il quale era stata disposta la sospensione della vendita di un prodotto in cui erano state rinvenute tracce di proteine derivanti da modificazioni genetiche[44]. Nel caso specifico, infatti, la sussistenza di una situazione d'incertezza scientifica circa l'effettiva pericolosità di concentrazioni tollerabili di OGM contenute negli alimenti da una parte ha condotto a disporre l'annullamento del provvedimento che aveva sospeso il commercio degli stessi, ma, dall'altra, ha costituito anche un limite alla configurazione di un obbligo risarcitorio in capo alla Pubblica Amministrazione[45]. In altri termini quella stessa incertezza scientifica che ha giustificato la revoca del provvedimento limitativo è valsa ad escludere una colpa in capo alla Pubblica Amministrazione che, adottando

43 Il principio già espresso dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, *Il Corriere del Merito*, 2008, 6, p. 694, con nota di Travaglino, G.: "Causalità civile e penale: modelli a confronto") è stato costantemente riconfermato da decisioni successive (Cass., 29 agosto 2011, n. 17685, *Danno e responsabilità*, 2012, 2, p. 135, con nota di Patti F. P. e Tancredi G., "Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico"; Cass. 23 gennaio 2014, n. 1355, *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 1, 2014, 7-8, p. 659, con nota di Aiello, G. F.: "La responsabilità del Ministero per omessa vigilanza sull'attività di raccolta e distribuzione di sangue ed emoderivati"; Cass. 29 settembre 2017, n. 22832, *Diritto e giustizia*, Editoriale del 2 ottobre 2017, "Sangue infetto: il rischio di contagio era noto e il Ministero doveva vigilare sulle emotrasfusioni"; Cass. 29 marzo 2018, n. 7814, *Giustizia civile massimario*, 2018; Cass., 17 novembre 2020, n. 26189, *Diritto e giustizia*, 2020, 222, p. 8, con nota di Pietroletti, I.: "Danni da emotrasfusione: l'azione si prescrive in 5 o 10 anni?").

44 In particolare T.A.R. Roma, 29 novembre 2004, n. 14477, *Giurisprudenza italiana*, 2005, 6, p. 1307, con nota di Poto, M.: "Il mais transgenico davanti al T.A.R. del Lazio: storia di una pericolosità ancora tutta da dimostrare", afferma che "incombe sull'amministrazione, che ha disposto la sospensione della vendita di un prodotto alimentare, in cui si rinvengono tracce di proteine derivanti da modificazioni genetiche, l'onere di provare l'effettiva sussistenza di un rischio per la salute umana o per l'ambiente derivante dalla immissione sul mercato dello stesso". Nel caso di specie la società ricorrente aveva impugnato il d.p.c.m. 4 agosto 2000, recante "Sospensione cautelativa della commercializzazione e dell'utilizzazione di taluni prodotti transgenici sul territorio nazionale, a norma dell'art. 12 del regolamento (CE) n. 258/97", con il quale era stata sospesa cautelativamente la commercializzazione dei prodotti transgenici. In particolare, si contestava la non ragionevolezza della disposizione nella parte in cui, travalicando il principio della proporzionalità, limitava la commercializzazione di alimenti immessi in commercio utilizzando regolarmente la procedura semplificata di cui all'art. 5 Reg. CE 258/1997 e notificando alla Commissione Europea l'avvenuta regolare immissione in commercio dei prodotti stessi.

45 La decisione in commento costituisce un'applicazione particolare del consolidato orientamento secondo cui è da escludersi un meccanismo di automatica equivalenza tra l'annullamento dell'atto amministrativo illecito e la sussistenza dell'elemento della colpa in capo alla Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, 6 dicembre 2013, n. 5823, *Danno e responsabilità*, 2014, 2, p. 219, con nota di Gina, G.: "Osservatorio sulla giustizia amministrativa. Colpa e ingiustizia del danno").

una scelta eccessivamente cautelativa, ma comunque parzialmente giustificata da una situazione d'incertezza scientifica, aveva sospeso la commercializzazione degli alimenti in questione[46].

IV. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

L'osservazione complessiva della casistica giurisprudenziale concernente la responsabilità civile della Pubblica Amministrazione conseguente ad una non appropriata applicazione del principio di precauzione ha indotto ad osservare quest'ultimo alla stregua di un "grimaldello"[47] funzionale ad espandere l'ambito di operatività della responsabilità civile conseguente a condotte omissive o colpose e, al tempo stesso, a mettere in luce l'esigenza di individuare criteri capaci di scongiurare un fenomeno di espansione incontrollata degli obblighi risarcitori gravanti sulla Pubblica Amministrazione[48]. In definitiva, pertanto, sembra possibile affermare che la presenza del principio di precauzione nel nostro ordinamento incida sulle dinamiche della responsabilità civile in tutte le fattispecie nelle quali alla Pubblica Amministrazione sia rimesso il compito di individuare un bilanciamento tra interessi economici e tutela della salute. Esso, infatti, pone a carico della Pubblica Amministrazione un compendio di doveri il cui mancato o non corretto adempimento può riflettersi rispettivamente in un illecito omissivo o colposo.

Più specificamente, dall'analisi della casistica giurisprudenziale, emerge che il principio di precauzione si riflette sull'applicazione delle norme che governano la responsabilità civile assolvendo ad una duplice funzione. Esso, infatti, da un lato, può essere osservato alla stregua di un argine alla responsabilità della Pubblica Amministrazione laddove venga in considerazione una pretesa risarcitoria fondata sulla contestazione di provvedimenti dai quali siano scaturiti danni ad attività

46 T.A.R. Roma, 29 novembre 2004, n. 14477, cit. Tali considerazioni trovano una significativa conferma nell'ambito dell'indagine comparatistica condotta con riferimento ai principali Paesi dell'Unione Europea. Rivestono particolare interesse al riguardo le soluzioni prospettate con riferimento ad una fattispecie concernente un provvedimento adottato dalla Pubblica Amministrazione in via precauzionale sulla scorta di opinioni scientifiche minoritarie in ragione delle quali emergevano potenziali rischi per la salute dei consumatori, rivelatisi in seguito inconsistenti. Proprio l'analisi della fattispecie in questione testimonia la funzione assolta dal principio di precauzione quale strumento idoneo a giustificare provvedimenti cautelativi adottati dalla Pubblica Amministrazione e limitare la responsabilità di quest'ultima con riferimento ai danni eventualmente patiti dagli operatori economici. *Case VI*, in *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, edited by Oliphant, Cambridge, 2016, p. 793, in part. p. 802.

47 L'espressione è di Giardina, F.: "La responsabilità civile del produttore di alimenti", in AA. VV.: *Regole dell'agricoltura regole del cibo* (a cura di M. Goldoni e E. Sirsi), Il Campano, Pisa, 2005, p. 101.

48 L'opportunità di operare una razionalizzazione della capacità espansiva della responsabilità civile attraverso interventi sistematici del legislatore che delimitino i confini entro i quali possano incanalarsi le pretese risarcitorie dei danneggiati viene sottolineata anche da Franzoni, M.: "La responsabilità civile una lunga storia ancora da scrivere", *Contratto e impresa*, 2021, 4, p. 1103, il quale, nell'ambito di una ampia ricostruzione storica, dapprima pone in evidenza l'attuale dibattito circa la necessità di assicurare la "sostenibilità" dei costi derivanti dalla costante espansione di obblighi risarcitori, quindi individua nell'intervento organico del legislatore una delle risposte maggiormente funzionali al fine di assicurare un efficiente impiego delle regole che governano la responsabilità aquiliana quale strumento di controllo delle attività umane e dell'iniziativa economica privata.

economiche la cui esecuzione sia stata impedita o limitata in ragione di misure di protezione della salute adottate al fine di evitare danni potenziali o limitarne la portata (ragionevole eccesso di precauzione). Al tempo stesso, tuttavia, il principio di precauzione assolve ad una funzione in un certo senso speculare laddove si manifestino istanze risarcitorie di danni cagionati da un'omissione di precauzioni che la Pubblica Amministrazione sia tenuta ad adottare al fine di limitare l'impatto di situazioni di potenziale pericolo[49].

In definitiva, laddove la Pubblica Amministrazione è chiamata ad operare una funzione di vigilanza e controllo volta a garantire la massima protezione del diritto alla salute compatibile con le esigenze di efficiente funzionamento del mercato, emerge un impatto asimmetrico del principio di precauzione sul sistema della responsabilità civile. Infatti l'interazione del principio di precauzione e delle discipline che da esso derivano con le norme aquiliane conduce ad ampliare l'ambito di applicazione del rimedio risarcitorio nelle fattispecie in cui sia ravvisabile un "difetto di precauzione"[50] dal quale scaturisca una lesione del diritto alla salute. In termini speculari l'applicazione dello stesso principio di precauzione conduce ad una limitazione della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione ogniqualvolta, al fine di prevenire potenziali danni alla persona, essa abbia adottato, nel rispetto dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità, provvedimenti precauzionali dai quali sia derivato un danno subìto da privati nell'esercizio della propria attività economica[51].

49 La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione connessa all'omessa adozione di misure precauzionali è emersa nell'ambito della casistica giurisprudenziale concernente gli obblighi gravanti sulla Protezione civile (Cass., 15 gennaio 2020, n. 512, *Massimario Giustizia civile*, 2020; Trib. Genova, 8 agosto 2017, cit.

50 Questa lettura interpretativa trova una significativa conferma in una decisione di legittimità che, riferendosi ad un momento nel quale non era ancora maturata una consolidata consapevolezza riguardo ai possibili eventi avversi connessi alla somministrazione di un trattamento vaccinale, ha escluso la configurabilità di specifici doveri della Pubblica Amministrazione scaturenti dall'applicazione del principio di precauzione. Cass., 20 marzo 2018, n. 6846, *Diritto e giustizia*, 2018, 50, p. 11, con nota di Ievolella, A.: "Due figli morti dopo il vaccino «Sabin»: niente risarcimento". In senso analogo Cass., 27 aprile 2011, n. 9406, *Giurisprudenza italiana*, 2012, 3, p. 541, con nota di Rizzuti, M.: "Il problema dei danni da vaccinazione obbligatoria", la cui motivazione sottolinea che la presenza di "statistiche accreditate sui gravi effetti collaterali" che potevano derivare dalla somministrazione di una determinata tipologia di vaccino costituiva un dato ormai condiviso dalla comunità scientifica e quindi conosciuto o conoscibile da parte delle singole autorità nazionali. In questo quadro, pertanto, l'applicazione del principio di precauzione imponeva alla Pubblica Amministrazione di vietare il persistente ricorso alla vaccinazione che sulla scorta delle "migliori cognizioni scientifiche disponibili" appariva pericolosa.

51 In questo senso rivestono interesse le decisioni della giurisprudenza amministrativa nelle quali, pur avendo luogo la dichiarazione di illegittimità di un provvedimento amministrativo pregiudizievole per un privato, è stata esclusa la configurabilità di un danno risarcibile muovendo dall'assenza di una colpa in capo alla Pubblica Amministrazione danneggiante (T.A.R. Roma, 29 novembre 2004, n. 14477, cit.; Cons. Stato, 20 aprile 2020, n. 2528, *Foro amm.*, 2020, p. 778). In altri termini, pertanto, poiché la responsabilità civile della Pubblica Amministrazione presuppone che la violazione delle regole che governano l'azione amministrativa debba essere commessa con dolo o quantomeno con colpa, può considerarsi escluso un obbligo risarcitorio ogniqualvolta il danno arrecato alle attività economiche private attraverso l'adozione di un provvedimento limitativo possa essere giustificato sulla base del principio di precauzione. Una significativa conferma in tal senso si rinviene in Tar. Lazio, 16 settembre 2002, n. 7976, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2004, p. 300, con cui è stata confermata la legittimità del sequestro operato dai NAS sulla scorta di un ordine impartito dal Dipartimento per la Valutazione dei Medicinali e la Farmacovigilanza del Ministero della Salute avente ad oggetto prodotti contenenti vitamina E in quantità pericolose per la salute. Nel caso di specie la pretesa illegittimità del provvedimento – fondata, secondo il ricorrente, sulla circostanza per cui i

Le due dimensioni del principio di precauzione si pongono pertanto in una dialettica di complementarietà in quanto concorrono ad individuare un punto di equilibrio tra un'elevata protezione della salute della persona e uno svolgimento delle attività economiche improntato ai canoni della sicurezza e della sostenibilità attraverso l'amplificazione della responsabilità della Pubblica Amministrazione conseguente a condotte ascrivibili al difetto di precauzione e la contemporanea limitazione della responsabilità di quest'ultima laddove si configuri un danno riconducibile a condotte caratterizzate da un eccesso di precauzione contenuto entro i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza.

Proprio in questa prospettiva il principio di precauzione, consentendo di valorizzare l'interazione tra strumenti di *public enforcement* e *private enforcement*, può costituire la leva capace di innescare un circolo virtuoso funzionale a realizzare gli obiettivi sintetizzati nell'Agenda ONU 2030, che oltre a costituire il cardine della "azione europea a favore della sostenibilità"[52], riecheggiano nell'attuale riforma costituzionale foriera di un modello di sviluppo nel quale l'esercizio delle attività economiche deve essere declinato secondo modalità che, oltre a non porsi "in contrasto con l'utilità sociale" e a non recare "danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41 Cost.), si ispirino all'imprescindibile necessità di garantire un'effettiva tutela della salute – esplicitamente introdotta tra i limiti posti all'esercizio delle attività economiche[53] – e di salvaguardare l'ambiente "anche nell'interesse delle generazioni future"[54].

prodotti in questione dovevano essere inquadrati nella categoria degli integratori alimentari e non in quella dei prodotti farmacologici – è stata ritenuta infondata sottolineando che "spetta alla prudente valutazione tecnico/discrezionale dell'Autorità sanitaria che esercita i compiti di vigilanza sui farmaci l'individuazione dei presupposti per l'applicazione della regolamentazione dettata dalla legge n. 178/1991, con riguardo idoneità della sostanza o composto ad incidere sulle funzioni organiche ed a garanzia dell'interesse di rilievo pubblico inerente alla prevenzione del danno alla salute pubblica per l'incontrollata commercializzazione di prodotti medicinali". In altri termini, pertanto, poiché "il giudizio espresso dall'Autorità di farmacovigilanza circa la qualificazione e classificazione del medicinale è espressione di una valutazione di stretto merito tecnico e si configura suscettibile di sindacato nei soli limiti in cui presenti evidenti profili di contraddittorietà, illogicità e irrazionalità" (Cons. Stato, 15 luglio 1999, n. 1249, *Foro amministrativo*., 1999, p. 2067), è stata confermata la legittimità del sequestro ed esclusa qualsivoglia responsabilità in capo alla Pubblica Amministrazione.

52 L'incisiva espressione è contenuta nel Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe – L'azione europea a favore della sostenibilità» [COM (2016) 739 final] (2017/C 345/15).

53 A tale riguardo il testo del nuovo art. 41, comma 2, Cost. dispone che l'iniziativa economica privata "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

54 Carapezza Figlia, G.: *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche*, cit., p. 161; Monterossi, M. W.: L'*orizzonte intergenerazionale*, cit.

BIBLIOGRAFÍA

Addis, F.: "Sulla distinzione tra norme e principi", *Europa e diritto privato*, 2016, 4, p. 1043

Agusto, S.; Bernabei, G.; Tommasi, C.; "Il nuovo Codice della Protezione civile: il difficile rapporto tra continuità e innovazione", *Studium Iuris*, 2018, 10, p. 1127

Aiello, G. F.: "La responsabilità del Ministero per omessa vigilanza sull'attività di raccolta e distribuzione di sangue ed emoderivati", *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2014, I, 7-8, p. 659

Allegretti, U.: "Il codice della Protezione civile (d. lg. 2 gennaio 2018, n. 1)", *Aedon*, 2018, 1, p. 5

Alpa, G.: "Sulla responsabilità della banca per i danni risentiti dai clienti nel corso di una rapina", *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 2, c. 159

Balocco, G.: "L'inquinamento determinato dalla plastica: una problematica planetaria", *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 4, p. 470

Benozzo, M.: "La responsabilità per danno ambientale da attività autorizzate tra imputazione oggettiva e assenza dell'antigiuridicità", *Contratto e Impresa*, 2018, 4, p. 1323

Betzu, M. (a cura di): *Diritto all'acqua e servizio idrico integrato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019

Bevilacqua, D.: "La regolazione dei prodotti fitosanitari e il *precautionary test*", *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 1, p. 69

Bin, R.: "Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza «Ilva»", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, p. 1505

Calabresi, G.: *Il futuro del* law and economics*: saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Giuffrè, Milano, 2018

Carapezza Figlia, G.: *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche: contributo a una teoria dei beni comuni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008

Casolari, F.: "La dimensione esterna dell'azione dell'Unione europea nella risposta a disastri naturali ed antropici: quale coerenza?", in AA. VV.: *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale* (a cura di M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2016, p. 63 ss.

Casolari, F.: "Politiche precauzionali ed esposizione a campi elettromagnetici artificiali: modelli gestionali dell'inquinamento elettromagnetico nel diritto internazionale e comunitario", in AA. VV.: *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario* (a cura di A. Bianchi e M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2006, p. 381 ss.

Castelli, A.: "Riduzione dell'inquinamento e miglioramento della qualità dell'aria: l'impatto della Direttiva Ue 2016/2284", *Ambiente e sviluppo*, 2020, 3, p. 211

Cosentino, M. G.: "Consiglio di Stato e TAR", *Ambiente e sviluppo*, 2015, 1, p. 44

Covucci, D.: "Il nuovo statuto del risarcimento del danno ambientale dopo la Legge Europea 2013", *Danno e responsabilità*, 2016, 6, p. 638

D'angelo, L.: "Il nuovo sistema europeo di Protezione civile e il suo impatto sull'ordinamento italiano", in AA. VV.: *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario* (a cura di A. Bianchi e M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2006, p. 123

De Leonardis, F.: *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005

De Leonardis, F.: "*Sub* art. 301", in AA. VV.: *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2011

Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità d'impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019

Del Corona, L.: "Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti", *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 71

Donati, A.: "L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione", *BioLaw Journal*, 2020, 2, p. 591

Franzone, D.: "Il principio di precauzione in diritto comunitario", in AA. VV.: *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario* (a cura di A. Bianchi e M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2006

Franzoni, M.: "Dei fatti illeciti", *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), *Libro IV, Delle obbligazioni*, art. 2043-2059, II ed., Zanichelli, Bologna, 2020

Franzoni, M.: "La responsabilità civile una lunga storia ancora da scrivere", *Contratto e impresa*, 2021, 4, p. 1103

Galgano, F.: *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2016

Gambino, A. M.: *Beni extra mercato*, Giuffrè, Milano, 2004

Gestri, M.: "La risposta alle catastrofi nell'Unione europea: protezione civile e clausola di solidarietà", in AA. VV.: *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale* (a cura di M. Gestri), Giuffrè, Milano, 2016, p. 3 ss.

Giagnotti, G. D.: "La responsabilità del produttore di farmaci difettosi", *Diritto e giustizia*, 2021, 94, p. 5

Giardina, F.: "La responsabilità civile del produttore di alimenti", in AA. VV.: *Regole dell'agricoltura regole del cibo* (a cura di M. Goldoni e E. Sirsi), Il Campano, Pisa, 2005, p. 101

Gina, G.: "Osservatorio sulla giustizia amministrativa. Colpa e ingiustizia del danno", *Danno e responsabilità*, 2014, 2, p. 219

Gradoni, L.: "La sicurezza alimentare nell'Unione europea", *Nuove leggi civili commentate*, 2003, 1-2, p. 199

Guerreschi, G.: "Soliti ignoti di nuovo sui ponteggi: l'impresa è responsabile"), *Danno e responsabilità*, 2007, 2, p. 163

Ievolella, A.: "Due figli morti dopo il vaccino «Sabin»: niente risarcimento", *Diritto e giustizia*, 2018, 50, p. 11

Izzo, U.: "La «precauzione mancata» nella responsabilità civile: il gestore e lo scontro fra utenti delle aree sciabili", *Danno e responsabilità*, 2015, 4, p. 357

Marini, L.: *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario: disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Cedam, Padova, 2004

Mezzetti, L., Martelli A.: "L'applicazione del principio "chi inquina paga" alla luce della normativa e della giurisprudenza in materia di bonifica di siti contaminati", in AA. VV.: *Tutela dell'Ambiente e principio "chi inquina paga"* (a cura di G. Moschella e A. M. Citrigno), Giuffrè, Milano, 2014, p. 369

MONACO, G.: "Dal Consiglio di Stato quasi un «decalogo» sull'applicazione del principio di precauzione", *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, p. 551

MONTEROSSI, M. W.: L'*orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Edizioni ETS, Pisa, 2020

MONTINARO, R.: *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012

NANNA, C. M.: *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003

NAPOLITANO, G.: "Le Funzioni", in AA. VV.: *Istituzioni di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), V ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 49

NIVARRA, L.: "Il servizio idrico integrato: evoluzione e prospettive", *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2015, XIII, p. 171

ONIDA, V.: "Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente", *Giurisprudenza* costituzionale, 2013, 3, p. 1494

PASQUINO, T.: "Il principio di precauzione ai tempi del covid-19 tra «rischio» ed «emergenza»", *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 597

PATTI F. P. e TANCREDI G., "Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico", *Danno e responsabilità*, 2012, 2, p. 135

PENNA, T.: "Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da covid-19", *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 563

PIETROLETTI, I.: "Danni da emotrasfusione: l'azione si prescrive in 5 o 10 anni?", *Diritto e giustizia*, 2020, 222, p. 8

POTO, M.: "Il mais transgenico davanti al T.A.R. del Lazio: storia di una pericolosità ancora tutta da dimostrare", *Giurisprudenza italiana*, 2005, 6, p. 1307

POTO, M.: "Il principio di precauzione: eterogenesi dei fini", *Giurisprudenza italiana*, 2014, 10, p. 2253

PULITANÒ, D.: "Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA", *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, p. 1498

RIZZUTI, M.: "Il problema dei danni da vaccinazione obbligatoria", *Giurisprudenza italiana*, 2012, 3, p. 541

Roberti, C.: "Responsabilità extracontrattuale della P.A. per omessa allerta meteo e concorso di colpa del danneggiato", *Danno e responsabilità*, 2019, 1, p. 136

Romboli, R.: "In tema di rapporto tra tutela dell'ambiente e attività produttiva e d'impresa", *Foro italiano*, 2018, I, 4, c. 1073

Ronchetti, T.; Medugno, M.: "Gestione ambientale «in pandemia»: provvedimenti d'urgenza e nodi al pettine", *Ambiente e sviluppo*, 2020, 5, p. 367

Salanitro, U.: "Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali", *Rivista di diritto civile*, 2018, 1, p. 246

Sereno, G.: "Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento"), *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, p. 1511

Sollini, M.: *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Giuffrè, Milano, 2006

Tellarini, G.: "La responsabilità civile per danni da inquinamento marino da idrocarburi: i casi delle petroliere Erika e Prestige", in AA. VV.: *Emergenze ambientali e tutela giuridica* (a cura di M. A. Lupoi), Maggioli, Rimini, 2017, p. 195

Travaglino, G.: "Causalità civile e penale: modelli a confronto", *Il Corriere del Merito*, 2008, 6, p. 694

Visconti, G.: "Nuovo Codice della Protezione civile: la disciplina del volontariato organizzato", *Cooperative e enti non profit*, 2018, 7, p. 16

Vivani, C.: "Principio di precauzione e conoscenza scientifica", *Giurisprudenza italiana*, 2015, 11, p. 2474

Zoppini, A.: *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020

VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS USUARIOS

HOUSING FOR TOURIST USE: CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY USERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 934-957

Gustavo
Antonio RUIZ
ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO:: 27 junio de 2022

RESUMEN: El fenómeno de la economía colaborativa se ha desarrollado con gran fuerza durante los últimos años en el sector del alojamiento impulsando un modelo de negocio que, aunque ya existía, se ha visto favorecido por la comercializan o promocionan de viviendas con una escasa duración temporal a través de páginas web de empresas intermediarias en línea. El auge del alojamiento colaborativo ha supuesto un aumento de conflictos originados por los daños que generan los usuarios de estas viviendas. El objeto de este trabajo es abordar la atribución de la responsabilidad civil por los eventuales daños causados por los usuarios de viviendas de uso turístico (VUT).

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; viviendas de uso turístico; daños; plataformas de alojamiento colaborativo; aseguramiento.

ABSTRACT: *The phenomenon of the collaborative economy has developed strongly over the last few years in the accommodation sector, promoting a business model that, although it already existed, has been favoured by the marketing or promotion of housing for a short period of time through the websites of online intermediary companies. The boom in collaborative accommodation has led to an increase in conflicts caused by the damage caused by users of these dwellings. The aim of this paper is to address the attribution of civil liability for possible damages caused by users of tourist accommodation (VUT).*

KEY WORDS: *Civil liability; tourist accommodation; damages; collaborative accommodation platforms; insurance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE USO DE VUT Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS USUARIOS.- III. LOS RESPONSABLES CIVILES POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR USUARIOS DE VUT.- 1. Responsabilidad civil del usuario de VUT por los daños que cause durante su estancia.- 2. Responsabilidad civil del propietario de la VUT por daños causados por el usuario en elementos comunes privativos de comuneros.- A) El llamado "control de la situación" en las cesiones de viviendas.- B) Daños originados por el deficiente mantenimiento o supervisión de las instalaciones y estructura de las VUT.- 3. Responsabilidad civil de las plataformas de alojamiento colaborativo por los daños causados por los usuarios de VUT.- A) Concepto y clasificación de las plataformas de economía colaborativa.- B) La responsabilidad civil de las plataformas de alojamiento colaborativo.- 4. Los seguros de responsabilidad civil en la actividad de alojamiento de VUT.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan los tribunales cuando surge un conflicto derivado de la cesión del uso de viviendas es determinar a quiénes se les debe atribuir la responsabilidad por los actos de los usuarios a los que se les ha cedido esa utilización y han provocado daños en los bienes de su anfitrión, de sus vecinos o de la comunidad de propietarios en los que se encuentre la VUT. Y aunque para dar respuesta a esta cuestión debe partirse del análisis del instituto de la responsabilidad civil, lo cierto es que la solución puede ser una tarea ardua porque en los últimos años han surgido nuevos actores en la cesión de viviendas de uso turístico que nacen al amparo de la llamada economía colaborativa.

Así, aunque la cesión por particulares de viviendas con una corta duración temporal[1] (en adelante, VUT)[2] ha adquirido gran fuerza gracias a su comercialización o promoción a través de las páginas web de empresas de intermediación en línea y por la influencia de distintos factores, como la aparición de nuevos hábitos de viaje de los turistas, la crisis económica, la aparición de internet, el desarrollo de plataformas digitales y el uso cotidiano de dispositivos móviles. Estos factores

1 Concretamente, bajo la economía colaborativa se trata de un negocio jurídico en el que el titular de la vivienda transmite el uso de un inmueble para fines turísticos a un usuario por corta duración de tiempo que puede gestionarse o comercializarse directamente o a través de intermediarios.

2 Campuzano Tomé, H.: *Las viviendas de uso turístico. Marco legal y problemática jurídica en el contexto de la economía colaborativa*, Reus, Madrid, 2019, p. 9. Según la autora, cuya opinión comparto, «La expresión "Alquiler de Viviendas de Uso Turístico", si bien es acogida por la mayor parte de la doctrina y por la normativa autonómica, no resulta acertada para designar esta modalidad arrendaticia. Como quedará reflejado a lo largo del trabajo, ni la naturaleza jurídica del contrato es turística porque no lleva aparejada prestación de servicios turísticos, ni las viviendas son cedidas exclusivamente para un uso turístico, ya que el alojamiento puede ir destinado a satisfacer otro tipo de necesidades. Lo característico de esta modalidad arrendaticia es la duración del contrato por estancias cortas y su general instrumentalización a través de plataformas digitales que ofertan y, en su caso, comercializan las viviendas. Resultaría más acorde con su configuración jurídica utilizar la expresión contratos de "Alquiler de corta estancia"».

• Gustavo Antonio Ruiz Alonso
Abogado. E-mail: gustavo.abogado@gmail.com.

han determinado que resurja con fuerza como modelo de negocio alternativo al alojamiento hotelero provocando gran incidencia en el sector turístico y que ha sido fuente de crecientes conflictos[3], entre ellos en el ámbito social, puesto que los usuarios de viviendas con frecuencia no respetan las normas básicas de convivencia comunitaria. Ese panorama obligó al legislador a introducir reformas para dotar de un nuevo marco normativo para ofrecer soluciones adecuadas a esta realidad que incide en otros sectores vinculados, como son el turismo y el urbanismo, lo que ha provocado la aparición de una multiplicidad de normas que hace más difícil conocer a quién se podría hacer responsable por estos daños.

Además, con el nuevo modelo de economía colaborativa se introducen nuevas relaciones jurídicas que subyacen a este negocio principal como, por ejemplo, la oferta de suscripción de seguros de responsabilidad civil, servicios turísticos u otros. Y también aparecen nuevos sujetos a los que conviene identificar para analizar sus posibles responsabilidades civiles por los daños causados por los usuarios de VUT. Así, *a priori*, pueden señalarse como responsables por los daños de estos usuarios, al mismo propietario de la VUT (explotador o gestor de la VUT, que incluso podrán ser empresas comercializadoras que ejerzan la gestión del alojamiento en nombre de tercero), a los canales de oferta turística a través de los que se realice su comercialización y publicidad, y a las compañías aseguradoras, que pueden presentarse eventualmente como "obligados" responsables civiles por exigencias de la normativa autonómica, cuando así se exija legalmente o por suscripción de pólizas voluntarias[4]. Finalmente, también se aborda la cuestión de las eventuales responsabilidades civiles que pueden atribuirse en la cesión de uso de VUT cuando se han provocado daños por usuarios de estas viviendas e intervienen plataformas de uso colaborativo.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE USO DE VUT Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS USUARIOS.

La cesión de uso de una VUT es un contrato que, por su naturaleza jurídica, en su modalidad general, se ha venido encajando tradicionalmente dentro del arrendamiento de cosas, recogido en el art. 1.543 CC, puesto que en su virtud "una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo

3 Por citar algunos, en el ámbito económico la industria turística tradicional -alojamiento hotelero- ve en la actividad del alojamiento colaborativo una clara competencia desleal; en el urbanístico se han generado problemas a la población residente de la ciudad, pues se disminuye la oferta de arrendamiento de larga duración con el consiguiente aumento de precios; y en el social han surgido problemas de convivencia con vecinos que residen en edificios donde se encuentra la vivienda cedida al provocar en ocasiones molestias, ruidos u otra clase de daños.

4 En este punto, conviene señalar que también las plataformas *online* han ofrecido a los explotadores y a los usuarios servicios adicionales en los que se incluye la concertación de seguros, aunque las condiciones y las coberturas son variables.

determinado y precio cierto", en este caso una vivienda. Y aunque, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas con la introducción de la nueva letra e) del art. 5 LAU esté reconocida una de sus modalidades, se trata de un contrato atípico pues carece de regulación *ad hoc*. Con base en este art., el alojamiento en VUT puede definirse como "aquel contrato mediante el cual se cede temporalmente a cambio de un precio el uso de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato"[5].

Pero no debe olvidarse que la cesión de uso de viviendas con fines turísticos siempre tendrá naturaleza civil porque, siguiendo a Campuzano Tomé, se trata principalmente de "una cesión arrendaticia de viviendas amuebladas que se lleva a cabo con la finalidad de prestar un alojamiento ocasional o transitorio sin incluir otro tipo de servicios complementarios, con independencia de que su finalidad sea para uso vacacional o turístico o para cualquier otro y, por tanto, ha de ser calificada como un arrendamiento de bienes inmuebles"[6]. El art. 5.e) LAU solo ha supuesto la creación de una modalidad de arrendamiento de temporada civil derivada de los nuevos hábitos sociales de consumo y aplicación de nuevas tecnologías cuyo éxito ha provocado que los poderes públicos tengan que legislar los aspectos administrativos para regular, sobre todo, la puesta en el mercado de las VUT. Así, Moreno-Torres Herrera[7] indica que "El contrato de alojamiento en VUT es un contrato de arrendamiento de inmuebles cuando su objeto sea únicamente la cesión del uso de una vivienda perfectamente equipada y amueblada, y no la prestación de otros servicios. Si esto ocurre, se tratará de un hospedaje".

Pero para centrar el objeto de estudio y determinar el marco normativo aplicable a la responsabilidad civil por daños causados por usuarios de VUT, conviene advertir que en el contexto de aumento progresivo de la conflictividad económica, urbanística y social que se ha señalado, y dada la importancia del sector turístico en España, se hizo necesaria la intervención del legislador, quién optó por derivar la solución de estos problemas a un desarrollo legislativo que involucrase a las diferentes administraciones con competencias en materia turística y urbanística que, principalmente, son las comunidades autónomas. Así, mediante la citada Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas se modificó la LAU el legislador remitió la regulación de las VUT basadas en la economía colaborativa a la normativa específica que fuese establecida por cada comunidad autónoma. Sin embargo, se hace preciso indicar que la intervención de las comunidades autónomas en esta materia únicamente

5 Moreno-Torres Herrera, M.L.: "Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico. Régimen civil, administrativo y fiscal* (coord. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2018, p. 208.

6 Campuzano Tomé, H.: "Las viviendas", cit., p. 31.

7 Moreno-Torres Herrera, M.L.: "Ámbito subjetivo", cit., p. 229.

puede tener naturaleza administrativa pues su normativa ha de dictarse al amparo del art. 149.1.18ª CE. El Derecho del turismo no es una materia de Derecho privado por lo que estas normas no podrán regular directamente los aspectos civiles de los contratos celebrados entre particulares u ofrecer soluciones a los conflictos de responsabilidad civil que surjan entre ellos, dado que toda materia de naturaleza civil queda reservada en exclusiva al Estado en virtud de lo dispuesto por el art. 149.1.8ª CE. Por tanto, a pesar de la aparición de multiplicidad de normas autonómicas, éstas no deben distraer la atención del operador jurídico para determinar la responsabilidad civil de los distintos sujetos que intervienen en la cesión de viviendas de uso turístico que no podrán incidir en vínculos de naturaleza privada.

Partiendo de que la cesión de uso de VUT tiene un contenido obligacional híbrido entre el contrato de hospedaje, que se regula en el CC, y el arrendamiento de temporada, regulado por la LAU, habrá que estar al estudio de ambas normas. Por su parte, para analizar la relación con las plataformas de alojamiento colaborativo habrá que estar a los criterios fijados por la UE y a los pronunciamientos del TJUE, quien ya ha tenido ocasión de manifestarse sobre la materia. También se ha de tener en cuenta lo dispuesto en la Ley, 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal puesto que es esta la norma que, en principio, debe dar solución a los problemas de convivencia entre vecinos y entre los que se pueden encontrar los mecanismos necesarios para evitar que se causen daños a elementos comunes y privativos de los comuneros.

III. LOS RESPONSABLES CIVILES POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR USUARIOS DE VUT.

Antes de abordar el estudio de la responsabilidad civil por los daños causados por los usuarios de VUT conviene, siquiera sucintamente, identificar los sujetos que pueden intervenir en la celebración de este tipo de negocios dentro del marco de la economía colaborativa. En el concreto caso del alojamiento colaborativo, en la cesión del uso de una VUT, siempre intervendrá el propietario (o titular del derecho de uso) que cederá el uso de su vivienda y que actuará por sí o a través de tercero, el usuario de esta y las plataformas en línea que intermedian entre usuarios y propietarios. El resto de los actores que pueden identificarse (explotador o gestor, empresas comercializadoras de estancias turísticas, canales de ofertas turísticas y compañías aseguradoras) podrán manifestarse o no en atención a las circunstancias de cada caso concreto.

En primer lugar, el titular del derecho de uso sobre la vivienda, que puede ser el propietario del inmueble o un usufructuario es quien tiene facultades de cesión del goce de la vivienda y podrá explotar la actividad directamente o hacerlo a

través de un gestor o explotador de VUT. En este nivel encontramos también a las empresas comercializadoras de estancias turísticas en nombre propio que, además de intermediar entre el propietario y el usuario también prestarán el servicio del alojamiento (los prestadores).

En segundo lugar, intervienen las plataformas de uso colaborativo que se son actores que intermedian entre los titulares del derecho de uso sobre la vivienda y los usuarios. Estas empresas intermedian en la comercialización de estancias turísticas en nombre de tercero y operan en línea. Aunque son meros intermediarios, con una actividad similar a la realizada por los agentes inmobiliarios, en estos casos median para que la cesión del uso de la VUT y el usuario se pueda llevar a cabo. No obstante, también pueden asumir la obligación de ofrecer otros servicios o comercializar productos, circunstancia que puede incidir en la responsabilidad civil que se les pueda atribuir por los mismos.

En tercer lugar, pudiendo recibir distintas denominaciones, encontramos al usuario (huésped o turista), que es quien usa y disfruta de la vivienda. Conviene precisar que puede darse la circunstancia que, si bien el huésped es el beneficiario del uso de la vivienda, puede que el servicio lo haya contratado una tercera persona quien también podrá ser susceptible de ser responsable civilmente.

Y, por último, eventualmente, también pueden estar involucradas las compañías aseguradoras, cuya presencia se puede advertir en ocasiones para determinar la responsabilidad civil que pudiera nacer derivada de los actos dañosos de los usuarios. Esta responsabilidad existirá, en su caso, para cualquiera de los sujetos anteriormente citados y con independencia de las obligaciones de suscripción voluntaria de seguros de responsabilidad civil para poder ejercer la actividad reglada conforme a la normativa administrativa.

Reconocidos todos los sujetos que intervienen en la cesión de VUT dentro del modelo de consumo colaborativo se identifican los siguientes sujetos a los que eventualmente podrían exigírseles responsabilidades civiles y frente a los que se pueden ejercer acciones judiciales: (i) los propios usuarios de la VUT y frente a quienes, sin ser usuarios, han contratado el servicio de la VUT; (ii) también podrían emprenderse acciones frente a propietarios que hayan cedido sus VUT y que puedan ser responsables por "hecho de tercero"; (iii) debe analizarse en qué circunstancias podrían prosperar las acciones frente a plataformas de alojamiento colaborativo que, al ser empresas comercializadoras de estancias turísticas, habrá que distinguir entre las que lo hacen en nombre propio -comercializan y prestan el servicio de alojamiento- y las que lo hagan en nombre de tercero -cuyo servicio de alojamiento es prestado por tercero; (iv) y todo ello sin olvidar, por supuesto, el papel que juegan las compañías aseguradoras para cubrir las indemnizaciones de las responsabilidades civiles de los anteriores sujetos.

1. Responsabilidad civil del usuario de VUT por los daños que cause durante su estancia.

Entendemos por usuario de una VUT a la persona que utiliza el alojamiento por sí mismo y sobre la que recaen una serie de obligaciones entre las que se encuentran, de forma principal, la de no causar daños y no provocar perjuicios a bienes o intereses del anfitrión, vecinos o comunidad de propietarios. Así las cosas, y para el caso de que el usuario de la VUT haya provocado tales daños habrá que estar al análisis de los preceptos del Código Civil que disciplinan la responsabilidad contractual (art. 1.101 y ss. CC.) frente al propietario, explotador o gestor de la VUT); extracontractual frente a vecinos o frente a la comunidad de propietarios (art. 1.902 CC, en cuanto hace responsables a quienes causen daño a otro por su dolo o negligencia y como trasgresión del del principio general del derecho de "no causar mal a otro" o *alterum non laedere* como elemento básico de la convivencia social); o, finalmente, delictual.

Al igual que ocurre con el contrato de hospedaje o con el contrato de arrendamiento, estos usuarios tienen la obligación de dejar la vivienda en las mismas condiciones en las que la encontraron y, por tanto, tienen un deber de conservarla y devolverla tal y como la recibieron, esto es, sin daños, salvo los menoscabos derivados del tiempo o derivados de fuerza mayor, lo que implica además del deber de no ocasionar desperfectos, el deber de comunicar al propietario las circunstancias ajenas a él que pueden repercutir en el estado de la vivienda y de los restantes bienes señalados (como podría ser roturas de cañerías, cortocircuitos, problemas ocasionados en electrodomésticos, etc.)[8].

En todo caso, y con independencia de que el origen del resultado lesivo que se impute al usuario sea consecuencia de un incumplimiento contractual, extracontractual o delictivo, para poder determinar desde un primer momento la viabilidad de la acción a ejercitar ante los tribunales y la posibilidad de obtener una declaración favorable, por el actor de la acción en todo caso deberá probarse: i) la existencia de una acción u omisión del usuario; ii) la existencia del resultado lesivo, y; iii) la relación de causalidad entre la acción y el resultado lesivo.

En cualquier caso, la acción que se ejercite frente al usuario de VUT deberá fundarse en la responsabilidad personal por actos propios, que parte de la responsabilidad por culpa del sujeto (el usuario) o responsabilidad subjetiva, lo que

8 Estas obligaciones, en realidad, no difieren de las que establecen las normas autonómicas. Como, por ejemplo, y sin ánimo de establecer un catálogo exhaustivo dada la multiplicidad y dispersión de normativa administrativa podemos identificar las siguientes obligaciones para los usuarios: respetar las instalaciones de la vivienda y los elementos comunes; restituir la vivienda al arrendador en su estado habitual; respetar las normas de la comunidad de propietarios, y por último; la prohibición de realizar cualquier actividad que entre en contradicción con los usos de convivencia, higiene y orden público habituales que impidan el normal descanso de otros usuarios.

obligará a acreditar necesariamente que el hecho que se imputa como origen del resultado lesivo sea consecuencia de una acción u omisión del propio usuario. Los terceros perjudicados, como comunidad de propietarios o vecinos, si decidiesen iniciar acciones judiciales en reclamación de la indemnización correspondiente para reparar los desperfectos causados por usuarios de VUT, deberán probar que fue el usuario quien provocó los daños. Contrasta con la posición del propietario quién, en caso de ejercer acciones frente al usuario por daños en sus bienes, podrá invocar el art. 1.562 CC. que dispone que "a falta de expresión del estado de la finca al tiempo de arrendarla, la ley presume que el arrendatario la recibió en un buen estado, salvo prueba en contrario" lo que en la práctica provoca una presunción *iuris tantum* que el usuario tendrá que destruir probando que la finca no estaba en buen estado y fue ésta la causa exclusiva de los daños.

Por último, conviene señalar que en la práctica se pueden dar situaciones en las que cabe la reclamación de responsabilidades por hechos de los usuarios de la VUT a terceros que, si bien no han hecho uso del disfrute efectivo de la vivienda, sí hayan contratado para que sea el usuario final quien disponga de la misma[9]. Es el caso, por ejemplo, de un hijo que contrata a través de una plataforma colaborativa el uso de una VUT para que sus padres utilicen durante sus cortas vacaciones un piso en el que finalmente se originan unos daños por la acción culposa de estos últimos (un mal uso de la lavadora provoca una fuga de agua cuyas humedades originan daños en el suelo de parqué de la vivienda). En este contexto el propietario podría dirigir acción de responsabilidad contractual frente al contratante no usuario (en nuestro caso, el hijo) aplicando el 1561 CC previsión hecha para el arrendamiento de cosas que le impondría la obligación de devolver la finca tal y como la recibió salvo que hubiese menoscabo por el tiempo o por causa inevitable. Ejercer por el propietario la acción frente al "contratante no usuario" no le impediría dirigir, igualmente, acciones judiciales frente al "usuario no contratante" (los padres en nuestro caso) pero fundando esta última en la responsabilidad extracontractual o aquiliana que nace del art. 1.902 CC.

2. Responsabilidad civil del propietario de la VUT por daños causados por el usuario en elementos comunes y privativos de comuneros.

Cuando durante la estancia de un usuario en una VUT se causan daños a elementos comunes y privativos de comuneros en edificios en régimen de propiedad horizontal, en ocasiones estos perjudicados podrán tener la posibilidad de reclamar responsabilidades al propietario de la VUT. En este tema la casuística es variada y hace difícil discernir el fundamento de la posible reclamación frente

9 Conviene advertir que la legislación sectorial impone la obligación al propietario de comunicar a las autoridades gubernativas la identidad del usuario que se aloja en sus instalaciones. No identificar a las personas que se alojan en las VUT daría lugar, en su caso, a un incumplimiento de carácter administrativo que nada tiene que ver con la responsabilidad civil que pudiera surgir por incumplimientos entre particulares.

al propietario. Por ello, para dar respuesta acertada a estos supuestos se debe partir de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia surgida en casos análogos que se ofrece en conflictos que se originados por contratos de arrendamiento. La cuestión se circunscribe a dos puntos: en primer lugar, analizar quien tiene lo que la jurisprudencia ha venido a llamar "el control de la situación" durante el periodo de cesión de la vivienda y, en segundo lugar, examinar si los daños tienen su origen en una deficiente actividad de revisión y mantenimiento de las instalaciones o estructura de la vivienda, obligación que la ley atribuye al propietario.

A) El llamado "control de la situación" de las cesiones de viviendas.

En cuanto a la primera cuestión, la jurisprudencia ha venido señalando reiteradamente que se hace importante conocer quién posee "el control de la situación" para determinar si se le puede exigir responsabilidad al propietario por los daños que se causan durante el periodo de cesión de la vivienda. Si se aplica esta doctrina en pocas ocasiones se podrá inferir responsabilidad alguna al propietario porque éste, desde el momento en que entrega la vivienda, no tiene "el control de la situación", ni de las circunstancias del inmueble arrendado, ni del uso que hagan de él los usuarios. En estos casos los terceros afectados no pueden exigir responsabilidad al propietario porque deja de tener relación con el inmueble a partir de su entrega. No quiere esto decir que, en alguna circunstancia concreta, como se verá más adelante, no pueda nacer responsabilidad civil para el propietario que con su actuación omisiva se le pueda considerar partícipe de los daños generados por los usuarios.

Y no existirá responsabilidad del propietario en la mayoría de situaciones, porque en estos casos nos encontramos ante una responsabilidad de naturaleza extracontractual y para examinar la posible responsabilidad del propietario de la VUT hay que estar al análisis de la doctrina clásica que haría derivar la responsabilidad hacia este propietario por "hecho de tercero" y que se fundamenta en la culpa propia, no porque el propietario haya causado directamente la acción generadora del resultado dañoso, sino por la *culpa in eligendo* o *in vigilando*. Esto es, su responsabilidad podría nacer, en su caso, por la culpa del mismo propietario puesto que el resultado dañoso se produce al haber infringido, bien sea por acción u omisión, los deberes de elección (elección errónea), o de vigilancia o supervisión. Pero si este es el punto de partida, en mi opinión, el propietario no debería responder por los daños causados por el usuario pues del art. 1902 CC derivaría una obligación del arrendatario que emanaría del mal uso de la vivienda y de sus servicios, de los que está obligado a usar como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, según el art. 1.555 CC. Además, es al usuario de la VUT a quien como convecino de otros está obligado a no causar daño con el uso de la vivienda de la que tiene cedida el uso (art. 1.902 CC). Y, como se ha indicado,

la jurisprudencia ha venido señalando la responsabilidad personal del usuario-arrendatario por cuanto es este el que dispone de "el control de la situación" puesto que es el único que tiene el control de las circunstancias del inmueble que está siendo usado y, por ello, su responsabilidad es frente al propietario y frente a terceros. Los terceros afectados no podrían dirigirse frente al propietario para que les indemnice por los daños causados pues no tendrá ninguna disposición sobre la vivienda desde que está siendo usada por terceros. De ello se predica que, en principio, al propietario-cedente no se le podría extender la responsabilidad por el modo de uso de la vivienda y de sus instalaciones.

En STS 4 diciembre 2007[10], en un caso de arrendamiento de vivienda, se planteó la duda de si nace responsabilidad civil para aquellos propietarios que ceden sus inmuebles para que sean usados por terceros, y analizó, como estamos haciendo, si puede aplicarse el sistema de responsabilidad por hecho de tercero respecto a los daños causados a la comunidad o a terceros por el inquilino, al imponer una especie de vigilancia permanente de la actuación del propio usuario (inquilino) en el uso del inmueble. En estos casos, las dudas surgen respecto de si puede imputarse responsabilidad al propietario por la vía del art. 1.903 CC, concretamente, por culpa *in vigilando* y, en el caso de la STS de 4 de diciembre de 2007, se planteaba la cuestión acerca de si cuando un propietario firma un contrato de arrendamiento con un inquilino existe con posterioridad a la firma un deber de vigilancia sobre su actuación en el inmueble. En este caso el Alto Tribunal tomó la decisión de no hacer responsable a los propietarios del inmueble por actos de los arrendatarios porque sería realizar una desmesurada extensión de un deber de vigilancia sobre el inquilino si se les hiciera, con ello, responsables solidarios con éste, por omisión de la diligencia debida conforme al art. 1902 CC.

En esta línea entraría en juego el argumento que excluye la aplicación del art. 1903 CC para derivar responsabilidades al propietario, y todo porque este precepto se refiere exclusivamente a relaciones estrechas de dependencia familiar, laboral o docente, donde el elemento importante es el control permanente de los sujetos por los que se ha de responder. Las relaciones de arrendamiento de cosas (entre las que se encuentra la cesión de uso de VUT) no cumplen con estas características puesto que el propietario no puede ejercer un control permanente sobre el usuario. Y todo porque una vez puesta la VUT a disposición del usuario, el propietario no podrá acceder a la misma para ejercer el control de las actividades que se estén llevando a cabo por el usuario, de tal forma que tampoco podría impedir las actividades que pudieran conllevar hipotéticos daños a terceros.

Pero debe advertirse que pueden encontrarse sentencias en las que se extiende la responsabilidad al propietario por los daños causados por los inquilinos.

10 STS 4 diciembre 2007 (ROJ 8128/2007).

Argumentos a favor de esta posición pueden encontrarse puntualmente, como en la SAP Albacete 18 octubre 2004[11] donde se atribuyó al arrendador responsabilidad extracontractual a quien se le había requerido con carácter previo por los daños que estaban causando los inquilinos. Y todo porque habiendo requerimiento previo al propietario de los daños reiterados que se estaban causando, hubo omisión en la respuesta y por el tribunal se entendió que tal conducta omisiva del propietario era colaboradora para que persistieran las molestias que se generaban por los arrendatarios en la vivienda de su propiedad al resto de vecinos. En este caso el *quantum* indemnizatorio por daño moral se fijó en el abono del 75% de las rentas mensuales que hubiera podido percibir el propietario, puesto que el beneficio del arrendador sería, en parte, a costa de que los vecinos soportasen los ruidos.

B) Daños originados por el deficiente mantenimiento o supervisión de las instalaciones y estructura de las VUTs.

Por otra parte, es una cuestión distinta el hecho de que al propietario sí se le puede exigir responsabilidad si surgen daños a terceros durante la estancia del usuario cuando tales daños se presuman que derivan de un mal estado de la vivienda en su estructura o instalaciones. El fundamento legal de esta responsabilidad reside en la obligación del propietario de hacer todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir al uso a que ha sido destinada *ex.* art. 1.554 CC. Además, como el propietario puede ser, a la vez, copropietario en una comunidad de propietarios el art. 9 LPH le obliga: en su letra a), a respetar las instalaciones de la comunidad y de los demás copropietarios haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen desperfectos; en su letra b), a mantener en buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privativas para no perjudicar a la comunidad o vecinos, resarciendo los daños que ocasionen por su descuido o el de las personas por quienes deba responder; en su letra c), a consentir en su vivienda las reparaciones que exija el servicio del inmueble para realizar actuaciones, y; en la g), a observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas y de los daños causados. De este listado de obligaciones se desprende que puede surgir un cierto tipo de solidaridad del propietario-cedente con los usuarios de la VUT frente a daños causados a terceros. La responsabilidad sería solidaria puesto que para el usuario esta no proviene de la relación contractual ni de una norma específica (como sí lo es para el propietario), sino de la genérica responsabilidad extracontractual que no originaría una solidaridad propia, sino impropia.

11 SAP Albacete 18 octubre 2004 (ROJ 880/2004).

Es el caso planteado, por ejemplo, en la SAP Islas Baleares 22 de enero de 2007[12], en el que se predicó la responsabilidad del arrendatario por los daños que se causaron por un incendio generado en un inmueble, motivado en el hecho de que una vez se pone el inmueble a su disposición, el propietario no puede, en principio, acceder al mismo para controlar las actividades que se estén llevando a cabo por los arrendatarios, que serán responsables en virtud del 1563 CC del deterioro o pérdida de la cosa arrendada, a no ser que se pruebe haber ocasionado sin culpa suya. No obstante, dado que el incendio se produjo por la existencia de una incorrecta instalación eléctrica de la vivienda se impuso una responsabilidad solidaria de ambos (propietario y arrendatario) entendiéndose que la del propietario nacía por su conducta omisiva de vigilar la correcta instalación del sistema eléctrico de la vivienda, contraviniendo lo dispuesto en el art. 9 LPH.

Si trasladamos estos argumentos para imputar responsabilidad solidaria al propietario respecto a su obligación de revisar el estado y realizar un correcto mantenimiento de las instalaciones para evitar la causar daños (como, por ejemplo, incendios o fugas de agua) se hace evidente que en el caso de cesión de viviendas VUT se les debe exigir una mayor diligencia dada la corta estancia temporal de los usuarios. Será el propietario quien tenga una mayor disponibilidad y "control de la situación" para realizar las acciones de revisión y mantenimiento. En estas situaciones será más fácil para los usuarios acreditar que no les es exigible una conducta activa para evitar los daños, lo que conllevaría que le sería más fácil destruir la presunción "iuris tantum" de culpabilidad impuesta por el art. 1.183 CC, que establece que se presumirá que la pérdida ocurrió por culpa del deudor, y no por caso fortuito, si la cosa se encontrara en su poder. El usuario de la VUT podría alegar que, por la propia naturaleza del contrato, la corta estancia en la vivienda le impide comprobar la idoneidad de las instalaciones o advertir posibles desperfectos o averías que pudieran originar incendios, goteras o humedades por lo que si se originaran daños por deficiencias en las mismas siempre podría argumentar que se deben a la conducta omisiva del propietario y sería a éste a quien se le tendrían que reclamar las consecuencias de los daños que se generen.

Pero conviene preguntarse qué ocurriría en aquellas situaciones en las que los usuarios de VUT no permitirían el acceso al inmueble para reparar el origen de los daños (por ejemplo, fugas de agua que provocan humedades), a pesar de que el propietario sí muestra su voluntad de reparación para evitar los daños. Es evidente que el usuario de la VUT respondería por su acción culposa al tener la posesión inmediata del inmueble y no permitir o la averiguación del origen del daño y/o el acceso al propietario para reparar y evitar con ello los daños o la agravación de estos. En estos casos, parece que también cabría imponer responsabilidad solidaria al propietario frente al perjudicado por lo argumentado anteriormente:

12 SAP Islas Baleares 22 enero 2007 (ROJ 30/2007).

falta de diligencia en la vigilancia y conservación de las instalaciones privativas de la vivienda porque sí ha tenido el "control de la situación" y de las circunstancias del inmueble, ya que podrá acceder al mismo entre los periodos de salida y entrada de los sucesivos usuarios.

3. Responsabilidad civil de las plataformas de alojamiento colaborativo por los daños causados por los usuarios de VUTs.

A) Concepto y clasificación de las plataformas de economía colaborativa.

Plataformas colaborativas son, según la definición que ofrece la Comisión Europea[13], los "intermediarios que, a través de una plataforma en línea, conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos". Aunque en la práctica no es tarea fácil distinguirlas, la Comisión Europea distingue tres modelos o categorías distintas: i) Plataformas que se limitan a incluir en sus páginas webs o portales anuncios de lo que ofrecen, sin intervenir en modo alguno en las relaciones subyacentes o transacciones que puedan realizar las partes (por ejemplo, *Idealista* o *Fotocasa*); ii) Plataformas que, además de promocionar, gestionan y comercializan otros servicios secundarios al principal actuando como mediadoras en el proceso de contratación, influyendo en las transacciones pero no las controlan (por ejemplo, *Airbnb* o *Vrbo*); iii) Plataformas que, al margen de actuar como intermediarias, gestionan las transacciones directamente (fijando precios, exigiendo determinadas calidades, etc.) y otros tipos de servicios complementarios y que pueden competir directamente con el sector en el que se relacionan (por ejemplo, *Cabify* o *Uber*).

Las plataformas pondrán en contacto a dos grupos (los usuarios o clientes con los proveedores de bienes y servicios o prestadores) proporcionando una infraestructura tecnológica para la contratación. Centrándonos en el ámbito del alojamiento, podemos entender por plataformas de alojamiento colaborativo a aquellas que operan en línea y que posibilitan la contratación de servicios de alojamiento de corta duración que ofertan unos sujetos (los prestadores) y solicitan otros (los usuarios).

Aquí nos planteamos si la plataforma de alojamiento colaborativo debe responder por daños ocasionados por los usuarios de las viviendas de uso turístico durante su estancia. Esto es, debemos dar respuesta a si las plataformas de intermediación tendrían que responder por hechos dañosos que los usurarios provoquen a los bienes del propietario de la vivienda, de vecinos o de los elementos comunes de la comunidad de propietarios. Para determinar la responsabilidad

13 *Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo de las Regiones: Una Agenda Europea para la economía colaborativa* (SWD (2016) 184 final), Bruselas 2.06.2016, COM (2016), 256.

de estas plataformas debe identificarse el régimen jurídico aplicable, y para esa tarea, dada la ausencia de normativa al efecto, debe acudirse a la doctrina y a la jurisprudencia que ha surgido en la práctica jurídica[14].

Como punto de partida debemos tener presente que a estas plataformas le es aplicable la LSSICE al encontrarse dentro de su ámbito de aplicación (art. 1 LSSICE) al prestar servicios a distancia, por vía electrónica y, normalmente, mediante remuneración. Y como prestadores de servicios de la sociedad de la información, en virtud del art. 13 LSSICE están sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa. Además, como se ha visto en la anterior clasificación, puede que estas plataformas presten directamente el servicio al consumidor al ser, por ejemplo, titular del alojamiento, en cuyo caso no solo mediarían, sino que además le sería aplicable la norma sectorial (arrendamiento, turismo…) o mantener una actividad de prestadores de servicios como meros intermediarios (arts. 14 a 17 LSSICE). La distinción es importante porque si se fija que la actividad de las plataformas es de prestadores intermediarios de servicios (y no prestadores de servicios) se les permitiría no responder por la ilegalidad de los contenidos que alojen en virtud del art. 16 LSSICE, que establece una exención de responsabilidad para el caso de que únicamente el servicio prestado sea el de alojamiento y almacenamiento de datos que son proporcionados por los destinatarios del servicio[15].

B) La responsabilidad civil de las plataformas de alojamiento colaborativo.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, en la práctica las plataformas colaborativas en el ámbito turístico sostienen que se tratan de prestadores de servicios intermediarios en la sociedad de la información y no de prestadores de otros servicios de la sociedad de la información con la intención de exonerarse de las responsabilidades civiles, administrativas o penales que pudieran originarse. No obstante, y a falta de una normativa sobre la cuestión de si estas plataformas son o no prestadores intermediarios de la sociedad de la información hay que acudir principalmente a la jurisprudencia establecida por la Unión Europea que determina que si la plataforma ejerce un control o influencia significativo sobre el prestador de servicios subyacentes esta plataforma será calificada como prestadora de servicios de sociedad de la información. Por el contrario, será calificada como plataforma prestadora intermediaria de servicios de la sociedad de la información cuando este control o influencia no fuera significativo.

14 Ribera Blanes, B.: "Daños a la salud de los viajeros: COVID-19, viviendas de uso turístico y plataformas digitales", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (coord. J. Ataz López, J.A. Cobacho Gómez), Vol. 3, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1261 – 1313.

15 Tur Faúndez, M.N.: "Responsabilidad civil de las plataformas *on line* en el turismo colaborativo", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (coord. J. Ataz López, J.A. Cobacho Gómez), Vol. 3, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 2021, pags. 1793 – 1824.

Los criterios que se pueden utilizar para distinguir si se da este control significativo se utilizan, sin ser una enumeración taxativa, el precio del servicio, imponer determinadas condiciones contractuales al prestador del servicio, la propiedad de determinados activos para poder ejercer el servicio, la imagen uniforme frente a los usuarios o marca comercial, etc. No obstante, no existe dicha influencia significativa cuando las plataformas ofrezcan servicios auxiliares tales como coberturas de seguro, servicios postventa, o servicios de asistencia 24 horas porque se consideran actividades complementarias o auxiliares.

En lo que a nosotros nos concierne, esto es, determinar la responsabilidad civil de las plataformas *online* en el ámbito de la cesión de VUT, la dificultad radica en determinar qué tipo de relación contractual une a las plataformas digitales con los proveedores de los servicios: en caso de que solo realice una actividad de mediación probablemente quepa calificarlo como un mero prestador intermediario (modalidad prevista en los arts. 14 a 17 LSSICE) y se verían exonerados de la responsabilidad que alojan; en caso contrario, las plataformas estarían sometidas a la normativa propia del contrato celebrado con los sujetos que interaccionan con ella. Y, dada la falta de regulación sobre estos aspectos, hay que acudir a la jurisprudencia marcada por el TJUE para poder discernir cuando puede existir responsabilidad civil de las plataformas *online*. Entre estas decisiones destacan, referido al transporte, la STJUE de 10 de abril de 2018, Uber France vs Nabil Bensalem (asunto C-320/16) y, en el ámbito del alojamiento colaborativo, la STJUE de 19 de diciembre 2019*, Airbnb Irlanda IC, Hotelière Turense Sas, Association pour un hérgmente et un Tourisme professionel (AHTOP)* (asunto C-390/18).

En STJUE de 10 de abril de 2018 (asunto C-320/16). El TJUE resolvió que el servicio principal era el servicio de transporte, y no podía calificarse como un servicio de la sociedad de la información. El Tribunal concluyó que el servicio prestado no se limitada a un servicio de intermediación pues proporcionaba una aplicación a los conductores sin la cual no podrían prestar los servicios e imponían condiciones para el ejercicio de las prestaciones como el precio o el control sobre la calidad de los vehículos. No se trata, por tanto, de un servicio de intermediación.

Decisión distinta adoptó el TJUE en su sentencia de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-390/18) el Alto Tribunal concluye que *Airbnb* no ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento, estando unido con el prestador de servicios por un servicio de intermediación. Y todo porque *Airbnb* no determina el precio del alojamiento, ni selecciona los alojamientos o a los arrendadores por lo que lo ofrecido es un servicio de intermediación a cambio de una remuneración. Su actividad se limita a poner en contacto a través de su plataforma a usuarios con prestadores de servicios (sean o no profesionales) proponiendo servicios de alojamiento de corta duración y que ofrece otras

prestaciones accesorias al servicio de intermediación. Por lo tanto, no ejerce un control determinante sobre el prestador de servicios.

En España la Sala Tercera del TS en su sentencia 1818/2020, de 30 de diciembre, anuló las resoluciones del TSJ de Cataluña que ratificaba las decisiones de la Dirección General de Turismo de Cataluña que requerían al titular de la plataforma de anuncios de alojamientos *HomeAway* para que eliminara o suspendiera los anuncios publicados por usuarios en los que no se identificare el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña. El TS, tras analizar la naturaleza jurídica de los servicios prestados a través de la plataforma y el régimen de responsabilidad y las consecuencias jurídicas que se derivan de esta actividad jurídica, concluyó que el servicio que se presta mediante la plataforma es un servicio de la sociedad de la información, y no un servicio de promoción u oferta de alojamientos turísticos. Y, en consecuencia, el TS consideró que la actividad que presta la plataforma está regulada por la Directiva 200/31/CE y la Ley 34/2002, normativa que establece el régimen aplicable a los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, y no por la legislación sectorial y regional en materia de alojamiento turístico. La Sala Tercera basa sus conclusiones en la citada sentencia del TJUE en el caso relativo a la plataforma operada por *Airbnb Ireland* (C-390-18) y, en consecuencia el TS concluye que no cabe obligar a *HomeAway* a desplegar ninguna actividad de vigilancia o control de los anuncios publicados por los usuarios de las plataformas.

En la práctica habrá que distinguir qué funciones realizan las plataformas colaborativas y habrá que estar al caso concreto dado que cuando intervienen las plataformas se generan varias relaciones concomitantes que pueden circunscribirse en un vínculo contractual que subyace entre quien presta y quien recibe el servicio principal (en nuestro caso la cesión de uso de VUT); y, en un segundo plano, otros dos contratos que relacionaran al proveedor y al usuario respectivamente con la plataforma. Lo que caracteriza el papel de las plataformas de alojamiento colaborativo es que ejercen una función de intermediación favoreciendo a los usuarios la puesta en contacto con los propietarios de la VUT para que puedan desarrollar el servicio subyacente principal. Por lo tanto, en el ámbito de la responsabilidad civil y las obligaciones de las plataformas hay que estar al nivel de implicación en los servicios prestados por la plataforma. Por ello, en lo que se refiere a los hechos dañosos provocados por los usuarios de la VUT habrá que estar al caso concreto e identificar si la plataforma además de su función de intermediación presta también el servicio de alojamiento gestionando la revisión y el mantenimiento de las instalaciones de la vivienda y la supervisión de su estructura. Y todo porque la plataforma como mediador no responde frente a los actos que el usuario pueda generar a terceros (propietario de la VUT, vecinos o comunidad de propietarios) y solo lo haría en caso de asumir las obligaciones

que corresponderían contractualmente a cualquiera de las partes (por ejemplo, si existiera un contrato entre la plataforma y el propietario por el cual aquella se comprometiera al pago del precio que correspondiera en caso de no efectuarlo el usuario).

Como se ha visto, y a lo que a la responsabilidad civil interesa las plataformas no responderían por las acciones del usuario en virtud de la aplicación de la teoría de la imputabilidad de responsabilidad por "hecho de tercero" puesto que no se le podría exigir una culpa *in eligendo* o *culpa in vigilando*. Y todo por lo analizado en epígrafes anteriores puesto que exigirles responsabilidad por los hechos de los usuarios de las VUT implicaría exigir, a mi modo de ver, un exceso de celo de vigilancia en las conductas potencialmente dañinas que los usuarios puedan realizar. Tampoco les sería atribuible responsabilidad en función del art. 1903 CC por encontrarse fuera de su ámbito de aplicación pues este artículo refiere a relaciones de dependencia estrecha (ámbito familiar, laboral o docente) en el que el control permanente de los sujetos por los que se debe responder es posible. Pero este no es el caso, por lo que debe descartarse la responsabilidad de las plataformas por aplicación del 1903 CC.

Como se ha indicado, el único supuesto en el que se pudiera colegir responsabilidad de estas plataformas, al menos desde el plano teórico, sería en aquellas relaciones en las que, con independencia de su función de intermediadora, también asuma como propias las tareas de prestación del servicio de alojamiento entre las que se incluyan la supervisión y mantenimiento de instalaciones y estructura de la VUT. En estos casos existiría un vínculo contractual entre propietario y plataforma comercializadora por el que, a cambio de precio, esta última se obligaría a realizar las labores de mantenimiento y revisión de la VUT y que, indistintamente, podrían sumarse a otras como el servicio de limpieza, planchado, etc. En caso de producirse un daño derivado de un deficiente estado de las instalaciones que genere un daño a terceros durante la estancia en la VUT, estos terceros seguirían facultados para reclamar frente a usuario y, de forma solidaria, frente a propietario (tal y como se ha analizado *ut supra*) y frente a la plataforma (por responsabilidad aquiliana derivada del art. 1.902 CC). Además, en caso de que el tercero perjudicado dirija sus acciones judiciales exclusivamente frente al propietario de la VUT y el daño sea imputable al deficiente mantenimiento que corresponde a uno de los concretos servicios a los que se obligó la plataforma dando lugar a sentencia condenatoria, el propietario podría ejercer una acción de repetición basada en un incumplimiento contractual frente a la plataforma de alojamiento colaborativo al objeto de reclamar que le reintegre la indemnización abonada. No obstante, debe reseñarse que en la actualidad las plataformas de alojamiento colaborativo más importantes (*Airbnb, Booking, Vrbo o Rentalia*) no ofrecen estos servicios de mantenimiento de instalaciones (ni tampoco imponen

tarifas o exigen unas mínimas calidades) por lo que, *a priori*, en la práctica no se les podría exigir ningún tipo de responsabilidad en este sentido.

4. Los seguros de responsabilidad civil en la actividad de alojamiento de VUT.

Dado que la cesión de uso de VUT puede conllevar el nacimiento de responsabilidades civiles de usuarios, propietarios y plataformas de uso colaborativo se hace patente la posibilidad de la aparición de compañías aseguradoras que suscriban pólizas de responsabilidad civil o de daños para cubrir los eventuales siniestros que se puedan producir. No obstante, siendo el servicio de alojamiento colaborativo una figura que está experimentando un gran auge en los últimos años, los contratos de seguro clásicos no siempre encuentran un adecuado encaje en esta actividad de cesión de uso de VUT porque los daños sufridos durante la estancia del usuario no están, por lo general, cubiertos por las pólizas de hogar. En éstas se suelen observar expresas exclusiones de coberturas por la realización de actividades con fines comerciales o lucrativos en la vivienda como son los alquileres de uso turístico porque, como es lógico, el riesgo varía con la entrada de usuarios y el uso turístico de la vivienda, rompiendo así el equilibrio de las prestaciones entre asegurador y asegurado pues varía la relación de la prima calculada inicialmente con el riesgo del siniestro, según los arts. 10 y 11 de la Ley de Contrato de Seguro[16].

Pero la presencia de compañías aseguradoras que cubran los riesgos propios del uso de VUT puede responder a varias circunstancias pues puede que sea una obligación impuesta por el legislador o puede que sea por voluntad de cualquiera de los sujetos que intervienen en las distintas relaciones jurídicas que subyacen en la cesión de uso de VUT. La obligación legal se originará en atención a la circunstancia de donde se localice el inmueble dado que cada comunidad autónoma dispondrá, en base a sus competencias, la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil nacida por los daños ocasionados tanto a personas como a bienes de usuarios como de terceros (caso de vecinos o comunidades de propietarios).

Además, algunas plataformas *online* de uso colaborativo también suelen ofrecer a los explotadores o propietarios servicios adicionales entre los que se incluyen la concertación de seguros[17]. En el caso de *Airbnb* se ofrecen dos servicios similares: la "garantía al anfitrión" para dar cobertura frente a los daños ocasionados en la vivienda con motivo del alojamiento, y; el "seguro de protección para el anfitrión" ante reclamaciones de inquilinos y terceros. En ambos servicios podrían entrar coberturas de daños provocados por el usuario de la VUT. En estos casos *Airbnb*

16 Gimeno Beviá, V.: "El aseguramiento en las viviendas de uso turístico", en *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70 (julio-diciembre), 2017, p.103.

17 Gimeno Beviá, V.: "El aseguramiento", cit., p. 101.

actuaría como tomador del seguro frente a una tercera compañía con la que ésta tendría contratado el seguro. Frente a éste, otras plataformas como *Homeway* han optado por otro modelo ofreciendo simplemente los productos y ejerciendo sus servicios de intermediación a los usuarios y a los propietarios para que éstos, si lo desean, puedan contratar directamente el seguro.

Por último, la presencia de la aseguradora para hacer frente a los desperfectos causados por los usuarios también puede ser fruto de la voluntad del propietario de la VUT para que atienda a la cobertura de los daños producidos a los elementos comunes de la propiedad o elementos privativos de otros propietarios o vecinos que residan en la comunidad.

En cualquier caso, los seguros podrán responder por los siguientes siniestros que eventualmente se produzcan por las acciones de los usuarios de VUT: daños en la vivienda por desperfectos en mobiliario o en sus instalaciones; daños a terceros (vecinos y comunidad de propietarios); o por lucro cesante o por pérdida de beneficios, en el caso que el propietario deba cesar en la explotación de la VUT por daños provocados en la vivienda que impidan la actividad. En este sentido se pueden encontrar en el mercado pólizas de "seguros multirriesgo" (con cobertura frente a daños, responsabilidad civil y lucro cesante) ofertadas por las compañías aseguradoras como un producto específico para las actividades de VUT y que encontrarían coberturas frente a los daños que se puedan originar por los usuarios de VUT.

IV. CONCLUSIONES.

Primera. El aprovechamiento de viviendas con fines turísticos es una actividad que puede generar responsabilidades civiles tanto a usuarios, propietarios, intermediarios o compañías de seguros por los daños que se generen por los usuarios a la propia vivienda o a los bienes de terceros (elementos comunes de la comunidad de propietarios o privativos del resto de comuneros).

Segunda. Con la irrupción del modelo de economía colaborativa en el alojamiento de viviendas para uso turístico se han generado fuertes conflictos con el potente sector turístico del alojamiento tradicional (principalmente el hotelero) que han obligado al legislador a intervenir en la materia y lo ha hecho derivando al desarrollo normativo sectorial si la oferta de estas viviendas está "comercializada o promocionada en canales de oferta turística" [art. 5, e) LAU], entre otros requisitos. Pero debe destacarse que este desarrollo específico tendrá únicamente carácter administrativo y solo puede referirse a cuestiones de puesta en el mercado de las condiciones mínimas que deben tener las viviendas, las condiciones que deben tener los distintos sujetos que operen en esta actividad:

licencias, autorizaciones, régimen de inspecciones, creación de registros, régimen sancionador, entre otras. El impulso por la normativa sectorial no podrá en ningún caso determinar cuestiones de naturaleza civil que regulen las relaciones entre particulares, entre las que se encuentra, precisamente, la reparación de un daño causado por un sujeto a otro para determinar la responsabilidad de cada una de las partes y el importe de la indemnización.

Tercera. A mi modo de ver, y a pesar de que todavía no existe una jurisprudencia consolidada entiendo que los mecanismos tradicionales son suficientes para individualizar y determinar las responsabilidades de cada uno de los agentes intervinientes, si se completa con las señaladas decisiones que el TJUE ha adoptado en la materia.

Cuarta. Los usuarios de VUT tendrán responsabilidad civil en su doble vertiente (i) contractual (art. 1.101 CC) por los daños causados en los bienes del propietario, incluida la vivienda donde se aloja y que deberá devolver en las mismas condiciones que la recibió, y (ii) extracontractual (art. 1.902 CC) por los daños que causen a vecinos y en la comunidad de propietarios conforme a su deber de no dañar a nadie.

Quinta. Determinar la responsabilidad de los propietarios de las VUT por daños causados por los usuarios es más complicado dada la multiplicidad de cuestiones que puede plantear la casuística. Pero, siquiera sea *a priori*, sí podemos afirmar que en principio se hace difícil extender la responsabilidad del usuario de la VUT del art. 1.902 CC. a los propietarios frente a daños provocados a terceros porque una vez cedido el uso de la vivienda a estos se les hace casi imposible (habría que estar al caso) evitar las actividades que se produzcan en su interior y el uso que a ésta den los usuarios. Así las cosas, es conveniente examinar si el propietario tiene algún grado de "control de la situación" para evitar los daños. Siguiendo esta doctrina, sí se podrá exigir responsabilidad a los propietarios por los actos omisivos si estuvieran dentro de la órbita de ejecución de éstos y podrían haber evitado los daños a terceros, cuestión que habrá que analizar en cada caso concreto. En todo caso, este argumento es el utilizado para no extender la aplicación del art. 1903 CC a los propietarios en estas situaciones ya que solo sería aplicable a supuestos dañinos que se dan en el ámbito laboral, docente o familiar y en el que los sujetos responsables por actos de terceros tienen un mayor "control de la situación" para evitar los daños.

Sexta. Cuestión distinta se plantea cuando los daños se han originado por un deficiente mantenimiento o supervisión de las instalaciones o estructuras de las VUT puesto que en estas situaciones el propietario sí responderá bien de forma exclusiva (si el usuario consigue destruir la presunción *iuris tantum* de culpabilidad impuesta por el art. 1183 CC) o, en todo caso, de forma solidaria con el usuario, si

los daños pudieran provenir por la deficiente actuación culposa o imprudente de las señaladas revisiones y mantenimientos, cuya obligación le viene impuesta por el art. 9 LPH y el art. 1.554.2º CC. Conviene señalar que por la propia naturaleza del contrato de cesión de VUT en la práctica al usuario se le plantearía mayor facilidad probatoria para destruir su presunción *iuris tantum* de culpabilidad argumentando que no pudo advertir la existencia de averías por la corta duración de su estancia.

Séptima. En cuanto a las plataformas de alojamiento colaborativo si atendemos a las directrices marcadas por las decisiones desde TJUE, todo parece apuntar a que no son responsables de los daños causados por actos de los usuarios de VUT dado que su labor se limita en la práctica principalmente a la intermediación, con independencia de que, efectivamente, puedan ofrecer otra serie de servicios conexos al principal de la oferta de alojamiento.

Por tanto, ni los propietarios de las viviendas ni los terceros afectados podrían exigir responsabilidad a las plataformas de alojamiento colaborativo, aunque excepcionalmente podrían hacerlo en el caso de que estas plataformas gestionen directamente el referido alojamiento por el deficiente mantenimiento de las instalaciones y estructura de la vivienda.

Octava. Las compañías aseguradoras también pueden ser responsables de los daños generados por los usuarios de VUT pero su presencia dependerá de la variada normativa autonómica existente que, no en todos los casos, exige contratar seguros de responsabilidad civil. No obstante, la presencia de estas aseguradoras también puede darse por la contratación voluntaria de pólizas por los propietarios de las VUT o por las mismas plataformas de intermediación quienes ofrecen distintos productos adicionales para cubrir los daños que se generen tanto a las personas como a los bienes durante periodo del alojamiento.

BIBLIOGRAFÍA

Berenguer Albaladejo, M.C.: "Responsabilidad civil frente a las comunidades de propietarios por daños derivados del alojamiento en viviendas de uso turístico", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (coord. J. Ataz López, J.A. Cobacho Gómez), Vol. 3, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Campuzano Tomé, H.: *Las viviendas de uso turístico. Marco legal y problemática jurídica en el contexto de la economía colaborativa*, Reus, Madrid, 2019.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (coord.): *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal,* Reus, Madrid, 2018.

Díaz Alabart, S.: "Concepto y protección del consumidor", en AA.VV.: *Manual de Derecho Privado* (coord. M.P. Represa Polo), Reus, Madrid, 2017.

Fernández Pérez, N.: *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Gimeno Beviá, V.: "El aseguramiento en las viviendas de uso turístico", en *Revista de Estudios Europeos,* 2017, núm. 70.

Herrada Romero, R.I.: "Contratos turísticos", en AA.VV.: *Manual de Derecho Privado* (coord. M.P. Represa Polo), Reus, Madrid, 2017.

Jarné Muñoz, P.: *Economía colaborativa y plataformas digitale*s, Reus, Madrid, 2019.

Montero Pascual, J.J.: *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber, y otras plataformas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Moreno-Torres Herrera, M.L.: "Los sujetos del contrato de alojamiento en VFT. La normativa estatal", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dirigidos G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2018.

Moreno-Torres Herrera, M.L.: "Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dirigidos G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2018.

Murga Ferrández, J.P. y Fernández Scagliusi, M.A.: "La Constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dirigidos G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2018.

PUENTE ORENCH, J.: "Responsabilidad civil", en AA.VV.: *Alquiler turístico: soluciones jurídicas* (coord. J. PUENTE ORENCH), Ed. Francis Lefebvre, Monasterios de Suso y Yuso, 2018.

PUENTE ORENCH, J.: "Régimen de responsabilidad por incumplimientos y por daños y seguros en VFT", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo, y fiscal* (dirigidos G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2018.

RIBERA BLANES, B.: "Daños a la salud de los viajeros: COVID-19, viviendas de uso turístico y plataformas digitales", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón,* (coord. J. ATAZ LÓPEZ, J.A. COBACHO GÓMEZ), Vol. 3, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I.: "Marco legal del servicio de mediación electrónica de las plataformas colaborativas", en AA.VV.: *La regulación del transporte colaborativo* (coord. A. BOIX PALOP, A.M. DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, G. DOMÉNECH PASCUAL), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. Y GARCÍA GARCÍA, J.A.: "La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dirigidos G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2018.

TUR FAÚNDEZ, M.N.: "Responsabilidad civil de las plataformas *on line* en el turismo colaborativo", en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (coord. J. ATAZ LÓPEZ, J.A. COBACHO GÓMEZ), Vol. 3, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

RIFIUTO QUALE "BENE" E PROPRIETÀ "CONFORMATA"

RIGHT OF PROPERTY OF THE WASTE AS A 'LEGAL ASSET'

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 958-979

Erika GIORGINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Ill saggio muove dalla consapevolezza che la qualificazione dei rifiuti come "bene" in senso giuridico è necessaria per realizzare un modello di mercato europeo basato sull'economia circolare e sullo sviluppo sostenibile. In una prospettiva sistematica e assiologica, l'idea del "rifiuto" come oggetto di un diritto di proprietà consente di applicare i relativi princípi e regole, compresi quelli inerenti ai limiti all'esercizio della situazione, sí da consentire la conformazione del bene al perseguimento di un'utilità sociale.

PALABRAS CLAVE: Rifiuti; beni in senso giuridico; proprietà; utilità sociale; diritti umani.

ABSTRACT: *The essay moves from awareness that the qualification of waste as a "Legal asset" is necessary in order to achieve a European market model based on the "Circular economy" and sustainable development. In a systematic and axiological perspective, the idea of "waste" as an object of a property right makes it possible to apply the principles and rules of property, as well as their limitations, allowing waste goods to conform to the pursuit of a social utility.*

KEY WORDS: *Waste; legal asset; property; social utility; human rights.*

SUMARIO.- I. RILIEVI INTRODUTTIVI. IL RIFIUTO QUALE "BENE" IN SENSO GIURIDICO.- II. I CONCETTI DI "RIFIUTO" E DI "BENE" NEGLI ORIENTAMENTI DELLE CORTI SOVRANAZIONALI.- III. IL RIFIUTO QUALE "OGGETTO DI DIRITTI". CONSEGUENTE APPLICABILITÀ DEGLI STATUTI PROPRIETARI.- IV. I LIMITI "INTERNI" ALLA PROPRIETÀ DEI RIFIUTI E LA VALORIZZAZIONE DELLA "FUNZIONE SOCIALE" IMPONGONO UNA RIFLESSIONE SULLA GESTIONE DEI RIFIUTI E LA RELATIVA INCIDENZA SUI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI.- V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. RILIEVI INTRODUTTIVI. IL RIFIUTO QUALE "BENE" IN SENSO GIURIDICO.

Il presente lavoro – sulla scia delle condivisibili conclusioni cui si è pervenuti nel contributo che precede[1] – muove dalla consapevolezza che la qualificazione dei rifiuti[2] quali beni in senso giuridico (art. 810 c.c.)[3] è presupposto necessario allo scopo di realizzare a livello europeo un modello di mercato fondato sull'economia circolare e sullo sviluppo sostenibile[4].

1 Nazzaro, A.C.: "Waste Between Ownership and Function", in AA.VV.: *Waste Life, Law and Management* (a cura di E. Giorgini e M. Giuliani), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 11 ss.

2 Sul rifiuto come bene v. almeno, e senza pretesa di esaustività, Federici, R.: "A proposito di 'cose' che non sono beni: sottosuolo e rifiuti", *Rassegna di diritto civile*, 2000, p. 311 ss.; Id.: "I rifiuti e le cose in senso giuridico", in AA.VV.: *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Jovene, Napoli, 2005, p. 1077 ss.; Id.: "La nozione di rifiuti: una teoria", *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2006, p. 1051 ss.; Simone, S.G.: "La nozione di "rifiuto"", in AA.VV.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 144 ss.; Gambaro, A.: *La proprietà*, in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 377 ss.; AA.VV.: *La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato* (a cura di L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini), Il Mulino, Bologna, 2018; Resta, G.: "I rifiuti come beni in senso giuridico", *Rivista critica del diritto privato*, 2018, p. 207 ss.; Tommasini, M.F.: "La fenomenologia del rifiuto tra atti di dismissione e tutela del bene ambiente", *Contratto e impresa*, 2018, p. 416 ss.; Iacovelli, D.: "Dal rifiuto all'*End of Waste*", *Il Diritto dell'economia*, 2019, p. 193 ss.; Nazzaro, A.C.: "Rifiuti, beni e proprietà nella prospettiva dell'economia circolare", *Rassegna di diritto civile*, 2020, p. 621 ss.; Ead.: "Waste", cit., p. 11 ss.

3 Pugliatti, S.: "Beni (teoria generale)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 164 ss.; Id.: "Cosa (teoria generale)", *ivi*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 19 ss.; Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, (1971), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, rist. 2011, pp. 60-61, 85; Id.: "L'informazione come bene giuridico", *Rassegna di diritto civile*, 1990, p. 326 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 322 ss.; Messinetti, D.: *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970, *passim*; Id.: "Oggetto dei diritti", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 808 ss.; Scozzafava, O.T.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, *passim*; Id.: "Oggetto dei diritti", in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXI, Treccani, Roma, 1990, p. 1 ss.; Id.: *Dei beni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (diretto da P. Perlingieri), III, 1, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 1 ss.; Allara, M.: *Dei beni*, Giuffrè, Milano, 1984; Zeno-Zencovich, V.: "Cosa", in *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, UTET, Torino, 1989, p. 439 ss.; Costantino, M.: *I beni in generale*, 2ª ed., in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), VII, UTET, Torino, 2005, p. 3 ss.; Gambaro, A.: *I beni*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2012, p. 1 ss.; Id.: *La proprietà*, cit., p. 53 ss.

4 In proposito, Perlingieri, G.: "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro", *Il Foro napoletano*, 2020, p. 102, osserva che "la sostenibilità è un concetto trasversale che riguarda il giudice ed il legislatore; ed è anche un sostantivo che deve assistere l'operatività di tutti gli istituti giuridici, al fine di assicurare il rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori".

• Erika Giorgini
Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università Politecnica delle Marche. E-mail: erika.giorgini@univpm.it.

In questa prospettiva, ci si propone, anzitutto, di indagare le conseguenze che sul piano applicativo discendono dalla qualificazione del rifiuto in termini di bene giuridico.

A tal fine, occorre partire dall'imprescindibile contributo che la dottrina piú sensibile già da tempo ha offerto per individuare una nozione di "bene" maggiormente adeguata a far fronte all'evoluzione del progresso tecnologico e alla costante emersione di nuovi beni e interessi meritevoli di tutela[5]. Va immediatamente sottolineato che i c.dd. nuovi beni[6] sono per lo piú privi dei caratteri che la dottrina tradizionale aveva ritenuto coessenziali alla nozione dell'art. 810 c.c. strettamente legata al diritto di proprietà e all'idea naturalistica di "cosa".

In estrema sintesi, secondo la visione tradizionale, infatti, la disciplina dei beni involgeva soltanto le entità materiali[7] suscettibili di costituire l'oggetto di un diritto di proprietà[8]. Tale concezione finiva per escludere dall'àmbito di applicabilità dei beni sia le cose immateriali, quali l'informazione, sia le cose non suscettibili di appartenenza esclusiva, come le *res communes omnium* e le *res derelictae*.

Tuttavia, altra parte della dottrina non ha mancato di rilevare come la previsione dell'art. 810 c.c., nonostante la sua collocazione nell'àmbito del libro III del codice civile dedicato alla proprietà, mostri di considerare il concetto di bene in una prospettiva piú ampia, e cioè quale oggetto di situazioni giuridiche soggettive[9].

5 Sul punto, v. le considerazioni di Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, cit., p. 198, il quale rileva che "l'avvento della rivoluzione digitale ha imposto una riconsiderazione delle tradizionali tecniche di qualificazione delle situazioni soggettive: la crescente diffusione di interessi "intangibili" e immateriali, unitamente all'inarrestabile espansione di nuove tecniche di espressione e compimento degli atti di vita quotidiana, pone l'interprete dinanzi a situazioni di dubbia definizione e ancor piú di incerta regolamentazione, ove, oltre all'intersezione di tratti di realità e obbligatorietà, s'impongono necessarie connessioni con i diritti della personalità".

6 Tra gli studiosi che, piú di recente, si sono soffermati sulla teoria dei beni, alcuni hanno posto l'accento sui c.dd. beni comuni: cfr., tra gli altri, i contributi èditi in AA.VV.: *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica* (a cura di U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà), Il Mulino, Bologna, 2007; Mattei, U.: *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011, *passim*; Vitale, E.: *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari, 2013, *passim*. In proposito, si vedano le considerazioni di Perlingieri, G.: "Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e un'«utilità sociale» prese sul serio", *Rassegna di diritto civile*, 2022 (in corso di stampa, letto per la cortesia dell'A.), il quale sottolinea la necessità di chiedersi se l'espressione "bene comune" sia o meno un termine ambiguo, se non addirittura superfluo, posto che gli stessi interessi che questa "categoria" intende tutelare potrebbero essere perseguiti – in una prospettiva sistematica e assiologica – attraverso un'adeguata considerazione dei concetti di "funzione sociale" e "utilità sociale".

7 In termini, v., per tutti, Santoro-Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, (1966), Jovene, Napoli, rist. 2012, p. 56.

8 Cosí, ancóra Santoro-Passarelli, F.: *Dottrine generali*, cit., p. 55, secondo cui "[l]e cose, per poter formare oggetto di rapporti giuridici, debbono essere beni [...] suscettibili di appropriazione: le cose non appropriabili, ancorché atte a soddisfare un bisogno umano, proprio perché comuni a tutti, come l'aria, l'acqua fluente e simili, non formano oggetto di rapporti giuridici".

9 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, cit., p. 322; Id.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., p. 85.

Inoltre, una visione correttamente sistematica ed assiologica consente di affermare che, ai fini dell'individuazione di un bene giuridico, non assume alcun rilievo la circostanza che una data entità non sia in proprietà di alcuno (c.dd. *res nullius*)[10], oppure che le sue caratteristiche intrinseche la rendano insuscettibile di godimento esclusivo (c.dd. *res communes omnium*, quali l'ambiente[11], l'aria, l'acqua, ecc.), posto che, come già detto, condizione necessaria e sufficiente è, invece, l'idoneità di tale entità a soddisfare un interesse, patrimoniale o non patrimoniale, meritevole di tutela[12].

Sulla base di tali premesse, ed in linea con i piú recenti interventi normativi dell'Unione europea, non possono esservi dubbi che anche i rifiuti sono beni in senso giuridico (art. 810 c.c.)[13], in quanto la titolarità delle situazioni giuridiche soggettive inerenti a tali oggetti è funzionale al soddisfacimento di interessi meritevoli di tutela sia individuali, sia collettivi e non necessariamente di carattere patrimoniale.

II. I CONCETTI DI "RIFIUTO" E DI "BENE" NEGLI ORIENTAMENTI DELLE CORTI SOVRANAZIONALI.

La qualificazione del rifiuto quale bene in senso giuridico che non presuppone necessariamente l'attitudine di soddisfare un interesse economico[14] va confrontata con taluni orientamenti dei giudici sovranazionali. Questi ultimi, in ragione della loro incidenza anche nell'ordinamento interno, devono essere presi attentamente in considerazione.

A tal proposito, la Corte di Lussemburgo si è espressa in ordine a concetti affini a quello di bene e, segnatamente, a quello di "merce". Sul punto è costante nell'affermare che nell'ambito della suddetta nozione di "merce" rientrino i

10 In senso contrario, v., però, Pugliatti, S.: "Beni", cit., p. 174, ad avviso del quale "una *res nullius* può essere un bene economico, ma non dà vita ad un bene giuridico, se non quando sia intervenuta l'occupazione ad opera di un determinato soggetto, che ne abbia acquistato il diritto di proprietà".

11 Cass., 17 aprile 2008, n. 10118, *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 2708.

12 Cosí, Pugliatti, S.: "Beni", cit, p. 174; Perlingieri, P.: "L'informazione", cit., p. 333.

13 Non cosí, invece, Federici, R.: "A proposito di 'cose'", cit., p. 311: "[r]elativamente ai rifiuti solidi, liquidi e gassosi, non solo si deve dubitare fortemente, ma si deve escludere *a priori* che essi possano essere considerati beni"; Id.: "I rifiuti", cit., p. 1077; Federici, R.: "La nozione di rifiuti", cit., p. 1051. Cfr. anche Gambaro, A.: *La proprietà*, cit., p. 378, secondo cui i rifiuti sono "beni mobili negativi divenuti oggetto di attenta regolazione al fine di evitare che essi vengano dispersi nell'ambiente". Nella prospettiva qui accolta, Nazzaro, A.C.: "Waste", cit., pp. 27-28; Ead.: "Rifiuti", cit., p. 624; Resta, G.: "I rifiuti", cit., p. 223, il quale considera i rifiuti "beni di secondo grado, che emergono cioè come residui di un processo produttivo o di vicende di consumo, e che vengono attratti nella dimensione dell'appartenenza in senso giuridico già in base alla logica normativa della specificazione".

14 Autorevole dottrina insegna, infatti, che altro è il "bene" in senso economico, in quanto fonte di utilità e suscettibile di utilizzazione da parte della collettività, altro è il "bene" in senso giuridico, quale oggetto di tutela da parte dell'ordinamento: cosí, Pugliatti, S.: "Beni", cit., p. 169.

"prodotti pecuniariamente valutabili e come tali atti a costituire oggetto di negozi commerciali"[15], tra i quali anche i rifiuti riciclabili e riutilizzabili[16].

Deve essere subito osservato che la nozione europea di "merce" non è sovrapponibile a quella codicistica di bene (art. 810 c.c.), in quanto presenta un àmbito applicativo piú ristretto. La nozione europea di "merce" prende, infatti, in considerazione soltanto quei beni oggetti di rapporti patrimoniali, laddove, invece, il concetto evocato dall'art. 810 c.c. è suscettibile di ricomprendere al suo interno anche "quelle cose non suscettibili di acquisto le quali, pur essendo *extra commercium*, sono comunque punti di riferimento oggettivo di piú di una situazione giuridica – non necessariamente diritto soggettivo – anche di tipo non patrimoniale"[17].

Volgendo lo sguardo alla Corte di Strasburgo, questa, prendendo le mosse dalla nozione di "bene" contenuta nell'art. 1, prot. add. CEDU, la interpreta in un'accezione particolarmente ampia[18], suscettibile di convogliare al suo interno non soltanto le cose oggetto di diritti reali, bensí tutte le situazioni giuridiche soggettive aventi rilevanza economica, compresi i diritti di credito[19] e, piú in generale, ogni interesse patrimoniale[20].

15 Corte giust., 10 dicembre 1968, c. 7/68, Commissione c. Italia, *www.eur-lex.europa.eu*, nella quale si legge che "[a] norma dell'articolo 9 del trattato, la Comunità si fonda su un'unione doganale "che si estende al complesso degli scambi di merci". Per merci ai sensi di detta disposizione si devono intendere i prodotti pecuniariamente valutabili e come tali atti a costituire oggetto di negozi commerciali. I prodotti contemplati dalla legge italiana, indipendentemente dalle caratteristiche che li distinguono dagli altri beni commerciabili, hanno in comune con questi ultimi la caratteristica di essere pecuniariamente valutabili e di poter quindi costituire oggetto di negozi commerciali. Tale modo di vedere corrisponde d'altro canto all'impostazione della stessa legge italiana, che determina la tassa litigiosa in funzione del valore degli oggetti di cui trattasi". Sulla base di tali premesse, la Corte ha affermato che nel concetto comunitario di "merce" rientrano gli oggetti di interesse artistico, storico, archeologico o tecnologico (ex l. 1° giugno 1939, n. 1089), i quali, dunque, salvo le deroghe espressamente previste dal trattato, sono soggetti alle norme comunitarie, comprese le disposizioni inerenti all'Unione doganale. V. anche Corte giust., 9 luglio 1992, c. 2/90, Commissione c. Belgio, *www.eur-lex.europa.eu*; Corte giust., 21 ottobre 1999, c. 97/98, Peter Jägerskiöld c. Torolf Gustafsson, *ivi*; Corte giust., 26 ottobre 2006, c. 65/05, Commissione c. Repubblica Ellenica, *ivi*.

16 Corte giust., 28 marzo 1990, cc. 206/88 e 207/88, Vessoso e Zanetti, *www.eur-lex.europa.eu*; Corte giust., 9 luglio 1992, c. 2/90, cit.

17 Testualmente, Perlingieri, P.: "L'informazione", cit., p. 333.

18 In argomento, Carabetta, S.: "La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico", *Jus civile*, 2015, p. 709, osserva che "[i] Giudici dei diritti umani hanno interpretato in senso spiccatamente estensivo il termine "beni" con progressivo ampliamento dei relativi confini, includendovi un'ampia gamma di interessi economici"; nello stesso senso, Angiolini, C.: "L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu: fra tutele proprietarie e beni comuni", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 328.

19 Corte eur. dir. uomo, 9 dicembre 1994, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia, *www.hudoc.echr.coe.int*. In senso conforme, Corte eur. dir. uomo, 3 luglio 2003, Buffalo S.r.l. in liquidazione c. Italia, *ivi*; Corte eur. dir. uomo, Grande cam., 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia, *ivi*; Corte eur. dir. uomo, 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, *ivi*; Corte eur. dir. uomo, 8 marzo 2011, Eltari c. Albania, *ivi*; Corte eur. dir. uomo, 24 settembre 2013, De Luca c. Italia, *ivi*; Corte eur. dir. uomo, 24 settembre 2013, Pennino c. Italia, *ivi*; Corte eur. dir. uomo, 5 luglio 2016, Krahulec c. Slovacchia, *ivi*.

20 Corte eur. dir. uomo, 5 gennaio 2000, Beyeler c. Italia, *www.hudoc.echr.coe.int*, pronunciata in riferimento all'interesse di un privato ad acquistare la proprietà di un'opera d'arte che era stata espropriata dallo Stato nell'esercizio della c.d. prelazione artistica. Di legittima aspettativa all'acquisto effettivo di un bene a titolo di proprietà discorre Corte eur. dir. uomo, 12 luglio 2001, Hans-Adam II di Liechtenstein c. Germania, *ivi*.

Tale impostazione si distingue da quella dei giudici di Lussemburgo proprio perché ricomprende nella nozione di bene la vasta gamma delle situazioni soggettive patrimoniali aderendo a quelle teorie che ritengono da tempo superata la distinzione tra situazioni reali e creditorie[21].

Tuttavia, anche la Corte di Strasburgo accede all'idea secondo la quale il bene (anche in senso giuridico) è inscindibilmente legato alle utilità economiche di una data *res*. Ancòra una volta simili ricostruzioni, seppur di ultimi decisori, non possono essere trasposte, *sic et simplicter*, nell'ordinamento nazionale.

Infatti, e secondo il costante orientamento della Corte costituzionale, le disposizioni della Convenzione europea, in quanto aventi natura di "parametro interposto"[22], sono pur sempre subordinate alle norme costituzionali[23], potendo, dunque, essere dichiarate illegittime dalla Consulta là ove se ne accerti il contrasto con i princípi fondamentali. L'interprete, pertanto, è pur sempre chiamato a verificare, di volta in volta, la compatibilità delle disposizioni della Convenzione, cosí come interpretate dai giudici di Strasburgo, con i princípi e i valori fondamentali dell'ordinamento italo-europeo[24] e, in particolare, per quanto concerne le nozioni

21 Invero, da tempo la dottrina piú sensibile rileva che, se da un lato le tradizionali caratteristiche dei diritti reali (assolutezza, inerenza, immediatezza) non si riscontrano in tutte le situazioni connotate da realità, le stesse, per altro verso, vengono ravvisate anche con riferimento a situazioni annoverate nell'àmbito dei diritti di credito; inoltre, alcuni profili di disciplina che, in precedenza, erano ritenuti esclusivi dei diritti reali sono stati estesi anche ai diritti di credito, in considerazione della crescente rilevanza economica degli stessi, sí che le situazioni reali e obbligatorie sono suscettibili di una trattazione unitaria: sul punto, v., ampiamente, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, cit., p. 187 ss.; Id. e Ferroni, L., in Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, 10ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 271 ss.

22 Corte cost., 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349, *Il Foro italiano*, 2008, c. 39 ss. In senso conforme, v., tra le altre, Corte cost., 25 febbraio 2008, n. 39, *ivi*; Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, *Cassazione penale*, 2010, p. 1729; Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, *www.giurcost.org*; Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80, *ivi*; Corte cost., 2 aprile 2012, n. 78, *ivi*; Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, *ivi*; Corte cost., 14 gennaio 2005, n. 49, *ivi*. La posizione della Corte costituzionale è in linea con l'orientamento dei giudici di Lussemburgo: v., *ex multis*, Corte giust., 26 febbraio 2013, c. 617/10, Akerberg Fransson, *www.eur-lex.europa.eu*; Corte giust., 24 aprile 2012, c. 571/10, Kamberaj, *ivi*, nelle quali si è precisato che, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e una norma della Convenzione, il rinvio operato dall'art. 6, § 3, Tratt. UE alla Cedu non impone al giudice nazionale, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa, poiché tale disposizione non disciplina il rapporto tra la Cedu e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

23 Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, cit., secondo cui "[l]'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione. Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. […] Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali"; nello stesso senso, v. Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 163; Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, *ivi*, 2011, p. 960; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 3021; Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, *ivi*, 2012, p. 553.

24 Nel senso che "[l]a Corte costituzionale, quale garante della Costituzione, non può esimersi dalla verifica di conformità delle disposizioni delle Convenzioni internazionali – in particolare della Cedu – nei termini dell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, escludendone il valore incondizionatamente vincolante", Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 130-131.

di bene e di proprietà, con la "funzione sociale" al cui perseguimento è strumentale il riconoscimento delle proprietà, pubbliche e private (art. 42, comma 2, cost.).

III. IL RIFIUTO QUALE "OGGETTO DI DIRITTI". CONSEGUENTE APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA DEGLI STATUTI PROPRIETARI.

Ricondotta la nozione di rifiuto nei termini sopra detti – e ancorché non sia necessario, secondo la visione che qui si accoglie, che l'entità sia oggetto di situazioni proprietarie per assurgere a bene – il rifiuto è suscettibile di costituire anche oggetto di situazioni di appartenenza esclusiva.

La proprietà dei rifiuti, al pari di ogni altro bene, è sempre, tuttavia, sottoposta ai limiti interni voluti dall'ordinamento nella sua unitarietà e complessità. In particolare, com'è noto, la proprietà si deve conformare al perseguimento della "funzione sociale" (art. 42 cost.), ma nondimeno, come è stato attentamente osservato[25], la funzione sociale della proprietà è strettamente correlata alla solidarietà costituzionale tanto che la prima non può essere rettamente compresa se non in relazione alla seconda proprio perché "la funzione sociale non ha una portata esclusivamente patrimoniale ed economicistica bensí è espressione [...] di quella piú ampia solidarietà sociale che deve appunto oggi caratterizzare i rapporti tra soggetti privati e tra costoro e lo Stato"[26].

Cosí, il principio costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 cost.) impone di considerare la proprietà non piú come il diritto assoluto per antonomasia, bensí quale situazione soggettiva caratterizzata, oltre che da poteri e prerogative, anche da obblighi[27], specie allorché i comportamenti imposti al titolare del diritto sulla *res* siano funzionali alla salvaguardia di interessi fondamentali della persona e aventi rilevanza collettiva, quali, in particolare, la tutela della salute e dell'ambiente[28].

25 Sul punto, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, cit., pp. 304-305, osserva che "[l]a funzione sociale, in quanto criterio di conformazione di ogni situazione dominicale, delimita la concreta utilizzazione del bene. L'ascrizione dei limiti e degli obblighi al contenuto della proprietà, quale situazione soggettiva unitaria, comporta che la relativa violazione rilevi ai fini della stessa esistenza del diritto dominicale". Nel senso che "ogni diritto ha una funzione sociale e i relativi limiti sono fisiologici e interni a esso, al fine di garantire la realizzazione di detta funzione e la conformità della situazione soggettiva nel momento statico e in quello dinamico al sistema ordinamentale vigente", Di Nella, L. e Perlingieri, G.: "A proposito della traduzione italiana *De l'abus des droits* di Louis Josserand", in Josserand, L.: *L'abuso dei diritti*, (1905), trad. it., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. XX-XXI.

26 Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., p. 124.

27 In proposito, Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., p. 6, il quale rileva che "[t]utta la storia del diritto di proprietà, come di altri istituti, è un graduale trapasso dalla teoria del diritto soggettivo alla teoria della potestà, in cui cioè si ha prevalenza di limiti, di vincoli, di oneri, di obblighi. [...] La proprietà, nata come espressione significativa del diritto soggettivo si è trasformata in potestà, tanto che talvolta si sostiene che il proprietario è un funzionario, cioè titolare di una funzione".

28 Perlingieri, P.: "Conclusione dei lavori", in AA.VV.: *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici. Esperienze a confronto* (a cura di F. Alcaro, C. Fenga, E. Moscati, F. Pernice e R. Tommasini), Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 253: "[l]a tutela dell'ambiente si realizza con l'attuazione non soltanto di diritti o [...] di interessi legittimi, ma anche di doveri della persona (proprietario, lavoratore e imprenditore che sia), la quale è tenuta a prestare il suo contributo affinché la salubrità ambientale si

In questo senso si è pronunciata – sia pure in àltro ambito – anche la Corte di cassazione, la quale ha affermato che la protezione dell'ambiente, oltre che del paesaggio e del patrimonio storico e artistico, "giustifica l'affermazione di limitazioni all'uso della proprietà dei beni vincolati alla luce dell'equilibrio costituzionale tra gli interessi in gioco, che vede alcune delle facoltà del diritto dominicale recessive di fronte alle esigenze di salvaguardia dei valori culturali ed ambientali, in attuazione della funzione sociale della proprietà"[29].

Inoltre, poiché le disposizioni che prevedono limiti alle prerogative del proprietario, piuttosto che avere natura di norme eccezionali, costituiscono, invece, espressione di princípi generali, le stesse possono pertanto trovare applicazione anche con riferimento alle situazioni di appartenenza non esclusiva e alle situazioni possessorie[30].

In questa prospettiva, può affermarsi, ad esempio, che le condotte di abbandono o di deposito incontrollato di rifiuti, previste dal testo unico sull'ambiente[31], sono altresí, suscettibili di essere qualificate, dal punto di vista civilistico, quali atti emulativi[32] proprio perché contrastanti con la funzione sociale della proprietà[33] e con il principio costituzionale di solidarietà sociale dando luogo all'applicazione della relativa disciplina (art. 833 c.c.), espressione del piú generale divieto di abuso delle situazioni soggettive[34].

preservi"; Id.: "Persona, ambiente e sviluppo", in AA.VV.: *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale. Atti del Convegno di Bari, 22-23 ottobre 2015* (a cura di M. Pennasilico), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 322; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 326.

29 In termini, testualmente, Cass., 27 novembre 2013, n. 26496, *www.dejure.it*.

30 Nel senso che il divieto di atti emulativi "non è essenziale ed esclusivo della proprietà né delle situazioni soggettive reali, bensí è una caratteristica di tutte le situazioni giuridiche soggettive patrimoniali", Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., p. 196.

31 Il divieto di abbandono e di deposito dei rifiuti, nonché di immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee è sancito dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Con riferimento a tali condotte, il codice obbliga il responsabile, in solido con il proprietario e i titolari di diritti reali o personali di godimento relativi al territorio interessato, all'avvio al recupero o smaltimento dei rifiuti e alla riduzione in pristino dello stato dei luoghi. Sono, altresí, previste (artt. 255-256, d.lg. n. 152/2006) delle sanzioni amministrative pecuniarie per le condotte vietate e, finanche, l'arresto nel caso di mancata ottemperanza all'ordinanza sindacale di cui all'art. 192, d.lg. n. 152/2006.

32 In argomento la letteratura è sconfinata. V. almeno, Allara, M.: "Atti emulativi (diritto civile)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 33 ss.; Torrente, A.: "Emulazione (diritto civile)", in *Novissimo digesto italiano*, vol. VI, UTET, Torino, 1968, p. 521 ss.; Gambaro, A.: "Emulazione (diritto civile)", in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. VII, UTET, Torino, 1991, p. 439 ss.; Patti, S.: "Atti emulativi: applicazione incerta dell'art. 833 cod. civ.", *Immobili e diritto*, 2005, p. 9 ss.; Vitolo, R.: *Atti emulativi e solidarietà costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, *passim*; Guerinoni, E.: "Il divieto di atti emulativi", in AA.VV.: *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso* (diretto da A. Gambaro e U. Morello), Giuffrè, Milano, 2008, p. 497 ss.

33 Da sottolineare che proprio il mancato rispetto della funzione sociale della proprietà contribuisce a integrare l'illecito addirittura penale. V. da ultimo Cass., 4 aprile 2019, n. 27911, *www.dejure.it*.

34 Cosí, Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., p. 196; Comporti, M.: *Diritti reali in generale*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2011, p. 193. Per le nozioni di "abuso" e di "eccesso" della situazione soggettiva, v., per tutti, Perlingieri, P. e Femia, P.: *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, p. 142 ss. A fronte dell'assenza, nel codice italiano vigente del 1942, della previsione di un generale divieto di abuso del diritto, il dibattito sulla

L'abbandono ingiustificato di tali sostanze non soltanto è suscettibile di recare un significativo danno all'ambiente e al territorio interessato, ma talvolta tale condotta ben potrebbe essere priva di alcuna utilità per il proprietario dei rifiuti[35].

Peraltro, di una tale conclusione non si può dubitare posto che è ormai sufficientemente consolidata la impostazione secondo la quale, per ravvisare il carattere emulativo di una data condotta, non sia necessaria la sussistenza (oltre che dell'elemento oggettivo) del requisito soggettivo rappresentato dall'intenzione di arrecare pregiudizio ai terzi con la propria condotta (c.d. "animus nocendi")[36].

Tra l'altro deve essere sgombrato il campo anche dalla possibile tentazione di qualificare l'abbandono del rifiuto quale rinuncia[37] della situazione dominicale e, dunque, legittima in quanto atto dispositivo rientrante nel contenuto del diritto stesso *ex* art. 832 c.c.

Di là, infatti, dai recenti fermenti nella giurisprudenza teorica[38] e pratica[39] in merito alle diverse tipologie di rinuncia in ragione degli effetti dell'atto (traslativa,

configurabilità dello stesso è tornato all'attenzione degli interpreti a séguito di alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità: in particolare, v. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, *Rassegna di diritto civile*, 2010, p. 577 ss., con nota di Giorgini, E.: "Recesso *ad nutum* secondo ragionevolezza", a cui sia consentito il rinvio.

35 Sul punto, v. Nazzaro, A.C.: "Waste", cit., p. 27, la quale precisa che "abdicating act of the owner does not necessarily and does not always mark the end of the life cycle of the property".

36 Cosí, Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., p. 200. In diversa posizione v. Quarta, A.: "Cose derelitte", *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 797-798.

37 Sulla rinuncia quale atto dismissivo il cui "effetto essenziale e costante [...] è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunziante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale", Perlingieri, P.: *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Jovene, Napoli, 1968, pp. 75-76; Id.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Artt. 1230-1259*, in *Commentario del codice civile* (diretto da A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli-Società Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 180; conforme, Macioce, F.: "Rinuncia (diritto privato)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 923-925, spec. p. 926.

38 In dottrina, cfr., di recente, Viterbo, F.G.: "La rinunzia del comproprietario al suo diritto", *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 387 ss.; Brizzolari, V.: "La rinuncia alla proprietà immobiliare", *ivi*, 2017, p. 187 ss.; Id.: "Note a margine di un caso emblematico di rinuncia alla proprietà immobiliare", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 631 ss.; La Porta, U.: "La rinunzia alla proprietà", *Rassegna di diritto civile*, 2018, p. 484 ss.; Pasquino, T.: "La rinunzia alla proprietà immobiliare, con particolare riferimento alla quota in multiproprietà", *Nuovo diritto civile*, 2019, p. 25 ss.; Franco, R.: *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, *passim*; Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, I, *I singoli casi in materia civile e processuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 295 ss.; Orlando, G.: "Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare", *Il Diritto dell'economia*, 2021, p. 233 ss. V., altresí, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 216-2014/C, "La rinunzia alla proprietà e ai diritti reali di godimento", *www.notariato.it* (ultimo accesso: 28 novembre 2021).

39 Afferma l'ammissibilità della rinuncia c.d. "abdicativa" alla proprietà immobiliare, con riferimento alla posizione del privato che, a séguito di c.d. "occupazione acquisitiva" da parte della p.a., agisca in giudizio per il risarcimento del danno subíto, Cass., Sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735, *www.dejure.it*, secondo la quale "[l]'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno"; in senso analogo sembra essere orientata Cass., ord. 11 dicembre 2020, n. 28297, *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, p. 274. In senso contrario, Cons. st., Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 2, *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2020, p. 322; Cons. st., Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 4, *ivi*, 2020, p. 302; Cons. St., Ad. plen., 5 febbraio 2020, n.

abdicativa, liberatoria), non può sfuggire che la valutazione della sussistenza del requisito oggettivo ai fini della configurabilità dell'atto emulativo non può essere la mera assenza di utilità del bene abbandonato-rinunciato. L'assenza di utilità, infatti, non può essere valutata senza tenere in debito conto anche altri interessi concorrenti e/o addirittura preminenti.

Di tal che se l'abbandono del rifiuto avviene in violazione di specifiche disposizioni questo è certamente illegittimo e non è ovviamente in alcun modo ipotizzabile una c.d. rinuncia liberatoria. Del pari, non sono rinunciabili, neppure con effetto abdicativo, quelle situazioni giuridiche soggettive relative al bene rifiuto quando siano effettuate in violazione del principio di solidarietà e non assicurino la funzione sociale della proprietà, ancorché il mantenimento del rifiuto nella propria sfera giuridica soggettiva non crei alcuna utilità.

In definitiva, il divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.) diviene uno strumento idoneo a conformare anche la condotta del proprietario dei rifiuti ai ridetti princípi della solidarietà sociale (art. 2 cost.) e della tutela ambientale (artt. 9, 32, 41, comma 2, cost.).

Strettamente collegata alla disciplina degli atti emulativi è quella delle immissioni (art. 844 c.c.), la quale è anch'essa da tempo oggetto di una rilettura ermeneutica "secondo Costituzione"[40], con l'importante conseguenza, per quel che qui rileva, di estendere la tutela inibitoria anche le ipotesi di immissioni incidenti sull'ambientale lesive dei diritti fondamentali della persona umana[41].

La possibilità di applicare l'art. 844 c.c. trova, del resto, ulteriore conferma sia nell'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale è ferma nell'affermare la violazione, da parte degli Stati, del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) in presenza di ipotesi di immissioni illecite[42], sia nella posizione della Corte di giustizia, la quale riconosce che "la tutela

5, *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., 21 settembre 2020, n. 5527, *ivi*; Cons. St., 9 novembre 2020, n. 6863, *ivi*.

40 In termini, Carapezza Figlia, G.: "Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 850 ss.

41 In giurisprudenza, v. Cass., 11 aprile 2006, n. 8420, in AA.VV.: *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche* (a cura di G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia), 2ª ed., Napoli, 2021, p. 59, con nota di Carapezza Figlia, G.: "Immissioni e tutela della salute"; Cass., 16 ottobre 2015, n. 20927, *www.dejure.it*, ove si riconosce la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da immissioni lesive del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria casa di abitazione e del diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane; in senso conforme, v., altresí, Cass., Sez. un., 1 febbraio 2017, n. 2611, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, p. 1395 ss., con nota di Cocco, A.: "Il danno esistenziale da immissioni «abitative»".

42 V., tra le altre, Corte eur. dir. uomo, 16 novembre 2004, Moreno Gomez c. Spagna, *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2010, Oluic c. Croazia, *ivi*; Corte eur. dir. uomo, 9 novembre 2010, Deés c. Ungheria, *ivi*.

dell'ambiente [...] è [...] idonea a giustificare una restrizione dell'esercizio del diritto di proprietà'"[43].

IV. I LIMITI "INTERNI" ALLA PROPRIETÀ DEI RIFIUTI E LA VALORIZZAZIONE DELLA "FUNZIONE SOCIALE" IMPONGONO UNA RIFLESSIONE SULLA GESTIONE DEI RIFIUTI E LA RELATIVA INCIDENZA SUI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI.

La concezione del rifiuto quale "bene", la conseguente applicabilità del regime degli statuti proprietari e, in particolar modo, la giusta considerazione dei limiti interni strumentali alla realizzazione della "funzione sociale", costituiscono la base valoriale per indagare il rapporto tra gestione dei rifiuti e incidenza sui diritti umani fondamentali[44]. A tal proposito, la contemporanea rilevanza di interessi della persona e quelli del mercato fa sí che non vi possano essere dubbi della preminenza dei primi sui secondi, non essendo neppure necessario operare un bilanciamento[45].

Già nel 1992, la Corte di Lussemburgo[46] aveva sottolineato come la necessità di tutelare l'ambiente e la salute collettiva fosse suscettibile di giustificare l'adozione di misure che possono limitare la circolazione dei rifiuti, quali il divieto imposto ad uno Stato di depositare nel proprio territorio rifiuti provenienti da un altro Stato membro.

Infatti, la Corte, pur avendo ribadito come i rifiuti, in quanto "merci" aventi valore commerciale[47], rientrano nell'àmbito di applicazione dell'art. 30 Tratt. CE, aveva nondimeno riconosciuto che tali entità costituiscono pur sempre "oggetti di natura particolare", il cui "accumulo, ancor prima di diventare pericoloso per la salute, costituisce, tenuto conto in particolare della capacità limitata di ciascuna

43 Cosí, tra le altre, Corte giust., Grande sez., 15 gennaio 2013, c. 416/10, Jozef Križan e a. c. Slovenská inšpekcia životného prostredia, *www.eur-lex.europa.eu*.

44 Il riferimento è, anzitutto, ai diritti fondamentali alla salute (su cui v., per tutti, Perlingieri, P.: "Il diritto alla salute quale diritto alla personalità", (1982), in Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 103 ss.) e all'ambiente salubre, la cui configurabilità nel nostro ordinamento è stata riconosciuta, per la prima volta, dalle pronunce Cass., Sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463 e Cass., Sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172. In tema, significativi spunti in Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, IV, cit., pp. 326-327, il quale osserva che "[s]e lo sviluppo civile di un Paese non è dato dal prodotto interno lordo (Pil) (secondo una concezione ragionieristica, economicistica dei rapporti sociali e umani), ma dipende dal grado di realizzazione del benessere e della qualità della vita degli uomini [...], esso è "sostenibile" quando non ostacola ma garantisce il pieno e libero sviluppo della persona umana. L'ambiente – articolato di esseri senzienti – è vita da proteggere al fine di consentire lo sviluppo della persona". V., altresí, Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, p. 4 ss.

45 Al riguardo, Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 103; Id.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Rivista di diritto civile*, 2018, p. 716; Giorgini, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 70 ss., al quale sia consentito il rinvio.

46 Corte giust., 9 luglio 1992, c. 2/90, cit.

47 Corte giust., 28 marzo 1990, cc. 206/88 e 207/88, cit.

regione o località di riceverli, un pericolo per l'ambiente"[48]. Cosí argomentando, i giudici di Lussemburgo hanno correttamente affermato la prevalenza, sul piano assiologico, del diritto all'ambiente sulla libertà di circolazione di tali peculiari merci.

Sotto questo profilo, l'arresto della Corte è particolarmente significativo perché anticipa, di fatto, le importanti considerazioni svolte nelle note pronunce rese nei casi *Schmidberger*[49] e *Omega*[50], ove si è affermato che i diritti fondamentali della persona, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni[51], prevalgono sulle libertà economiche garantite dal Trattato, quali la circolazione delle merci e l'iniziativa economica privata.

La soluzione della Corte appare inoltre conforme con la gerarchia dei valori del nostro sistema ordinamentale, ove "il rispetto della persona e la protezione dell'*habitat*, assunti come valore unitario, costituiscono l'idea forte della legalità

48 Corte giust., 9 luglio 1992, c. 2/90, cit., ove si legge che "l'argomento secondo il quale esigenze imperative attinenti alla protezione dell'ambiente giustificano le misure contestate dev'essere considerato fondato".

49 Corte giust., 12 giugno 2003, c. 112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich, *www.eur-lex.europa.eu*, in cui la Corte ha affermato che la tutela dei diritti fondamentali costituisce un "legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci".

50 Corte giust., 4 ottobre 2004, c. 36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, *www.eur-lex.europa.eu*.

51 Con la pronuncia Corte giust., 12 novembre 1969, c. 29/69, Stauder, *www.eur-lex.europa.eu*, la Corte di giustizia aveva affermato che "i diritti fondamentali della persona [...] fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza"; in senso conforme: Corte giust., 17 dicembre 1970, c. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH, *ivi*, in cui la Corte ha ribadito che la tutela di tali diritti è "informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", pur precisando come la stessa debba essere garantita "entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità"; Corte giust., 14 maggio 1974, c. 4/73, Nold, *ivi*; Corte giust., 18 giugno 1991, c. 260/89, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) c. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) e Sotirios Kouvelas, *ivi*; Corte giust., 29 maggio 1997, c. 299/95, Kremzow, *ivi*; Corte giust., 28 marzo 2000, c. 7/98, Krombach, *ivi*; Corte giust., 6 marzo 2001, c. 274/99, Connolly c. Commissione delle Comunità europee, *ivi*; Corte giust., 22 ottobre 2002, c. 94/00, Roquette Frères, *ivi*; Corte giust., 12 giugno 2003, c. 112/00, cit.; Corte giust., 14 ottobre, 2004, c. 36/02, cit.; Corte giust., Grande sez., 27 giugno 2006, c. 540/03, Parlamento c. Consiglio, *ivi*. La Corte ha inoltre precisato che "[i] diritti fondamentali [...] non risultano [...] essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti": cosí, Corte giust., 13 luglio 1989, c. 5/88, Wachauf c. Germania, *www.eur-lex.europa.eu*; nello stesso senso, Corte giust., 12 giugno 2003, c. 112/00, cit., in cui la Corte ha chiarito, peraltro, che "altri diritti fondamentali [...], quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, [...] non tollerano alcuna restrizione"; Corte giust., Grande sez., 9 novembre 2010, cc. 92/09 e 93/09, Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen, *ivi*. I princípi affermati dalla giurisprudenza di Lussemburgo sono ora ribaditi, a séguito dell'entrata in vigore (1° dicembre 2009) del Trattato di Lisbona del 2007, dall'art. 6 Tratt. UE, secondo cui "[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto princípi generali". Nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo successiva al Trattato di Lisbona, v., tra le altre, Corte giust., 3 settembre 2009, cc. 402/05 e 415/05, Kadi e Al Barakaat, *www.eur-lex.europa.eu*; Corte giust., 24 aprile 2012, c. 571/10, Kamberaj, *ivi*; Corte giust., 26 febbraio 2013, c. 617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, *ivi*; Corte giust., Grande sez., 16 luglio 2020, c. 311/18, Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems, *ivi*; Corte giust., 22 ottobre 2020, c. 702/19P, Silver Plastics e a. c. Commissione, *ivi*.

costituzionale"[52]. Lo impone la previsione dell'art. 41 cost., che, dopo aver affermato che l'iniziativa economica privata è libera, precisa però che la stessa "[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"[53].

Di rilievo è anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[54], la quale – sia pure in assenza, nella Convenzione, di una disposizione *ad hoc* –, ha ricondotto la tutela dell'ambiente all'àmbito applicativo dell'art. 8 CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, fornendo un'interpretazione evolutiva di tale disposizione[55].

Nella pronuncia del 1994, resa sul caso *Lòpez Ostra c. Spagna*[56], la Corte ha invero riconosciuto che "un elevato livello di inquinamento ambientale può compromettere il benessere degli individui e impedire loro il pieno godimento delle loro abitazioni in modo tale da ledere la loro vita privata e familiare, senza comunque per questo, causare danni alla loro salute". Successivamente, nella sentenza *Guerra c. Italia*[57] del 1998, i giudici di Strasburgo hanno condannato lo Stato italiano per la violazione dell'art. 8 della Convenzione, ancòra una volta sul presupposto per cui "[g]ravi pericoli per l'ambiente possono intaccare il benessere delle persone e privarle del godimento del loro diritto di domicilio e alla vita privata e familiare".

Tale impostazione è stata ribadita con la nota statuizione del 2012, resa sul caso *Di Sarno e a. c. Italia*[58], in cui la Corte ha sanzionato l'Italia per l'inadempimento degli obblighi derivanti dagli artt. 8 e 13 CEDU, osservando che "il comune di Somma Vesuviana, dove i ricorrenti vivono e/o lavorano è stato interessato dalla crisi dei rifiuti. In Campania, infatti, dall'11 febbraio 1994 sino al 31 dicembre 2009 è stato dichiarato lo stato di emergenza e i ricorrenti sono stati costretti, tra la fine del 2007 e il mese di maggio del 2008, a vivere in un ambiente inquinato a causa delle esalazioni provenienti dalla spazzatura sparsa lungo le strade della città". Una volta affermato che "la raccolta, il trattamento e lo smaltimento dei rifiuti costituiscono senza dubbio delle attività pericolose", la Corte ha rilevato

52 Cosí, testualmente, Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale", cit., p. 47.

53 In argomento, Corte giust., 4 marzo 2010, c. 297/08, Commissione c. Italia, *www.eur-lex.europa.eu*.

54 Sulla giurisprudenza in tema di ambiente della Corte EDU, v. Brambilla, P.: "La CEDU e l'emergenza rifiuti: la condanna del diritto interno in tema di danno ambientale", *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2012, p. 408 ss.; Scarcella, A.; "Giurisprudenza CEDU e diritto dell'ambiente: i principali «filoni» della Corte di Strasburgo", *Ambiente e sviluppo*, 2013, p. 129 ss.; Fimiani, P.: "Inquinamento ambientale e diritti umani", in AA.VV.: *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di Questione giustizia* (a cura di F. Buffa e M.G. Civinini), *www.questionegiustizia.it*, 2019, p. 376 ss.

55 Cardinale, V.: "Il caso Di Sarno e a. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti", *Federalismi.it*, 2013, p. 4.

56 Corte eur. dir. uomo, 9 dicembre 1994, Lòpez Ostra c. Spagna, *www.hudoc.echr.coe.int*.

57 Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 1998, Guerra e a. c. Italia, *www.hudoc.echr.coe.int*.

58 Corte eur. dir. uomo, 10 gennaio 2012, Di Sarno e a. c. Italia, *www.hudoc.echr.coe.int*.

che sulle autorità italiane "gravava [...] l'obbligo positivo di adottare delle misure ragionevoli ed idonee in grado di proteggere i diritti delle persone interessate al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, in genere, al godimento di un ambiente sano e protetto". Inoltre, e nel contestare le eccezioni sollevate dallo Stato, i giudici di Strasburgo hanno, altresí, convenuto sul fatto che la crisi non potesse essere attribuita ad un'ipotesi di forza maggiore, poiché, ed al contrario, le autorità nazionali, per un lungo periodo di tempo, si sono dimostrate incapaci di assicurare il corretto funzionamento del sistema di raccolta, gestione e smaltimento dei rifiuti, "violando conseguentemente il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e della loro abitazione". Secondo la Corte, dunque, la violazione dell'art. 8 CEDU prescinde dalla dimostrazione di un danno alla salute, e dunque, dall'inadempimento dello Stato alla previsione dell'art. 2 della Convenzione[59].

Peraltro, e sempre con riferimento alla vicenda dei rifiuti in Campania, qualche anno prima era intervenuta la Corte di giustizia[60], la quale – arrogandosi un potere ormai consolidato in materia di diritti fondamentali – si era pronunciata sui riflessi negativi della scorretta gestione dei rifiuti sul diritto alla salute. Nel condannare lo Stato italiano per la violazione degli artt. 4 e 5 della Direttiva 2006/12/CE, e a differenza della Corte di Strasburgo nella pronuncia *Di Sarno*[61], i giudici di Lussemburgo avevano fatto riferimento proprio al pericolo di danni gravi alla salute, derivanti dall'emergenza rifiuti nel territorio campano[62].

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

L'indagine qui condotta ha dimostrato come l'attenzione rivolta alla qualificazione del rifiuto come "bene" non un è mero esercizio che investe la

59 Con piú specifico riferimento al supposto contrasto con l'art. 13 CEDU, Corte eur. dir. uomo, 10 gennaio 2012, cit., ha rilevato l'assenza, nel diritto italiano, di adeguati rimedi effettivi, vòlti ad assicurare ai soggetti danneggiati il risarcimento dei danni subíti, dal momento che l'art. 311 d.lg. n. 152/2006 contempla il Ministro dell'ambiente quale unico legittimato ad agire in giudizio per il risarcimento del danno ambientale, mentre, per converso, le persone fisiche direttamente danneggiate possono avvalersi, soltanto, della facoltà di sollecitare l'intervento dello Stato (art. 309, d.lg. n. 152/2006) e di ricorrere in caso di inerzie o di omissioni della P.A. (art. 310, d.lg. n. 152/2006).

60 Corte giust., 4 marzo 2010, c. 297/08, cit. In proposito, v. Baroni, L.: "Lo sguardo vigile dell'Europa sull'«emergenza rifiuti»", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1093 ss.

61 Corte eur. dir. uomo, 10 gennaio 2012, cit., ove i giudici di Strasburgo avevano rilevato che "i ricorrenti non hanno sostenuto di essere stati colpiti da patologie ricollegabili all'esposizione ai rifiuti e che gli studi scientifici forniti dalle parti sull'esistenza di un nesso di causalità tra l'esposizione ai rifiuti e l'aumento del rischio di sviluppare patologie quali tumori o malformazioni congenite giungono a conclusioni opposte".

62 Corte giust., 4 marzo 2010, c. 297/08, cit., ove si era affermato che "gli elementi addotti dalla Repubblica italiana [...] non [fossero] tali da confutare la costatazione secondo cui la situazione preoccupante di accumulo di rifiuti nelle strade ha esposto la salute della popolazione ad un rischio certo, in violazione dell'art. 4, n. 1, della direttiva 2006/12/CE. Di conseguenza, la censura sollevata dalla Commissione vertente sulla violazione dell'art. 4 della direttiva 2006/12/CE deve essere dichiarata fondata. [...] I rifiuti sono oggetti di natura particolare, cosicché il loro accumulo, ancor prima di diventare pericoloso per la salute, costituisce [...] un pericolo per l'ambiente". La Corte aveva motivato, altresí, la propria decisione sulla base di alcuni studi condotti dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, dai quali risultava "un'anomalia nello stato di salute della popolazione residente nei comuni dell'area Nord Est della provincia di Napoli e Sud Ovest della provincia di Caserta", con la conseguente ipotesi per cui "eccessi di mortalità e di malformazioni tendano a concentrarsi nelle zone dove è piú intensa la presenza di siti conosciuti di smaltimento dei rifiuti".

teoria dei beni. Un discorso di tal guisa sarebbe stato non soltanto privo di utilità, ma si sarebbe, altresí, dimostrato sin da sùbito una superfetazione, visto che il dibattito sui beni si riaccende ogni volta che si è di fronte ad una nuova entità[63].

Al contrario, dal percorso logico seguíto è emerso come la qualificazione del rifiuto quale "bene" in senso giuridico consente di applicare i princípi e le regole in materia di proprietà, nonché i loro limiti che consentono di conformare il bene rifiuto indirizzando lo stesso nel perseguimento di un'utilità sociale. Ciò diventa dirimente nel contesto attuale, in cui il Pacchetto "Economia circolare" porta proprio al passaggio dal rifiuto come un'entità di cui ci si debba disfare per non sopportare dei costi, ad un'entità che può essere fonte di profitto, oltre che idonea a perseguire interessi meritevoli di tutela, quali la tutela della salute e dell'ambiente salubre.

Riflessioni come quella attuale diventano in questo momento storico particolarmente rilevanti posto che, leggendo tutte le norme contenute nel codice dell'ambiente nella parte IV dedicata ai rifiuti, non ve n'è una che faccia riferimento al concetto di proprietà: atecnicamente, viene sempre impiegato il concetto di "detenzione". Già questo dato consente di capire quanto in realtà una riflessione in dettaglio sulla proprietà dei rifiuti nell'àmbito possa essere utile ai fini di perseguire una valorizzazione del rifiuto quale risorsa, cosí come prevista dal Pacchetto "Economia circolare".

63 Camardi, C.: "Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno", *Europa e diritto privato*, 2018, p. 955.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica* (a cura di U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà), Il Mulino, Bologna, 2007.

AA.VV.: *La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato* (a cura di L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini), Il Mulino, Bologna, 2018.

Allara, M.: "Atti emulativi (diritto civile)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 33 ss.

Allara, M.: *Dei beni*, Giuffrè, Milano, 1984.

Angiolini, C.: "L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu: fra tutele proprietarie e beni comuni", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 328 ss.

Baroni, L.: "Lo sguardo vigile dell'Europa sull'«emergenza rifiuti»", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1093 ss.

Brambilla, P.: "La CEDU e l'emergenza rifiuti: la condanna del diritto interno in tema di danno ambientale", *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2012, p. 408 ss.

Brizzolari, V.: "Note a margine di un caso emblematico di rinuncia alla proprietà immobiliare", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 631 ss.

Brizzolari, V.: "La rinuncia alla proprietà immobiliare", *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 187 ss.

Camardi, C.: "Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno", *Europa e diritto privato*, 2018, p. 955 ss.

Carabetta, S.: "La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico", *Jus civile*, 2015, p. 705 ss.

Carapezza Figlia, G.: "Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 850 ss.

Cardinale, V.: "Il caso Di Sarno e a. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti", *Federalismi.it*, 2013, p. 1 ss.

Comporti, M.: *Diritti reali in generale*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2011.

Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 216-2014/C, "La rinunzia alla proprietà e ai diritti reali di godimento", *www.notariato.it*.

Costantino, M.: *I beni in generale*, 2ª ed., in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), VII, UTET, Torino, 2005.

Di Nella, L. e Perlingieri, G.: "A proposito della traduzione italiana *De l'abus des droits* di Louis Josserand", in Josserand, L.: *L'abuso dei diritti*, (1905), trad. it., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. VII ss.

Federici, R.: "A proposito di 'cose' che non sono beni: sottosuolo e rifiuti", *Rassegna di diritto civile*, 2000, p. 311 ss.

Federici, R.: "I rifiuti e le cose in senso giuridico", in AA.VV.: *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Jovene, Napoli, 2005, p. 1077 ss.

Federici, R.: "La nozione di rifiuti: una teoria", *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2006, p. 1051 ss.

Fimiani, P.: "Inquinamento ambientale e diritti umani", in AA.VV.: *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di Questione giustizia* (a cura di F. Buffa e M.G. Civinini), *www.questionegiustizia.it*, 2019, p. 376 ss.

Franco, R.: *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

Gambaro, A.: "Emulazione (diritto civile)", in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. VII, UTET, Torino, 1991, p. 439 ss.

Gambaro, A.: *I beni*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2012.

Gambaro, A.: *La proprietà*, in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2017.

Giorgini, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.

Guerinoni, E.: "Il divieto di atti emulativi", in AA.VV.: *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso* (diretto da A. Gambaro e U. Morello), Giuffrè, Milano, 2008, p. 497 ss.

Iaccarino, G.: *La rinuncia nel diritto italiano*, I, *I singoli casi in materia civile e processuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

Iacovelli, D.: "Dal rifiuto all'*End of Waste*", *Il Diritto dell'economia*, 2019, p. 193 ss.

La Porta, U.: "La rinunzia alla proprietà", *Rassegna di diritto civile*, 2018, p. 484 ss.

Macioce, F.: "Rinuncia (diritto privato)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 923 ss.

Mattei, U.: *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

Messinetti, D.: *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970.

Messinetti, D.: "Oggetto dei diritti", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 808 ss.

Nazzaro, A.C.: "Rifiuti, beni e proprietà nella prospettiva dell'economia circolare", *Rassegna di diritto civile*, 2020, p. 621 ss.

Nazzaro, A.C.: "Waste Between Ownership and Function", in AA.VV.: *Waste Life, Law and Management* (a cura di E. Giorgini e M. Giuliani), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 11 ss.

Orlando, G.: "Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare", *Il Diritto dell'economia*, 2021, p. 233 ss.

Pasquino, T.: "La rinunzia alla proprietà immobiliare, con particolare riferimento alla quota in multiproprietà", *Nuovo diritto civile*, 2019, p. 25 ss.

Patti, S.: "Atti emulativi: applicazione incerta dell'art. 833 cod. civ.", *Immobili e diritto*, 2005, p. 9 ss.

Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, p. 4 ss.

Perlingieri, G.: "Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e un'«utilità sociale» prese sul serio", *Rassegna di diritto civile*, 2022, in corso di pubblicazione.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Rivista di diritto civile*, 2018, p. 716 ss.

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

Perlingieri, P.: "Conclusione dei lavori", in AA.VV.: *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici. Esperienze a confronto* (a cura di F. Alcaro, C. Fenga, E. Moscati, F. Pernice e R. Tommasini), Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 253 ss.

Perlingieri, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Artt. 1230-1259*, in *Commentario del codice civile* (diretto da A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli-Società Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, spec. p. 180.

Perlingieri, P.: "Il diritto alla salute quale diritto alla personalità", (1982), in Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 103 ss.

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

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, (1971), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, rist. 2011.

Perlingieri, P.: "L'informazione come bene giuridico", *Rassegna di diritto civile*, 1990, p. 326 ss.

Perlingieri, P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in AA.VV.: *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale. Atti del Convegno di Bari, 22-23 ottobre 2015* (a cura di M. Pennasilico), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 321 ss.

Perlingieri, P.: *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Jovene, Napoli, 1968.

Perlingieri, P. e Femia, P.: *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, spec. p. 142 ss.

Pugliatti, S.: "Beni (teoria generale)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 164 ss.

Pugliatti, S.: "Cosa (teoria generale)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 19 ss.

Quarta, A.: "Cose derelitte", *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 776 ss., spec. pp. 797-798.

Resta, G.: "I rifiuti come beni in senso giuridico", *Rivista critica del diritto privato*, 2018, p. 207 ss.

Santoro-Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, (1966), Jovene, Napoli, rist. 2012, spec. pp. 55-56.

Scarcella, A.; "Giurisprudenza CEDU e diritto dell'ambiente: i principali «filoni» della Corte di Strasburgo", *Ambiente e sviluppo*, 2013, p. 129 ss.

Scozzafava, O.T.: *Dei beni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (diretto da P. Perlingieri), III, 1, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.

Scozzafava, O.T.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982.

Scozzafava, O.T.: "Oggetto dei diritti", in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXI, Treccani, Roma, 1990, p. 1 ss.

Simone, S.G.: "La nozione di "rifiuto"", in AA.VV.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 144 ss.

Tommasini, M.F.: "La fenomenologia del rifiuto tra atti di dismissione e tutela del bene ambiente", *Contratto e impresa*, 2018, p. 416 ss.

Torrente, A.: "Emulazione (diritto civile)", in *Novissimo digesto italiano*, vol. VI, UTET, Torino, 1968, p. 521 ss.

Vitale, E.: *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

Viterbo, F.G.: "La rinunzia del comproprietario al suo diritto", *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 387 ss.

VITOLO, R.: *Atti emulativi e solidarietà costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

ZENO-ZENCOVICH, V.: "Cosa", in *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, UTET, Torino, 1989, p. 439 ss.

LA USUCAPIÓN EN EL ORDENAMIENTO BOLIVIANO, ENTRE EMPUJES JURISPRUDENCIALES Y TUTELA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

USUCAPTION IN THE BOLIVIAN LEGAL SYSTEM, BETWEEN JURISPRUDENTIAL THRUSTS AND THE PROTECTION OF THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 980-1005

Alfredo
FERRANTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: El escrito realiza una sistematización crítica de las principales aristas y características que la usucapión ha tenido en el ordenamiento boliviano durante las últimas décadas con el objetivo de destacar sus rasgos característicos incluso presentes en la práctica. Para ello, se investigará la reciente evolución jurisprudencial y legislativa que esta institución ha tenido.

PALABRAS CLAVE: Usucapión, Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, jurisprudencia.

ABSTRACT: *This paper provides a critical systematisation of the main aspects and characteristics that usucaption has had in Bolivian law over the last few decades with the aim of highlighting its characteristic features, even in practice. To this end, the recent jurisprudential and legislative evolution of this institution will be investigated.*

KEY WORDS: *Usucaption, Adverse Possession, Bolivian Supreme Court of Justice, case law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.- II. CAMBIO DE ENFOQUE TERMINOLÓGICO Y SISTEMÁTICO.- III. ELEMENTOS Y RASGOS GENERALES.- IV. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO.- V. BIENES MUEBLES. 1. Reivindicación del bien mueble por parte del efectivo propietario. - VI. FUNCIÓN SOCIAL DE LA USUCAPIÓN Y LEY DE REGULARIZACIÓN DEL DERECHO PROPIETARIO DE BIENES INMUEBLES (LEY 247).- VII. USUCAPIÓN DE INMUEBLE POR MALA FE: ALGUNAS PROBLEMÁTICAS Y SOLUCIONES.- 1. Interversión del título.- 2. Continuación de la posesión del causante por parte del heredero.- 3. Finca y bien inmueble construido.- 4. Régimen agrario y civil del bien.- VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.

En el presente artículo, una vez tomado acto de la ausencia de una reconstrucción reciente de este instituto por parte de la doctrina[1], se pretende realizar una sistematización crítica de las principales aristas y características que la usucapión ha tenido en el ordenamiento boliviano durante la última década[2] con el objetivo de identificar sus rasgos preponderandes incluso en la práctica. Para ello, es menester preguntarse si los tribunales, y de modo particular el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, han sido llamados a dirimir y, al mismo tiempo, preguntarse sobre cuál ha sido la aptitud del legislador.

Tras una panorámica general y sistemática en la que se destacarán algunos elementos generales, se investigará críticamente cómo el legislador y los Tribunales han enfrentado y debatido aspectos relevantes y/o patológicos de la usucapión.

II. CAMBIO DE ENFOQUE TERMINOLÓGICO Y SISTEMÁTICO.

El actual Código Civil de 1975[3] modifica el enfoque terminológico y sistemático con respecto al existente en el primer Código Civil boliviano de

1 Un análisis jurisprudencial, algunas reflexiones sobre el tema y algunos pronunciamientos no recientes pueden encontrarse en: Morales Gullén, C.: *Código civil concordado y anotado*., 2ª ed. rev.y ampliada, editorial Gisbert y Cia. S.A., La Paz, 1982, Jordán, A.: *Un código civil perdido en los Andes*, Fundación Hans Seidel, La Paz, 1998.
Más en general vid. Galindo Decker, H.: *Modos de Adquisición del Dominio (Modi Acquirendi Dominium),* Editorial Judicial, Sucre,1996; Romero Sandoval, R., *Derecho reales,* 3a ed., Los amigos del libro, La Paz, 1996; Ortiz Mattos, P.: *De los bienes y de los modos de adquirir la propiedad*, Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sucre- Bolivia, 1992.

2 Sin perjuicio de hacer un estudio más amplio a nivel legislativo, se ha tomado como referencia de búsqueda jurisprudencial la década que va desde 2010 hasta 2020.

3 Sobre su proceso de codificación Guzmán Brito, A., *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 522 y ss.

• Alfredo Ferrante
Professore associato di diritto comparato, Università di Pavia (Italia). Correo electrónico: alfredo.ferrante@unipv.it.

1830[4], uno de los primeros que surgió en tierras latinoamericanas[5]. Este Código ha sido también conocido como Código Santa Cruz asociándose a Andrés de Santa Cruz Villavicencio y Calaumana, presidente de Bolivia en aquel momento y protector del Estado Sur-Peruano y Nor-Peruano, y también Protector de la Confederación Perú-Bolivia[6]. Efectivamente, en el Código Civil de 1975 se deja de utilizar la terminología "prescripción adquisitiva", en contraposición a aquella "extintiva", y se decanta por el uso el término "usucapión" siguiendo la tendencia terminológica del *Codice Civile italiano (*art. 1158 CCit y ss.). En este sentido, se abandona la terminología adoptada bajo la influencia del Código Civil francés de 1804, que inicialmente fue fuente de inspiración. Sin embargo, este cambio no se ha armonizado con otras normativas existentes en este país, dado que se emplea actualmente la expresión "prescripción adquisitiva" en la Ley de Inscripción de Derechos Reales, que concede la posibilidad de inscribir "las sentencias y laudos arbitrales ejecutoriados que declaren la prescripción adquisitiva de dominio o de cualquier otro derecho real" 7. La misma jurisprudencia sigue utilizando indistintamente los términos "prescripción adquisitiva" y "usucapión"[8].

El actual Código Civil boliviano adopta un enfoque sistemático diferente. De esta manera, si en el Código Civil Santa Cruz ambas prescripciones se regulaban conjuntamente en el último libro del Código, ahora la usucapión se inserta expresamente en uno de los modos de adquirir la propiedad (art. 110 CC) recibiendo un tratamiento sistemático diferente en función de si se trata de bienes inmuebles (art. 134 CC y ss.) o muebles (art. 149 CC y ss.) y si se adquiere de buena o mala fe.

4 Para una visión general sobre el Código Civil de 1830 vid.: Terrazas, M.: *Código civil boliviano, explicado y concordado*. Sucre, 1885; Canedo, R.: *Código civil boliviano, comentado, concordado y anotado*, 2ª ed., Imprenta del Siglo, Cochabamba 1898; Siles, H.: *Código civil boliviano concordado*, Lourdes Prat, Santiago, 1910, Romero Linares, R., *Apuntes de Derecho civil boliviano,* Los amigos del libro, La Paz, 1965.
En adelante, todas las referencias a las normativas deben entenderse referentes al ordenamiento boliviano, salvo donde especificado diversamente. Abreviaturas: CCf: *Code Français* de 1804, CCit: *Codice Civile italiano*.

5 El Código Boliviano de 1830 ha sido uno de los primeros en ver la luz y que se ha mantenido vigente durante varias décadas. Efectivamente, con la excepción de una pequeña interrupción, ha permanecido en vigencia hasta el nuevo Código de 1975. En América Latina fue precedido únicamente por el Código Civil de la República de Haití (1822, en este país ya se había aplicado de forma subsidiaria desde 1816 el *Code Français*) y el del Estado mexicano de Oaxaca (1827-1829): Guzmán Brito, A.: *La Codificación Civil en Iberoamérica*, cit., p. 289 y ss.
Con respecto a la interrupción de su aplicación, se evidencia que el Código Santa Cruz fue aplicado hasta la aprobación el nuevo Código con la excepción de la aplicación del Código Ballivián (que adoptó el nombre del presidente). Se aplicó de noviembre de 1845 hasta noviembre de 1846: Romero Linares, R.: *Apuntes de Derecho Civil Boliviano*, Los amigos del Libro, La Paz, 1965, p. 68.

6 Vid. Guzmán Brito, A., *La Codificación Civil en Iberoamérica*, cit., p. 307 y ss. Posteriormente, desde 1836, el Código Civil de Santa Cruz fue aplicado también parcialmente en el Perú: Guzmán Brito, A., *La Codificación Civil en Iberoamérica*, cit., p. 335.

7 Art. 7 n. 8 Ley de Inscripción de Derechos Reales, 15 de noviembre de 1887 (y sucesivas modificaciones) cfr. art. 1540 n. 13 CC.

8 *V.gr.* Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 34/2020 de 20 de enero de 2020.

La usucapión de mala fe de bienes inmuebles ha sido un tema jurisprudencialmente bastante debatido en los últimos años, basándose sobre el art. 138 CC[9]. La jurisprudencia no solamente ha expresado que dicho modo de adquirir es originario[10], sino que también ha sistematizado la regulación del legislador afirmando que "el Código Civil regula dos tipos de usucapión sobre bienes inmuebles: la usucapión ordinaria o quinquenal y la extraordinaria o decenal[11]; establecidos estos institutos en los arts. 134 y 138" 12. Por ello, los elementos que proceden son esencialmente los mismos que en el caso anterior, salvo la ausencia de buena fe, y el plazo, más amplio en este caso, fijado en 10 años[13]. En este caso es importante evidenciar que para los bienes muebles el legislador boliviano predispone una norma general de reenvío: el art. 151 CC por la cual se aplican las normas de la usucapión de bienes inmuebles[14] en lo que estas sean pertinentes.

En la actualidad, las referencias a la prescripción se entienden principalmente como aquellas relativas a la prescripción extintiva. Este cambio sistemático no ha impedido que el legislador reenvíe expresamente a la aplicabilidad de las normas de la prescripción (extintiva), reguladas en el libro V – libro relativo al ejercicio, protección y extinción de los derechos de las normas- y, en particular, al *título IV* relativo también al cómputo del tiempo (arts. 1486 CC y ss.). En ese sentido, el art. 136 CC prevé *expresamente el reenvío* a la normativa sobre prescripción extintiva en cuanto resulta compatible. Esto se verifica, en particular, en relación con la suspensión e interrupción.

Por ello, la aplicación del art. 136 CC se extiende también a la usucapión ordinaria, en concreto al art. 1496.II CC, que establece que la renuncia puede resultar igualmente de un hecho incompatible con la voluntad de hacer valer la prescripción. El Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que puede tenerse en cuenta una renuncia a tenor de dicha disposición, como puede ser el caso de aquella declaración contenida en una carta mediante la cual se realice una proposición de pago para el bien que se pretende adquirir. Por ello, si esta fue formulada incluso en un periodo considerablemente anterior al necesario para adquirir por usucapión (15 años antes), dicha declaración resulta incompatible con

9 El art. 138 CC ha sido objeto de recurso de constitucionalidad para indicar que el Código Civil no podía tener la conformación de Decreto Ley (en este sentido, *v.gr.* Sentencia Tribunal Constitucional de Bolivia, 16 de marzo de 2004, exp. 2003-07691-15-RII), conllevando que el Decreto Ley N. 12760 de 6 agosto de 1975, con el cual se aprobó el Código Civil, se elevará a rango de Ley en 2018 (Ley 1071).

10 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 567/2014 de 9 de octubre de 2014.

11 El art. 138 CC dispone expresa y escuetamente que "la propiedad de un bien inmueble se adquiere también por sólo la posesión continuada durante diez años".

12 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 560/2014 de 3 de octubre de 2014.

13 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 157/2017 de 20 de febrero de 2017.

14 Es decir, los arts. 134-138 CC.

la voluntad de adquirir por usucapión aún más si se hubieran seguido negociaciones ulteriores [15].

Asimismo, es interesante observar que es posible renunciar a los efectos que pudiera producir el documento para la adquisición del derecho propietario para someterse a las reglas impuestas por otro modo de adquirir la propiedad diferente de la usucapión extraordinaria[16]; nótese también que el derecho propietario diferente del que se demanda no es óbice para la interposición de la demanda de usucapión[17].

Analizando la interacción de las disposiciones del libro V, se evidencia que, por ejemplo, se podrá interrumpir la prescripción por reconocimiento del derecho del anterior propietario, sea este expreso o tácito (art. 1505 CC) o, en los casos más conflictivos, por demanda judicial o cualquier otro acto que sirva para constituir en mora al deudor[18], no pudiéndose interrumpir la aplicación del art. 1504 CC[19]. Sin embargo, debe hacerse una reflexión en relación con los supuestos que no interrumpen la prescripción, en particular por aquel previsto por el art. 1504.I CC, que la dispone en caso de notificación nula por falta de forma. Dicha disposición no debiera aplicarse en el caso de la usucapión. Esto se debe a que, si bien el art. 1503 CC en su *rúbrica* se refiere a "interrupción por citación judicial", parecería ser que el *dies a quo* para computar el plazo debiese ser el día de la presentación de la demanda y no tendría que determinarse desde el momento de la *notificación*, dado que el texto del art. 1503 CC no solo afirma que la prescripción se interrumpe por una *demanda* judicial, sino que también asevera que la interrupción procede en el caso de juez incompetente. De modo que, la notificación parecería exigirse, según el tenor literal del art. 1503 CC, solo para los decretos o actos de embargo (ya que en este caso se afirma un decreto o un acto de embargo *notificados* a quien quiere impedir que prescriba).

Este razonamiento es asimismo entendible porque se habría podido interrumpir ya la prescripción extrajudicialmente como permite el mismo art. 1503.I CC, por ejemplo, mediante una carta notarial.

En todo caso, no siempre puede darse aplicación automática de las normas del Libro V. En este sentido, por ejemplo, la aplicación del art. 1493 CC, que considera que "la prescripción comienza a correr desde que el derecho ha podido hacerse valer o desde que el titular ha dejado de hacerlo" no se aplicará, ya que existen normas específicas sobre este aspecto. Así, por ejemplo, el art. 134 CC fija el *dies*

15 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 146 de 6 de junio de 2012.

16 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 281/2016 de 31 de marzo de 2016.

17 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 259/2017 de 9 de marzo 2017.

18 Vid. Art. 110 Código de Procedimiento Civil, art. 1503 CC.

19 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 108/2014 de 27 de marzo de 2014.

quo "desde la fecha en que el título fue inscrito", o dado que también debe tenerse en consideración el diferente cómputo de la posesión y la eventual cesación de violencia o clandestinidad, allá donde proceda (art. 135 CC)[20].

El Tribunal Supremo de Justicia boliviano ha constatado que "existe notoria diferenciación entre la interrupción de la posesión e interrupción de la prescripción"; de esta manera, "cuando el titular sale de esa inactividad y ejerce los actos para recobrar la posesión, nos encontramos frente a la interrupción civil de la prescripción, caso para el cual se regenta o se hace aplicable las reglas contenidas en el art. 1503 CC y siguientes, pero si existe una pérdida material por parte del poseedor nos vemos frente a una interrupción natural de la posesión de acuerdo a los parámetros del art. 137 CC" 21.

A la interrupción por la pérdida de la posesión el legislador dedica efectivamente el art. 137 CC, es decir, una disposición *ad hoc* dentro de la sección de la usucapión. En este contexto, su primer inciso afirma que "la usucapión se interrumpe cuando el poseedor es privado de la posesión del inmueble por más de un año" para posteriormente añadir, en su segundo inciso, que "la interrupción se tiene como no ocurrida si dentro del año se propone demanda para recuperar la posesión y ésta es recuperada como consecuencia de aquella".

Debe observarse que la regulación de las acciones de defensa de la posesión ubicadas en el Libro V se refieren a la acción para recuperar la posesión (art. 1461 CC) y conservarla (art. 1462 CC). En cambio, el art. 137 CC habla de pérdida de posesión. En este sentido, *a contrario,* lo que se está afirmando es que la posesión apta para la usucapión debe ser ininterrumpida, permitiéndose lapsos inferiores a un año, a condición de que se ejerza la acción de recuperación dentro del mismo plazo (art. 1461 CC). De esta manera, puede verse cómo el sujeto que actúa de buena fe es protegido y puede presentar la acción para recuperarla de igual manera que lo podría hacer el propietario normal. Por lo tanto, el legislador ofrece también protección al sujeto que ha poseído inicialmente clandestina o violentamente. A tenor del último inciso del art. 1462 CC, se le permite poner en marcha una acción para conservar la posesión a condición de que haya cesado, durante al menos un año, la posesión clandestina o violenta inicial.

III. ELEMENTOS Y RASGOS GENERALES.

El procedimiento mediante el cual se procede a la usucapión es el de la vía ordinaria, debiéndose realizar una audiencia preliminar y una complementaria[22], se

20 Arts. 1145, 1499 CC.

21 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 42/2020 de 20 de enero de 2020.

22 Arts. 110, 362 y ss. *Código de Procedimiento Civil.*

podrá proponer también como excepción[23]. Ahora bien, es relevante destacar que el Tribunal Supremo exige que debe presentarse la demanda contra el verdadero dueño del inmueble, de lo contrario, de no identificarse la demanda, debe ser desestimada[24]. En este sentido, esto se debe a la interacción que se produce entre la normativa civil y la procesal, puesto que en el acto de presentación de la demanda se exige la identificación de la contraparte (art. 110 n. 4 Código de Procedimiento Civil). Por ello, se ha establecido que "necesariamente a tiempo de iniciar una demanda de usucapión respecto a un inmueble, éste debe contar con registro de propiedad a los fines de dirigir la demanda contra quien fuere último propietario" 25. En este sentido, por lo tanto, la demanda no podría ser dirigida contra presuntos interesados[26]. Sin embargo, la posición no es unívoca, dado que - siempre que se demuestre haber agotado los medios de información y no pudiéndose encontrar los datos del propietario - se admite la demanda contra los presuntos interesados o propietarios por edictos precisando la identificación del inmueble[27]. En este caso, la publicación edictal podría encontrar aplicación en caso de admisibilidad de presentación de la demanda hacia personas desconocidas.

El actual *Código omite proporcionar una enumeración explícita de los elementos* necesarios para la usucapión[28], como realizaba, en cambio, el art. 1516 CC del Código de 1830 (que los identificaba en: justo título, buena fe, posesión continuada y un tiempo designado por la ley). Sin embargo, estos pueden deducirse del art. 134 CC el cual recita así: "quien en virtud de un título idóneo para transferir la propiedad adquiere de buena fe un inmueble de alguien que no es su dueño, cumple la usucapión a su favor poseyéndolo durante cinco años contados desde la fecha en que el título fue inscrito". En este sentido, los elementos no difieren sustancialmente de la normativa anterior, si bien contiene los matices que el art. 135 CC exige en términos de posesión[29]. Los requisitos de procedencia serán: la inactividad del verdadero titular y la posesión ejercida por un tercero, conforme a Ley[30].

23 El punto de partida para analizar la adquisición por usucapión es el relativo a los bienes inmuebles (arts. 134-138 CC). La sección relativa a la usucapión de los bienes inmuebles se complementa con la adquisición de la propiedad de bienes muebles. Por ello, el Código toma como punto de referencia principal la usucapión de bienes inmuebles y aplica sus disposiciones a los bienes muebles, en cuanto compatibles (art 151 CC, vid infra.)

24 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 322/2018 de 2 de mayo de 2018, también Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 656/2014 de 18 de diciembre de 2014.

25 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 297/2014 de 13 de junio de 2014.

26 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 461/2017 de 8 de mayo de 2017.

27 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 3/2016 de 11 de enero, supuesto de usucapión extraordinaria.

28 *Arg.* arts. 136 y 1497 CC.

29 En este sentido, esencialmente, cf. Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 137/2020 de 21 de febrero de 2020, Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 939/2018 de 1 de octubre de 2018.

30 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 34/2020, cit.

La normativa relativa a la usucapión no se aplica solamente a la adquisición de la propiedad dominical, sino que también puede aplicarse a la adquisición por usucapión relativa a los derechos reales sobre inmuebles, dado que estos seguirán las reglas de los bienes inmuebles (art. 81 CC). Este aspecto viene expresamente sancionado en caso de usufructo (art. 216.II CC) para la servidumbre en general y la aparente (arts. 259 y 274 CC), salvo la exclusión específica de aquellas no aparentes (art. 279 CC).

La carga de la prueba graba sobre quien solicita la usucapión, siguiéndose el principio *ei incumbit probatio qui dicit: non qui negat* plasmado en el art. 136 Código de Procedimiento Civil. La ausencia del cónyuge del actor en el proceso no impide adquirir su derecho de usucapión allá donde proceda, aunque no participe en el proceso, en este sentido, sus derechos expectaticios no quedan afectados[31].

La disposición del art. 134 CC hace expresa alusión a un "título idóneo". La posibilidad de adquirir el bien según un "título idóneo" conlleva el hecho de no tener un título válido, ya que, si lo tuviera, el sujeto sería propietario del bien en virtud de dicho título. De esta manera, es ilustrativa la sentencia que deniega la adquisición por usucapión a los actuales propietarios del inmueble por tener vigente su derecho propietario adquirido válidamente mediante compraventa[32].

En este sentido, el legislador más bien pretende tutelar a un sujeto que ha pretendido adquirir la propiedad mediante un título que pensaba era idóneo para transferir la propiedad, pero que realmente no lo ha sido. Así, por lo tanto, puede haberse adquirido de una persona que no sea su propietario, y la buena fe se manifestaría en el hecho de creer que el bien comprado pertenecería efectivamente al quien lo vendió[33]. Por ello, debe desestimarse la demanda de usucapión ordinaria por falta de buena fe si se conocía que el vendedor no era el verdadero propietario[34]. De esta manera, si bien el ordenamiento boliviano reconoce la posibilidad de la venta de cosa ajena (art. 595 CC), en caso de bien inmueble inscrito en el registro de Derechos Reales, puede hacerse efectiva solamente si se cumplen determinadas condiciones.

La presencia de un registro personal hasta aparición de la reforma del Decreto Supremo n. 27.957, de 24 de diciembre, la cual modificó la Ley de Inscripción de Derechos Reales, ha fomentado las prácticas de adquisición por usucapión no sólo de buena fe, sino también de mala fe, dado que a menudo la no digitalización del sistema ha dado lugar a un menor control catastral sobre los inmuebles y ha

31 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 70/2015 de 30 de enero de 2020.

32 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 183 de 30 de abril de 2013.

33 Vid. art. 93 CC, Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 394 de 22 de julio de 2013.

34 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 905/2016 de 27 de julio de 2016.

fomentado la posible adquisición por usucapión, tanto por buena como por mala fe (art. 138 CC).

La implementación del actual folio real (arts. 71 y ss. Decreto Supremo n. 27957/2004, cit.) y la puesta en práctica del sistema registral digitalizado, indudablemente, reducirá la posibilidad de aparición de algunas de estas situaciones.

Con respecto a otros aspectos, debiera imponerse un cierto comportamiento por parte del sujeto según los normales estándares de diligencias que existen en el contexto actual, como, por ejemplo, no solamente exigir la presentación del testimonio de propiedad del inmueble y el folio real actualizado, sino también la presentación de los comprobantes de los abonos de impuestos de los últimos años. La idoneidad del título debería tener asimismo en consideración la correcta identificación de los datos catastrales indicados en el título y su correspondencia efectiva con la medida del inmueble.

En relación con los plazos y sus cómputos, el legislador reduce considerablemente los plazos con respecto al *Código anterior*[35], ya que ahora estos son de cinco años, en caso de buena fe, y diez, en caso de mala fe (art. 139 CC).

La conformación del art. 134 CC sigue las líneas del art. 1159 CC italiano predisponiendo que el plazo para el cómputo de los años será "desde la fecha en que el título sea inscrito" en el Registro de Derechos Reales, debiéndose desarrollar coherentemente con el principio de publicidad registral del art. 1538 CC[36] y conformemente a la eficacia constitutiva del registro (art. 1 Decreto Supremo n. 27.957/2004, cit.).

Puede observarse que al prever expresamente dicho *dies a quo,* el modelo difiere del español, ya que la fijación de este no habría sido necesaria en el ordenamiento boliviano si hubiera existido una disposición como la del art. 34 Ley Hipotecaria española, que, bajo determinados requisitos, legitima la adquisición a no domino de bienes inmuebles (título oneroso, buena fe, inscripción en el Registro relativo). Debe darse constancia que el Proyecto del Libro de Registros Públicos de 1936 realizó un intento de introducción de una disposición similar a la española por la cual "el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro." (art. 7).

35 Vid. arts. 1556-1561 CC Santa Cruz.

36 Vid. también art. 1540 y 1541 CC, art. 1 Ley de Inscripción de Derechos Reales, art. 5 DS 27957.

Debe destacarse que se incorpora una disposición semejante a aquella existente en ordenamiento italiano, sin embargo, se adopta un sistema *filogermánico* de eficacia constitutiva de la inscripción en el registro, a diferencia de lo que se verifica en el sistema italiano. Esto, por lo tanto, produce un trasplante parcial del sistema italiano, dado que para los bienes inmuebles este se caracteriza por una usucapión normal y una usucapión *abbreviata* (reducida). Para la primera, es decir, la usucapión normal, que tiene una duración de veinte años, no es necesaria la inscripción. Si se cumple el requisito de publicidad y pública fe de los registros – como en el caso del art. 1159 CCit – el plazo es *abbreviato* (reducido) a la mitad (10 años). Como puede observarse, el legislador boliviano trasplanta la norma en un sistema y contexto diferente respecto al cual ha nacido (adoptando un plazo quinquenal que contrasta el plazo decenal de mala fe del art. 138 CC).

Con la finalidad de poder beneficiarse del plazo reducido de 5 años, el estándar de posesión de buena fe no sólo debe existir en el momento de la inscripción del título, sino que también debe manifestarse de manera no interrumpida en la posesión del bien inmueble, debiendo haberse actuado como verdadero propietario, aspecto que se deriva de la creencia de haber adquirido del verdadero propietario (art. 93 CC). En este sentido, dicha posesión debe integrar tanto el *animus* como el *corpus,* así como se desprende del art. 87 CC.

Para que la posesión pueda computarse a efectos de la usucapión deberá ostentarse públicamente y ninguna otra persona deberá reclamarla. A estos efectos, el legislador no utiliza la terminología de "pacífica", sino que prefiere su formulación negativa – empleando la expresión de "posesión violenta" – debiéndose interpretar este aspecto en sentido amplio, asociando la norma a comportamientos en los que puedan ejercerse violencia física o moral, incluso mediante la ayuda de terceros. En este contexto, por lo tanto, el art. 135 CC expresamente prevé que "la posesión violenta o clandestina no funda usucapión sino desde el día en que cesan la violencia o clandestinidad".

Un importante aspecto que se debe valorar es la hipótesis de posesión compartida, en este sentido, el Tribunal Supremo de Justicia boliviano ha excluido - en algunos casos - su posible computo, y ha establecido que "para computar la posesión esta debe ser independiente, no puede coexistir una posesión compartida entre los que alegan posesión natural y la del poseedor que ejerce su derecho de propiedad, ante tal eventualidad la calificación de los primeros pasa a ser considerada como detentación y no posesión propiamente dicha" 37. Sin embargo, el Tribunal no ofrece una solución categórica al considerar que

37 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 45/2017 de 24 de enero de 2017.

la improcedencia de la usucapión con respecto a la copropiedad o de bienes indivisos no debe entenderse como una postura absoluta[38].

La realización de los actos de posesión debe llevarse a cabo de manera transparente y visible para el público. También en este caso el legislador prefiere utilizar la expresión contraria, afirmando que la posesión no debe ser "clandestina". La remisión a esta terminología permite coordinar esta normativa con aquella referente a la posesión, que justamente permite el ejercicio de la acción para poder conservar la posesión por parte del legítimo propietario[39].

Asimismo, se requiere para la usucapión extraordinaria la posesión del *animus*[40], debiéndose denegar por ser el dependiente o representante de la asociación propietaria del inmueble[41]. También, en este caso, la carga de la prueba grabará sobre quien alega la pretensión. De esta manera, por ejemplo, en caso de reivindicación del bien "no es necesario que el propietario demuestre en qué momento ha perdido la posesión respecto al bien inmueble que reclama, sino que, por el contrario, el propietario, por el solo hecho de ser propietario, cuenta con los elementos del *corpus* y el *animus* para poder plantear el instituto de la reivindicación" 42.

A nivel probatorio, el reconocimiento de que la contraparte sea la efectiva propietaria juega en contra de la pretensión del poseedor, aunque se haya realizado en otro proceso, en concreto, en un proceso voluntario de división y partición. De modo que dicho reconocimiento hace que se prive al sujeto del *animus* [43]. Sin embargo, la interacción entre varios procesos es relativa, dado que "los argumentos que fueron sustento de la defensa en el proceso de usucapión no constituyen hechos que respalden la acción de fraude procesal, ya que los mismos fueron de conocimiento del juez del proceso de usucapión" 44.

IV. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO.

El art. 131 de la antigua Ley de municipalidades de 28 de octubre de 1999 (Ley n. 2028/1999) afirmaba expresamente que no procederá la usucapión de

38 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 759/2014 de 30 de diciembre de 2014: aquí, al realizar el análisis del caso concreto, se considera que técnicamente no existía ninguna copropiedad.

39 Vid. art. 1462.I y 1462.II CC.

40 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 152 de 9 de agosto de 2012.

41 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 157/2017, cit.

42 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 212/2020 de 19 de marzo de 2020.

43 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 1087/2016 de 19 de septiembre de 2016.

44 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 245/2020 de 20 de marzo de 2020.

bienes de propiedad municipal o del Estado[45]. Sin embargo, la Ley de Gobiernos Autónomos Municipales, de 9 de enero de 2014 (Ley n. 482/2015) la sustituye sin prever expresamente dicha disposición.

En la actualidad, no se pueden usucapir las cosas excluidas de comercio, al no ser posible su posesión (art. 91 CC). Sin embargo, esto no impide lograr usucapir un bien de dominio público en determinadas circunstancias. Se podrá lograrlo cuando una ley especial transforme el bien enajenable mediante desafectación, en este caso, al calificarse como bien en comercio, la posesión sobre dicho predio genera los efectos para la prescripción adquisitiva extraordinaria[46]. Ahora bien, en caso de una duplicidad de títulos en el registro del inmueble entre un privado y el gobierno municipal, no puede otorgarse la usucapión, ya que hacerlo podría conducir a la adquisición de un derecho a la propiedad privada sobre un bien de dominio público[47].

Debe recordarse que la Ley Forestal de 12 de julio de 1996 (art. 14.II de la Ley n. 1700/1996) impide expresamente adquirir por usucapión las tierras de protección del dominio fiscal o privado ocupadas de hecho y que la acción interdicta es imprescriptible para recuperar la posesión de dichas tierras.

V. BIENES MUEBLES.

Para los bienes muebles, el legislador boliviano opta por una solución peculiar, dado que cambia el modo de adquirir la propiedad dependiendo de si la posesión del bien mueble es de buena o mala fe. De este modo, si para el primer caso se reenvía al art. 152 CC y a la relativa subsección, para la usucapión de mala fe se prevé esta subsección (art. 149-151 CC). Peculiaridad del ordenamiento boliviano es que la adquisición de bienes muebles de buena fe[48] viene expresamente sancionada por posesión, mientras que se refiere a la usucapión para poder adquirir los bienes muebles cuando el poseedor actúa de mala fe[49].

45 Sobre el punto véase Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 258/2013 del 23 de mayo de 2013, también Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 625/2013 de 4 de diciembre de 2013.

46 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 472/2016 de 12 de mayo de 2016.

47 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 1230/2016 de 28 de octubre de 2016.

48 Para una breve panorámica vid. Villafuerte Philippsborn, L.: "Adquisición de la titularidad real por la posesión de buena fe en el Código Civil boliviano", *Fides et Ratio. Revista de Difusión cultural y científica de la Universidad La Salle en Bolivia*, n. 2, 2008, p. 86 y ss. El autor sostiene que "el presupuesto complejo de los arts. 152 y 101, 104, así como otros concordantes del CC, sólo admite bienes que simultáneamente pertenezcan a las categorías de muebles, corporales, no sujetos a registro y que se hallen en el comercio" (op. cit., p. 89).

49 El reenvío a las normas sobre prescripción (extintiva) permite técnicamente que sean legitimados activos para pedir la usucapión incluso los terceros acreedores del sujeto que cumplieran con los requisitos gracias a la acción oblicua.

Existen dos subsecciones diferentes para la adquisición de los bienes muebles dependiendo de si esta se realiza de buena o mala fe. A diferencia de muchas otras codificaciones, la peculiaridad del legislador boliviano se halla en que indica de forma expresa, dentro de la enumeración de los modos de adquirir la propiedad - además de la usucapión -, "la posesión de buena fe" (art. 110 CC y art. 88 CC). Esto implica que, sistematizando lo que se ha visto hasta ahora, el legislador boliviano acepta que para los bienes muebles poseídos de buena fe, se adquiere directamente la propiedad, sin transcurso de tiempo. Por ello el art. 152 CC afirma que "el poseedor de buena fe de un mueble corporal adquiere la propiedad del mismo conforme al artículo 101, desde el momento de su posesión".

De esta manera, no solamente se fija el principio de que "la posesión vale por título"[50], sino que - al igual que sucede en el ordenamiento italiano (art. 1153 CCit.) – hace referencia al título de propiedad. El Código Civil boliviano prevé expresamente dicho principio en el art. 100 CC y además regula en el art. 101 CC - de la misma manera que lo hace la norma italiana - la enajenación por el no propietario. En este sentido, la norma boliviana parecería más amplia respecto a la adquisición onerosa prevista en el sistema italiano y, por esta razón, el art. 100 CC prevé expresamente que el principio "vale salvo prueba contraria".

Gracias a esta premisa debe entenderse, por lo tanto, la remisión expresa que el art. 152 CC hace al art. 101 CC. Por ello, solamente podrán adquirirse por posesión de buena fe los bienes muebles transferidos por el no propietario en caso de enajenación y, por lo tanto, donde haya existido un acto previo *inter partes*. Esto permite no adquirir la propiedad por la posesión de buena fe para bienes muebles que han sido encontrados. De ser bienes configurables como *res nullius* estos se adquirirán por ocupación y, de no serlo, deberán seguirse las vías correspondientes para no incurrir en el posible delito de apropiación de bien mueble ajeno[51]. En cambio, en caso de posesión de mala fe, se deberá reenviar a la subsección relativa a la adquisición por usucapión y a los arts. 149 CC y ss.

Si bien el legislador reenvía a la aplicación sobre la normativa relativa a la usucapión de bienes inmuebles (art. 151 CC), existe la necesidad de predisponer dos disposiciones específicas: la primera que sanciona un plazo de posesión respecto a los bienes raíces, y otra, en relación con los bienes muebles sujetos a registro. De esta forma, si el art. 149 CC sanciona que "el poseedor de mala fe adquiere por usucapión la propiedad de los bienes muebles, mediante la posesión continuada por diez años", el art. 150 CC[52], en cambio, predispone reglas

50 Cfr. art. 1559.1 CC Santa Cruz; art. 2279 CCfr. 1804.

51 Vid. en ese sentido art. 345 Código Penal.

52 El art. 150 dispone que "quien en virtud de un título idóneo para transferir la propiedad adquiere de buena fe un bien mueble sujeto a registro de alguien que no es su dueño, hace suyo el mueble por usucapión poseyéndolo durante tres años contados desde la fecha en que el título fue inscrito", si no fuera así,

especiales para los bienes muebles sujetos a registro, encontrado deroga parcial en la disposición del art. 77 CC y, por lo tanto, aplicándose de forma limitada los artículos de carácter general[53]; utilizándose, sin embargo, el mismo plazo decenal en caso de mala fe. Por lo tanto, se debe observar que, en caso de buena fe, se prevé la adquisición por usucapión de un bien mueble registrado, mientras que para el bien mueble esta se adquiere de manera automática mediante su posesión. Por lo tanto, se configuran dos modos de adquirir diferentes en caso de bien mueble dependiendo de si debe o no estar registrado. Las condiciones de adquisición son esencialmente las mismas que se han visto para la adquisición del bien inmueble en caso de buena fe, aplicándose aquí un plazo más reducido: el de tres años[54].

Es interesante constatar que dentro de la definición de bienes muebles el ordenamiento boliviano incluye también las energías naturales (art. 76 CC): esto podría crear considerables problemas en contextos futuros en los que los sistemas de energías ecosostenibles tendrán un lugar cada vez más destacado.

1. Reivindicación del bien mueble por parte del efectivo propietario.

Puesto que el efectivo propietario puede reivindicar el bien, dentro del ordenamiento boliviano debe observarse un cierto desajuste temporal en relación con los plazos. A estos efectos es importante diferenciar si la pérdida del bien ha derivado de un acto lícito, como puede ser, por ejemplo, haberse encontrado un bien perdido por otro y decidir mantenerlo de mala fe a sabiendas, o de un acto deliberadamente ilícito cometido anteriormente, como puede ser un robo.

En el caso de una situación en la que se trate de un caso de bien perdido, puede reivindicarse solamente en el plazo de un año tras la pérdida del bien (art. 102 CC), esto conlleva que el verdadero propietario, después del vencimiento de dicho plazo, podrá poner en práctica solo una acción de carácter personal, por ejemplo, una acción indemnizatoria de carácter general (arts. 984, 994 CC), al no poder aplicarse aquella relativa a la restitución del bien ilegítimamente poseído (art. 99 CC). Esta última disposición, por lo tanto, entra en conflicto con el art. 1454 CC. Efectivamente, esta última norma establece la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, sin embargo, posibilita la acción reivindicatoria solamente hasta que no se cumpla el plazo apropiado para usucapir, que en este caso es de 10 años. En ese sentido, para el supuesto considerando, al existir una norma especial - el art. 102 CC -, no podría reivindicarse en el plazo general previsto de los 10 años. De esta manera, pasado el primer año, podría ejercerse una acción

el segundo inciso de la misma disposición confirma expresamente que la usucapión se cumple por el transcurso de diez años.

53 En virtud de su potencial aplicación general según el reenvío del art. 151 CC.

54 Este plazo de tres años es el que preveía el antiguo art. 1559 CC Santa Cruz para los bienes muebles.

indemnizatoria solo dentro de su plazo de prescripción. Dado que esta acción prescribe a los tres años (art. 1508 CC), la tutela del sujeto sería solo parcial. En este caso, por lo tanto, podría presentarse el siguiente escenario: 1) dentro del primer año, el efectivo propietario puede activarse para recuperar el bien y encontrar plena tutela, acumulable con la indemnizatoria; 2) durante el segundo y tercer año, la acción indemnizatoria lo tutelará y, además, tendrá la posibilidad de interrumpir la posesión del otro sujeto, impidiéndole la usucapión. Aquí, por lo tanto, el juez podrá establecer que la usucapión no es posible, pero no será posible proceder a la restitución del bien. El bien, en este caso, se encontraría en una especie de limbo debido a la disfasia de los plazos que se han expuesto. De aquí surge la posibilidad de que quizás se pueda pedir como posible solución la indemnización por equivalente del art. 994 CC. Sin embargo, se observa que la normativa requiere una sistematización oportuna; 3) desde el tercer año hasta el décimo, el efectivo propietario podrá interrumpir el plazo impidiendo la usucapión del bien, pero parecería quedar desprovisto tanto de la acción personal como real, volviéndose a presentar un limbo total sobre el éxito del bien, que debería, por lo tanto, salvo mejor hipótesis, pasar a ser propiedad del Estado.

En el caso de que se trate de un bien robado, la solución es similar a la anterior. Tampoco ayudaría la posible ampliación del plazo de prescripción relativa a los delitos que prevé que si el hecho está tipificado como delito, se le aplica su plazo de prescripción (art. 1508.II CC). Efectivamente, en caso de robo, la acción prescribe a los tres años[55], es decir, en el mismo plazo trienal (art. 1508.I CC). Por ello, deberían repetirse los razonamientos anteriores, a no ser que, en este caso, se considere no una posesión de mala fe, sino una posesión directamente ilegítima, ya que configura un delito, y de esta manera no se otorgue la usucapión, si se cumpliera el plazo. En ese caso, la diferenciación entre posesión de mala fe y posesión ilícita sería quizás oportuna. La incoherencia generada por los diferentes plazos se debe a que no se ha operado una oportuna sistematización y sí se ha obrado con coherencia con respecto a la nueva estructura y contenido del Código Civil. Así, se abandona el sistema francés de prescribilidad trentenal de las acciones reales[56] y, simultáneamente, se introduce un sistema que aplica la disciplina de los bienes inmuebles a las acciones reales (art. 81 CC) y se introduce una acción reivindicatoria imprescriptible por acción directa que puede, eventualmente, hacerlo *de facto* indirectamente por la usucapión de terceros[57], manteniendo, sin embargo, la anterior estructura - *filofrancesa* - que preveía la prescripción específica - de tres años - para la acción reivindicatoria en caso de robo y pérdida de bien mueble[58].

55 *Arg.* art. 1508.II CC, art. 331, 101 letra c) Código Penal.

56 Art. 1565 CC Santa Cruz y art. 2262 CCf 1804.

57 Art. 1454 CC; art. 948 CCit.

58 Art. 1560-1561 CC Santa Cruz y art. 2279-2280 CCf 1804.

VI. FUNCIÓN SOCIAL DE LA USUCAPIÓN Y LEY DE REGULARIZACIÓN DEL DERECHO PROPIETARIO DE BIENES INMUEBLES.

Un estudio del ordenamiento boliviano permite evidenciar que un rasgo característico consiste en que la regulación sobre usucapión ha encontrado reglamentación en leyes especiales. Esto, en particular, mediante leyes de atribución de usucapión masiva.

Efectivamente, una serie de leyes especiales han dado a las personas naturales a lo largo del tiempo la posibilidad de poder regularizar el derecho de propiedad relativa a un bien inmueble destinado a vivienda situada en área urbana, rasgo este característico y diferenciador con respecto a la normativa del Código Civil[59].

Un instrumento clave, en este sentido, ha sido la Ley de Regularización del Derecho Propietario de Bienes Inmuebles, Ley n. 247/1999, de 5 de junio. El procedimiento regulado en dicha normativa ha sido más rápido respecto a la usucapión regulada en el Código Civil. De modo que, si este último debe operar por vía ordinaria, el procedimiento especial se ha venido desarrollando de manera extraordinaria mediante una sola audiencia[60]. Sin embargo, si bien el procedimiento es más ágil, tiene una aplicación más limitada, dado que solo es aplicable en caso de vivienda con el objetivo de garantizar una vivienda digna al ciudadano, conforme a los patrones constitucionales (art. 3 Ley 247, art. 19 Constitución). Por esta razón, no se puede regularizar más de un bien inmueble (art. 12.I Ley n. 247).

Por ello, tomándose acto de la inactividad del verdadero propietario se permite dar actuación a la usucapión por parte de otros sujetos. En este sentido, hay un claro ejemplo de la circulación de la propiedad en su función social, permitiendo que incluso otro individuo, si necesitado, llegue a ser propietario encontrándose una sincronía entre valores de naturaleza privada que tiene una futura concretización en los principios constitucionales.

En este sentido puede observarse que la usucapión en este contexto cumple concretamente una función de dar actuación al entendimiento de función social de la propiedad. Por ello, mediante el ejercicio de la usucapión regulado por una legislación especial por parte del Estado se viene indirectamente a asegurar la función social de la propiedad. Así, puede verse cómo la normativa se mueve en un plano acorde con la posterior Constitución Política del Estado de 2009[61]

59 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 374, de 22 de julio de 2013.

60 Vid. art. 3 Ley n. 803/2006, de 9 de mayo, art. 369 y ss., *Código de Procedimiento Civil, cf. art. 14 Ley n. 247/1999.*

61 Vid. sobre algunos aspectos relativos a la Constitución: Andaluz, H.: "La estructura del sistema jurídico boliviano y las relaciones entre las fuentes de su derecho según la Constitución vigente", *Revista PUCV*, XXXIII, 2º sem., 2009, p. 455 y ss.

que afirma que "toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social" 62.

En el contexto boliviano, por lo tanto, no solamente de forma general la propiedad debe asociarse a la función social, sino que expresamente el modo de adquirir mediante usucapión se cumple dicha función.

De esta manera, se amplía este concepto y el deber del titular del bien de ejercitar la propiedad según los patrones establecidos por el ordenamiento viene a encontrar en el ordenamiento boliviano su expresa "contramoneda jurídica" que legitima otras personas a su derecho de propiedad y que se concreta el derecho a una vivienda[63].

Más precisamente, la regularización operada por la ley especial concede el derecho de propiedad dominical o el derecho de demarcarlo correctamente. Desde el primer punto de vista, puede lograrse un derecho de propiedad por parte del poseedor sin título si se demuestra haber habitado en un inmueble destinado a vivienda dentro de un determinado radio urbano homologado durante un periodo de al menos 5 años hasta el 31 de diciembre de 2011, y que demuestre haber tenido una posesión pública de buena fe, pacífica y continua (art. 10 Ley n. 247). Como puede observarse aquí, el legislador opta por identificar las características de la posesión con términos positivos, contrariamente a lo que predispone el Código Civil. La prueba testifical admitida para poder demostrar estos aspectos es, sin embargo, más limitada, dado que no puede citarse a cualquier persona, como en los casos de usucapión, sino que deben ser dos colindantes y/o dos vecinos del inmueble que habiten en un radio no mayor de 100 metros (art. 11.2 Ley n. 247). No se permite optar por este procedimiento si está pendiente otro proceso relativo al mismo bien (art. 12.II Ley n. 247). Desde el segundo punto de vista, se establece una regularización del derecho propietario en la vía administrativa en caso de que existan errores en los datos de identidad y errores en datos técnicos consignados en el folio real (art. 4 reglamento Ley n. 247).

Análogas posibilidades de lograr una vivienda mediante mecanismos más ágiles que la usucapión regulada en el Código Civil se habían implementado ya anteriormente por las Leyes n. 2372/2002, de 22 de mayo y n. 2717/2004, de 28 de mayo y el Decreto Supremo n. 27864/2004, de 26 de noviembre, fijándose una especie de adquisiciones masivas de usucapión por ley especial. Ahora bien, debe recordarse que algunas de estas declaraciones masivas de usucapión, como la de la Ley n. 2372/2002, relativa a los terrenos identificados por la Ley n. 4026/2009,

62 Art. 56.I Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Como puede observarse la disposición es en parte asimilable al art. 42 de la Constitución italiana.

63 Art. 19 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

de 15 de abril, pueden conllevar que el título inicialmente perfecto se convierta en un título putativo e imaginario o aparente[64].

VII. USUCAPIÓN DE INMUEBLE POR MALA FE: ALGUNAS PROBLEMÁTICAS Y SOLUCIONES.

Se ponen de relieve aquí, seguidamente, algunas problemáticas que pueden evidenciarse en la práctica en relación con la adquisición por usucapión de un bien inmueble poseído de mala fe.

1. Interversión del título.

Una particular problemática se relaciona con la interversión del título. Se ha establecido que la usucapión extraordinaria no procede para actos de tolerancia, como puede ser una posesión precaria por haber autorizado el ingreso al inmueble hasta que se entregue el inmueble que se les fue comprometido[65], o por no demostrar la inversión del título de detentador a poseedor (art. 89 CC). En este sentido, no es suficiente que el padre ingrese al inmueble como gesto de humanidad por parte de su hijo[66]. Efectivamente, la necesidad de demostrar el *animus* conlleva en estos casos, frecuentemente, la dificultad de probar la interversión del título, así, no es suficiente la simple alegación de haber cumplido la mayoría de edad para elevar el estado de tolerando al estado de usucapiente o poseedor[67]. La interversión, por lo tanto, podría producirse solamente mediante la realización de mejoras con carácter de utilidad al ser oponibles, cognoscibles y excluyentes, teniendo como fin principal el incremento en el valor impositivo de la cosa[68], es decir, mediante actos "inequívocos en la voluntad del detentador de una posesión exclusiva frente a la posesión del propietario" 69. En ese sentido, la interversión no opera por el simple deceso de la propietaria, dado que esto no modifica el título con el cual se ingresó en el inmueble por el principio de la inmutabilidad de la causa de la posesión del art. 89 CC[70]. En relación con el fallecimiento, también debe recordarse que el legislador establece expresamente que los derechos relativos al presunto fallecido encuentran el límite de la usucapión (art. 45.III CC).

64 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 232/2020 de 19 de marzo de 2020.
65 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 518/2016 de 16 de mayo de 2016.
66 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 727/2016 de 28 de junio de 2016.
67 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 137/2020, cit.
68 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 348/2020 de 7 de marzo de 2020
69 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 854/2019 de 28 de agosto de 2019.
70 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 308/2017 de 27 de marzo de 2017.

2. Continuación de la posesión del causante por parte del heredero.

Una problemática singular existe en relación con los herederos y en particular con el art. 1007 CC, puesto que según esta disposición "los herederos, sean de cualquier clase, continúan la posesión de su causante desde que se abre la sucesión".

Esto da pie a valorar su aplicabilidad en el caso de la usucapión. Así, es posible que, a pesar de que el causante estuviere poseyendo el bien de buena fe, no ocurra lo mismo con su heredero. La interpretación del cúmulo a efectos de posesión no produce mayores inconvenientes si ambos están de buena o mala fe, dado que podrán agregar los plazos quinquenales o decenales, respectivamente (art. 92 CC). Sin embargo, si el heredero está de mala fe, el plazo de posesión de su causante le sumará solo a efectos de la posesión extraordinaria, en este sentido, el heredero puede usucapir agregando sus tres años al periodo de posesión anterior ejercido por su madre fallecida[71].

Cuanto afirmado sería válido con toda certeza en el caso en el que hubiera un único heredero, dado que debe recordarse que si el coheredero realiza una posesión compartida y no exclusiva sobre el bien hereditario, en este caso, le falta el *animus* para poder adquirir por usucapión extraordinaria[72]. De todos modos, esto no significa que no pueda proceder usucapión entre coherederos o comunes, sino que "para que opere esa prescripción por posesión exclusiva está condicionada a intervertir su situación de coposeedor a único poseedor, surgiendo la necesidad de precisar cuándo realmente los restantes comuneros o coherederos han sido excluidos, como para considerar que el único que quedó en posesión del bien, puede llegar a adquirir por usucapión la integridad de la cosa poseída" 73. Esto puede existir *a fortiori,* dado que el actual Código Civil no reproduce el art. 1528 del anterior Código Civil Santa Cruz por el cual se prohibía expresamente la adquisición por usucapión por los coherederos, ni por los consorcios (art. 1528 CC Santa Cruz: "la herencia indivisa y los bienes puestos en sociedad, no pueden prescribirse por los coherederos, ni por los consorcios"). Esto puede deducirse *a contrario* en cuanto el art. 1234 CC – debiéndose tener presente también lo dispuesto por el art. 49 CC - permite adquirir por usucapión en caso de coherederos, al poderse pedir la división del bien solo si este no ha sido adquirido en tal modo 74. Además, debe recordarse que incluso la acción de petición de herencia encuentra el límite de los efectos de la usucapión respecto a los bienes singulares (art. 1456 CC).

71 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n.171/2016 de 3 de marzo de 2016.

72 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 1074/2015 de 17 de noviembre de 2015.

73 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 567/2014, cit.

74 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 567/201, cit.

3. Finca y bien inmueble construido.

La jurisprudencia ha visto interpretar de manera elástica, en algunos casos, la posibilidad de demostrar el *animus*. Así, se ha sancionado que la realización actos externos como puede ser el sembradío en el terreno puede servir para demostrarlo. En este sentido, por lo tanto, no es necesario aportar la existencia de realización de construcciones dentro el inmueble. En consecuencia, la existencia de estos actos externos - a condición de que sean ininterrumpidos, públicos y pacíficos - permite adquirir por usucapión extraordinaria una finca con relativa propiedad inmueble demostrando que esta actividad se ha realizado en la finca durante el plazo de 10 años, aunque la casa construida en ella tenga una antigüedad de entre 6 y 8 años[75].

Igualmente, debe recordarse que el Tribunal Supremo ha considerado en pasado que la posesión física del inmueble puede realizarse también gracias a cierta tipología de actos como pueden ser: "sembrar, realizar alguna construcción, criar animales, poner bardas o cercas, delimitar la propiedad con muros perimetrales"[76].

4. Régimen agrario y civil del bien.

Otro aspecto característico que puede considerarse de relevancia es la posible interacción del régimen agrario y civil del bien. Por ello, el Tribunal Supremo de Justicia considera que la esfera agraria y civil del bien da lugar a dos regímenes legales y jurisdicciones distintos, por ello, el cómputo del plazo debe tener en consideración si el inmueble ha tenido o no en el pasado el mismo estado de destinación, sea este urbano o agrario. En este sentido, no pueden cumularse los plazos de posesión sobre el mismo inmueble al haber mutado del régimen agrario al civil[77].

En este caso, es importante valorar, en casos similares, la posible excepción de incompetencia (art. 128 Código de Procedimiento Civil), dado que, si el terreno es agrario, el juez competente será el juez agrario correspondiente y no el juzgado púbico civil y comercial. Con toda evidencia, en todo caso, deben cumplirse los diez años correspondientes, de lo contrario, la demanda se deberá rechazar por falta del fundamento fáctico.

75 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 109/2016 de 4 de febrero de 2016. En el caso concreto, la casa poseía un letrero que indicaba que el bien se encontraba en proceso de usucapión.

76 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 482/2015 - L de 26 de junio de 2015.

77 Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 236/2015 de 13 de abril de 2015: aquí se deniega la demanda, dado que se presentó la pretensión de haberse convertido en bien civil solo tras 6 años, aunque la posesión era de mayor duración.

VIII. CONCLUSIÓN.

El análisis efectuado ha permitido poner de relieve ciertas influencias que la normativa italiana del *Codice*[78] sobre usucapión ejerce sobre la boliviana; sin embargo, existen otros aspectos que se alejan, debido a las realidades social y jurídica del país.

Se han destacado algunos características peculiares que se verifican en el caso de bienes muebles y que, si bien están influidos por ordenamientos extranjeros, adquieren rasgos especiales que, en ciertas ocasiones, requieren la intervención judicial para poder mitigar y templar algunas aristas que surgen en relación con los procesos de adquisición. Este estudio ha evidenciado así la relevancia práctica y jurisprudencial que la usucapión ha tenido en los últimos años en el ordenamiento boliviano y puede concluirse cómo el instituto de la usucapión interacciona con peculiares características y da lugar a una copiosa jurisprudencia que ayuda a definir determinados aspectos analizados y sistematizados críticamente en las páginas anteriores.

Asimismo, se ha constatado la presencia de un peculiar formante legislativo. La aptitud del legislador permite observar algunas características propias del ordenamiento boliviano. Mediante leyes especiales se ha permitido utilizar la práctica de la usucapión masiva en determinados casos para poder permitir al ciudadano que adquiera su primera vivienda mediante procedimientos más abreviados con respecto a la normativa común. Esto permite no solamente sancionar la inactividad del propietario inicial, sino que también da pie a que se cumplan otras funciones del Derecho que van de la mano con algunos principios constitucionales.

El formante legislativo, actuado mediante una legislación especial, permite el acceso a la propiedad mediante procedimientos simplificados y que se conjugan de manera complementaria con las tradicionales reglas establecidas en el Código Civil. Por ello, en el ordenamiento boliviano, la usucapión llega a ser concretamente un modo de adquirir que cumple con la función social de la propiedad. Esto conduce a la presencia de una institución que se concibe mediante rasgos propios totalmente característicos, aunque origenariamente haya tenido sus bases en las influencias de ordenamientos extranjeros.

78 Ya se ha observado que, con carácter general, el modelo del Código Civil boliviano de 1975 recibe una influencia normativa del Código Civil italiano: Guzmán Brito, A., *La Codificación Civil en Iberoamérica*, cit., p. 524.

BIBLIOGRAFÍA

ANDALUZ, H.: "La estructura del sistema jurídico boliviano y las relaciones entre las fuentes de su derecho según la Constitución vigente", *Revista PUCV,* XXXIII, 2º semestre, 2009, pp. 455-496.

CANEDO, R.: *Código civil boliviano, comentado, concordado y anotado*, 2ª ed., Imprenta del Siglo, Cochabamba 1898.

GALINDO DECKER, H.: *Modos de Adquisición del Dominio (Modi Acquirendi Dominium),* Editorial Judicial, Sucre,1996.

GUZMÁN BRITO, A.: *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

JORDÁN, A.: *Un código civil perdido en los Andes*, Fundación Hans Seidel, La Paz, 1998.

MORALES GULLÉN, C.: *Código civil concordado y anotado*., 2ª ed. rev.y ampliada, editorial Gisbert y Cia. S.A., La Paz, 1982.

ORTIZ MATTOS, P.: *De los bienes y de los modos de adquirir la propiedad*, Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sucre- Bolivia, 1992.

ROMERO LINARES, R.: *Apuntes de Derecho civil boliviano,* Los amigos del libro, La Paz, 1965.

ROMERO SANDOVAL, R.: *Derecho reales,* 3a Ed., Los amigos del libro, La Paz, 1996.

SILES, H.: *Código civil boliviano concordado*, Lourdes Prat, Santiago, 1910.

TERRAZAS, M.: *Código civil boliviano, explicado y concordado*. Sucre, 1885.

VILLAFUERTE PHILIPPSBORN, L.: "Adquisición de la titularidad real por la posesión de buena fe en el código civil boliviano", *Fides et Ratio. Revista de Difusión cultural y científica de la Universidad La Salle en Bolivia*, n. 2, 2008, p. 86-101.

SENTENCIAS CITADAS.

1. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Tribunal Constitucional de Bolivia, 16 de marzo de 2004, exp. 2003-07691-15-RII.

2. Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 146 de 6 de junio de 2012.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 152 de 9 de agosto de 2012.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 183 de 30 de abril de 2013.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 258/2013 de 23 de mayo de 2013.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 374 de 22 de julio de 2013.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 394 de 22 de julio de 2013.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 625/2013 de 4 de diciembre de 2013.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 108/2014 de 27 de marzo de 2014

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 297/2014 de 13 de junio de 2014.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 560/2014 de 3 de octubre de 2014.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 567/2014 de 9 de octubre de 2014.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 656/2014 de 18 de diciembre de 2014.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 759/2014 de 30 de diciembre de 2014.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 236/2015 de 13 de abril de 2015.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 482/2015 - L de 26 de junio de 2015.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 1074/2015 de 17 de noviembre de 2015.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 3/2016 de 11 de enero de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 109/2016 de 4 de febrero de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n.171/2016 de 3 de marzo de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 281/2016 de 31 de marzo de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 472/2016 de 12 de mayo de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 518/2016 de 16 de mayo de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 727/2016 de 28 de junio de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 905/2016 de 27 de julio de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 1087/2016 de 19 de septiembre de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 1230/2016 de 28 de octubre de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 45/2017 de 24 de enero de 2017.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 157/2017 de 20 de febrero de 2017.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 259/2017, del 9 de marzo 2017.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 308/2017 de 27 de marzo de 2017.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 461/2017 de 8 de mayo de 2017.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 322/2018 de 2 de mayo de 2018.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 939/2018 de 1 de octubre de 2018.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 854/2019 de 28 de agosto de 2019.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 34/2020 de 20 de enero de 2020.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 42/2020 de 20 de enero de 2020.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 70/2015 de 30 de enero de 2020.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 137/2020 de 21 de febrero de 2020.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 212/2020 de 19 de marzo de 2020.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 232/2020 de 19 de marzo de 2020.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 245/2020 de 20 de marzo de 2020.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia: Auto Supremo n. 348/2020 de 7 de marzo de 2020.

CONSUMATORI, CONTRATTI E IMPRESE, TRA REGOLE GIURIDICHE E REGOLE DI MERCATO

CONSUMERS, CONTRACTS AND ENTERPRISES BETWEEN. LEGAL RULES AND MARKET RULES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1006-1033

Maria Cristina
CERVALE

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Il ruolo che il consumatore ha acquisito all'interno della società non è soltanto economico ma è anche giuridico perché il consumatore, in quanto soggetto debole, è divenuto il destinatario di un microsistema di norme che tendono a tutelarlo nella contrattazione e nel rapporto con gli imprenditori. Il codice civile del 1942, che pure prevede al suo interno istituti giuridici volti a disciplinare i casi in cui si creino delle disparità e delle asimmetrie nella contrattazione con l'imprenditore, lascia spazio al codice del consumo, in un contesto che vede svilupparsi nuove questioni legate alla tecnologia e, anche, all'intelligenza artificiale.

PALABRAS CLAVE: Consumatori; diritto dei consumatori; contraente debole; asimmetrie contrattuali; codice del consumo.

ABSTRACT: *The role that the consumer has acquired within society is not only an economic role but also a juridical one because the consumer, as a weak subject, has become the recipient of a microsystem of norms that tends to protect him/her in the negotiation and in the relationship with entrepreneurs. The civil code of 1942, which also provides for legal institutions aimed at regulating cases in which disparities and asymmetries are created in negotiations with entrepreneurs, leaves room for the consumer code, in a context that sees the development of new issues linked to technology and also to artificial intelligence.*

KEY WORDS: *Consumer; weak subject; disparities and asymmetries; consumer code.*

SUMARIO.- I. LA PROGRESSIVA EMERSIONE DELLA FIGURA DEL CONSUMATORE DAL CODICE CIVILE ALL'ATTUALE CONTESTO NORMATIVO.- II. LA CONTRATTAZIONE DI SERIE, I CONTRATTI PER ADESIONE E LA TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE.- III. I CONTRATTI DEL CONSUMATORE E IL CODICE DEL CONSUMO.- IV. LA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI QUALE CAUSA DI SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO NEL RAPPORTO TRA CONSUMATORE E PROFESSIONISTA.- V. IL DIVIETO DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.- VI. IL FORMALISMO DI PROTEZIONE QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL CONSUMATORE E LE QUESTIONI LEGATE ALLA CONTRATTAZIONE DIGITALE.- VII. QUALI PROSPETTIVE FUTURE.

I. LA PROGRESSIVA EMERSIONE DELLA FIGURA DEL CONSUMATORE DAL CODICE CIVILE ALL'ATTUALE CONTESTO NORMATIVO.

Le nuove frontiere rappresentate dallo sviluppo tecnologico, che caratterizza la vita di ognuno e assegna nuovi ambiti alla contrattazione privata, unitamente ad un mercato non più o non solo basato su relazioni in presenza, su percorsi di trattativa verbale o documentale nel senso tradizionale del significato, sulla parità e sull'equilibrio tra le posizioni negoziali, porta a riflettere circa l'attuale stato della normativa italiana che, attraverso una rilettura del codice civile e un'attività esegetica di completamento con i microsistemi di settore, fornisce spunti di analisi e pone interrogativi sui quali riflettere.

I temi delineati, proiettati in una dimensione economica e produttiva, possono condurre, nello specifico, ad una riflessione sulla posizione del consumatore, figura che, da qualche decennio, ha acquisito una propria autonoma considerazione, in Europa e in Italia, all'interno dei contratti, nel rapporto con le imprese e con riguardo all'applicabilità delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, queste ultime volte a fornire un rimedio negoziato alle esposizioni debitorie nelle quali anche il consumatore può incorrere[1].

1 Le procedure concorsuali delle crisi da sovraindebitamento sono state introdotte in Italia dal d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, convertito, con modificazioni, nella legge 17 febbraio 2012, n. 10, la cui disciplina è tuttavia confluita nella legge 27 gennaio 2012, n. 3. Il testo di quest'ultima legge è stato in seguito e per larga parte modificato dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221. Si tratta di procedure che per la loro applicabilità non richiedono la qualifica di imprenditore commerciale del soggetto indebitato, come è invece per il fallimento, e anzi tendono proprio a superare quel requisito soggettivo per concedere ad una platea più ampia di soggetti la possibilità di comporre, negozialmente e attraverso l'apporto di idonee professionalità, situazioni debitorie gravi destinate a divenire vera e propria insolvenza. Va rilevata tuttavia, in generale, la tendenza del legislatore italiano a ricercare forme di composizione della crisi di impresa alternative al fallimento. Ne costituisce un esempio la previsione della composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa, disciplinata dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147, una procedura però rivolta non al consumatore ma all'imprenditore commerciale o all'imprenditore agricolo che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza. nata dal Ne costituisce un esemistituire forme di la soluzione della crisi di impresa, disciplinata dal Ne costituisce un esem

• Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia. E-mail: mariacristina.cervale@univaq.it.

Da qualche decennio, si è detto, in quanto a voler partire dal testo del codice civile, il termine «consumatore» non compare nel linguaggio del legislatore: eppure, i consumatori, all'interno del mercato, in relazione agli scambi e alle relazioni commerciali, hanno da sempre animato il vivere sociale che su di essi ha basato ricchezza e benessere.

L'apparente vuoto lasciato da una mancata previsione codicistica trova conferma anche nel fatto che la voce «consumatore» non compare nei primi volumi pubblicati, in relazione ai vari istituti privatistici, da opere enciclopediche di indiscussa rilevanza, si pensi all'Enciclopedia del diritto. La figura del consumatore e le tematiche ad esso relative vengono recepite e approfondite in volumi editi solo successivamente all'interno della stessa opera, gli «Aggiornamenti», dedicati ad un completamento degli istituti inevitabilmente conseguenti ai mutamenti giuridici in corso[2].

Tuttavia, al vuoto linguistico riscontrabile nel codice civile può ritenersi che non corrisponda un assoluto vuoto concettuale se, aldilà dei termini, si cerchi di indagare sul ruolo che una parte contrattuale può vedersi riconosciuto da talune disposizioni normative inserite all'interno del codice nella parte dedicata al contratto e se, ancor più in generale, si tiene conto di alcune scelte di fondo effettuate dal legislatore nell'ambito dell'autonomia contrattuale. Si fa strada, gradualmente, il concetto di soggetto debole del rapporto contrattuale, riferito al consumatore di un bene o all'utente di un servizio, posto in relazione con il soggetto forte del suddetto rapporto contrattuale, ossia l'imprenditore.

Partendo da quest'ultimo profilo, il legislatore dimostra una spiccata e costante sensibilità verso la ricerca di un equilibrio tra le posizioni contrattuali assunte dalle parti, ricerca da effettuare in ogni fase della contrattazione: l'equilibrio deve sussistere al momento della conclusione del contratto ma deve preservarsi anche

2 In effetti, la voce relativa al consumatore o meglio ai contratti del consumatore, compare nel 2000, in un volume dedicato all'aggiornamento dell'opera: Chinè, G.: "Consumatore (contratti del)", *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, p. 400 ss. Prima ancora, Chinè, G.: "Il consumatore", *Diritto privato europeo*, (a cura di N. Lipari), I, Padova, 1997, p. 164 ss.; Alpa, G. e Chinè, G.: "Consumatore (protezione del) nel diritto civile", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XV, 1997, Appendice, Milano, p. 543 ss.; Jannarelli, A.: "La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori", *Diritto privato europeo*, cit., II, p. 489 ss. Si delinea sempre più la categoria dei soggetti deboli, tra i quali viene inserito anche il consumatore: Marinelli, F.: *Gli itinerari del codice civile*, 3ª ed., Milano, 2008, p. 82 ss.; Marinelli, F.: "La tutela civile dei soggetti deboli", *Giust. civ.*, 1994, II, p. 159 ss. La letteratura giuridica, poi, si arricchisce di numerosi contributi, tra i quali: Pagliantini, S.: *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatore e garanzie*, Pisa, 2021; AA.VV.: *Il diritto dei consumatori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, (a cura di M. Astone), Pisa, 2021; Soldati, N.: *Tutela del consumatore e procedure di sovraindebitamento*, Torino, 2020; Floridia, G.: "L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori", in AA.VV.: *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2020, p. 367 ss. Per un commento al testo del codice del consumo: AA.VV.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di E. Capobiano, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), Napoli, 2019; AA.VV.: *Codice del consumo*, (a cura di V. Cuffaro), Milano, 5ª ed., 2018; Barenghi, A.: *Diritto dei consumatori*, Milano, 2ª ed., 2020; AA.VV.: *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività,* enforcement, (a cura di L. Rossi Carleo), Torino, 2015; AA.VV.: *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da M. Franzoni), Torino, 2008.

durante lo svolgimento delle prestazioni assunte e deve orientare anche nella ricerca del significato contrattuale più aderente alla reale intenzione delle parti.

In tale ottica, si pensi, innanzi tutto, al principio di buona fede che, quale lealtà e correttezza di comportamento, regola le trattative (art. 1337 c.c.), l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). E, prima ancora, si pensi al principio generale di correttezza, previsto dall'art. 1175 c.c., cui debitore e creditore devono improntare il rispettivo comportamento[3].

Inoltre, rileva ai fini della riflessione l'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità della prestazione di una delle parti e, quindi, la previsione dell'art. 1467 c.c. secondo il quale, nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, «se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto…». E tuttavia, la risoluzione può essere evitata se la parte contro cui è domandata offre di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, terzo comma, c.c.). L'insorgere di fatti straordinari e non prevedibili diviene rilevante nei contratti con prestazioni corrispettive la cui esecuzione sia protratta o differita nel tempo e rappresenta una eventualità che va ad incidere sulla funzionalità del contratto che, pur rispecchiando in astratto gli interessi delle parti, non risulta più concretamente attuabile per il sopraggiunto mutamento delle condizioni di fatto in relazione alle quali il programma era stato concordato[4].

Si pensi, anche, alla rescissione del contratto che può essere pronunciata su domanda di chi abbia assunto obbligazioni inique in condizioni di pericolo per la propria o la altrui persona, note all'altra parte (art. 1447 c.c.). E poi, un'azione generale di rescissione per lesione è prevista nel caso di sproporzione tra le prestazioni che sia dipesa dallo stato di bisogno di una parte di cui l'altra parte abbia approfittato. La sproporzione tra i valori deve superare la metà e pertanto si parla di lesione *ultra dimidium*; inoltre, la lesione deve perdurare sino al tempo in cui la domanda è proposta (art. 1448 c.c.). Ma ulteriori sono i presupposti per l'esercizio di tale rimedio contrattuale. L'azione giudiziaria volta a far valere la rescissione si prescrive in un anno, termine piuttosto breve; la rescissione non può essere fatta valere in via di eccezione quando si sia prescritta l'azione, a differenza del caso dell'annullabilità del contratto; il contratto rescindibile non può essere convalidato dal soggetto legittimato ad impugnarlo (art. 1451 c.c.); la rescissione può essere evitata dalla parte contro la quale è proposta mediante l'offerta di una

3 Per un approfondimento della relazione tra le norme contrattuali del codice civile e quelle contenute in leggi speciali ad esso collegate: Addis, F.: "Il codice del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto", in *Studi in onore di Davide Messinetti*, (a cura di F. Ruscello), I, Napoli, 2008, p. 15 ss.

4 La sfasatura tra programma ed esecuzione, corrispondente a vizi funzionali del sinallagma, viene evidenziata già da Barcellona, P.: *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 363 ss.

modifica del contratto originario sufficiente a ricondurlo ad equità, attraverso il superamento o l'attenuazione della sproporzione (art. 1450 c.c.).

Tuttavia, vi è da rilevare come la disciplina contenuta nel codice civile fornisca, di fatto, una protezione poco efficace per il soggetto debole. Il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (art. 1467 c.c.) è praticamente poco utilizzato e non se ne fa un efficace ricorso neanche in questo particolare momento legato alla pandemia da Covid 19 e quindi alla effettiva possibilità che tale evento straordinario e imprevedibile possa incidere sull'equilibrio delle prestazioni contrattuali[5]. Ugualmente, l'istituto della rescissione è assai poco applicato perché presuppone numerose condizioni per il suo esercizio, soggiace ad evidenti limiti e, pertanto, trova poche conferme pratiche: l'eccezionalità del rimedio sta nel fatto che non tutti i contratti stipulati a condizioni inique sono rescindibili, ma soltanto quelli rispetto ai quali ricorrono tutti gli elementi che caratterizzano la fattispecie, e ricorrono tutti contemporaneamente[6].

Oltre la disciplina generale del contratto, in termini ancor più specifici, il legislatore individua rimedi volti a mantenere l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali anche all'interno della disciplina dei singoli contratti tipici: così, ad esempio, le norme sul contratto di appalto regolano, quale elemento naturale, l'onerosità o difficoltà nell'esecuzione delle prestazioni, soprattutto dell'appaltatore, prevedendo la possibilità della revisione dei prezzi nel caso in cui, per effetto di circostante imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto tra le parti (art. 1664, primo comma, c.c.). In tale ipotesi, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo concordato, pur se per la parte che eccede il decimo. Inoltre, qualora nel corso dell'opera, per cause geologiche, idriche e simili, sopraggiungano difficoltà di esecuzione che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto ad un equo compenso (art. 1664, secondo comma, c.c.). Anche nell'appalto dunque, tipico contratto di impresa, l'interesse dei contraenti alla realizzazione di un determinato risultato dedotto in contratto non esclude ma anzi pone in evidenza il rilievo delle vicende che possono intercorrere tra la conclusione del contratto e il raggiungimento del risultato prefissato. La norma in esame tende a garantire al rapporto giuridico

5 Più in generale, per quanto riguarda l'impatto che la pandemia da Covid 19 ha avuto sul consumatore, in una prospettiva interdisciplinare: AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis, Napoli, 2021.

6 Un'analisi dell'istituto della rescissione in relazione alle regole di mercato ed alla circostanza che può ricorrere uno squilibrio oggettivo tra le parti che prescinde dallo stato di bisogno in senso stretto: Barcellona, P.: *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 352 ss.

una flessibilità funzionale all'attuazione del programma concordato e consente ad entrambi i contraenti il controllo del sinallagma durante l'esecuzione[7].

Gli esempi potrebbero essere tanti e ulteriori, si pensi anche alla regola finale posta a chiusura delle norme sulla interpretazione del contratto secondo la quale, qualora nonostante l'applicazione delle disposizioni dettate (artt. 1362 - 1369 c.c.) il contratto rimane ancora di significato oscuro, «esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se a titolo oneroso» (art. 1370 c.c.). Si tratta di soluzione giuridiche tutte rispondenti alla medesima *ratio*: consentire e incentivare la contrattazione tra le parti ma, al tempo stesso, garantire la proporzionalità delle prestazioni, evitare situazioni di approfittamento di una parte rispetto all'altra, offrendo se necessario una modificazione del contratto idonea a ristabilire il turbato equilibrio delle prestazioni.

La fitta trama dei rapporti contrattuali, pertanto, è caratterizzata dalla previsione di principi di simmetria tra le posizioni contrattuali, di conservazione degli atti giuridici, di rimedi volti a ricondurre ad equità le prestazioni assunte, di rimedi volti ad integrare, se necessario, il contenuto contrattuale liberamente deciso dalle parti[8]: tale è il contesto normativo entro il quale, progressivamente, si delinea in modo autonomo la figura del consumatore e il ruolo dallo stesso assunto in una contrattazione sempre più frequente e frenetica. Il contratto che vede la partecipazione del consumatore e dell'imprenditore peraltro, di per sé, sin dal suo sorgere e non per cause sopraggiunte, regola tra le parti un rapporto non paritario né da un punto di vista economico né da un punto di vista di potere negoziale[9].

Il diritto delle regole deve mostrarsi in grado di recepire la geometria variabile delle tradizionali categorie giuridiche, dovuta al mutamento sociale ed economico degli ultimi decenni, prendendo atto della evoluzione dell'attività produttiva, dell'intensificazione delle offerte commerciali rimesse alla concorrenza competitiva tra i vari produttori e alle valutazioni di profitto da questi compiute, della possibilità di procurarsi beni di consumo anche attraverso proposte finanziarie accessibili a

7 Sulla rilevanza del principio di proporzionalità nell'appalto: Polidori, S.: "L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 569 ss.

8 Si pensi alla c.d. volontà assistita ovvero una particolare forma di integrazione del consenso, di cui ne costituisce esempio la normativa delle locazioni di immobili urbani (l. 27 luglio 1978, n. 392, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, e successive norme in materia): Marinelli, F.: *Gli itinerari del codice civile*, cit., p. 74. Per quanto riguarda l'analisi di tali dinamiche contrattuali: Chiarella, L.M.: *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016.

9 Cfr. Zoppini, A.: "Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo *ius variandi* nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.; Zoppini, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. coop.*, 2008, p. 49 ss.

tutti[10]. Il quadro si completa se si pone mente allo straordinario sviluppo della tecnologia e, oggi, all'inevitabile ruolo svolto anche dalla robotica e dall'intelligenza artificiale come strumento di intensificazione dei rapporti commerciali: tutte variabili che hanno reso necessario qualificare, da un punto di vista giuridico, il consumatore e valutare l'idoneità degli strumenti giuridici volti alla sua tutela[11].

II. LA CONTRATTAZIONE DI SERIE, I CONTRATTI PER ADESIONE E LA TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE.

Ci si è soffermati su alcuni istituti giuridici riguardanti il contratto in generale e si è rilevata la possibilità che essi costituiscano un primo rimedio che contemperi l'efficacia del contratto con la funzionalità dello stesso, quale strumento di soddisfazione di reciproci interessi nel segno della proporzionalità tra le prestazioni.

Sempre all'interno delle disposizioni generali sul contratto, il legislatore, oltre a disciplinare, con gli istituti già presi in considerazione, strumenti volti a garantire, da un punto di vista oggettivo, il perdurante equilibrio tra le prestazioni contrattuali, volge attenzione anche alla disciplina del profilo soggettivo, riguardante l' «essere» dei soggetti coinvolti, le modalità di formazione e di manifestazione della volontà contrattuale che dovrebbe esprimersi attraverso un consenso libero, consapevole, autodeterminato.

Il codice civile considera, in modo particolare, le forme di contrattazione per adesione, all'interno delle previsioni degli artt. 1341 e 1342 c.c. in cui si tende a mantenere un equilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti attraverso la formazione di un accordo che tuteli l'esigenza di conoscenza di quanto sottoscritto. Entrambe le disposizioni si rivolgono essenzialmente alla contrattazione di serie. La prima norma disciplina le condizioni generali di contratto, ossia quelle clausole contrattuali predisposte da uno soltanto dei contraenti che «sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovute conoscerle usando l'ordinaria diligenza». La seconda disposizione, invece, riguarda il contratto concluso mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, già predisposti unilateralmente da una sola delle parti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali: le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle originarie qualora siano incompatibili con queste ultime, anche se non sono state cancellate.

10 Si segnala in proposito: Franzoni, M.: "Il contratto nel mercato globale", *Contr. impr.*, 2013, 1, p. 69 ss.; Perlingieri, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 877 ss.; Ferri, G.B.: "La "cultura" del contratto e le strutture del mercato", *Diritto privato europeo e categorie giuridiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, p. 177 ss.

11 Con riguardo agli effetti che l'impiego della robotica sta creando in numerosi ambiti della vita privata: Perlingieri, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1236 ss.

Pertanto, al codice civile italiano, sin dal 1942, non sfugge la percezione che vi possano essere schemi contrattuali in cui taluno, soggetto forte, predisponga unilateralmente condizioni generali di contratto, da valere nei confronti del soggetto debole, ed anzi il testo normativo si preoccupa di riconoscerne la efficacia qualora sia soddisfatta un'esigenza di conoscenza o di conoscibilità. Così come il codice individua situazioni nelle quali la regolamentazione dei rapporti giuridici avviene in modo uniforme e ripetitivo, prevedendo a tal fine la figura del contratto concluso mediante moduli o formulari e disciplinando la possibile prevalenza delle clausole aggiunte al modulo già unilateralmente predisposto.

Le fattispecie regolate, rispettivamente, dagli artt. 1341 e 1342 c.c., nonostante la sopravvenuta normativa di settore, hanno riscontro pratico ed una riconosciuta efficacia giuridica. In tali norme, da un punto di vista terminologico, non si parla né di consumatore né di imprenditore, eppure tali figure si evincono dalla contrapposizione tra colui che predispone unilateralmente le condizioni generali di contratto e i contratti conclusi mediante moduli o formulari, e colui che invece può aderire o meno e, se necessario, sottoscrivere in modo espresso talune clausole particolarmente onerose perché vessatorie.

Se si torna indietro nel tempo e si collocano le citate previsioni nell'esatto contesto in cui sono entrate in vigore, esse si lasciano apprezzare sia per il contenuto sia per la funzione svolta nei termini sopra specificati, sottolineando altresì come il dettato normativo, rimasto invariato nel corso degli anni, abbia anticipato la visione di un'economia liberale basata su una intensa contrattazione di serie, predisponendo meccanismi di tutela della parte che non partecipa in modo attivo alla determinazione del testo contrattuale e che si trova nell'alternativa tra il concludere o meno un contratto già formato nel suo contenuto essenziale. I margini di trattativa sono notevolmente ridotti e limitati ad aspetti poco essenziali nella dinamica del rapporto.

Ma, anche in tali casi, le previsioni degli artt. 1341 e 1342 c.c. non garantiscono una tutela sempre efficace del contraente debole. Anche in tali fattispecie, infatti, potrebbe accadere che l'aderente, di fronte alla formula che richiama le clausole onerose, firmi meccanicamente senza leggerne prima il contenuto o leggendolo velocemente, in considerazione delle modalità in cui tali clausole sono scritte e dei tempi ristretti della contrattazione che non consente una adeguata riflessione sul testo. Inoltre, anche ammesso che l'aderente legga e comprenda il significato contrattuale delle stesse, ben difficilmente ne potrebbe ottenere una modifica da parte del predisponente: pertanto, si troverà nella alternativa tra il sottoscrivere quel contratto o il non sottoscriverlo; raramente potrà trattare ed ottenere eventuali modifiche.

L'emersione di tali esperienze, sempre più frequenti ma anche sempre più problematiche, ha fatto sì che, nel tempo e recuperando un concetto storico di rilevante significato, si sia profilato lo *status*[12] di consumatore, contrapposto o comunque distinto dallo *status* di imprenditore commerciale, pur se, con riguardo a quest'ultimo, occorre precisare che non sempre l'essere imprenditore significa rivestire automaticamente una posizione contrattuale forte: si pensi a tutti i casi in cui il contratto intercorre tra due imprenditori di cui uno riveste di fatto una posizione privilegiata e dominante rispetto all'altro.

La caratteristica dei nuovi *status* è data dal fatto che essi non costituiscono un *prius* che risale alla nascita del soggetto e lo ingloba naturalmente in una data categoria sociale; essi piuttosto costituiscono un *posterius* rispetto alla situazione di partenza in quanto si generano successivamente a seguito del verificarsi di condizioni personali particolari: così lo *status* di consumatore è coincidente con l'identità di colui che domanda sul mercato beni o servizi; lo *status* di professionista è collegato a colui che offre sul mercato i beni o i servizi richiesti; lo *status* di conduttore individua tutti coloro che soddisfano l'esigenza abitativa attraverso il contratto di locazione. E tali *status* corrispondono ad altrettanti *status* sociali[13].

12 Il concetto di *status,* le sue origini nell'ambito familiare e rifacendosi quindi agli *status* della società romana classica ossia lo *status familiae*, *civitatis* e *libertatis*, viene efficacemente ripreso e approfondito nella sua evoluzione storica da H. Maine (Kelso, Scozia, 1822 – Cannes, 1888), giurista e storico inglese che, a metà dell'Ottocento, con il suo libro *Ancient Law* approfondisce il tema: Maine, H.S.: *Ancient Law*, London, 1861, che può leggersi in lingua italiana in Maine, H.S.: *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, in *Civiltà del diritto*, 63, Milano, 1998. Il rapporto tra *status* e capacità viene approfondito, poi, da Alpa, G.: *Status* e *capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, il quale ripercorre il concetto nella sua evoluzione storica e tratteggia una società basata sugli *status* in cui l'appartenenza ad una classe sociale era stabilita dalla nascita, l'ordine della società medievale era il riflesso dell'ordine divino e il servo della gleba diviene il simbolo di tale ordine. Né la situazione migliora nei secoli seguenti dove, tuttavia, lo *status* individua situazioni sociali ed economiche nuove, diverse ma pur sempre caratterizzate dall'individuare una situazione della persona connessa con la sua appartenenza ad una data comunità: si pensi, appunto, allo *status* di consumatore. Per ulteriori approfondimenti sullo status che tende a svilupparsi anche nel settore dell'economia, Marinelli, F.: *Itinerari del codice civile*, cit., p. 75.
Sugli *status* nel diritto romano, appare utile il richiamo a Volterra, E.: *Istituzioni di diritto privato romano*, ristampa, Roma, 1980, p. 50, il quale ritiene che «la nozione di *status* nel diritto romano vada intesa come la posizione giuridica che un individuo assume di fronte alla comunità organizzata nello Stato romano, cioè il complesso dei diritti e dei doveri, dei quali l'ordinamento giuridico statuale gli riconosce la capacità di essere rispettivamente soggetto attivo e passivo».
Ancora, si legga in proposito Rescigno, P.: *Manuale del diritto privato italiano*, VII ed., Napoli, 1986, che, dopo aver esaminato gli stati tradizionali, quali quelli di libertà, di cittadinanza, di famiglia, indica, con il termine stato, «la situazione di una persona connessa con la sua appartenenza ad una comunità» (p. 148). L'autore ricorda come, nel linguaggio normativo la parola *stato* compaia anche con riguardo a situazioni episodiche e contingenti, come lo stato di pericolo o lo stato di bisogno (di cui si è parlato, ad esempio, con riguardo alla rescissione del contratto): «più correttamente, per i fatti contemplati in quelle norme, dovrebbe preferirsi il termine "situazioni"», pur avvertendo che anche tale termine si presta a significati diversi (p. 150).

13 Vengono individuati prevalentemente due modi di atteggiarsi dello *status*: lo *status* inteso come posizione, tendenzialmente stabile o permanente, dell'essere umano rispetto ad una collettività, da cui trae forza e identità, detto *status* comunitario; lo *status* inteso come qualità essenziale che individua un essere umano come soggetto ossia come entità invariabile, a prescindere dalle vicende che in relazione alla detta qualità potrebbero verificarsi, detto *status* individualistico o soggettivistico: Corasaniti, A.: "Stato delle persone", *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss. Si veda anche, sull'argomento, Bernardini, M.G.: "Il soggetto vulnerabile. "Status" e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa", *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 365 ss.

In questa nuova prospettiva, è sempre il contratto che si pone come l'atto che media tra le due posizioni con una funzionalità plurima: esso è strumento essenziale per il soddisfacimento di bisogni sempre più vari dei consumatori e, al tempo stesso, fonte di profitto per l'imprenditore, il quale non soltanto studia quali e quante siano le tecniche più agevoli per la conclusione degli affari ma supera anche i confini della tipicità e crea nuove soluzioni negoziali atipiche.

III. I CONTRATTI DEL CONSUMATORE E IL CODICE DEL CONSUMO.

Lo scenario è caratterizzato da temi e questioni nuovi che sopraggiungono con l'avvento della tecnologia; quest'ultima, infatti, ha dato vita a nuove modalità di conclusione dei contratti, agevolandone il perfezionamento a condizioni giuridiche nuove.

La più accentuata serialità che si riscontra nella contrattazione in esame consegue ad una grande varietà di modelli contrattuali ideati ed adattati a qualsiasi tipologia di consumatore con qualsiasi tipo di capacità reddituale. Inoltre, l'estrema rapidità nella conclusione delle transazioni commerciali, l'apposizione di firme digitali su dispositivi informatici che prescindono dal requisito di forma cartaceo, quasi scomparso, consentono al consumatore di «intuire» il contenuto di un contratto che gli verrà inviato, forse e successivamente, per posta elettronica. Si ha la sensazione che l'altra parte del contratto, ossia l'imprenditore/professionista o, per lui, l'operatore commerciale autorizzato alla contrattazione, riduca la fase della trattativa ad una mera attività esecutiva di una serie di atti in successione quasi meccanica tra loro e si constata, purtroppo, che il delicato momento della formazione del consenso viene sostituito da condotte oggettivate in percorsi informatici già prestabiliti e non più discutibili[14]. Si ha la sensazione, peraltro corrispondente alla realtà, che in tale forma di contrattazione il pensiero sia stato sostituito dal calcolo informatico e che l'algoritmo, basato su formule oggettive e svincolate da qualsiasi intuizione dell'essere vivente, abbia preso il posto del ragionamento.

Si tratta di prendere atto di queste nuove modalità operative e del fatto che non si possa prescindere da una contrattazione che comunque vivacizza il mondo degli affari e soddisfa gli interessi sempre più vari dei consumatori. Una contrattazione di cui sta diventando protagonista un nuovo interlocutore: l'intelligenza artificiale la quale, attraverso l'interazione di una combinazione di formule, il ricorso a procedimenti digitali, l'elaborazione dei dati, avvicina il diritto all'informatica, o

14 Per un approfondimento della tematica dei contratti telematici contenenti clausole vessatorie: Battelli, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione *on line* delle clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1035 ss. Sulla espansione della tecnologia robotica anche con riguardo ai rapporti di diritto privato e alla protezione del consumatore: Perlingieri, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1235 ss.

forse l'informatica al diritto, e ciò non solo nell'ambito dell'attività negoziale[15]. Certamente, il ruolo svolto dall'intelligenza artificiale è notevole e intensifica una problematica che riguarda non soltanto i casi in cui l'utilizzo dell'informatica rappresenta un mezzo di comunicazione della volontà ma anche quei casi in cui il computer agisce in modo automatico ed autonomo in relazione ad una assoluta prevedibilità del comportamento del consumatore[16].

Tuttavia, nonostante lo sforzo ricostruttivo ed interpretativo volto a ricercare, all'interno del sistema, i mezzi giuridici più utili per una tutela efficace del consumatore, si è reso necessario intervenire dapprima con l'introduzione nel codice civile degli artt. 1469 *bis* ss. c.c., poi abrogate[17]; successivamente con l'entrata in vigore del codice del consumo, ossia il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206: le regole di riferimento, infatti, dal codice civile si sono trasferite nel codice del consumo, pur rimanendo in vigore gli artt. 1341 e 1342 c.c., compatibilmente con la nuova normativa. Una normativa in continua evoluzione per essere più aderente alle tematiche legate alla contrattazione con il consumatore: in proposito, si vuole fare riferimento, da un lato, al d. lgs. 4 novembre 2021, n. 170, relativo ai contratti di vendita di beni che sostituisce il capo I, del titolo III, della parte IV del codice del consumo (artt. 128 ss.)[18]; dall'altro, al d. lgs. 4 novembre 2021, n. 173, relativo ai contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, che, dopo il capo

15 Franzoni, M.: "Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale", *Jus civile*, 2021, 1, p. 4 ss.

16 Le nuove tematiche introdotte dall'intelligenza artificiale hanno progressivamente interessato la dottrina civilistica italiana. In particolare, di recente: Perlingieri, P.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", *Tecn. e dir.*, 2020, p. 184 ss.; Proietti, G.: *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica*, Milano, 2020, p. 113 ss.; Fidotti, S.: "Nuove forme contrattuali nell'età della Blockchain e del Machine Learning. Profili di responsabilità", in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2020, p. 325 ss.; Frattari, N.F.: "Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale", *Contr. impr.*, 2020, p. 458 ss.; Rinaldi, G.: "Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain", *ivi*, p. 343 ss. E ancora, Proto, M.: "Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto", in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, p. 175 ss.; Nervi, A.: "La trattativa robotica", *ivi*, p. 283 ss.; Di Giovanni, F.: *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2020, p. 251 ss. Con riferimento specifico al trattamento dei dati personali da parte di banche dati e alla tutela del diritto alla riservatezza, non possono non essere ricordate le pagine di Frosini, V.: *Informatica, diritto e società*, Milano, 1988, e quelle di Rodotà, S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; Rodota' S.: "La privacy tra individuo e collettività", in *Pol. dir.*, 1974, p. 545 ss. ettività, in Pol, dir., 1974, p.llo sociale, Bologna, 1973; Id., la privacy tra individuo e collettività, in Pol, dir., 1974, p. ettività, in Pol, dir., 1974, p.llo sociale, Bologna, 1973; Id., la privacy tra individuo e collettività, in Pol, dir., 1974, p.

17 L'evoluzione normativa segue lo sviluppo di una tematica sempre più sentita e oggetto di approfondimento. Pertanto, gli interventi dottrinali successivi all'introduzione degli artt. 1469 *bis* ss. c.c. sono immediati: Castronovo, C.: "Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive", *Europa e diritto privato*, 1998, p. 5 ss.; Roppo, V., "La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici", *Europa e diritto privato*, 1998, p. 65 ss. Sul rapporto tra contrattazione di impresa e diritto dei consumatori: Barcellona, P.: *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 379 ss., nelle cui pagine si approfondisce la relazione tra autonomia privata, contratto, impresa e mercato.

18 Il d. lgs. n. 170 del 2021 è stato adottato in attuazione della direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE e che abroga la direttiva 1999/44/CE.

I, del titolo III, della parte IV del codice del consumo, inserisce il Capo I-*bis* (artt. 135 *octies* ss.)[19].

Il codice del consumo tratteggia l'identità del consumatore e anche dell'utente, lo pone in relazione con il professionista-imprenditore, ne cura i diritti fondamentali e gli offre gli strumenti di tutela più efficaci[20].

Da un punto di vista oggettivo, i diritti dei consumatori, individuali e collettivi, sono riconosciuti e garantiti dall'art. 2, cod. cons., ed essi sono qualificati come «diritti fondamentali», secondo un elenco che comprende: il diritto alla tutela della salute; alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà; all'educazione al consumo; alla correttezza, alla trasparenza e all'equità dei rapporti contrattuali; alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo tra i consumatori e gli utenti; all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza. L'aver riconosciuto dei diritti fondamentali in favore del consumatore pone il decreto legislativo in esame in perfetta sincronia con i principi affermati nella Costituzione e con una lettura costituzionalmente orientata delle norme che, ad oggi, costituisce un criterio interpretativo efficace e coerente con il sistema.

Da un punto di vista soggettivo, il testo normativo in esame individua preliminarmente i protagonisti delle vicende contrattuali attraverso la definizione delle nozioni di «consumatore o utente» e del «professionista» e ciò a differenza dell'art. 1341 c.c. che si riferisce a qualsiasi predisponente e a qualsiasi aderente e applica la nuova disciplina soltanto ai contratti in cui aderente sia un consumatore e predisponente sia un professionista. Le due figure sono definite dall'art. 3 cod. cons., secondo il quale il professionista è «la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale»; il consumatore o utente è, invece, «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

L'ambito disciplinato dal codice del consumo per quanto riguarda i soggetti è più ristretto di quello disciplinato dall'art. 1341 c.c.: il primo, infatti, si riferisce soltanto al consumatore nella relazione con il professionista; il secondo, invece, riguarda qualsiasi contraente che si pone nei confronti di colui che predispone il contenuto contrattuale. Da altre prospettiva, invece, le previsioni del codice del consumo

19 Il d. lgs. n. 173 del 2021 è stato adottato in attuazione della direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

20 Cfr. Memmo, D.: "Le finalità e l'oggetto del Codice", in *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da M. Franzoni), cit., p. 5 ss.

sono più ampie di quelle risultati dall'art. 1341 c.c.: quest'ultimo riguarda soltanto i contratti standard, predisposti per regolare in maniera uniforme un indefinito numero di rapporti giuridici; la nuova disciplina, invece, non si applica soltanto alle contrattazioni che si ripetono in serie ma si applica anche ai contratti relativi ad un singolo affare con un singolo cliente, purché predisposti unilateralmente dal professionista e non negoziati con il consumatore: il codice del consumo regola, pertanto, tutti i contratti conclusi tra professionista e consumatore e non solo i contratti standard.

IV. LA VESSATORIETA' DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI QUALE CAUSA DI SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO NEL RAPPORTO TRA CONSUMATORE E PROFESSIONISTA.

Il codice del consumo disciplina, poi, in modo dettagliato un punto nevralgico della contrattazione tra consumatore e professionista ossia quello riguardante le clausole vessatorie che normalmente sono inserite all'interno del contenuto contrattuale. Sono vessatorie quelle clausole «che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33, primo comma)[21].

Il criterio posto a fondamento del concetto di vessatorietà consiste innanzi tutto nel «significativo squilibrio» delle posizioni contrattuali, criterio generale meglio specificato nei commi successivi dell'art. 33. Ad esempio, sono considerate vessatorie le clausole che escludono o limitano la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista (art. 33, secondo comma, lett. *a*); e ancora, quelle che riservano al professionista di aumentare il prezzo del bene venduto o del servizio prestato senza che il consumatore possa recedere dal contratto se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto (art. 33, secondo comma, lett. *o*). Occorre precisare che, ai sensi dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

Da altra prospettiva, invece, la vessatorietà di una clausola è valutata sulla base di tre criteri positivi: la natura del bene o del servizio oggetto del contratto, ad esempio in relazione a determinate modalità di pagamento del prezzo; le

21 Sulle clausole vessatorie, in generale: AA.VV.: *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, a cura di A. Belelli, L. Mezzasoma e F. Rizzo, Napoli, 2014; Minervini, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999; Patti, S.: "Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore", *Tratt. contr.*, diretto da P. Rescigno, a cura di E. Gabrielli, *I contratti in generale*, I, Torino, 1999, 311 e 317 ss.; De Nova, G.: *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.

«circostanze esistenti al momento della sua conclusione»; la presenza di «altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende», nel senso che una clausola in sé e per sé fonte di squilibrio, potrebbe tuttavia essere giudicata non vessatoria qualora risultasse riequilibrata da un'altra clausola dello stesso contratto o di un contratto collegato con quello sotto giudizio, che dispongano significativi vantaggi per il consumatore (art. 34, primo comma, cod. cons.).

La vessatorietà, inoltre e come già rilevato, può ricorrere «malgrado la buona fede», criterio quest'ultimo che, in termini di lealtà e correttezza, completa il concetto di significativo squilibrio contrattuale (33, primo comma, cod. cons.), con la conseguenza che la valutazione del carattere vessatorio prevale sul comportamento in buona fede.

La tutela del consumatore, ancora, si completa con la specifica previsione di una presunzione *iuris tantum* circa la natura vessatoria delle clausole contrattuali nel senso che esse «si presumono vessatorie fino a prova contraria», secondo l'indicazione contenuta sempre nel citato art. 33, secondo comma, cod. consumo.

Complessivamente, le clausole vessatorie possono convenzionalmente classificarsi in due categorie: clausole di sbilanciamento e clausole di sorpresa. Le prime, tendono ad evitare il significativo squilibrio che si manifesta come «asimmetria delle posizioni sostanziali o processuali delle parti» e, come esempio, si può ricordare alla clausola che riduce la responsabilità del professionista. Le seconde, tendono ad evitare che il consumatore subisca uno squilibrio contrattuale dopo la conclusione del contratto a seguito del verificarsi di «situazioni contrattuali imprevedibilmente diverse da quelle che, secondo ragionevolezza, egli poteva attendersi»: l'effetto sorpresa può riguardare la formazione o la permanenza del vincolo contrattuale, il contenuto del regolamento contrattuale, la stessa identità della controparte.

Una clausola, inoltre, pur presentando a prima vista i caratteri della vessatorietà potrebbe non essere tale in quanto il suo contenuto coincide con quello di disposizioni di legge o di convenzioni internazionali (34, terzo comma, cod. cons.); così come «non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale» (34, quarto comma, cod. cons.). Tale ultima disposizione, peraltro, andrebbe applicata con cautela in quanto la trattativa privata non garantisce in modo automatico che il consumatore abbia effettivamente acquisito un consenso informato e consapevole, con il rischio che il metodo della trattativa individuale possa costituire un modo per eludere l'applicazione delle norme poste a tutela del consumatore. Tuttavia, un limite all'applicabilità della citata norma può individuarsi nella previsione dell'art. 36, secondo comma, che disciplina la nullità di alcune clausole che, pur se concordate a trattativa privata, riguardano determinate ipotesi. Esse sono: quelle che escludono o limitano la responsabilità

del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; quelle che escludono o limitano le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; quelle che prevedono l'adesione del consumatore come estesa a tutte le clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto (art. 36, secondo comma, cod. cons.).

Su tale aspetto, peraltro, l'art. 34, quinto comma, afferma che: «nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore». La circostanza che l'onere della prova gravi sul professionista si giustifica con la necessità di tutelare il soggetto debole del rapporto e spiega perché, nonostante la vigenza del codice del consumo, si continui a fare riferimento nelle singole contrattazioni agli artt. 1341 e 1342 c.c.

Di rilievo, altresì, la previsione del canone di interpretazione delle clausole contrattuali secondo il quale alle stesse va attribuito il significato più favorevole per il consumatore (art. 35, cod. cons.). Tale disposizione si ricollega idealmente all'art. 1370 c.c. secondo il quale le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti, si interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.

E, ancora, l'art. 36, primo comma, cod. cons., prevede, significativamente, la «nullità di protezione» ossia un particolare tipo di nullità che colpisce soltanto le clausole considerate vessatorie, mantenendo la validità del contratto per il resto. La norma appare coerente con il principio di conservazione del contratto e la tutela del contraente debole nel senso che, espunte dal testo le clausole vessatorie, l'accordo mantiene la funzione di regolamentazione dei privati interessi economici. Inoltre, la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice[22].

V. IL DIVIETO DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.

L'esperienza maturata in relazione a comportamenti commerciali scorretti, realizzati dagli operatori attraverso condotte dolose, minacciose, insistenti

22 Su tale aspetto: Polidori, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; Russo, D.: "Rilievo officioso e nullità di protezione", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 139 ss.; Recinto, G. e Nuccio, M.R.: "Le nullità di protezione", in AA.VV.: *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma e S. Churty, Napoli, 2014, 143 ss.; Prisco, I.: *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012; Gentili, A.: "La 'nullità di protezione'", *Europa diritto privato*, 2011, 4, 79 ss.

e fastidiose, comunque tali da alterare considerevolmente la capacità di autodeterminazione consapevole del destinatario di tali condotte, ha portato il legislatore dapprima a disciplinare l'attività pubblicitaria ingannevole (d. lgs. 2 agosto 2007, n. 145) e successivamente, in un contesto più ampio, a disciplinare il comportamento commerciale del professionista rivolto al consumatore. Pertanto, il codice del consumo riordina anche i comportamenti del professionista che possono alterare la corretta autodeterminazione del consumatore attraverso il divieto delle pratiche commerciali scorrette.

Tali pratiche possono consistere in qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità, posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di prodotti ai consumatori, che sia idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale ed è falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge[23].

La normativa sulle pratiche commerciali scorrette, introdotta all'interno del codice del consumo dal d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 146 e successive modificazioni e integrazioni, rimodula anche la disciplina della pubblicità ingannevole inserendola in un contesto più ampio riguardante il comportamento commerciale del professionista-imprenditore che, attraverso messaggi persuasivi e slogan, può colpire la sensibilità del destinatario, soprattutto se anziano o minore, ed indurlo a tenere una condotta commerciale che altrimenti non avrebbe tenuto[24].

Il divieto delle pratiche commerciali scorrette riguarda le due forme delle pratiche commerciali ingannevoli e delle pratiche commerciali aggressive (artt. 18 ss., cod. cons.): entrambe sono vietate e sono caratterizzate da contrarietà alla diligenza professionale, da falsità e idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio. Più in particolare, le pratiche commerciali ingannevoli, contengono informazioni non corrispondenti al vero o comunque idonee ad indurre in errore il consumatore medio (artt. 21 ss., cod. cons.); le pratiche commerciali

23 Per il ruolo che il messaggio pubblicitario svolge nei confronti del consumatore medio: Seminara, A.P.: "Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità", *Contr. impr.*, 2020, p. 493 ss.

24 Per un approfondimento della disciplina di recepimento della direttiva 2005/29/CE introdotta dagli artt. 18 ss., cod. cons., e dei decreti di attuazione (d. lgs. 2 agosto 2007, n. 145 e d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146), si vedano: Magli, C.: "Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa", *Contr. impr.*, 2019, p. 716 ss.; Marino, G.: "Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contatto del consumatore", *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 137 ss.; Bargelli E., Di Nella L. e Di Raimo, R.: *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008; Granelli, C.: "Le 'pratiche commerciali scorrette' tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo", *Obbl. contr.*, 2007, p. 776 ss.; Libertini, M.: "Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette", *Contr. impr.*, 2009, p. 73 ss.

aggressive, invece, sono caratterizzate da molestie, coercizione, ricorso alla forza fisica che limitano o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio (artt. 24 ss., cod. cons.). Le norme, poi, sono ancora più dettagliate ed individuano ulteriori comportamenti da ricondurre all'una o all'altra pratica commerciale scorretta. E' pur vero che le pratiche commerciali scorrette, siano esse ingannevoli o aggressive, evocano gli istituti del dolo e della violenza quali vizi della volontà disciplinati dal codice civile ai fini dell'annullabilità del contratto. Tuttavia, la specifica previsione normativa in esame rende maggiormente efficace la tutela del consumatore, sancendone il divieto ed imprimendo al professionista un criterio comportamentale puntuale, preciso e rigoroso.

In questo ambito, viene anche disciplinata la modalità di comunicazione pubblicitaria, comprese le televendite, al fine di evitare situazioni di approfittamento sul consumatore, debole per motivi di paura, credulità, superstizione, età (si pensi ai minori[25]). Inganno e aggressività, in senso lato, impediscono la formazione di un consenso libero, pieno, consapevole e ciò altera sia il comportamento del consumatore sia la libertà di concorrenza tra professionisti.

In conclusione, da un punto di vista negoziale, il codice del consumo disciplina le modalità contrattuali di conclusione dei contratti tra consumatore e professionista; le informazioni precontrattuali cui il primo ha diritto; il diritto di recesso del consumatore e tanti altri aspetti tutti finalizzati a ricomporre in equilibrio le posizioni contrattuali.

VI. IL FORMALISMO DI PROTEZIONE QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL CONSUMATORE E LE QUESTIONI LEGATE ALLA CONTRATTAZIONE DIGITALE.

La condizione di debolezza che caratterizza, come appare evidente, la posizione del consumatore a fronte di una posizione dominante che è quella del professionista, ha portato il legislatore a prevedere il requisito della forma scritta *ad substantiam*, in particolare la forma dell'atto pubblico, tutte le volte in cui sia possibile il verificarsi di una asimmetria contrattuale: la forma scritta solenne richiama l'attenzione del contraente sulla incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica e costituisce il mezzo per garantire completezza, trasparenza, chiarezza del contenuto negoziale.

25 La posizione dei minori è molto delicata, anche in relazione ai *social networks* e alla eventuale responsabilità genitoriale in caso di uso inopportuno dei suddetti strumenti: si pensi al trattamento dei dati personali e alla sfumata distinzione tra profilo informativo e profilo consensuale. Su tali aspetti: Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei *social networks*", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324 ss.

L'utilizzo della forma *ad substantiam* quale strumento di tutela del contraente debole costituisce una scelta operativa diffusa, di cui il codice del consumo costituisce una ulteriore testimonianza. Si è parlato, in proposito, di neo-formalismo per indicare i casi in cui si ascrivono «alla forma legale funzioni ulteriori rispetto a quella - tradizionalmente ricondotta agli interessi dei terzi - di garantire la certezza del traffico giuridico: la forma diventa, invece, strumento di accesso al contenuto dell'atto, di trasparente enunciazione dei termini del rapporto al duplice scopo di evitare che il consenso di una delle parti sia prestato senza la necessaria consapevolezza e che le pattuizioni informali, intervenute fra soggetti che hanno un diverso piano di conoscenza del settore commerciale di riferimento, possano costituire un mezzo surrettizio per introdurre regole squilibrate»[26].

Si pensi al contratto di multiproprietà (art. 69 ss., cod. cons.); si pensi anche ai contratti conclusi dagli intermediari finanziari che devono essere redatti in forma scritta a pena di nullità, con particolari cautele nel caso di offerta al pubblico di servizi fuori sede; si pensi, ancora, al contratto di subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192) per il quale è prescritta la forma scritta *ad substantiam* a protezione della parte subfornitrice, con conseguente incrinazione del principio di libertà della forma del contratto[27].

Il neo-formalismo, allora, può intendersi come un «formalismo di protezione» del soggetto debole del rapporto contrattuale. Esso è un fenomeno studiato soprattutto nel contesto della legislazione speciale nel caso in cui la scelta è dettata da uno squilibrio nella distribuzione dei poteri di negoziare, anche quando le condizioni soggettive delle parti sembrino in apparenza identiche: è il caso, appunto, dell'imprenditore che, pur essendo tale, sia subfornitore di un altro il quale ricopre una posizione dominante sul mercato.

Vi è da segnalare, poi, come la tradizionale forma scritta basata su un documento cartaceo in determinati settori, tra i quali anche gli affari commerciali, stia lasciando spazio al documento informatico, poi trasmesso con mezzi telematici.

26 Cfr. Il pensiero riportato è di Polidori, S.: "Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato", *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 695 ss. Con riferimento specifico al rapporto tra consumatore e imprenditore: Jannarelli, A.: "La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori", cit., p. 511 ss.; Polidori, S.: "Forme legali poste a tutela dei consumatori: funzioni e discipline", *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 119 ss.; Fazio, E.: *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; Breccia, U.: "La forma", *Tratt. contr.* Roppo, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 548 ss.

27 La subfornitura viene considerata espressione di un altro fenomeno che può caratterizzare il tema trattato: il fenomeno del c.d. terzo contratto, con cui si vuole delineare una disciplina specifica, nascente da particolari esigenze di tutela, da applicare a determinati soggetti di diritti che, pur essendo imprenditore, possono comunque ricoprire una posizione contrattuale di inferiorità economica e negoziale. Pertanto, il profilo della forma può emergere anche in relazione all'imprenditore: Addis, F.: " 'Neoformalismo' e tutela dell'imprenditore debole", *Obbl. contr.*, 2012, p. 6 ss., anche in *Scritti in onore di Lelio Barbera*, (a cura di M. Pennasilico), Napoli, 2012, p. 25 ss. Sulle questioni collegate al c.d. terzo contratto: Tamponi, M.: "Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa", *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss.; Macario, F.: "Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie", *Jus*, 2009, p. 311 ss.; Russo, E.: "Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto, *Contr. impr.*, 2009, p. 120 ss.; Minervini, E.: "Il «terzo contratto», *Contr.*, 2009, p. 493 ss.

Tale tipologia di documento consiste nella rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti (art. 1, lett. *b*, d.p.r. n. 445 del 2000, confermato dall'art. 1, lett. *p,* d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale) e semplicemente cliccando su un tasto è possibile manifestare in via informatica il consenso del consumatore. A ciò si aggiunga lo strumento della firma digitale che, invece, consiste in un metodo di autenticazione informatica costituito da un insieme di dati in forma elettronica solitamente connessi, tramite associazione logica, ad altri dati elettronici.

Nel caso specifico, la digitalizzazione può avvenire a conclusione di una trattativa condotta con un operatore commerciale o può avvenire soltanto collegandosi via internet a siti specializzati. Pertanto, lo sviluppo della tecnologia ha modificato il modo di compiere una innumerevole quantità di operazioni contrattuali. Si parla, ad esempio, di *smart contract* volendo alludere al fatto che tutte le fasi della vicenda contrattuale - ossia ricerca e scelta della controparte, trattativa, assunzione dell'impegno, attuazione di esso ed esecuzione della prestazione - possono essere incorporate in un *softwar*e ed espresse in forma digitale, in modo tale che la macchina informatica governi da sola l'intero ciclo contrattuale. L'accordo diviene automatizzato e le clausole contrattuali sono espresse da un codice che prefigura una serie di istruzioni «con la descrizione di condizioni all'avverarsi delle quali vengono automaticamente innescate specifiche azioni anche esse definite nel codice»[28].

Ciò apre a prospettive in cui le nuove modalità di conclusione dei contratti si basano su una accezione più elastica di dichiarazione, di accordo e di forma. Si assiste ad una dematerializzazione degli atti attraverso la sostituzione del supporto cartaceo e la sottoscrizione manuale autografa con supporti digitali risultanti dalla combinazione di cifre, numeri, simboli collegati tra loro da regole informatiche più che giuridiche.

Il paradigma consensualistico, che evoca l'immagine dell'accordo negoziato e della libera formazione del consenso basato sul contenuto del contratto espresso in una forma prescritta dal legislatore, sembra rimanere quasi una suggestione rispetto all'automatizzazione, anche da un punto di vista formale, consentita dagli

28 Sulle tipologie di contratto più recenti, associate all'impiego della intelligenza artificiale: Parola, L., Merati, P. e Gavotti, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", *Contr.*, 2018, p. 681 ss.; Di Giovanni, F.: *Sui contratti delle macchine intelligenti*, cit., p. 251 ss.

strumenti del commercio elettronico[29]. Ciò disvela orizzonti con i quali il giurista è chiamato a confrontarsi alla ricerca di adeguate soluzioni da proporre[30].

VII. QUALI PROSPETTIVE FUTURE.

In conclusione, l'economia contemporanea ha introdotto tecniche e forme di contrattazione alle quali è sostanzialmente estraneo il meccanismo ordinario della proposta e dell'accettazione e soprattutto, in virtù dell'autonomia privata, la possibilità di discutere il contenuto dell'accordo. Si tratta di tecniche che si sono affinate con lo sviluppo della produzione di serie, tipica dell'era industriale, all'interno di un mercato in grado di imporre le condizioni del contratto al consumatore.

Le nuove frontiere della tecnologia e dell'informatica, poi, intensificano le questioni, intrecciando insieme i profili della contrattazione con quelli del trattamento dei dati personali e con le problematiche legate all'introduzione dell'intelligenza artificiale in ambiti che, in passato, erano riservati soltanto all'intelligenza umana: l'intelligenza umana genera l'intelligenza artificiale e quest'ultima, se non prudentemente controllata, potrebbe occupare spazi riservati alla prima, superandone i limiti.

Ne rimane un consumatore che, nella freneticità della contrattazione cui non si sottrae anche per un suo interesse, deve proteggere la propria intelligenza e mantenere una vigile attenzione sui propri diritti e sulle possibilità di una loro preventiva tutela. Gli *status* di un tempo sono sostituiti dagli *status* di oggi: il consumatore di beni di consumo, l'utente di servizi, il risparmiatore nei confronti dell'intermediario finanziario, il conduttore nei confronti del locatore proprietario, il cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione. Tutte situazioni nei confronti delle quali non si può ragionare in termini di negazione delle stesse ma si può ragionare soltanto cercando di stabilire modelli e criteri di comportamento.

Riprendendo la formula assai nota del Maine[31], *from status to contract*, si potrebbe registrare oggi una inversione di tendenza, *from contract to status*,

29 Il fenomeno si verifica anche nell'ambito dei mercati finanziari, all'interno dei quali le contrapposizioni sono ancor più evidenti. Per un riferimento a tali rapporti contrattuali: Berti de Marinis, G.: "La tutela del cliente «vulnerabile»", *Banca borsa titoli di credito*, 2018, p. 651 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici riguardanti la tematica della vulnerabilità del consumatore anche in una prospettiva più generale.

30 Emerge, pertanto, la delicatezza del rapporto tra intelligenza artificiale e intelligenza umana in relazione alla capacità decisionale dell'apparato tecnologico: cfr. Messinetti, R.: "La tutela della persona umana *versus* l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata", *Contr. impr.*, 2019, p. 861 ss.

31 Ci si riferisce al famosissimo lavoro nel quale il giurista inglese, a metà dell'Ottocento, riassume l'evoluzione del diritto nel progressivo trascorrere della società civile «dallo *status* al contratto»: si veda, in proposito, Maine, H.S.: *Ancient Law*, cit. e anche Maine, H.S.: *Diritto antico*, cit., *passim*. Si segnala, ancora: Alpa, G.: *Status* e *capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, citato, ove l'autore considera lo *status*

volendo con tale espressione affermare che la individuazione dello *status* di consumatore potrebbe costituire il baluardo per una difesa condivisa di interessi comuni che, organizzati insieme, possono reagire o quanto meno temperare le articolate regole del mercato.

in una prospettiva ampia in cui si intrecciano profili di identità personale, di rapporti familiari, di qualità culturali, sino a ricomprendere anche la contrattazione di serie.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis, Napoli, 2021.

AA.VV.: *Il diritto dei consumatori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, (a cura di M. Astone), Pisa, 2021.

AA.VV.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di E. Capobiano, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), Napoli, 2019.

AA.VV.: *Codice del consumo*, (a cura di V. Cuffaro), Milano, 5ª ed., 2018.

AA.VV.: *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività,* enforcement, (a cura di L. Rossi Carleo), Torino, 2015.

AA.VV.: *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, a cura di A. Belelli, L. Mezzasoma e F. Rizzo, Napoli, 2014.

AA.VV.: *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da M. Franzoni), Torino, 2008.

Addis, F.: " 'Neoformalismo' e tutela dell'imprenditore debole", *Obbl. contr.*, 2012, p. 6 ss., anche in *Scritti in onore di Lelio Barbera*, (a cura di M. Pennasilico), Napoli, 2012, p. 25 ss.

Alpa, G. e Chinè, G.: "Consumatore (protezione del) nel diritto civile", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XV, 1997, Appendice, Milano, p. 543 ss.

Alpa, G.: *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993.

Addis, F.: "Il codice del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto", in *Studi in onore di Davide Messinetti*, (a cura di F. Ruscello), I, Napoli, 2008, p. 15 ss.

Barcellona, P.: *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 352 ss.

Barenghi, A.: *Diritto dei consumatori*, Milano, 2ª ed., 2020.

Bargelli E., Di Nella L. e Di Raimo, R.: *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008.

Battelli, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione *on line* delle clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1035 ss.

Bernardini, M.G.: "Il soggetto vulnerabile. "Status" e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa", *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 365 ss.

Berti de Marinis, G.: "La tutela del cliente «vulnerabile»", *Banca borsa titoli di credito*, 2018, p. 651 ss.

Breccia, U.: "La forma", *Tratt. contr.* Roppo, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 548 ss.

Castronovo, C.: "Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive", *Europa e diritto privato*, 1998, p. 5 ss.

Chiarella, L.M.: *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016.

Chinè, G.: "Consumatore (contratti del)", *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, p. 400 ss.

Chinè, G.: "Il consumatore", *Diritto privato europeo*, (a cura di N. Lipari), I, Padova, 1997.

Corasaniti, A.: "Stato delle persone", *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss.

De Nova, G.: *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.

Di Giovanni, F.: *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2020, p. 251 ss.

Fazio, E.: *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011.

Ferri, G.B.: "La "cultura" del contratto e le strutture del mercato", *Diritto privato europeo e categorie giuridiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, p. 177 ss.

Fidotti, S.: "Nuove forme contrattuali nell'età della Blockchain e del Machine Learning. Profili di responsabilità", in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2020, p. 325 ss.

Floridia, G.: "L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori", in AA.VV.: *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2020, p. 367 ss.

Franzoni, M.: "Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale", *Jus civile*, 2021, 1, p. 4 ss.

Franzoni, M.: "Il contratto nel mercato globale", *Contr. impr.*, 2013, 1, p. 69 ss.

Frattari, N. F.: "Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale", *Contr. impr.*, 2020, p. 458 ss.

Frosini, V.: *Informatica, diritto e società*, Milano, 1988.

Gentili, A.: "La 'nullità di protezione'", *Europa diritto privato*, 2011, 4, p. 79 ss.

Granelli, C.: "Le 'pratiche commerciali scorrette' tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo", *Obbl. contr.*, 2007, p. 776 ss.

Jannarelli, A.: "La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori", *Diritto privato europeo*, Padova, II, 1997, p. 489 ss.

Libertini, M.: "Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette", *Contr. impr.*, 2009, p. 73 ss.

Macario, F.: "Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie", *Jus*, 2009, p. 311 ss.

Magli, C.: "Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa", *Contr. impr.*, 2019, p. 716 ss.

Maine, H.S.: *Ancient Law*, London, 1861.

Maine, H.S.: *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, in *Civiltà del diritto*, 63, Milano, 1998.

Marinelli, F.: *Gli itinerari del codice civile*, 3ª ed., Milano, 2008.

Marinelli, F.: "La tutela civile dei soggetti deboli", *Giust. civ.*, 1994, II, p. 159 ss.

Marino, G.: "Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contatto del consumatore", *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 137 ss.

Memmo, D.: "Le finalità e l'oggetto del Codice", in *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da M. Franzoni), Torino, 2008, p. 5 ss.

Messinetti, R.: "La tutela della persona umana *versus* l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata", *Contr. impr.*, 2019, p. 861 ss.

Minervini, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

Minervini, E.: "Il «terzo contratto», *Contr.*, 2009, p. 493 ss.

Nervi, A.: "La trattativa robotica", in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, p. 283 ss.

Pagliantini, S.: *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie*, Pisa, 2021.

Parola, L., Merati, P. e Gavotti, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", *Contr.*, 2018, p. 681 ss.

Patti, S.: "Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore", in *Tratt. contr.*, diretto da P. Rescigno, a cura di E. Gabrielli, *I contratti in generale*, I, Torino, 1999, p. 311 ss.

Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei *social networks*", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324 ss.

Perlingieri, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1235 ss.

Perlingieri, P.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", *Tecn. e dir.*, 2020, p. 184 ss.

Perlingieri, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 877 ss.

Polidori, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016.

Polidori, S.: "L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell'appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 569 ss.

Polidori, S.: "Forme legali poste a tutela dei consumatori: funzioni e discipline", *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 119 ss.

Prisco, I.: *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012.

Proietti, G.: *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica*, Milano, 2020.

Proto, M.: "Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto", in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, p. 175 ss.

RECINTO, G. e NUCCIO, M.R.: "Le nullità di protezione", in AA.VV.: *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma e S. Churty, Napoli, 2014, p. 143 ss.

RINALDI, G.: "Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain", in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2020, p. 343 ss.ettività, in Pol, dir., 1974, p.llo sociale, Bologna, 1973; Id., la privacy tra individuo e collettività, in Pol, dir., 1974, p.

RESCIGNO, P.: *Manuale del diritto privato italiano*, VII ed., Napoli, 1986.

RODOTÀ, S.: "La privacy tra individuo e collettività", in *Pol. dir.*, 1974, p. 545 ss.

RODOTÀ, S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

ROPPO, V., "La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici", *Europa e diritto privato*, 1998, p. 65 ss.

RUSSO, E.: "Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto, *Contr. impr.*, 2009, p. 120 ss.

SOLDATI, N.: *Tutela del consumatore e procedure di sovraindebitamento*, Torino, 2020.

TAMPONI, M.: "Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa, *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss.

VOLTERRA, E.: *Istituzioni di diritto privato romano*, ristampa, Roma, 1980.

ZOPPINI, A.: "Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo *ius variandi* nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.

ZOPPINI, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. coop.*, 2008, p. 49 ss.

LA ADOPCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA AUTONÓMICA. EL CASO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

DOMESTIC AND CROSS-BORDER ADOPTIONS FROM A REGIONAL PERSPECTIVE. THE CASE OF THE VALENCIAN COMMUNITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1034-1069

Carmen
AZCÁRRAGA
MONZONÍS

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de marzo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: La adopción, nacional o internacional, constituye una medida de protección a la infancia que exige la intervención de los poderes públicos para garantizar que la decisión se acuerda con base en el interés superior del menor. Junto con el relevante papel que la ley otorga al Juez, la acción de las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas españolas deviene esencial en esta materia en la fase administrativa del procedimiento. Este artículo persigue analizar y poner en valor las principales funciones de las Entidades Públicas autonómicas en el ámbito de las adopciones, partiendo de las que se regulan en la Comunidad Valenciana en la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, que se estudiará dentro del correspondiente marco legal de fuente nacional e internacional.

PALABRAS CLAVE: Adopción nacional; adopción internacional; Comunidad Autónoma; competencia autonómica en materia de adopción; Comunidad Valenciana.

ABSTRACT: *FAdoption, either domestic or cross-border, constitutes a childhood protection measure which requires the intervention of public authorities in order to guarantee that the decision is adopted on the basis of the best interests of the child. Along with the relevant role legally granted to the Judge, the action of the competent authorities of the Spanish Autonomous Communities becomes essential in this field in the administrative phase of the procedure. This paper aims to analyze and put in value the main competences of the Autonomous Public Entities in the field of adoptions, on the basis of the Valencian Law 26/2018, of 21 December, on the rights and guarantees for childhood and adolescence, which will be studied under the relevant national and international legal framework.*

KEY WORDS: *Domestic adoption; cross-border adoption; Autonomous Community; regional competence in adoption matters; Valencian Community.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA ADOPCIÓN EN FUENTES NACIONALES E INTERNACIONALES.- III. ASPECTOS DESTACABLES DE LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA EN LA ADOPCIÓN EN LA LEY VALENCIANA 26/2018 DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.- 1. Nuevas figuras: la delegación de la guarda con fines de adopción y la adopción abierta.- 2. El ofrecimiento para adoptar.- 3. La declaración de idoneidad.- 4. La conformidad a las asignaciones y los informes de seguimiento en las adopciones internacionales.- 5. El derecho a conocer los orígenes biológicos.- IV. VALORACIÓN FINAL.

I. PLANTEAMIENTO.

Aunque la adopción lleva mostrando una tendencia descendente en los últimos años[1] e incluso se ha desplomado en la última década en la vertiente internacional[2] por diferentes motivos[3], continúa siendo la medida más apropiada para determinados niños o niñas necesitados de protección. Les proporciona un hogar en el que crecer y desarrollar su personalidad, así como estabilidad y seguridad de índole material y emocional; pero, al mismo tiempo, también implica consecuencias jurídicas y psicológicas de gran impacto, sobre todo si hablamos de infancia, lo que justifica la ineludible intervención pública en todas las fases del procedimiento; la que dará lugar a acordar la medida, en el momento de acordarla e incluso después, una vez constituida la adopción durante un periodo de tiempo determinado.

1 En las estadísticas proporcionadas en los últimos años por organismos nacionales y autonómicos se aprecia una tendencia descendente en el número de adopciones constituidas que ya se venía apreciando antes de la crisis sanitaria, afectando esta tendencia tanto a las adopciones nacionales como a las internacionales. En la modalidad nacional se constata la evolución siguiente en los últimos tres años: 2018, 639 adopciones; 2019, 626; y 2020, 542. En la modalidad internacional, en 2020 se han reportado 195 pero ya antes de la pandemia fueron 370 en 2019, frente a las 531 de 2017.
En cuanto a los países de origen de los niños y niñas adoptados, en 2018 y 2019 destacaron India, China y Vietnam, mientras en 2020 continúa India en primer lugar seguido de Vietnam y Colombia. Resulta significativa la bajada que ha experimentado China como país de origen de menores adoptados, que ha pasado de 79 adopciones en 2019 a 6 en 2020. Fuentes disponibles en (consultadas el 27 de febrero de 2022): MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, números 20, 22 y 23 de 2018 (datos 2017), 2020 (datos 2019) y 2021 (datos 2020): https://observatoriodelainfancia.vpsocial.gob.es/estadisticas/estadisticas/home.htm.

2 Álvarez, P.: "Las adopciones de niños extranjeros se desploman en España en apenas una década", El País, 30 de enero de 2019. Disponible en (consultado el 27 de febrero de 2022): https://elpais.com/sociedad/2019/01/29/actualidad/1548791578_921945.html#?rel=mas.

3 Entre otros, el hecho de que los países de origen estén priorizando medidas de protección para los menores dentro de su propio territorio, dejando la adopción internacional como último recurso, o el cambio en el perfil de los menores adoptables, siendo, en la mayoría de los casos, menores con necesidades especiales bien por edad o por problemas de salud, mientras los ofrecimientos por parte de las familias residentes en España no se ajustan a esos parámetros. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, "Memoria de análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional", 22 de noviembre de 2017. Disponible en (consultado el 27 de febrero de 2022): https://www.sanidad.gob.es/normativa/audiencia/docs/Adadopcion_internacional.pdf.

• Carmen Azcárraga Monzonís
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universitat de València. Correo electrónico: carmen.azcarraga@uv.es.

Acordar la adopción de un niño o niña por parte de una familia constituye una decisión de primer orden cuya competencia ha de recaer necesariamente en los poderes públicos. Estos serán los encargados de velar por el bienestar de los menores adoptables, lo que traslada la responsabilidad en este ámbito a la administración y a la autoridad judicial, dependiendo de la fase del procedimiento en la que nos encontremos. Algunos trámites serán diferentes según se trate de adopciones nacionales o internacionales, e incluso en las segundas intervendrán autoridades de dos países distintos añadiéndose una mayor complejidad al sistema, pero en todo caso la intervención de la administración resultará clave en aras de garantizar que esta medida se acuerde con base en el interés superior de las personas adoptadas.

Desde la perspectiva española, aunque, como veremos más adelante, la Administración General del Estado conserva ciertas competencias en las adopciones transfronterizas, al hablar de la administración nos estamos refiriendo principalmente a la autonómica con base en la competencia que el artículo 148.1.20 de la Constitución Española[4] confiere a las Comunidades Autónomas en el ámbito de la asistencia social. Por ello, en el estudio que emprendemos se pretende poner el foco en la labor desarrollada por parte de los organismos competentes de las Comunidades Autónomas (o "Entidades Públicas") ya que ostentan un papel primordial en este campo a la hora de ejecutar las competencias que les atribuye el ordenamiento jurídico en la adopción, una materia que está actualmente regulada por normas procedentes de diversas fuentes, nacionales e internacionales. El análisis de todas ellas nos permitirá señalar algunas de sus funciones principales en este contexto con la finalidad de poner en valor su labor.

Lo anterior ha impulsado consecuentemente la acción de los legisladores autonómicos. En el territorio de la Comunidad Valenciana el desarrollo legislativo del mandato constitucional que exige a los poderes públicos proteger a la infancia según el artículo 39.4 de la Constitución Española[5] se basa en los artículos 10 y 49.1 del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana[6], como señala el Preámbulo de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia[7], que regula las competencias autonómicas en materia de adopción y que se analizará en el presente trabajo. La aprobación de esta nueva Ley autonómica sobre protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad

4 Artículo 148.1.20 de la Constitución Española: "1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) 20.ª Asistencia social".

5 Artículo 39.4 de la Constitución Española: "4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

6 Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 74, de 15 de julio de 1982). De tales artículos se extrae, entre otras cuestiones, que la Generalitat tiene competencia exclusiva en materia de protección de menores y que constituye además uno de los ejes centrales de su actuación.

7 DOGV núm. 8450, de 24 de diciembre de 2018.Entrada en vigor el 25 de diciembre de 2018.

Valenciana, impulsada con ocasión de la necesaria adaptación de la normativa autonómica tras la aprobación en 2015 de un nuevo marco estatal regulador de la protección de la infancia, nos concede la oportunidad de reflexionar sobre el papel de las Comunidades Autónomas en la adopción.

El artículo 147.1 de dicha Ley dispone por lo que respecta a la actuación en materia de adopción que "La Generalitat ejercerá las funciones que el Código civil, la Ley de adopción internacional y las restantes normas en materia de adopción atribuyen a la entidad pública, (…)". Esta disposición remite por lo tanto de forma expresa a dos normas de fuente estatal y tras esa referencia explícita realiza una remisión general a las restantes normas reguladoras de la adopción; se está refiriendo principalmente en las adopciones transfronterizas a los eventuales textos internacionales que resulten aplicables, tanto multilaterales como bilaterales, que también pueden incluir ciertas funciones que los organismos competentes autonómicos están llamados a desempeñar en este contexto. Partiremos de este artículo para analizar las fuentes a las que remite e ir avanzando en la convicción de la importancia que se ha otorgado en esta materia a la intervención de las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, y en particular a la Generalitat Valenciana.

II. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA ADOPCIÓN EN FUENTES NACIONALES E INTERNACIONALES.

El artículo 147.1 de la Ley 26/2018 señala, en primer lugar, que la Generalitat Valenciana ejercerá en materia de adopción las funciones establecidas en dos textos legales de fuente estatal, el primero de los cuales se aplica a todas las adopciones mientras el segundo regula en particular las especificidades de las adopciones internacionales. Primero, ejercerá las funciones que el Código civil[8] (CC) atribuya a la Entidad Pública, las cuales encontraremos en los artículos 175 y siguientes CC. Únicamente serán apuntadas en este momento ya que se analizarán con mayor detalle más adelante en el apartado III de este trabajo. Se trata en particular, siguiendo un orden procedimental cronológico, de la valoración de la idoneidad de las personas que se ofrecen para adoptar (artículo 176.3 CC), la delegación de la guarda con fines de adopción (artículo 176 bis CC), la remisión de la propuesta de adopción al Juez a favor de los adoptantes que fueron anteriormente declarados idóneos (artículo 176.2 CC) o el aseguramiento de la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor (en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia) a los efectos del ejercicio por parte

8 Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

de la persona adoptada de su derecho a conocer esos orígenes biológicos (artículo 180, apartados 5 y 6 CC).

En segundo lugar, el art. 147.1 de la Ley 26/2018 hace referencia asimismo a las funciones ejercidas por las Comunidades Autónomas –en este caso, por la Generalitat Valenciana- en virtud de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional[9] (LAI). Esta Ley les atribuye en su artículo 5 un importante abanico de funciones además de la tramitación de la citada declaración de idoneidad, algunas de las cuales se analizarán con mayor detenimiento en este trabajo. Entre otras, organizar y facilitar la información sobre legislación, requisitos y trámites necesarios en España y en los países de origen de las personas adoptadas; facilitar a las familias la formación necesaria a lo largo de todo el proceso que les permita comprender y afrontar las implicaciones de la adopción internacional; recibir los ofrecimientos para la adopción; o realizar los informes de los seguimientos requeridos por los países de origen de los adoptados una vez estos se hallan ya en España.

El régimen de la LAI es además desarrollado en algunos de sus aspectos por el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional[10] (RAI), un instrumento que concreta ciertas funciones de las Comunidades Autónomas en esta materia y que ha visto declarados inconstitucionales algunos de sus preceptos –también ciertos incisos de la LAI- como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña, que consideró invadidas sus competencias tras la mayor centralización operada en este ámbito a raíz de la reforma de la LAI en 2015 y su posterior desarrollo en el RAI.

La delimitación de las competencias entre administraciones en el campo de las adopciones, en particular en aquellas que presentan elementos transfronterizos, no ha sido por lo tanto siempre pacífica. La transferencia a la Administración General del Estado de determinadas funciones anteriormente atribuidas a las Comunidades Autónomas generó un conflicto competencial que ha sido recientemente conocido por el Tribunal Constitucional, en cuya sentencia 36/2021, de 18 de febrero de 2021[11], ha estimado parcialmente las pretensiones del Gobierno catalán. Así, por un lado, se ha desestimado el conflicto de competencia en determinadas cuestiones que quedan bajo la competencia de la administración central, a saber, la adopción de acuerdos bilaterales de carácter administrativo, la iniciación, suspensión y paralización de los expedientes de adopción internacional y el establecimiento y la distribución del número máximo

9 BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

10 BOE núm. 81, de 4 de abril de 2019.

11 BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021.

anual de expedientes que es posible tramitar en un determinado país. Por el contrario, se han declarado inconstitucionales ciertos incisos de la LAI y del RAI en los que sí se considera que ha habido esa invasión competencial, retornando pues la competencia a las Comunidades Autónomas. Se refieren principalmente a cuestiones relacionadas con los organismos acreditados para la intermediación en la adopción internacional (funciones, obligaciones, acreditación, seguimiento y control), al contrato homologado entre estos y las personas que se ofrecen para la adopción y al Registro de organismos y reclamaciones e incidencias[12].

Estas y otras funciones son ejercidas por las Comunidades Autónomas en la adopción internacional en calidad de "Autoridades Centrales" del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, como se indica en el instrumento de ratificación por parte de España de este convenio[13], que está en vigor en España desde 1995. Este importante texto internacional, que hoy vincula a ciento cuatro países[14], prevé en su artículo 6 que los Estados contratantes designarán una Autoridad Central encargada de cumplir las obligaciones impuestas por el convenio, permitiendo a los estados plurilegislativos o con unidades territoriales autónomas (como el Estado español) que designen más de una Autoridad Central[15]. El artículo 14 del Convenio de La Haya establece, entre otras cuestiones de interés que afectan a las funciones de estas autoridades, que las personas con residencia habitual en alguno de sus Estados contratantes que deseen adoptar un niño que cuente asimismo con residencia habitual en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad Central de su propia residencia habitual. Junto con ello, el artículo 1 del citado instrumento de ratificación del convenio señala que "Será Autoridad Central cada una de las 17 Comunidades Autónomas, en el ámbito de su territorio y en relación a los residentes en el mismo". Por ende, las personas interesadas en ofrecerse para adoptar menores internacionalmente deberán dirigirse a la Autoridad Central de su residencia, lo que en el territorio valenciano se traduce en que "Las personas residentes en la Comunitat Valenciana interesadas en constituir una adopción internacional remitirán su ofrecimiento a la conselleria con competencia en materia

12 Véase un análisis más detallado del pronunciamiento en Azcárraga Monzonís, C.: "El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las adopciones internacionales: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2021, de 18 de febrero de 2021", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 41, 2021. Nótese que, de acuerdo con el FJ 16 de la sentencia, las declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad no debían afectar a las situaciones jurídicas consolidadas, y los efectos de la nulidad debían diferirse por el plazo de un año a partir de la publicación de la misma.

13 BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

14 Véase la información sobre el estado de las ratificaciones de este convenio proporcionada por la CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, en el siguiente enlace (consultado el 27 de febrero de 2022): https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69.

15 La Autoridad Central española encargada de la transmisión de las comunicaciones es actualmente el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Junto con ello, el Estado español ha designado también Autoridades Centrales autonómicas. Información disponible en la página Web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (consultado el 27 de febrero de 2022): https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3/?aid=219.

de protección de la infancia y la adolescencia" (artículo 153.1 de la Ley 26/2018; y en similares términos artículo 152.1 para la adopción nacional).

También los acuerdos bilaterales suscritos por España en este campo se pueden referir a las funciones que han de desarrollar las autoridades autonómicas en calidad de Autoridades Centrales de dichos instrumentos por designación del Estado español. Nos referimos a los acuerdos con Bolivia, Filipinas, Rusia o Vietnam[16], entre otros[17]. Así, en el Convenio entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam de 2007 se establece en su artículo 6 que las Autoridades Centrales de los Estados contratantes designadas para la aplicación de este Convenio son por parte del Reino de España, además de la Autoridad Central ministerial, "cada una de las instituciones públicas españolas competentes en materia de adopción, con respecto a las personas residentes en sus territorios respectivos". Estas instituciones, añade, se enumeran en el Anexo al texto bajo la denominación "Instituciones públicas españolas competentes en materia de adopción en las Comunidades Autónomas". Otro ejemplo lo constituye el Acuerdo bilateral entre el Reino de España y la República de Bolivia de 2001, donde en una interpretación conjunta de los artículos 2 y 6 volvemos a encontrar a las Comunidades Autónomas como responsables de la tramitación de expedientes en calidad de Autoridades Centrales.

Queda evidenciado por lo tanto en la aplicación de todas las fuentes legales analizadas que la Administración autonómica desempeña una labor decisiva en el contexto de la adopción, desde el inicio del procedimiento, y de ahí la necesidad de articular su actuación no solo en la normativa de fuente internacional y estatal sino también en la normativa autonómica. En el caso de la Comunidad Valenciana, cumple con tal cometido el Capítulo IX ("Adopción") del Título III ("Protección social y jurídica de la infancia y la adolescencia") de la reciente Ley 26/2018 de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, que comprende los artículos 147 a 158. En el siguiente apartado se analizarán con mayor detalle algunas de las funciones que compete desarrollar a la Generalitat Valenciana en este ámbito, que se regulan actualmente en esta fuente normativa autonómica. Todas ellas deberán ejercerse observando una serie de principios de actuación que se recogen en el

16 Acuerdo bilateral del Reino de España y la República de Bolivia en materia de adopciones, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2001 (BOE núm. 304, 20 de diciembre de 2001 y BOE núm.177, de 25 de julio de 2002); Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de Noviembre de 2002 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2003 y BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003); Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 de julio de 2014 (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2015); Convenio de Cooperación en materia de Adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Hanoi el 5 de diciembre de 2007 (BOE núm. 16, de 18 de enero de 2008).

17 Calvo Babío, F.: "Naturaleza y alcance de los protocolos de adopción suscritos entre España y Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 0, 2000, pp. 455-464; González Martín, N.: "Los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados entre España y Rumania, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. V, 2005, pp. 1-42.

primero de esos preceptos (artículo 147.2 de la Ley 26/2018), ya por remisión a los principios rectores de las políticas públicas en relación con la infancia y la adolescencia ya concretamente en el ejercicio de sus competencias en materia de adopción. Entre otros, la transparencia de los procedimientos de tramitación de los ofrecimientos para adoptar, la objetividad del procedimiento de valoración y declaración de la idoneidad y la exclusión de márgenes de discrecionalidad en la selección de las personas adoptantes.

III. ASPECTOS DESTACABLES DE LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA EN LA ADOPCIÓN EN LA LEY VALENCIANA 26/2018 DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.

El hecho de que la adopción se encuentre regulada actualmente en normativa proveniente de fuentes internacionales, estatales y autonómicas exige un ejercicio de especial congruencia por parte de los legisladores para que dichas normas proporcionen las garantías y la necesaria y exigible seguridad jurídica que permitan asegurar la protección del interés superior de los niños y niñas involucrados. Por ello, la aprobación en 2015 de un nuevo marco estatal regulador de la protección de la infancia con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[18] y sobre todo la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[19] conllevó la necesidad de adaptar la normativa autonómica para solventar la descoordinación existente con la derogada Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana[20]. De ahí la necesaria aprobación posterior de la Ley 26/2018[21], principal objeto de análisis en este trabajo.

Dicha adaptación alcanzó también necesariamente al régimen de la adopción, una materia a la que esta Ley dedica los artículos 147 a 158 como se ha señalado anteriormente. En los mismos se regulan tanto aspectos que afectan a todas las adopciones, nacionales e internacionales, como cuestiones que se refieren específicamente a las segundas. Tales disposiciones se complementan, además, por las correspondientes del Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana[22], una norma que continúa vigente tras la entrada en vigor de la Ley 26/2018 en todo aquello que no se oponga a lo

18 BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

19 BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

20 DOGV núm. 5803, de 10 de julio de 2008.

21 Véase para un análisis pormenorizado de esta Ley autonómica Meco Tébar, F. (dir.): *Comentarios a la Ley 26/2018 de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022 (en prensa).

22 DOCV núm. 4008, de 28 de mayo de 2001.

previsto en la misma[23]. Asimismo habrá que tener en cuenta el reciente Decreto 60/2021, de 14 de mayo, del Consell, de regulación y coordinación de los órganos de la Administración de la Generalitat de participación infantil y adolescente, y de protección de la infancia y la adolescencia[24].

En los siguientes epígrafes nos detendremos a analizar los aspectos que se consideran más destacables de la intervención autonómica en esta normativa vigente en la Comunidad Valenciana. En primer lugar, estudiaremos (A) el papel de la Entidad Pública valenciana en la introducción de nuevas figuras como son la delegación de la guarda con fines de adopción y la adopción abierta. A continuación, analizaremos su intervención en (B) la tramitación de los ofrecimientos para adoptar y en (C) la declaración de idoneidad de las personas que se ofrecen para adoptar. Seguidamente nos adentraremos en algunas competencias específicamente ejercidas en el ámbito de las adopciones transfronterizas, como son (D) la conformidad a las asignaciones y los informes de seguimiento exigidos por los países de origen. Y finalmente, estudiaremos las funciones autonómicas en (E) el derecho a conocer los orígenes biológicos.

En todos los casos será necesario enmarcar el análisis en la normativa correspondiente de fuente estatal y/o internacional que la legislación autonómica analizada viene a completar con el fin de conformar un marco jurídico omnicomprensivo que abarque todo el procedimiento de adopción y que permita alcanzar los objetivos perseguidos. Las cifras de adopción en esta Comunidad siguen también en los últimos años la misma evolución descendente advertida a nivel nacional[25] pero, como reflexionábamos al inicio de este estudio, continúa siendo la medida de protección más adecuada para parte de los menores tutelados por la administración, residentes en España o en el extranjero. Por lo tanto, la normativa que vamos a estudiar a continuación y las funciones desarrolladas por la Generalitat Valenciana con este fin les permitirá optar por ese hogar en el que crecer y desarrollarse con seguridad y estabilidad al que nos referíamos al inicio de este trabajo.

23 Disposición derogatoria única de la Ley 26/2018, apartado segundo. El desarrollo de la Ley 26/2018 se anuncia en su Disposición final octava.

24 DOCV núm. 9093, de 26 de mayo de 2021.

25 En 2018 se constituyeron en la Comunidad Valenciana un total de 101 adopciones (74 nacionales y 27 internacionales); en 2019 un total de 84 (58 nacionales y 26 internacionales) y 66 en 2020 (62 nacionales y 4 internacionales). Información disponible en (fuentes consultadas el 27 de febrero de 2022): Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana: https://inclusio.gva.es/es/infancia-i-adolescencia1; e Institut Valencià de Estadística, Estadísticas de medidas de protección a la infancia, extraídas del Boletín Estadístico del Observatorio de la Infancia del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030: https://pegv.gva.es/es/temas/sociedad/proteccionsocialyserviciossociales/medidasdeproteccionalainfancia.

1. Nuevas figuras: la delegación de la guarda con fines de adopción y la adopción abierta.

Desde hace algunos años, la irrupción en la regulación de la adopción de nuevas figuras a nivel estatal ha tenido un lógico reflejo en la normativa autonómica. Esta situación se constata en particular en dos instituciones que se recogen actualmente en los artículos 149 y 150 de la Ley 26/2018: la "delegación de la guarda con fines de adopción" y la "adopción abierta". Ambas figuras persiguen dotar a esta institución de una mayor flexibilidad con el fin de adaptar las decisiones lo máximo posible al perfil y al bienestar de la persona adoptada. Veremos en qué términos analizando dichos preceptos por separado.

Comenzando por la figura recogida en el artículo 149 de la Ley 26/2018, la delegación de guarda con fines de adopción constituye una de las principales novedades derivadas de la profunda reforma operada a nivel estatal en el año 2015 en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que supuso la introducción en el ordenamiento jurídico español del artículo 176 bis CC. En términos generales, esta institución permite que pueda iniciarse la convivencia provisional entre el niño o niña y la familia adoptiva con anterioridad a la constitución de la adopción, con la finalidad de evitar que tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia. En esta línea, se considera positivo que la persona adoptada pueda convivir lo antes posible con la familia adoptante, una vez que se han cumplido todos los requisitos y trámites exigidos por la legislación para realizar la asignación y antes de la constitución judicial de la adopción[26].

El artículo 176 bis CC, que denomina a este periodo "convivencia preadoptiva" en su apartado segundo, concreta en su apartado primero el momento a partir del cual el órgano que ejerza la tutela va a poder adoptar esta medida. La Entidad Pública correspondiente podrá delegar la guarda del niño o niña que ha sido previamente declarado en situación de desamparo (y que es, por ende, adoptable) en las personas que lo van a adoptar cuando se hayan constatado los siguientes extremos: que cumplen los requisitos de capacidad del artículo 175 CC, que han prestado su consentimiento, que han recibido las sesiones de preparación para la filiación adoptiva, que han sido declaradas idóneas y, por último, que ya han sido asignadas para su adopción. Por ende, la Administración podrá adoptar esta decisión una vez finalizada la fase administrativa de la adopción y cuando el procedimiento esté cerca de culminar, a falta de su constitución judicial. Deberá hacerlo mediante resolución administrativa debidamente motivada y previa

26 Tal decisión se ha adoptado en la Comunidad Valenciana en los últimos años en 113 ocasiones en el año 2019, en 92 en el 2020 y en 43 hasta marzo de 2021. Datos disponibles en Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana (consultado el 27 de febrero de 2022): https://inclusio.gva.es/es/infancia-i-adolescencia1.

audiencia de los afectados, así como del menor si este tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años. Durante esa convivencia preadoptiva los derechos y obligaciones de los guardadores con fines de adopción serán los mismos que los de las familias de acogida.

Por otro lado, el art. 176 bis CC se refiere también a aquellos supuestos en que el niño hubiera tenido contacto con su familia de origen hasta ese momento. Esta realidad obliga a valorar la conveniencia de dar continuidad a dichas relaciones, siempre considerando lo que más interese a esa persona en particular. El apartado 2 del art. 176 bis CC prevé la suspensión del "régimen de visitas y relaciones con la familia de origen" cuando comience esta convivencia "Salvo que convenga otra cosa al interés del menor". Por lo tanto, aunque en principio se parte de la presunción de que lo mejor para el niño adoptado va a ser que deje de tener contacto con su familia biológica cuando se inicie este periodo de convivencia preadoptiva con la persona o personas que lo van a adoptar, el legislador prevé que se consideren las circunstancias particulares, permitiendo que se adopte la decisión contraria -que continúe disfrutando de esos contactos- si se concluye que resultaría más beneficioso para él o ella. Si los mismos se estaban permitiendo bajo la tutela de la administración, seguramente continuará siendo conveniente que se sigan produciendo durante ese periodo, lo que no obsta para que resulte necesario un examen del caso particular ya que entra en escena otra familia, lo que puede distorsionar el panorama anterior a la convivencia.

En la misma línea, se podrá acordar que no se suspendan los contactos con la familia de origen en los supuestos previstos en el art. 178.4 CC, que se refiere a otra importante novedad de la amplia reforma acontecida en 2015 en esta materia y cuyo estudio prevemos realizar en este mismo epígrafe: la llamada "adopción abierta". Esta institución permite que el niño siga manteniendo relaciones sociales con su familia de origen sin desvirtuar el vínculo jurídico creado con la familia adoptiva, de ahí que, en coherencia con la finalidad que llevó a introducir esta figura en el Derecho español, si un niño o niña va a ser adoptado y ya mantenía vínculos sociales y afectivos con su familia de origen antes de la adopción, se entiende que estos deberían preservarse más allá del eventual periodo de convivencia preadoptiva mediante la constitución de una adopción abierta. En todo caso, la propuesta de adopción, sea abierta o cerrada, tendrá que trasladarse a la autoridad judicial "en el plazo más breve posible" desde que se acordara la delegación de la guarda con fines de adopción, y necesariamente antes de que transcurran tres meses a partir de ese momento. Este plazo se podrá ampliar hasta un máximo de un año cuando la Entidad Pública considere necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, en función de su edad y sus circunstancias. Una vez finalizado el periodo de convivencia el Juez podría incluso concluir que no

es procedente la adopción y que conviene por el contrario acordar otra medida protectora más adecuada para el niño o niña (artículo 176 bis 3.II CC).

Centrando nuestra mirada en la normativa regional, el artículo 149 de la Ley valenciana 26/2018 presenta una total coherencia con el régimen del CC, al cual remite por lo que respecta al marco regulador de la delegación de la guarda con fines de adopción, concretando además algunos aspectos no recogidos en la legislación estatal. La novedad que aporta radica en los términos en que deberá realizarse el seguimiento del "proceso de acoplamiento" del niño con las personas que han sido elegidas para adoptarlo, atribuyendo además el art. 149.3 de la Ley 26/2018 a la Entidad Pública la obligación de prestar la asistencia necesaria para que la incorporación a la familia se desarrolle adecuadamente. Como regla general se establece un seguimiento semestral pero podría acordarse por una periodicidad inferior dependiendo de las circunstancias de la persona tutelada y atendiendo a su interés superior. La decisión corresponde en concreto a la Comisión de Adopción y Alternativas Familiares, organismo competente para acordar todas estas medidas en virtud del artículo 24 del Decreto 60/2021, de 14 de mayo, del Consell, de regulación y coordinación de los órganos de la Administración de la Generalitat de participación infantil y adolescente, y de protección de la infancia y la adolescencia.

Junto con la delegación de la guarda con fines de adopción, en segundo lugar, el artículo 150 de la Ley 26/2018 incluye otra de las novedades más destacables de su articulado: la introducción en el modelo valenciano de protección a la infancia de la llamada "adopción abierta", que, como hemos adelantado supra, implica la ruptura jurídica del adoptado con la familia de procedencia al mismo tiempo que subsisten los vínculos personales con algunos de sus miembros, sobre todo con hermanos con los que no convive. Este tipo de adopción se implementa en nuestro ordenamiento estatal por primera vez a raíz de la aprobación de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reformó el CC con el fin de regular la posibilidad de que el adoptado pueda mantener algún tipo de contacto con su familia biológica que no se limite al ámbito meramente genético o socio-familiar (el conocimiento de su historia personal-familiar), sino que vaya más allá y se prolongue en el tiempo[27]. En el Preámbulo de la citada Ley de 2015 se asegura que obedece a la búsqueda de alternativas "consensuadas, familiares y permanentes" que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos niños y niñas, especialmente los más mayores, cuya adopción resulta más complicada.

27 Serrano Molina, A.: "La adopción abierta. Medidas para fomentar su implantación", *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, p. 290.

Lo cierto es que este tipo de relaciones ya se estaban produciendo de facto en ciertas comunidades autónomas, incluso con amparo normativo en algunas de ellas[28], aunque el legislador español se haya olvidado de mencionarlas en los antecedentes legislativos de 2015. Por lo tanto, lo que se ha hecho realmente con esta reforma es dotar a la adopción abierta de una regulación expresa a nivel estatal que ahora se contempla tanto en el artículo 178.4 CC como en el artículo 150 de la legislación autonómica que nos ocupa.

El Preámbulo (III) de la Ley nacional 26/2015 se refiere a su existencia en el panorama comparado y a la oportunidad de su inclusión en nuestro ordenamiento. La adopción abierta se recoge con diferente amplitud y contenido en las legislaciones de algunos países, tales como Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. Mientras en unos el plan de contactos se diseña por medio de un acuerdo privado entre las dos familias intervinientes (la de origen y la adoptante) supervisado por entidades públicas, en otros se ampara por resolución judicial. Este segundo modelo, considerado mucho más garantista que el primero[29], ha sido el elegido por el legislador español. Corresponde pues a la autoridad judicial decidir si se acuerda una adopción abierta respecto de un concreto menor (así como modificarla o finalizarla), tras la valoración de las circunstancias que le rodean por parte de la Entidad Pública, y de que bien ésta bien el Ministerio Fiscal le propongan que se acuerde esa medida.

También se exige el consentimiento de la familia adoptiva ya que solo se podrán seleccionar para la adopción abierta las familias que la contemplen expresamente en su proyecto adoptivo[30] y que hayan sido declaradas idóneas para ella (artículo 150.3 de la Ley 26/2018). Asimismo, se requiere el consentimiento del adoptando menor de doce años si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. La adopción abierta deberá acordarse únicamente en aquellos supuestos en que el interés del menor así lo aconseje, considerando su

28 Se ha constatado cómo en algunas comunidades autónomas ya se venían favoreciendo los contactos informales post-adoptivos entre algunos adoptados y sus familias de origen, sobre todo con hermanos adoptados por otras familias cuando el grupo de hermanos es numeroso y su adopción conjunta por una única familia resulta casi imposible. Estos contactos representan el 99% de los casos estudiados. Asimismo, en las legislaciones de Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco ya se preveía esta posibilidad con anterioridad a la regulación de la normativa estatal. Díez Riaza, S.: "La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más", *Revista de Derecho UNED,* núm. 22, 2018, pp. 161-162, 167 y 178.

29 Díez Riaza, S.: "La aplicación", cit., p. 161. La autora asegura que el modelo basado en resolución judicial es más garantista que el acordado por las familias intervinientes al existir una supervisión judicial con intervención del Fiscal que va a tener en cuenta "ante todo y sobre todo" los intereses del menor, por encima de los intereses privados de las familias. Este sistema, afirma, permite adoptar medidas con mayor objetividad y ajenidad que las que pudieran adoptar estas.

30 Las motivaciones para no consentir esta clase de adopción pueden ser variadas y, hasta cierto punto, comprensibles dependiendo de las circunstancias concurrentes: falta de información, desconfianza ante una institución novedosa, incertidumbre ante el desarrollo de los contactos, miedo a la interferencia de la familia de origen o de las otras familias adoptivas de los hermanos, etc. Ahora bien, estas familias deberán conocer también que la falta de consentimiento para constituir una adopción abierta no podrá obstaculizar llegado el momento el derecho del adoptado a la búsqueda de sus orígenes.

situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa (artículo 178.4 CC). También el artículo 150.2 de la Ley 26/2018 subraya que "será la forma de adopción preferente siempre que responda al interés de la persona protegida". Los criterios recogidos en la Ley valenciana en esa misma disposición para su valoración por parte de la autoridad autonómica son, además de los generales para su interpretación y ponderación, la relevancia afectiva que las relaciones a preservar tienen para el adoptado, la seguridad emocional que le proporcionan y las consecuencias a largo plazo que su mantenimiento puede tener en el desarrollo de su identidad y en el proceso de vinculación e integración en la familia adoptiva.

Por otro lado, otras dos cuestiones resultan también relevantes en la articulación práctica de esta medida: cómo se van a desarrollar los contactos y entre qué personas concretamente. El CC señala al respecto que "podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos". Por su parte, el legislador autonómico resalta también la especial trascendencia que la adopción de esta medida puede tener para favorecer la relación entre los "hermanas y hermanos biológicos de uno o doble vínculo" pero no concreta tampoco los medios o canales a través de los cuales se va a poder desarrollar esa relación, por lo que la amplitud de la norma estatal permite entender que tales "visitas o comunicaciones" podrán desarrollarse por cualquier medio, en persona o a distancia, en directo o en diferido, por medios tradicionales (correo postal o teléfono) o electrónicos (correo electrónico, redes sociales), y que serán más o menos frecuentes y supervisadas, o no, por la Entidad Pública.

En cuanto a los miembros de la familia de origen beneficiarios de esta medida, la única mención expresa se refiere, como hemos visto, a los hermanos biológicos (de uno o doble vínculo como especifica la norma regional). Son los miembros preferentes en esta clase de relaciones, principalmente en los casos de grupos de hermanos que el sistema no logra mantener juntos en la misma familia. Cabría preguntarse por la conveniencia de incluir a otras personas, cuya relación podría considerarse más o menos problemática dependiendo de las circunstancias: tíos, primos, abuelos, o incluso los padres biológicos. La respuesta se encuentra sin duda en el análisis caso por caso, de modo que la Entidad Pública y el Juez deberán concretar cuáles son los familiares con los que el adoptado puede mantener relación en función del interés del menor[31]. No se debe, no obstante, descartar de inicio cualquier posibilidad, ya que se ha advertido cómo en la práctica la existencia de relación (normalmente con hermanos, a veces con

31 Sánchez Cano, M.J.: "Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, 2018, p. 656.

abuelos, y, en raras ocasiones con progenitores) supone un obstáculo para que muchos acogimientos permanentes se conviertan en adopciones con el fin de no privarles de esos contactos, lo que conlleva consecuentemente que se les impida acceder a los beneficios y derechos que les podría reportar una adopción. La adopción abierta aparece pues como una solución a considerar ante "situaciones enquistadas de acogimientos permanentes o susceptibles de enquistarse", en los que las familias ya se conocen y además existe buena relación entre ellas[32].

Finalmente, señalar una última función que compete desarrollar en este ámbito a la Entidad Pública autonómica: el seguimiento de la medida. Dispone el artículo 178.4.II in fine CC que ésta remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y las comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años. Transcurrido ese plazo, deberá remitirlos a petición del Juez. En un sentido similar, en la Ley valenciana se encomienda a la Generalitat el deber de realizar el seguimiento de las adopciones abiertas que promueva e incluso de intervenir para propiciar el normal desarrollo de las relaciones y el éxito del proceso de integración familiar, prestando apoyo y asesoramiento a las personas implicadas. Para la concreción de todas esas actuaciones remite a un posterior desarrollo reglamentario (artículo 150.5 de la Ley 26/2018).

2. El ofrecimiento para adoptar.

Las siguientes competencias autonómicas en materia de adopción reguladas en el Capítulo IX del Título III de la Ley 26/2018 que vamos a estudiar se refieren, por un lado, a la tramitación de los ofrecimientos de adopción nacional e internacional (artículos 152 y 153 de la Ley 26/2018, respectivamente), y, por otro lado, a la valoración de la idoneidad de las personas que se ofrecen para adoptar (artículo 154 de la Ley 26/2018). De nuevo, tales preceptos deberán ser interpretados de forma conjunta con las normas de origen nacional o internacional que pudiera afectar a estas cuestiones. En este apartado nos centraremos en los ofrecimientos de las familias para adoptar pero presentan en común que tanto estos como la valoración de su idoneidad se consideran dos trámites primordiales en la adopción, tanto nacional como internacional, ya que con el primero se da comienzo a la fase administrativa del procedimiento[33] y con el segundo la Administración se asegura

32 Díez Riaza, S.: "La aplicación", cit., pp. 165 y 180.

33 Nótese que el artículo 151 de la Ley 26/2018 regula una situación en la que será posible que la administración dirija al Juez una propuesta de adopción sin que haya existido un ofrecimiento previo "Atendiendo a las singulares relaciones de una persona tutelada por la Generalitat". Se podrá determinar respecto de esa persona que la adopción es efectivamente la medida protectora más conveniente en su caso "pero solo si se lleva a cabo por una persona o pareja determinada", que se entiende que previamente no se ha ofrecido para adoptar. Aunque la norma no lo dice expresamente, parece que se trata de una opción pensada para los niños y niñas que se encuentran en situación de acogimiento familiar y todo parece indicar que se contempla precisamente para las personas que están proporcionando esa acogida –y respecto de los cuales el precepto recoge al final ciertos beneficios económicos-. Esta decisión requerirá una sucesión de trámites

de que las familias adoptivas resultan adecuadas para ejercer la patria potestad. Algunos de los aspectos relativos tanto a la tramitación de los ofrecimientos como a la idoneidad son aplicables a todas las adopciones. Por ejemplo, todos los ofrecimientos en la Comunidad Valenciana se tienen que dirigir a la Conselleria que ostente competencia en materia de protección de la infancia y adolescencia, esto es, actualmente la Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas[34], y en concreto a la Dirección Territorial provincial (en Valencia, Castellón o Alicante) de la residencia de los solicitantes[35], organismo que será también competente para proceder a valorar la idoneidad de las familias en todo tipo de adopción.

Sin embargo, otros aspectos de estos trámites no se articularán de la misma manera en las adopciones nacionales y en las internacionales y requerirán un tratamiento específico en las segundas, en las que existirá una mayor complejidad al entrar en juego dos legislaciones. En estos casos las familias interesadas en adoptar tendrán que cumplir con los requisitos y trámites no solo del país de su residencia (de la ley española en este caso) sino también del país de origen de la persona adoptada si quieren culminar con éxito su proyecto adoptivo. En consecuencia, la tramitación de los ofrecimientos en este contexto internacional, así como la valoración de la idoneidad, dos funciones que competen a las Autoridades Centrales de los países de recepción según los artículos 5, 14 y 15 del Convenio de La Haya de 1993, se verán fuertemente condicionadas por las exigencias de los países de origen de los niños. La mayor complejidad existente en los casos internacionales se refleja también en el plazo máximo para resolver. Mientras en la tramitación de los ofrecimientos en adopción nacional la ley otorga seis meses para resolver y notificar, el periodo se extiende a nueve meses en la adopción internacional. En ambos supuestos, se prevé el silencio administrativo negativo si transcurridos los plazos señalados no se hubiera dictado y notificado resolución expresa, sin perjuicio de la obligación de la administración de dictarla (artículos 152.4 y 153.2 de la Ley 26/2018).

Además del lugar de presentación y del plazo para resolver, sobre el ofrecimiento para adoptar puede interesar conocer estos otros aspectos: quiénes pueden dirigirlo, qué cuestiones se incluyen en el mismo y cómo se tramita a partir de su presentación. Comenzando por la primera cuestión, se trataría de determinar quién puede adoptar en España ya que, en definitiva, serán las personas que presentarán un ofrecimiento con visos de viabilidad. A los requisitos que veremos

y comprobaciones para poder finalmente acordar la medida; principalmente, la necesidad de recabar el consentimiento de esas personas y la declaración de su idoneidad para esa adopción en particular.

34 Véase la información sobre esta medida de protección de la infancia proporcionada por esta Conselleria en (consultado el 27 de febrero de 2022): https://inclusio.gva.es/es/web/menor/adopciones225.

35 También se podrá presentar el ofrecimiento en las dependencias y las formas permitidas por la normativa administrativa (artículo 65 del Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana).

a continuación habrá que añadir los de los países de origen de los adoptados en el caso de las adopciones internacionales. Empezaremos por aplicar el artículo 175 CC, que recoge ciertas condiciones asociadas a la edad de los adoptantes. Estos han de ser mayores de veinticinco años salvo si son dos las personas que se ofrecen para adoptar (una pareja, se entiende, independientemente de su orientación sexual), en cuyo caso será suficiente con que uno de los o las miembros de la pareja haya alcanzado esa edad. Añade este precepto que en todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y que no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 CC (supuestos en que no se exige propuesta previa de adopción de la Entidad Pública al Juez a favor del adoptante o adoptantes). Igualmente, cuando fueran dos las personas que se ofrecen para adoptar, será suficiente con que una de ellas no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Y además, la diferencia máxima de edad podrá ser superior si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales.

De lo anterior se infiere, por un lado, que existen unos requisitos de edad que harán incapaces a algunas personas para adoptar mientras que otros condicionarán el concreto proyecto adoptivo[36], y, por otro lado, que son múltiples los modelos de familia contemplados ya que en España se permite adoptar tanto a familias biparentales como monoparentales, y tanto heterosexuales como homosexuales, sin distinguir la orientación sexual de los adoptantes, algo que, por otro lado, ya se contemplaba con carácter abierto en el artículo veintiocho de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat Valenciana de la Infancia[37] y que de no preverse con esta amplitud resultaría discriminatorio en virtud del artículo 14 de la Constitución Española. Tampoco exige el CC un determinado estado civil a las personas que se ofrecen para adoptar. En nuestro país se permite hacerlo tanto a personas casadas como solteras, unidas o no en análoga relación de afectividad a la conyugal, mientras se cumplan los requisitos exigidos por la legislación. Este perfil tan amplio, no obstante, quedará condicionado en la adopción internacional a los requisitos exigidos por los estados con los que España presenta vínculos en estas situaciones, por lo que el proyecto adoptivo se podrá dirigir, o no, a ciertos países según se cumplan las condiciones impuestas por sus legislaciones.

Además de los requisitos antedichos, añade el art. 175.1 II CC que "No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código", un inciso que se añadió por medio de la citada Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Por otra parte, en la

36 Son incapaces para adoptar los menores de veinticinco años, salvo que formen parte de una pareja en la que el otro miembro haya alcanzado esa edad. Sin embargo, la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptando no produce la incapacidad para adoptar sino que exige calcular la edad que media entre los interesados para respetar dicho máximo en la selección de la familia.

37 DOGV núm. 2408, de 16 de diciembre de 1994.

legislación valenciana se añade otro requisito que se extrae del artículo 152.1 de la Ley 26/2018: "Las personas residentes en la Comunitat Valenciana interesadas en adoptar a niños, niñas o adolescentes bajo la tutela de Generalitat, remitirán su ofrecimiento a la conselleria con competencia en materia de infancia". La residencia en esta Comunidad constituye pues otro requisito que afecta a la tramitación del ofrecimiento de los adoptantes. Completa este régimen el artículo 64 del Decreto 93/2001 por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana, según el cual aquellas personas que hayan sido declaradas con anterioridad no idóneas para el ejercicio de la patria potestad en filiación adoptiva por el Consejo de Adopción de Menores de la Generalitat (hoy Comisión de Adopción y Alternativas Familiares[38]) no podrán presentar una nueva solicitud de adopción (ya sea nacional o internacional) hasta que hayan transcurrido dos años desde la fecha de la resolución en la que se acordó la falta de idoneidad.

Por lo que respecta al contenido de los ofrecimientos, estos han de incluir todos los elementos necesarios para configurar un proyecto adoptivo, junto con la documentación que acredite esos extremos, de modo que posteriormente permita adoptar las decisiones oportunas en la etapa de selección de la familia más idónea para un concreto niño o niña. Así, comenzando por el formulario de ofrecimiento para adopción nacional de la Generalitat Valenciana que habría que dirigir a la Dirección Territorial de Igualdad y Políticas Inclusivas competente según la residencia, se extrae que se exige que se aporte la siguiente información[39]: obviamente, en primer lugar, la identidad y los datos personales y de contacto de las personas que se ofrecen para adoptar. En segundo lugar, cuestiones como su nivel de estudios, trabajo actual, ingresos anuales y años de convivencia con la pareja (en su caso). En tercer lugar, ciertos elementos que se enmarcan en el proyecto adoptivo de los solicitantes: si se ofrecen, o no, para una adopción abierta (y, en caso afirmativo, con qué familiares permitirían los contactos afectivos: progenitores, abuelos/as, hermanos/as, otros/as familiares); y/o si estarían dispuestos a adoptar niños mayores de seis años, grupos de hermanos (indicando el número máximo de hermanos o hermanas y la edad máxima del o de la mayor) o menores con necesidades especiales.

Por otro lado, deberán indicar si han participado en algún programa de desplazamiento temporal de personas menores de edad extranjeras (por motivos de vacaciones, estudios o tratamiento médico); si se han ofrecido o tienen incoado

38 De acuerdo con la Disposición Adicional Primera del Decreto 60/2021, de 14 de mayo, del Consell, de regulación y coordinación de los órganos de la Administración de la Generalitat de participación infantil y adolescente, y de protección de la infancia y la adolescencia: "Todas las referencias de la normativa vigente al Consejo de Adopción de Menores de la Generalitat se entenderán hechas a la Comisión de Adopción y Alternativas Familiares".

39 El formulario de ofrecimiento de adopción nacional se encuentra disponible en (consultado el 27 de febrero de 2022): https://www.gva.es/downloads/publicados/IN/22007_BI.pdf.

algún expediente de acogimiento familiar; si tienen o han tenido a alguna persona menor de edad en acogimiento familiar; si se han ofrecido o tienen incoado algún expediente de adopción o incluso si ya han constituido con anterioridad alguna otra adopción. También se deberá reflejar de qué personas se conforma la unidad de convivencia: familiares, hijos/as u otras personas que convivan en el mismo domicilio, indicando si los hijos/as son biológicos o adoptivos. Asimismo, se solicita información sobre otros familiares directos que no forman parte de la unidad de convivencia (progenitores/as, hermanos/as o afines), así como sobre el estado de salud de los adoptantes e incluso de los miembros de la unidad de convivencia (si tienen algún problema relevante o enfermedad crónica).

El ofrecimiento incluye además una declaración de estar suficientemente informado/a sobre las peculiaridades de la filiación adoptiva, el consentimiento para que la administración recabe cierta información sobre las personas adoptantes (antecedentes penales, entre otros) y una serie de compromisos por parte de estos: a cumplir y observar las obligaciones que se derivan de la adopción previstas en el CC y en el resto de normativa vigente; a completar los procesos de información y formación preceptivos; a participar en los procesos de estudio y valoración psicosocial para determinar la idoneidad para la adopción; a facilitar las actuaciones de seguimiento durante la guarda con fines de adopción y el primer año de adopción, y a trabajar coordinadamente con los técnicos.

Por otra parte, cabe destacar en la modalidad nacional que según el apartado dos del artículo 152 de la Ley 26/2018 "Cuando el número de ofrecimientos presentados sea notablemente superior al número de adopciones que es previsible promover" se podrá suspender la recepción de nuevos ofrecimientos por un periodo de tiempo determinado, pudiendo exceptuar de esta regla aquellos proclives a constituir adopciones más infrecuentes debido a que entrañan una mayor complejidad en la práctica, como son las adopciones abiertas o las dirigidas a adoptar niñas, niños o adolescentes que, por su edad, características o circunstancias, tengan menos posibilidades de ser adoptados. Estos perfiles también incidirán en la ordenación de la tramitación de los ofrecimientos, ya que según el apartado tercero del artículo 152, se ordenarán atendiendo al proyecto adoptivo que se haya contemplado en el ofrecimiento, priorizando a los que se terminan de mencionar por sus especiales características.

Centrándonos específicamente en el caso de la adopción internacional, cabe comenzar advirtiendo que la normativa española no permite que se tramiten ofrecimientos en determinadas situaciones en que se ha considerado que no se respetan las necesarias garantías exigibles en esta clase de procedimientos. El artículo 4.2 LAI (al que remite también el artículo 8.1 RAI) se refiere a tres supuestos en que no se tramitarán ofrecimientos para la adopción de menores

nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado: a) Cuando el país en que el adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural; b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción y que remita a las autoridades españolas la propuesta de asignación con información sobre la adoptabilidad del niño y el resto de la información recogida en el párrafo e) del artículo 5.1 (es decir, información sobre su identidad, su adoptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares; así como la información relativa al otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la legislación del país de origen), o bien c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3 LAI.

Por otro lado, destacaremos del formulario de ofrecimiento de adopción internacional[40], además de los extremos relacionados anteriormente en la modalidad nacional, la necesidad de concretar el país de origen de la persona que los solicitantes se ofrecen a adoptar. Lo anterior implica que estos necesitarán conocer de antemano si cumplen los requisitos exigidos por ese país en cuanto a características personales, estado civil, orientación sexual, etc. También deberán especificar las características vitales de las personas a adoptar: niños/as a partir de 6 años, niños/as sin problemas relevantes de salud, grupos de hermanos/as, necesidades especiales, discapacidad física, discapacidad psíquica o discapacidad sensorial. En cuanto a la declaración de estar suficientemente informado, resulta de interés cierta información que se proporciona a los interesados en adoptar como el hecho de que la competencia para determinar la adoptabilidad de la persona menor de edad y la decisión de asignación a una determinada familia corresponde a la Autoridad Central del estado de origen, que remitirá a la Generalitat su informe sobre el niño o niña, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la asignación a una determinada familia. Esta familia habrá tenido que ser previamente considerada idónea para la adopción internacional en ese país por la Generalitat, que habrá remitido el correspondiente informe al estado de origen para que se pueda realizar esa asignación.

Nótese, por último en cuanto a la tramitación de los ofrecimientos, que la normativa permite compatibilizar varios de forma simultánea. El artículo 10.5 LAI establece que "Las personas que se ofrecen para la adopción podrán ser valoradas y, si corresponde, ser declaradas idóneas simultáneamente para la adopción nacional y la adopción internacional, siendo compatible la tramitación de su ofrecimiento

40 El formulario de ofrecimiento de adopción internacional se encuentra disponible en (consultado el 27 de febrero de 2022): https://www.gva.es/downloads/publicados/IN/22057_BI.pdf.

para los dos ámbitos". Y en el territorio autonómico el artículo 66 del Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana (Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano) indica que podrán tramitarse simultáneamente hasta tres solicitudes (ofrecimientos) de adopción de un mismo solicitante, de las cuales dos, como máximo, podrán ser de adopción internacional. Estas últimas, añade, no podrán estar dirigidas a un mismo país. Cabe por tanto que una misma persona (a título individual o conjuntamente con otra persona) tenga abiertos tres ofrecimientos de forma simultánea, siendo uno de ellos para adopción nacional y los otros dos para adoptar internacionalmente, debiendo dirigirse estos dos últimos ofrecimientos a dos países distintos.

3. La declaración de idoneidad.

Una vez recibido el ofrecimiento en la Dirección Territorial correspondiente de la Conselleria competente, en la adopción internacional se prevé el inicio del procedimiento de idoneidad a solicitud de la persona interesada mientras que en la nacional será la administración la que lo iniciará de oficio en dos supuestos: cuando precise familias candidatas para adoptar a personas protegidas bajo su tutela o cuando el ofrecimiento pueda responder a la petición de búsqueda de familia de otra Entidad Pública (es decir, de otra Comunidad Autónoma[41]). Como se señalaba anteriormente, la valoración de esa idoneidad de las familias adoptivas resulta clave en la configuración de la adopción como medida de protección de la infancia hasta el punto de que se ha considerado un "verdadero presupuesto" de esta más que un "requisito"[42]. Resulta necesario realizar un análisis exhaustivo de las familias que se ofrecen para adoptar entre aquellas que reúnan los requisitos de capacidad del CC antes explicados, con el fin de concluir si reúnen las condiciones necesarias para llevar a cabo las obligaciones derivadas de una filiación adoptiva y determinar posteriormente si son elegibles para atender a las necesidades de un niño o niña en particular. Aunque esta intervención administrativa, que corresponde a las Comunidades Autónomas, se pueda percibir por algunos como una intromisión en la vida privada, compartimos que "está plenamente justificada por la gravísima responsabilidad en la que incurre el Estado al decidir a quién entrega un niño que ha sufrido un abandono"[43].

La idoneidad para adoptar se recoge en las distintas fuentes reguladoras de la adopción, tanto de origen internacional como estatal o autonómico, aunque en el Convenio de La Haya de 1993 no se utilice exactamente ese término en

41 La cooperación entre Entidades Públicas en la búsqueda activa de familias adoptivas se recoge en la legislación valenciana en el artículo 148.4 de la Ley 26/2018.

42 Carrión Olmos, S.: "La adopción en el Derecho español tras las reformas de 2015", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, 2016, p. 62.

43 Adroher Biosca, S.: "Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el Ordenamiento jurídico español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 701, 2007, pp. 949-1004, pp. 952-953.

los artículos 5, 15 y 17 sino que se habla de personas "adecuadas y aptas para adoptar"[44]. Del conjunto de estas disposiciones queda claro que declarar la idoneidad de los futuros adoptantes es competencia de las autoridades del país al que va a ser trasladado el niño (es decir, de la/s Autoridad/es Central/es del estado de recepción, que ya sabemos que se corresponde con el organismo competente de la Comunidad Autónoma de la residencia de la familia que se ofrece para adoptar) y, además, que debe constatarse con carácter previo a la constitución de la misma. Partiendo de esa premisa, para conocer exactamente en qué consiste esa idoneidad deberemos referirnos a las normas de fuente estatal.

Comenzaremos con los artículos 10 LAI y 176.3 CC ya que nos ofrecen una definición de idoneidad y especifican en qué extremos se va a concretar su valoración. Ambos preceptos disponen (con una definición idéntica, en redacción dada por la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) que "Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción". Y en términos similares, ambos señalan –retomando el párrafo segundo del artículo 176.3 CC- que esa declaración por parte de la Entidad Pública "requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias". Añade, además, que no podrán ser declaradas idóneas para la adopción las personas que se encuentren privadas de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni aquellas que tengan confiada la guarda de su hijo a la administración. Si no fuera el caso, además de los criterios a valorar se requiere en el CC la asistencia a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por una entidad colaboradora autorizada.

Se añade en el artículo 10.2 LAI como criterio de valoración la consideración de "cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional", así como la necesidad de escuchar en dicha valoración psicosocial a los hijos de quienes se ofrecen para la adopción, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[45], reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. También exige la LAI que las Entidades Públicas se coordinen con el objetivo de "homogeneizar" los criterios de valoración, un requerimiento del legislador a todas luces razonable

44 En las versiones inglesa y francesa estos términos se corresponden respectivamente con las expresiones "eligible and suited to adopt" y "qualifiés et aptes à adopter".

45 BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

para que no dependa del lugar de residencia de las personas que se ofrecen para adoptar.

Por otro lado, el tercer apartado del artículo 10 LAI contempla el plazo de vigencia de la declaración de idoneidad y de los informes psicosociales referentes a la misma. Tendrán una vigencia máxima de tres años, a contar desde que se emitieron por el organismo de la Comunidad Autónoma competente, siempre que no se hubieran producido modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de las personas que se ofrecen para la adopción, en cuyo caso se entiende que deberán volver a ser valoradas antes de que expire dicho plazo. El mismo límite de validez temporal se contempla también, en coherencia con la legislación nacional, en la Ley valenciana de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia. Concretamente en el artículo 154.4 de la Ley 26/2018, según el cual "La declaración de idoneidad para la adopción tendrá una vigencia de un año, revisable de año en año, hasta un máximo de tres".

Tal declaración, indica ese mismo artículo 154 en su apartado primero, corresponde tanto en la adopción nacional como en la internacional al órgano directivo con competencia en materia de protección de la infancia y la adolescencia, previo acuerdo de la Comisión de Adopción y Alternativas Familiares. Este organismo se regula en el artículo 184 de la Ley 26/2018 y se desarrolla en los artículos 23 y siguientes del Decreto 60/2021 antes citado. En particular, el artículo 24 de esta norma indica que la Comisión de Adopción y Alternativas Familiares tendrá, entre otras, la función de declarar la idoneidad o no idoneidad para el ejercicio de la patria potestad en la filiación adoptiva de las personas que se ofrecen para la adopción nacional e internacional, así como, cuando proceda, revisarla, modificarla o revocarla.

El apartado segundo del artículo 154 de la Ley 26/2018 confirma a continuación lo establecido por el CC en relación con la obligatoria asistencia a las sesiones informativas y de preparación para la adopción como requisito necesario para la declaración de idoneidad. El objetivo de las mismas, según este mismo precepto, es que las personas que se ofrezcan para adoptar "conozcan y asuman" las características propias de la filiación adoptiva. Junto con ello, como ya sabemos, la Ley valenciana vuelve a indicar en coherencia con la normativa nacional anteriormente analizada que la declaración de idoneidad exige la valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de las personas que se ofrecen para la adopción, con el fin de constatar que estas reúnen las condiciones y aptitudes requeridas por el CC y, en su caso (para las adopciones internacionales) la LAI.

Seguidamente, el apartado 3 del artículo 154 añade varias exigencias asociadas a la idoneidad que resultan fundamentales en las adopciones. En primer lugar,

esta deberá determinarse en relación con el "proyecto adoptivo" de la familia, entendiendo por tal si se ofrecen para una adopción abierta o no, posible adopción conjunta de un grupo de hermanos, intervalo de edad de la persona menor de edad, necesidades especiales, etc. En segundo lugar y vinculado con lo anterior, se han de evaluar las condiciones de la familia para satisfacer las previsibles necesidades de una persona (o personas en casos de grupos de hermanos), con las características y circunstancias que contemplan en su ofrecimiento. Cuando este cubra una adopción abierta, se valorará, además, la disposición y capacidad de la familia para preservar las relaciones con la familia de origen. En este caso, se requerirá su consentimiento, que deberá constar en la idoneidad de acuerdo con los artículos 178.4 in fine CC y 150.3 de la Ley 26/2018.

4. La conformidad a las asignaciones y los informes de seguimiento en las adopciones internacionales.

Como se viene advirtiendo desde el inicio, las autoridades autonómicas desempeñan ciertas funciones comunes en las adopciones nacionales e internacionales pero también otras propias en las segundas debido a la propia naturaleza y funcionamiento de las mismas, regidas por dos legislaciones y en las que intervienen organismos públicos (y en su caso, privados) vinculados a dos países distintos. En este contexto transfronterizo, el artículo 156 de la Ley valenciana 26/2018 se refiere, en primer lugar y en general, a las funciones que se atribuyen en el ordenamiento jurídico (tratados internacionales y restante legislación vigente) a la Autoridad Central y a las Entidades Públicas[46], y, en segundo lugar y en particular, a dos actuaciones concretas que analizaremos en este epígrafe, a saber, por un lado, la conformidad a las asignaciones que realicen los estados de origen de los niños y, por otro lado, la realización o supervisión de los informes de seguimiento exigidos por esos países una vez se constituye la adopción y los menores residen en España.

Respecto a la primera función, comencemos por esclarecer en qué consiste una "asignación". Se trata de acordar que un determinado niño o niña sea adoptado por una concreta familia. Se asigna una familia a un menor, o, dicho de otro modo, se designa a la familia idónea para adoptar a un concreto niño o niña previamente declarado adoptable, una función esencial para que el procedimiento de adopción se desarrolle con todas las garantías y que compete a las autoridades del país de origen de esos menores. De hecho, el artículo 4.2.b) LAI dispone que no se tramitarán ofrecimientos en adopción internacional si no existe una autoridad específica en el país de origen que controle y proporcione las garantías que requiere una adopción, y que además remita a las autoridades españolas esa propuesta de

46 Artículo 156.1 Ley 26/2018: "1. Además de la declaración de idoneidad, la Generalitat ejercerá, en materia de adopción internacional, todas las funciones que los tratados internacionales y la restante legislación vigente atribuyen a la autoridad central y a las entidades públicas".

asignación. El Convenio de La Haya de 1993 se refiere a este trámite en el artículo 16.1.d), el cual indica que si la Autoridad Central del Estado de origen considera que el niño es adoptable, entre otras actuaciones y basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, deberá constatar si la "colocación" prevista obedece al interés superior del niño. Esta misma autoridad deberá transmitir posteriormente a la Autoridad Central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a esa "colocación", procurando no revelar la identidad de la madre y el padre si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad –retomaremos esta última cuestión en el último punto abordado en el trabajo-.

A partir de entonces, de acuerdo con el artículo 5.1.e) LAI corresponde a las Entidades Públicas recibir la asignación de la persona que va a ser adoptada que han remitido las autoridades competentes del país de origen, y lo hará bien directamente bien a través del correspondiente organismo acreditado para la intermediación[47]. En la misma deberá figurar la información siguiente, en coherencia con lo establecido en el artículo 16.1.a) del Convenio de La Haya de 1993: su identidad, su adoptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares, así como el otorgamiento de los consentimientos de las personas, instituciones y autoridades requeridas por la legislación del país de origen.

Una vez recibida esa asignación, señala el apartado f) de ese mismo artículo de la LAI que compete a la Entidad Pública competente dar la conformidad sobre la adecuación de las características del menor asignado por el país de origen con las que figuren en el informe psicosocial que acompaña al certificado de idoneidad, una obligación de comprobación que se recoge asimismo en la norma regional que atribuye esta función a la Generalitat Valenciana. El artículo 156.2 de la Ley 26/2018 señala de este modo que la conformidad a las asignaciones realizadas por las autoridades del país de origen se otorgará únicamente si se cumplen dos condiciones: en primer lugar, si se acompañan las asignaciones de toda la información prevista en la LAI (está remitiendo pues al artículo 5.1.e) LAI antes citado); y en segundo lugar, si las características y necesidades de la persona a adoptar se corresponden con el proyecto adoptivo para el que la familia ha sido declarada idónea. Se exige por lo tanto a la autoridad autonómica que se cerciore de que la asignación se ha realizado correctamente por lo que respecta a las características del niño o niña asignado: deberán concurrir en este/a las mismas características que consten en la declaración de idoneidad de la familia seleccionada

47 El artículo 6 LAI regula la actividad de intermediación en la adopción internacional, que podrá llevarse a cabo bien directamente por los organismos autonómicos competentes bien por los organismos acreditados para ello tanto en el país de origen de los niños como en España. Así lo permite también el artículo 22.1 del Convenio de La Haya de 1993.

y esta comprobación deberá realizarse tanto para la autoridad de origen como por la de destino. Este doble control –o triple, cuando intervenga un organismo acreditado- garantizará el éxito de la adopción, o al menos reducirá su fracaso lo máximo posible, evitando de inicio que se produzca un posterior rechazo a la asignación por parte de la familia designada.

Completa esta regulación el artículo 79 del Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana, que reitera y concreta esta competencia de la entidad autonómica. Según indica, la Autoridad Central del país de origen tendrá que remitir los informes pertinentes con la identidad, medio social, evolución personal y familiar, historia médica y situación de adoptabilidad del niño y la asignación a una persona o personas que previamente hayan sido declaradas idóneas. A continuación deberá formalizarse su aceptación (o no) por parte de las Direcciones Territoriales competentes, así como proceder a la notificación a los interesados, a los que se proporcionará toda la información disponible sobre el niño o niña, solicitando asimismo su aceptación o denegación a la asignación. El visto bueno tanto de la Entidad Pública como de la familia adoptiva deberá ser comunicado a la autoridad competente del país de origen del menor.

Una vez el niño se halla residiendo en España, el artículo 156.3 de la Ley 26/2018 impone otra obligación a la Generalitat Valenciana en el marco de los seguimientos de las adopciones internacionales que exigen las legislaciones de algunos países de origen de los adoptados (en ocasiones hasta los dieciocho años) con el fin de controlar que su cuidado y adaptación se están produciendo correctamente. Se trata de una posibilidad que prevé el Convenio de La Haya de 1993, que se concreta en la legislación nacional y autonómica y que no hay que confundir con el seguimiento que se prevé para toda adopción, sea nacional o internacional, que corresponde asimismo a los organismos autonómicos competentes tal y como figura en el artículo 157.1 in fine de la Ley valenciana 26/2018: "En todo caso (…) se efectuará un seguimiento trimestral durante el primer año de adopción".

Para las adopciones internacionales, además, algunos países de origen exigen unos informes de seguimiento cuya ejecución (o supervisión) se atribuye igualmente a las autoridades autonómicas. Esta obligación parte del artículo 9 del Convenio de La Haya de 1993, el cual señala que las Autoridades Centrales (ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado) tomarán todas las medidas apropiadas para, entre otras tareas, promover el desarrollo de servicios para el seguimiento de las adopciones. La LAI de 2007, por su parte, se refiere a esta cuestión en los artículos 5 y 11 desde dos perspectivas distintas. El primero señala que corresponde a las Entidades Públicas expedir el compromiso de seguimiento

cuando lo exija el país de origen del adoptado, así como realizar los informes de los seguimientos requeridos, que podrán encomendarse a los organismos acreditados o a otras entidades autorizadas. El segundo regula esta misma cuestión desde la perspectiva de las familias adoptivas, a las que atribuye una serie de obligaciones que han de cumplir tanto con anterioridad a la constitución de la adopción como con posterioridad (obligaciones preadoptivas y postadoptivas).

Con carácter previo y obligatorio, ya lo hemos visto, han de asistir a unas sesiones informativas y preparatorias para la adopción; y una vez constituida deberán cumplir los trámites postadoptivos establecidos por la legislación del país de origen del menor adoptado, recibiendo para ello ayuda y asesoramiento por parte de las Entidades Públicas y de los organismos acreditados. Añade la LAI, además, que tales informes de seguimiento postadoptivos se elaborarán con la información, documentación y entrevistas que los adoptantes habrán de facilitar a la Entidad Pública, al organismo acreditado o a otra entidad autorizada, y que si no colaboran se enfrentarán a sanciones administrativas e incluso a una declaración de no idoneidad en el caso de interesarse por un procedimiento de adopción posterior.

En línea con todo lo descrito, el artículo 156.3 de la Ley 26/2018 establece que corresponde a la Generalitat "realizar o supervisar" estos informes de seguimiento y que deberá garantizar que los mismos se ajustan a los plazos y contenidos requeridos por esos países, tomando las medidas necesarias para que estos se lleven a cabo sin menoscabo del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la persona adoptada. Confirma estas obligaciones tanto de la administración autonómica como de las familias adoptivas el artículo 80.2 del Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana de 2001.

5. El derecho a conocer los orígenes biológicos.

Para finalizar el estudio de la intervención autonómica en la adopción dedicaremos las siguientes líneas al análisis del derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes biológicos, una posibilidad que se contempla actualmente en el artículo 158 de la Ley 26/2018, donde se concretan y desarrollan las funciones de la Generalitat Valenciana dentro del marco normativo de origen internacional y nacional que consagra este derecho. El mismo regula esta cuestión de una forma mucho más amplia y detallada que el artículo 11 de la derogada Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana, que se limitaba a remitir a la legislación específica reguladora de esta materia.

Esta legislación específica incluye tanto normas de origen internacional como estatal ya que el derecho a conocer los orígenes biológicos se recoge en todas

las fuentes reguladoras de la adopción de una forma más o menos explícita. En la normativa internacional se consagra en los artículos 7 y 8 del Convenio sobre los Derechos de los Niños de 1989[48], en el artículo 30 del Convenio de La Haya de 1993 y en el artículo 22 del Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado) de 2008[49] (el llamado Convenio de Estrasburgo sobre adopciones). Y en la nacional, este derecho se ha ido reconociendo y ampliando con el tiempo, apreciándose desde 2015 diferentes niveles de contacto del adoptado con su familia biológica[50]: desde el simple conocimiento de ciertos datos sobre sus orígenes (artículo 180.5 y 6 CC) hasta la adopción abierta, que, como hemos visto en este mismo trabajo, supone un paso más en la consecución de este derecho desde el momento en que permite que la persona adoptada mantenga vínculos afectivos con determinados miembros de su familia de origen una vez constituida la adopción (artículo 178.4 CC y artículo 150 Ley 26/2018).

En el CC español el artículo 180 se refiere al derecho a conocer los orígenes biológicos en el contexto de la adopción en dos apartados, el 5 y el 6. La aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia dio lugar a la configuración actual de estas normas al reformar el apartado 5[51] e introducir el 6, proclamando actualmente este derecho en nuestra legislación estatal de una forma más reforzada que en el régimen anterior al 2015. El apartado 6 del artículo 180 CC señala que las personas adoptadas, una vez alcanzada la mayoría de edad o bien con anterioridad a través de sus representantes legales, tienen derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos, lo que implica consecuentemente el deber de las Entidades Públicas a prestar a estas personas a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para ejercer este derecho, eso sí, previa notificación a las "personas afectadas". Con este fin, continúa señalando esta disposición del CC, cualquier entidad privada o pública, cuando sea requerida para ello, estará obligada a facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal los informes y antecedentes necesarios sobre el adoptado y su familia de origen.

48 BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

49 BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011. Actualmente en vigor en diez países. Véase la información sobre el estado de las ratificaciones proporcionada por el Consejo de Europa en el siguiente enlace (consultado el 27 de febrero de 2022): https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-conventions/treaty/202/signatures?p_auth=D7GDMhzL

50 De Lorenzi, M., Gallego Molinero, A., Fernández-Moreno, P.: "Adopción y derechos. el acceso a los orígenes en Argentina, Chile y España", *América Latina Hoy*, núm. 83, 2019, p. 11.

51 El apartado 5 fue introducido por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional pero ya antes la STS 21 septiembre 1999 (RJ 1999, 6944) abrió el camino a que los jueces permitiesen investigar los datos sobre los orígenes de las personas conservados en distintos organismos. Desde entonces se sucedieron diferentes pronunciamientos judiciales que permitían el acceso a los datos del historial clínico del nacimiento por considerar que prevalece el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos sobre el derecho de la madre a la ocultación de su identidad. Anguita Ríos, R.Mª: "La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado", *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016, pp. 81-109.

El apartado 5 del artículo 180 CC completa este régimen con ciertas normas inspiradas en la regulación internacional antes citada. En línea con el Convenio de La Haya de 1993, obliga a las Entidades Públicas a conservar la información de que dispongan relativa a los orígenes del adoptado; concretamente la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como su historia médica y la de su familia; y, tal y como exige el Convenio de Estrasburgo, la información deberá conservarse, al menos, durante cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva y se hará a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar este derecho. El CC no se limita pues a contemplar este derecho sino que establece también correlativas obligaciones tanto para entes públicos como privados con la finalidad de que pueda ejercerse efectivamente en la práctica. Lo anterior se extiende a los organismos acreditados para la intermediación en las adopciones internacionales en virtud del artículo 12 LAI, que señala que este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados tanto de la Entidad Pública correspondiente como de los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin.

Dentro de este marco nacional e internacional, la normativa regional concreta a su vez la necesaria intervención autonómica en el derecho a conocer los orígenes de las personas adoptadas. En el artículo 158 de la Ley valenciana 26/2018 se regulan diversas obligaciones de la administración autonómica en este ámbito para que estas puedan hacer efectivo este derecho. Concretamente los beneficiarios del asesoramiento y ayuda prestada por la Generalitat en este ámbito son, por un lado, las personas adoptadas que residan en la Comunidad Valenciana y, por otro lado, aquellas no residentes cuya adopción hubiera promovido. Todas estas personas podrán recibir orientación y apoyo por parte de un equipo técnico especializado (para cuya composición, cualificación y funciones se remite a un desarrollo reglamentario posterior) no solo de tipo informativo y logístico (sobre el proceso de búsqueda, en la localización y obtención de la información) sino también para la compresión de la información obtenida, su procesamiento emocional e integración como parte de la propia identidad. De igual modo, podrán ser asistidas mediante la intermediación y preparación para el contacto con miembros de la familia de origen, siempre que las "personas implicadas" presten su consentimiento a tal efecto.

Para asistir a estas personas, la Generalitat, así como los restantes titulares de archivos públicos valencianos que contengan información relativa a adopciones, tomarán las medidas necesarias para garantizar la conservación durante al menos cincuenta años (en línea con el Convenio de Estrasburgo y el artículo 180.5 CC) de cuantos documentos contengan información sobre los orígenes de la persona adoptada y, en particular, sobre su historia médica o la de su familia y la identidad de

sus personas progenitoras biológicas. Además la Generalitat recabará los informes y antecedentes de la persona adoptada, o de su familia origen, que resulten necesarios, apercibiendo a la entidad requerida de la obligación de facilitarlos de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil.

Queda pues evidenciado en las distintas fuentes reguladoras de la adopción que los adoptados son titulares de un derecho a conocer sus orígenes biológicos que conlleva consecuentemente ciertas obligaciones para la administración autonómica. Ahora bien, al mismo tiempo, estas mismas normas contemplan algunas matizaciones que revelan que no se trata de un derecho absoluto sino que existen ciertos límites a su ejercicio. En el ámbito internacional, habrá que estar, de nuevo, no solo a lo que diga la legislación española sino también a la del país de origen de la persona adoptada. Y en todo caso, además, los límites al ejercicio de este derecho en España tendrán que ver con el posible conflicto de intereses que plantean estas situaciones. Por un lado, la libertad de la madre o el padre y su derecho esencial a la intimidad y al anonimato; y por otro lado, el derecho a la identidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad del hijo engendrado[52]. De hecho, en la práctica el principal problema que se plantea es la confrontación con el derecho fundamental a la intimidad de los progenitores biológicos, frecuentemente de la madre, pues la filiación materna en muchos casos es la única que se puede indagar[53].

En las fuentes reguladoras de las adopciones transfronterizas, el artículo 30 del Convenio de La Haya de 1993 antes mencionado indica que las autoridades competentes del país de origen del menor deberán asegurar el acceso a esta información del interesado o de su representante "en la medida en que lo permita la Ley de dicho Estado". Esta remisión a la Ley del Estado de origen del niño, puede conllevar alguna restricción que afecte al ejercicio de este derecho, o incluso que lo impida, teniendo el adoptado que conformarse con la información existente en los expedientes de la Entidad Pública correspondiente y del organismo acreditado interviniente. Esta misma idea queda reflejada en el artículo 12 LAI, que proclama este derecho "sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores". Por otro lado, también el Convenio de Estrasburgo se hace eco en su artículo 22, apartados 3 y 4, de las limitaciones que pudiera haber en la ley de algún estado contratante: si "los padres de origen" tienen derecho a que no se divulgue su identidad, la autoridad competente podrá determinar si es conveniente no "hacer uso" de este derecho según las circunstancias concurrentes.

52 Anguita Ríos, R.Mª: "La adopción abierta", cit., pp. 81-109.

53 Palacios González, D.: "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3, 2017, p. 101.

En cuanto a las limitaciones que podamos encontrar en la legislación nacional, cabe recordar, en primer lugar, que el apartado 6 del artículo 180 CC señala que las Entidades Públicas prestarán la ayuda que precisen los adoptados "previa notificación a las personas afectadas". No concreta de quién se trata pero subyace que se refiere a la familia biológica de la persona adoptada, a la que se informará de que se va a proceder a prestarle dicha asistencia en la búsqueda de sus orígenes. Esta regla supone un límite inicial al ejercicio de este derecho porque puede plantear en la práctica problemas para conciliar los intereses anteriormente mencionados[54], al igual que la norma contemplada en el apartado 3 del artículo 158 de la Ley valenciana 26/2018 que hemos mencionado supra, que incluye entre la ayuda que puede prestar la Generalitat en este ámbito la intermediación y preparación para el contacto con miembros de la familia de origen "si las personas implicadas prestan su consentimiento a tal efecto", un requisito que va más allá de la mera "notificación a las personas afectadas" del CC porque estamos hablando de relacionarse y no solo de acceder a cierta información. Tal exigencia se considera razonable ya que una vez se conoce la identidad de uno o ambos progenitores y, por extensión, de sus familias, ya no se puede obligar jurídicamente a estas personas a que se relacionen con el pariente biológico.

El apartado quinto del artículo 158 de la Ley valenciana 26/2018 se refiere asimismo a más limitaciones vinculadas a este conflicto de intereses en el marco del tratamiento y la cesión de datos de carácter personal para el cumplimento de estas funciones, indicando que no precisará de la autorización de su titular, si bien la Generalitat tratará de recabarla siempre que sea posible. Cuando medie la oposición expresa a su cesión, únicamente comunicará los datos a la persona adoptada o a terceros tras un procedimiento de disociación de conformidad con la normativa vigente de protección de datos. Y un último límite al ejercicio de este derecho que también interesa traer a colación se encuentra en la normativa reguladora del Registro Civil, ya que en el artículo 44.4 II de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[55] (LRC) se dispone que salvo los casos de menores abandonados y no inscritos (artículo 48 LRC) en toda inscripción de nacimiento acontecida en España se hará constar necesariamente la filiación materna "aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación".

54 Se ha considerado que en los casos en que se soliciten datos sobre la base de este artículo del CC obteniendo una respuesta negativa, se podrá acudir al Juez, quien deberá valorar las razones de la misma. En algún caso, más bien excepcional, podría estar justificada. En otros, otorgada autorización judicial, el problema radicará en decidir qué datos pueden y deben ser proporcionados. Palacios González, D.: "Los derechos", cit., p. 108.

55 BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

Finalizaremos el estudio sobre el papel de la administración autonómica valenciana en el campo de la adopción con una última norma recogida en el apartado 6 del artículo 158 de la Ley 26/2018 sobre los casos de niños robados. Se trata de un episodio doloroso en la Historia de España en los que la Generalitat Valenciana está llamada también a desempeñar un papel primordial para favorecer el ejercicio del derecho a conocer los orígenes biológicos de las víctimas. Esta norma establece que el equipo técnico especializado antes referido colaborará con el Instituto Valenciano de la Memoria Democrática, los Derechos Humanos y las Libertades Públicas en la asistencia y ayuda a las víctimas contempladas en la Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana[56] cuando se trate de niños y niñas recién nacidos sustraídos o personas dadas en adopción sin autorización de sus personas progenitoras. Indica la norma que con ello se pretende facilitar el procesamiento emocional de la información obtenida por ese Instituto y mitigar las secuelas psicológicas de los hechos que han sufrido.

IV. VALORACIÓN FINAL.

El procedimiento de adopción se compone de sucesivas etapas por las que van transitando las personas que se ofrecen para adoptar a niños y niñas en situación de desamparo cumpliendo con las obligaciones, requisitos y exigencias que establece el ordenamiento jurídico español y, en el caso de las adopciones internacionales, también los exigidos por la legislación del país de origen de esos niños. Se trata de procesos largos y complejos debido a múltiples factores. Entre ellos, la necesidad de asegurar que se desarrollan con todas las garantías necesarias para satisfacer el interés superior de los menores adoptados, una exigencia que requiere la intervención de los poderes públicos, a los que tanto la Constitución Española como los convenios internacionales sobre derechos de los niños imponen la obligación de protegerlos. Tales normas vinculan, entre otros entes públicos, a las administraciones autonómicas, las cuales llevan a cabo una labor fundamental en los procedimientos de adopción y, por ende, en la consecución de los objetivos perseguidos en los mismos.

En el estudio que hemos presentado se han analizado las principales funciones ejercidas por las Entidades Públicas desde la perspectiva de la reciente legislación adoptada en la Comunidad Valenciana en materia de protección a la infancia y la adolescencia, unas funciones que se enmarcan en las atribuidas a las Comunidades Autónomas principalmente en el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional y los convenios internacionales que vinculan al Estado español en esta materia. El legislador valenciano ha desarrollado la competencia de la Generalitat en el ámbito

56 DOGV núm. 8168, de 13 de noviembre de 2017.

de las adopciones en los artículos 147 a 158 de la Ley 26/2018, una normativa que, de manera coherente con el marco jurídico nacional e internacional actual, ha mejorado a la anteriormente vigente en múltiples aspectos, permitiendo así que la administración valenciana desempeñe su labor en esta sede con más garantías y herramientas legales. Igualmente, proporciona una regulación más detallada de la tramitación de las adopciones, tanto nacionales como transfronterizas, contemplando asimismo novedosas figuras -como la adopción abierta- que benefician al interés del menor en este campo.

Una vez delimitado el marco legal, quedarían por exigir tres aspectos de vital importancia para llevar a término una implantación efectiva del mismo con todas las garantías exigibles a los procedimientos de protección a la infancia. Por un lado, una suficiente financiación que permita desarrollar todas las políticas, medidas y herramientas de los que se ha dotado a la administración. Por otro lado, un perfil y una formación continua adecuados del personal que trabaja en este sector. Y finalmente, que todos los principios rectores por los que ha de guiarse la administración, y que se recogen en el artículo 147.2 de la Ley 26/2018, se respeten (y se hagan respetar) también en la actuación del personal de otras entidades en las que se delega el ejercicio de ciertas competencias cuando lo permite la ley. Si las sesiones informativas y de preparación de las familias, la valoración psicosocial de la idoneidad o los informes de seguimiento postadoptivos exigidos por los países de origen se organizan o se encomiendan a entidades colaboradoras privadas, la administración debería supervisar y controlar seriamente todas esas actuaciones.

En conclusión, el presente trabajo tenía por finalidad poner en valor la importante labor desempeñada por la administración autonómica en la adopción y esperamos haberlo conseguido. Pero finalizaremos también reivindicando que si las competencias estudiadas a lo largo del mismo se desarrollan por otras entidades, se exija que su labor se guíe igualmente por esos mismos principios, garantías y estándares, con supervisión y control por la administración autonómica correspondiente. Solo así podremos concluir que se han alcanzado verdaderamente los objetivos perseguidos con la adopción en la nueva regulación.

BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S.: "Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el Ordenamiento jurídico español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 701, 2007

Anguita Ríos, R.Mª: "La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado", *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016

Azcárraga Monzonís, C.: "El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las adopciones internacionales: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2021, de 18 de febrero de 2021", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 41, 2021

Calvo Babío, F.: "Naturaleza y alcance de los protocolos de adopción suscritos entre España y Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 0, 2000

Carrión Olmos, S.: "La adopción en el Derecho español tras las reformas de 2015", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, 2016

De Lorenzi, M., Gallego Molinero, A., Fernández-Moreno, P.: "Adopción y derechos. el acceso a los orígenes en Argentina, Chile y España", *América Latina Hoy*, núm. 83, 2019

Díez Riaza, S.: "La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más", *Revista de Derecho UNED,* núm. 22, 2018

González Martín, N.: "Los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados entre España y Rumania, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. V, 2005

Meco Tébar, F. (dir.): *Comentarios a la Ley 26/2018 de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022 (en prensa)

Palacios González, D.: "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3, 2017

Sánchez Cano, M.J.: "Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, 2018

Serrano Molina, A.: "La adopción abierta. Medidas para fomentar su implantación", *Revista de Derecho UNED,* núm. 22, 2018

OTRAS FUENTES

Álvarez, P.: "Las adopciones de niños extranjeros se desploman en España en apenas una década", El País, 30 de enero de 2019: https://elpais.com/sociedad/2019/01/29/actualidad/1548791578_921945.html#?rel=mas

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, estado de ratificaciones del Convenio de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69

Institut Valencià de Estadística, Boletín Estadístico del Observatorio de la Infancia del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030: https://pegv.gva.es/es/temas/sociedad/proteccionsocialyserviciossociales/medidasdeproteccionalainfancia

Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, números 20, 22 y 23 de 2018, 2020 y 2021: https://observatoriodelainfancia.vpsocial.gob.es/estadisticas/estadisticas/home.htm

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, "Memoria de análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional", 22 de noviembre de 2017: https://www.sanidad.gob.es/normativa/audiencia/docs/Adadopcion_internacional.pdf

Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana: https://inclusio.gva.es/es/infancia-i-adolescencia1

LA AUTORREGULACIÓN EN MATERIA DE CONSUMO: ESPECIAL VALORACIÓN DEL MUNDO DIGITAL

SELF-REGULATION IN CONSUMPTION: SPECIAL ASSESSMENT OF THE DIGITAL WORLD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1070-1095

David LÓPEZ JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: La industria, en base al fenómeno de la autorregulación, ha aprobado un elenco de códigos de conducta o de buenas prácticas. Estos últimos constituyen una mejora de las condiciones establecidas, con carácter mínimo, por el legislador. Representan un sugerente complemento -y, por tanto, no sustituyen- la normativa imperativa. Tales figuras operan en numerosos ámbitos del tráfico económico adecuando las reglas imperantes a determinados sectores. Dentro de estos últimos destacan aquellos que rigen en el ámbito digital. En el presente artículo se analizarán diversas cuestiones relativas al fenómeno de la autorregulación, en materia de consumo, con especial consideración del espectro digital. Aunque inicialmente el legislador ha fomentado tal figura, en los últimos años, ha aprobado normas que, en cierta medida, disciplinan la autorregulación. En este sentido, entre otros aspectos, se limitan ciertas conductas, respecto a la misma, que resultan contrarias a los intereses de quienes actúan en el mercado.

PALABRAS CLAVE: Condiciones generales de la contratación; competencia desleal; contrato normativo; mercado; publicidad.

ABSTRACT: *The industry, based on the phenomenon of self-regulation, has approved a list of codes of conduct or good practices. The latter constitute an improvement of the minimum conditions established by the legislator. They represent a suggestive complement and they do not replace mandatory regulations. Such figures operate in numerous areas of economic traffic, adapting the prevailing rules to certain sectors. Among the latter, those that govern the digital field stand out. This article will analyze various issues related to the phenomenon of self-regulation, in terms of consumption, with special consideration of the digital spectrum. Although initially the legislator has encouraged such a figure, rules that discipline self-regulation have been approved in recent years. In this sense, among other aspects, there is a limitation of certain behaviors which are contrary to the interests of those who act in the market.*

KEY WORDS: *General contracting conditions; unfair competition; normative contract; market; advertising.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN.- III. POSIBLES ESPACIOS DE REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL.- IV. NATURALEZA JURÍDICA: CARACTERES PROPIOS DEL CONTRATO NORMATIVO.- V. SIMILITUD FUNCIONAL CON LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. -VI. ALCANCE. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La evolución que las nuevas tecnologías están implicando en las últimas décadas es apasionante. El ritmo al que avanzan es imparable y alcanzan cada vez a más sectores de la realidad social. Las novedades técnicas nos facilitan gran parte de las actividades cotidianas que realizamos, pero suscitan preocupaciones respecto a su diseño, desarrollo e implementación. Asimismo, como cualquier otra actividad, están sometidas al imperio de la ley.

Ahora bien, debemos ser conscientes de que el Derecho va por detrás de la realidad social. Los hechos –y más en materia tecnológica- van por delante del legislador. El jurista siempre va por detrás de las novedades, que, al mismo tiempo que renuevan la realidad social, envejecen al Derecho. En este sentido, el autor alemán Julius Von Kirchmann[1], hace más de ciento cincuenta años, decía que "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura", manifestación que es aplicable a la legislación que regula las nuevas tecnologías.

En base al principio de la autonomía de la voluntad, resultan posibles los instrumentos que derivan de la autorregulación. Su contenido debe ser más protector que el marco jurídico que, con carácter mínimo, el legislador reconoce al contratante débil de la relación jurídica. Si la libertad contractual no se reconociera el Derecho de obligaciones y contratos se vería cercenado. Dentro de tal parte del Derecho, el las transacciones que tienen lugar en el mundo digital[2] estarían únicamente sometidas a las decisiones que el legislador considerase pertinentes. En otros términos, sin tal principio, las partes que interactúan en el ámbito digital, no podrían aprobar normas, fruto de los acuerdos que celebren, en el espectro digital.

El principio de la autonomía de la voluntad no está en crisis en materia tecnológica, sino que es un espacio en el que el mismo podrá ser un instrumento

1 Kirchmann, J.H.V.: "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft", en AA.VV.: *Vortrag gehaslten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin,* Julius Springer Verlaj, Berlin,1848, p.3.

2 Sobre tal particular, González Hernández, R.: "La protección del consumidor en la contratación digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16, pp. 1236-1253.

• David López Jiménez
Acreditado a Profesor Titular de Universidad (ANECA), EAE Business School. Correo electrónico: dlopez@eae.es.

que impulse las transacciones que en tal espacio acontece. De acuerdo con el principio pacta sunt servanda, todo contrato válidamente celebrado tiene fuerza de ley para las partes. En virtud de las estipulaciones que las partes pacten, en ejercicio de la libertad contractual, los contratantes -que en nuestro caso serán ambos empresarios- elaboran y aprueban un elenco de reglas que disciplinará su relación jurídica. En efecto, la autorregulación, posible en virtud de la libertad contractual, aumenta, materializado en los instrumentos que analizaremos, la confianza del contratante débil de la relación jurídica (consumidor y usuario).

Hace más de dos décadas el libro verde sobre protección de los consumidores en la Unión Europea (de 2 de octubre de 2011) puso de relieve la necesidad de modificar la normativa comunitaria dado que uno de los principales obstáculos del comercio interior era la divergencia entre las normativas propias de los distintos Estados. Por ello, en 2005, se aprobó la normativa marco sobre las prácticas comerciales desleales de las entidades en su relación con los consumidores. Esta última reconoce la posibilidad de que el fenómeno de la autorregulación complemente la normativa legal para dar una protección adecuada respecto a la protección de los intereses del contratante débil de la relación jurídica -consumidores y/o usuarios-.

II. LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN.

El fenómeno de la autorregulación implica la observancia de unas reglas de conducta cuyo cumplimiento se ha establecido antes como objetivo. Casi todas las facetas de la actividad de una empresa pueden ser objeto de un sistema de autorregulación[3]. Uno de los caracteres inherentes al fenómeno de la autodisciplina es su flexibilidad que está en línea con el desarrollo exponencial del Derecho mercantil frente al aletargamiento del Derecho común[4]. También podríamos destacar otras notas adicionales como la especialización del personal que se ocupa de los mismos, y la transparencia de esta modalidad de sistemas. En este último sentido, podemos señalar la posibilidad de que existan mecanismos de control previo como el copy advice en materia publicitaria[5].

La creación y puesta en marcha de los sistemas de autodisciplina obedece a diversos objetivos. Dentro de los mismos, podemos citar, entre otros, la vigilancia

3 Van Heesen-Laclé, Z.D. y Meuwese, A.: "The legal framework for self-regulation in the Netherlands", *Utrecht Law Review*, 2007, Vol. 3, núm. 2, p. 116.

4 Swire, P.: Markets, self-regulation, and goberment enforcement in the protection of personal information, en AA.VV.: *Privacy and self-regulation in the Information Age by the US. Departamento f Commerce*, US Departament of Commerce, Washington DC, 1997, p. 17; Pazos Hayashida, J. y Vega Talledo, A.B.: "Autorregulación y programas de cumplimiento empresarial en materia de publicidad comercial y protección al consumidor", 2020, *Derecho PUCP*, núm. 85, p. 177.

5 López Jiménez, D. Monroy Anton, A. y Crichlow, J.: "Self-regulation of electronic commerce: issues in the context of Chilean Law", *Revista Chilena de Derecho*, 2007, núm. 44, p. 357.

entre competidores para que impere una competición leal en el mercado; la seguridad jurídica[6]; y, como se ha puesto de relieve, la tutela de los consumidores y/o usuarios.

Las herramientas en las que la autorregulación se plasma[7], en el ámbito que analizamos, son múltiples. Así, entre otros, podemos señalar los códigos de conducta, códigos tipo –que son una tipología de códigos de conducta referidos específicamente a la privacidad[8]-, marcas de garantía, terceros de confianza[9], normas ISO -International Organization for Standardization- y normas UNE -acrónimo de Una Norma Española-. Aunque los citados instrumentos pueden operar en el mundo tradicional y en el virtual, cuando lo hacen en este último, pueden haber sido ideados y, en consecuencia, desplegar su eficacia en diversos planos. Entre los contenidos que estos últimos pueden regular, se encuentran las comunicaciones comerciales en general o sobre productos o servicios concretos, pero también las transacciones comerciales.

Existe un notable elenco de documentos supraestatales[10], europeos[11], y españoles[12] que aluden a la autorregulación, pero son muy reducidos los preceptos que establecen su significado. Las estructuras a las que hacemos alusión, en ocasiones, se integran en lo que puede denominarse un sistema de autorregulación. Para su existencia, deberán concurrir dos presupuestos[13]. Se trata, por un lado, del código de conducta y, por otro, del organismo de control, imparcial e independiente[14], que se encargará de velar por su plena observancia. No hay sistema de autorregulación si el sistema no incorpora mecanismos de

6 Lessig, L.: *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001, p. 119.

7 Existen iniciativas empresariales que pueden englobarse dentro del mismo. En este sentido, respecto a Google y el derecho al olvido, Floridi, L.: "The Right to Be Forgotten": a Philosophical View", *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics,* 2015, núm. 23, pp. 30-45.

8 López Jiménez, D.: "The type codes as a tool for the privacy protection in the digital environment: Apreciations from the Spanish Law", *Estudios constitucionales*, 2013, núm. 2, pp. 575-614; López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "Safeguarding privacy in social networks", *Law, State and Telecommunications Review*, 2020, Vol. 12, núm. 1, pp. 58-76.

9 López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "The trusted third party or digital notary in Spain: effect on virtual transactions", *International Review of Law, Computers and Technology,* 2021.

10 Así, las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor -número 26-.

11 En este sentido, entre otros, la Directiva 84/450, de 10 de septiembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Directiva de comercio electrónico; Directiva 2009/138, de 25 de noviembre, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio; Directiva 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE de comunicación audiovisual.

12 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión; Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

13 En este sentido, el artículo 37 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal -LCD-.

14 Tal carácter se exige tanto respecto al órgano considerado aisladamente como en cuanto a sus integrantes -cada uno de sus miembros-.

control del cumplimiento de las normas de conducta[15]. Estos últimos mecanismos pueden ser internos o externos, según que el control del cumplimiento de las normas de conducta se encargue a órganos integrados en la estructura del sistema o a órganos ajenos al mismo.

Los códigos de conducta integran un elenco de reglas y principios, de distinto alcance, que asumen quienes acometen actividades susceptibles de ser englobados en los ámbitos que disciplinan[16]. El contenido de gran parte de tales documentos pretende ser una determinada forma de conexión entre la ética y el Derecho[17], dado que en los mismos se incluyen principios y normas jurídicas propias del ámbito digital. Asimismo, debe advertirse que determinados documentos derivados de la autorregulación contienen, de forma expresa, la vigencia del principio de legalidad.

Tales documentos pueden incluir, además de un elenco de valores, una descripción amplia de las conductas que se estiman acordes con tales valores, pero, también, de las conductas reprobables, ya que son contrarias a los mismos y que serán objeto de sanción[18]. El contenido que planteamos puede estar formulado de forma genérica, si bien es habitual que los preceptos de tales documentos tiendan cada vez más a una mayor concreción en el ámbito tecnológico[19].

Es necesario que los documentos que comentamos sean públicos[20], en el sentido de que su vigencia pueda ser conocida por sus destinatarios que generalmente serán los contratantes débiles de la relación jurídica (consumidores y/o usuarios[21]). De nada serviría, para los fines para los que los mismos han sido concebidos, la ocultación de aquellos. Entre las opciones que pueden, entre otras, citarse puede hacerse alusión, sin ánimo agotador, a la exhibición –a través de procedimientos presenciales y/o virtuales- de un icono de confianza, acreditativo de la adhesión

15 Tato Plaza, A.: *La autorregulación publicitaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, p. 56.

16 Floridi, L.: "The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry", *Philos. Technol.,* 2021, núm. 34, pp. 619-622.

17 López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "Self-regulation of sexist digital advertising: From ethics to law", *Journal of Business Ethics*, 2021, Vol. 171, núm. 4, pp. 709-718.

18 Algunos autores han puesto de relieve tanto el incentivo negativo que supone la necesidad de los organismos de autorregulación de proteger su reputación como la desventaja que deriva de su incapacidad legal para imponer sanciones penales a sus miembros. Así, Fishman, J.: "A Comparison of Securities Law Violations in the UK and US", *Corporate Law,* 1993, núm. 14, p. 163; Kahan, M.: "Some Problems with Stock Exchangebased Securities Regulation", *Virginia Law Review,* 1997, núm. 83, pp. 1509 y sigs.

19 López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "New directions in corporate social responsibility and ethics: codes of conduct in the digital environment", *Journal of Business Ethics,* 2021.

20 El art. 37 de la LCD dispone que la publicidad de los códigos de conducta deberá ser suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios.

21 A nivel europeo, el primer documento que reconoció, de manera expresa, los derechos de los consumidores fue la Carta Europea de Protección de los Consumidores de 1973, aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa. Aunque, en un principio, el concepto de consumidor fue tomado de la economía, hoy forma parte de la ciencia jurídica. En este sentido Lete Achirica, J.: "La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario", *Actualidad Civil*, 1998, núm.1, p. 184; Lasarte Álvárez, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 55.

y/o su mención en las condiciones generales de la transacción económica que se efectúe. Para los consumidores no familiarizados con los mismos, pudiera ser oportuno poner de relieve no solo su existencia, sino también sus caracteres, como los derechos que confiere a favor del contratante débil, los procedimientos extrajudiciales para canalizar las quejas o reclamaciones que se planteen ante el organismo de control[22], los medios de revisión y las sanciones que, en su caso, procedan frente al empresario infractor efectivamente adherido.

Existen múltiples definiciones doctrinales relativas a los documentos que analizamos. Pueden definirse como textos, de asunción voluntaria -los empresarios deben haber manifestado su intención expresa de adherirse-, que incluyen un conjunto de reglas o buenas prácticas, pautas de comportamiento, certificables por una tercera parte independiente. Para la redacción de su contenido se han tenido en cuenta los intereses de asociaciones de consumidores, discapacitados u otros colectivos eventualmente afectados. Con su elaboración, aprobación y adhesión se busca la tutela de los derechos e intereses de los sujetos destinatarios-consumidores y/o usuarios-. Uno de los objetivos de los instrumentos de buenas prácticas, en virtud de tal mejora, es generar confianza para contratante débil de la relación jurídica. Cuando entiende su significado, tiene la oportunidad de conocer que un empresario está adherido, con lo que ello comporta, a un determinado código de buenas prácticas[23].

Aunque la doctrina ha formulado múltiples y diversas definiciones, en relación a los instrumentos de autorregulación, no ha sido igual en el caso del legislador. En efecto, son muy limitados los textos legales que efectúan una definición al respecto. En este sentido, el art. 2.f) de la Directiva 2005/29 de prácticas comerciales desleales dispone que los códigos de conducta son un acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos.

Uno de sus fines es adaptar la normativa, en virtud de la aprobación de un conjunto de reglas voluntarias, a ciertos sectores. Los documentos que se analizan no deben limitarse a reiterar las leyes, ya que han de efectuar una labor de acomodo a ciertos espacios como el tecnológico o digital. Respecto a los aspectos

22 López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "Consumer Trust in the Digital Environment", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes*, 2022, Vol. 14, núm. 1, pp. 113-138.

23 Gautrais, V.: "La certificación de qualité des sites Internet: un sésame voué á la securité du consommateur", *Ubiquité*, núm. 3, 1999, p. 91; López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "The Use of Trust Seals in European and Latin American Commercial Transactions", *J. Open Innov. Technol. Mark. Complex*, 2021, Vol. 7, núm. 2, pp. 1-21.

que disciplinen habrán de ir más allá de la norma. En ese sentido, han de concretar –en esa labor de ajuste- los principios generales señalados por el legislador.

En el caso de España, en materia de autorregulación, podemos destacar Autocontrol de la publicidad. Esta última nace en 1995 como una asociación sin ánimo de lucro. Sus miembros son empresas: anunciantes, agencias y medios o soportes publicitarios y las principales asociaciones publicitarias. En la actualidad, tal sistema cuenta con un código de conducta general[24] y 21 códigos de conducta de carácter sectorial[25].

III. POSIBLES ESPACIOS DE REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL.

Uno de los ámbitos en los que el fenómeno de la autorregulación (que supone una manifestación de lo que se denomina responsabilidad social corporativa) está desempeñando una posición más destacada, en materias vinculadas con la defensa de los intereses generales, es el digital[26].

El hecho de transferir, recibir y examinar todo tipo de informaciones, imágenes y contenidos, en virtud de Internet, ha abierto las puertas a un mundo digital en el que pueden operarse las mismas relaciones –pero con más facilidad- que las que pueden celebrase en el mundo tradicional. De este conjunto de relaciones surge lo que se ha dado en denominar sociedad de la información. Esta última

24 Código de Conducta Publicitaria de 1996 basado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio.

25 Código de Conducta para el Tratamiento de Datos en la Actividad Publicitaria de 2020; Código de Conducta sobre el uso de influencers en la publicidad de 2020; Código de buenas prácticas de etiquetado de toallitas y papel higiénico húmedo de 2019; Código de Comunicación Comercial del Vino de 2018 modificado en 2021; Código de Conducta sobre las Interacciones con la Comunidad Sanitaria de 2018; Código Deontológico de Buenas Prácticas del sector de aguas de bebida envasadas en materia de etiquetado y publicidad de 2016; Código Ético de Publicidad en Cine de las principales agencias exclusivas de publicidad cinematográfica de 2016; Código de Autorregulación para una comunicación responsable en el Sector de Perfumería y Cosmética de 2015; Código Deontológico de Buenas Prácticas Comerciales para la Promoción de los Productos Dietéticos Infantiles de 2013; código de Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego de 2012 -modificado en 2019-; Código de Normas Deontológicas para la comercialización, promoción y publicidad de medicamentos de autocuidado de la salud (medicamentos no sujetos a prescripción y no financiados por el sistema nacional de salud) de la Asociación para el Autocuidado de la Salud de 2007 -modificado en 2020-; Código Ético de la Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de Productos de Nutrición Enteral de 2006, modificado en 2020; Código Ético del Sector de Tecnología Sanitaria de 2006 modificado en 2019; Directrices sobre las Buenas Prácticas en la Publicidad de Productos de Software Interactivo de la antigua Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento, actual Asociación Española de Videojuegos de 2005 modificado en 2018; Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud de 2005 modificado en 2012: Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes de 2022; Código de Autorregulación Publicitaria de Espirituosos España de 2003 modificado en 2013; Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España de 2003 modificado en 2009; Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica (Farmaindustria de 2002 modificado en 2021; Código Confianza Online de 2002 modificado en 2022.

26 Christou, G. y Simpson, S.: "New governance, the Internet, and country code top-level domains in Europe", *Governance: An International Journal of Policy Administration and Institutions*, 2009, núm. 22, pp. 599-624; Hofmann, J.: "Internet Governance: Theoretische und empirische Annäherungen an einen schwer fassbaren Gegenstand", *Journal of Self-Regulation and Regulation*, 2015, Vol. 15, núm. 1, pp. 30-45; Münkler, L.: "Space as Paradigm of Internet Regulation", *Frontiers of Law in China*, 2018, Vol. 13, núm. 3, pp. 412-427.

se caracterizaría por la ruptura con los límites, territoriales y temporales, que condicionan la realidad externa a Internet. Estamos ante una modalidad de sociedad que existe en base a la técnica que se está escasamente regulada –sin perjuicio de que es cada vez más abundante la normativa legal aprobada en tal sentido-, aunque necesita una regulación mínima.

El mundo digital se encuentra sometido a un alto nivel de autorregulación, por parte de los agentes que en este escenario interactúan, por lo que el fomento de tal modalidad de ordenación representa la solución idónea para dar solución a los problemas que suscita la Red. La autorregulación incide, en determinados ámbitos vinculados con el escenario digital[27].

La autorregulación está presente en el ámbito de los nombres de dominio –fundamentales para el funcionamiento de Internet- y en una de las herramientas más destacables, en materia de identificación y seguridad electrónica, como es la firma digital. Respecto a la autodisciplina en el espacio de los nombres de dominio, los agentes que interactúan en la *World Wide Web* han diseñado una ordenación independiente que controla la misma. Para dar solución a los litigios que se plantean, el organismo regulador de los nombres de dominio –Internet Corporation for Assigned Names and Numbers: ICANN-, creo la política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio –que se completan por un Reglamento-. En cuanto a la autorregulación en materia de firma electrónica, resulta visible en dos grandes aspectos. En primer lugar, por parte de los prestadores de servicios de certificación, se aprueban políticas de certificación y declaraciones de prácticas de certificación sobre la prestación del servicio. En segundo lugar, respecto al cumplimiento de normas técnicas creadas por organismos de normalización que implica un plus adicional para los prestadores de servicios de certificación.

Uno de los escenarios en los que el fenómeno de la autodisciplina ha desempeñado una sugerente labor ha sido la publicidad en Internet[28]. En ese contexto se busca instaurar una promoción virtual de calidad[29], evitando ciertas actuaciones ilícitas. Así, entre otras, pueden indicarse: la limitación de la libre navegación del usuario en la Red -por ejemplo, anulando la función de regreso-;

27 Cusumano, M. A.; Gawer, A.; Yoffie, D.B.: "Can Self-Regulation Save Digital Platforms?", *Industrial and Corporate Change*, 2021, núm. 5, pp. 1259-1285.

28 Bykov, I.; Cherkashchenko, T.; Dorskil, A.; y Kaverina, E.: "Government Regulation of Advertising in the Eurasian Economic Union: Contradictions of Public Policy and Advertising Ethics", *International Journal of Economics and Financial Issues*, 2015, núm. 5, pp. 116-120; Feenstra, R.A. y González Esteban, E.: "Autocontrol: A Critical Study of Achievements and Challenges in the Pursuit of Ethical Advertising Through an Advertising Self-Regulation System", *Journal Business Ethics,* 2019, núm. 154, pp. 341-354; Dickinson-Delaporte, S.; Mortimer, K.; Kerr, G.; Waller, D.S.; y Kendrick, A.: "Power and responsibility: Advertising self□regulation and consumer protection in a digital world", *Journal of Consumer Affairs,* 2020, Vol. 54, núm. 2, pp. 675-700.

29 Parsons, A. y Schumacher, C.: "Advertising Regulation and Market Drivers", *European Journal of Marketing*, 2012, núm. 46, pp. 1539-1558.

acciones relativas al contenido engañoso del sitio Web y/o de ciertos formatos publicitarios, así como la publicidad encubierta; contenidos eventualmente nocivos[30] –física y/o moralmente- para los menores, prestando consideración al software interactivo violento, los juguetes que se promocionan en la Red y los alimentos publicitados en tal canal -algunos muy poco saludables-; publicidad discriminatoria por motivos de género; contenidos que violan ciertas normas en materia publicitaria -así, por ejemplo, la publicidad relativa a apuestas y juegos virtuales y, publicidad sobre medicamentos susceptibles de generar perjuicios-; publicidad que puede vulnerar la normativa en materia de propiedad intelectual e industrial[31] –metaetiquetas-; distintos tipos de publicidad desleal en la competencia –cual es la denigratoria, confusionista y comparativa-; y, por último, las prácticas que implican un menoscabo de la privacidad –publicidad comportamental, geolocalización y comunicaciones comerciales no solicitadas o spam-.

Internet no es el único medio para recibir comunicaciones comerciales interactivas en la que la autodisciplina realiza una sugerente labor. Ciertamente, las ofertas electrónicas se pueden remitir a dispositivos móviles[32], entre las que destacan las que se transmiten a mediante bluetooth y en virtud de redes de telecomunicaciones a teléfonos móviles -es cada vez más residual el recurso a SMS-.

El fenómeno que comentamos también ha desplegado una interesante función en las redes sociales[33]. El valor de la autorregulación resulta relevante en un ámbito que no parece conocer de fronteras territoriales. Las plataformas en las que las redes sociales se basan, en muchas ocasiones, están situadas fuera de territorio comunitario. Es preciso que las políticas de privacidad de las redes sociales certifiquen altos niveles de amparo de la privacidad de los usuarios. Una alternativa por la cual puede alcanzarse es mediante la autorregulación[34].

Por último, la autodisciplina repercute determinadas actividades contractuales que pueden realizarse en la Red como los servicios financieros. Pueden citarse,

30 Sobre tal extremo, véase Arroyo Amayuelas, E.: "La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?", en AA.VV.: *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 374.

31 López Jiménez, D.: "Website promotion and protection of intellectual property: A Spanish law perspective", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes*, 2019, Vol. 11, núm. 2, pp. 1-20.

32 López Jiménez, D. y Dittmar, E.: "Consumer protection from abuses in commercial communications sent via radiofrequency", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes*, 2018, Vol. 10, núm. 1, pp. 37-60.

33 En relación a esta cuestión, en el caso de Facebook, véase Medzini, R.: "Enhanced self-regulation: The case of Facebook's content governance", *New Media & Society*, 2021, pp. 1-25.

34 Se plantean ciertas críticas, a propósito de la actuación en base a logaritmos. En este sentido, Yeung, K.: "Algorithmic regulation: a critical interrogation", *Regulation & Governance*, 2018, Vol. 12, núm. 4, pp. 505–523.

entre otros, el sector bancario; los servicios de inversión; y la de los seguros. También está operando en otros sectores diversos como la inteligencia artificial[35].

IV. NATURALEZA JURÍDICA: CARACTERES PROPIOS DEL CONTRATO NORMATIVO.

Los documentos derivados de la autorregulación parecen reunir notas características de los denominados contratos normativos en el Derecho continental europeo[36]. El contrato que se examina nace en torno a mediados del siglo XIX. Aunque podría discutirse el autor que acuñó la denominación de contrato normativo, existe cierta unanimidad en cuanto a que fue HUECK[37] el primero que sistematizó y definió el *Normenvertrag* como un contrato en el que se acuerdan reglas (*normen*) que se observarán (*massegebend sei sellen*) en los contratos singulares posteriores que se realicen. Puede afirmarse que la doctrina italiana y alemana se inspiró ampliamente en HUECK. Aunque el concepto de contrato normativo resulta confuso, puede entender por tal aquel contrato mediante el que se regulariza y uniformiza una contratación privada futura[38].

La denominación de contrato normativo precisa una matización, pues el término "normativo" no debe entenderse como fuente de Derecho, sino que el acuerdo entre las partes se traduce en normas –reglas o cláusulas-, que tienen validez en el caso de que los particulares posteriormente celebren contratos que aquéllas regularán. Respecto a los tipos de contratos normativos podemos discernir dos. Los unilaterales guardan cierta similitud con las condiciones predispuestas, mientras que los bilaterales existen cuando las partes con intereses similares pactan esta modalidad de contratos. A pesar de la relevancia que en la práctica presenta el contrato normativo, en los sistemas jurídicos romano germánicos su tipificación legal no se ha generalizado.

La existencia de la figura que se analiza, se detecta en las relaciones negociales de larga duración, estables y de cierta complejidad. Para determinadas modalidades de relaciones, la naturaleza del contrato normativo es inherente al negocio regulado. En este sentido, entre otros, determinados tipos de *factoring*,

35 Floridi, L.: "Translating Principles into practices of digital ethics: Five risks of being unethical", *Philosophy & Technology,* 2019, Vol. 32, núm. 2, pp. 185-193.

36 En los países anglosajones se aplica, en mayor medida, los contratos marco. En los países del common law con frecuencia se recurre a los framework agreements (también llamados master agreements).

37 Hueck, A.: "Normenverträge", *Jherings Jahrbücher fur die Dogmatik des bür gerlichen Rechts*, 1923, núm. 73, p. 33.

38 Larenz, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14ª edición, C. H. Beck, München, 1987, p. 56; Galgano, R.: *Il negozio giuridico*, en AA.VV.: *Trattato di diritto civ. e comm.*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 37; Ricciuto, V.: *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Utet, Torino, 1999, pp. 23 y ss; Brito, M.H.: *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 190 y ss.

contratos de concesión comercial[39], contratos de distribución[40], y contratos de cuenta corriente[41]. Recientemente, tal modalidad contractual también opera en materia de arbitraje.

En la doctrina y jurisprudencia alemana se ha desarrollado una categoría dogmática que se parece al negocio que es objeto de análisis. Es lo que se denomina *Wiederkehrschuldverhältnis* que se caracteriza por constituir un contrato marco, en el que únicamente sólo deberá precisarse la cantidad y el momento del cumplimiento[42].

El contrato normativo determina el diseño de los procedimientos de formación de los sucesivos contratos. Tal contrato es un negocio de fijación anticipada del contenido de los contratos que posteriormente se celebren[43]. Una variedad de éste es el que determina la forma que deberá tener el posible futuro contrato. El contrato normativo instaura la *lex contractus* de los contratos posteriores a realizar entre las partes que lo celebraron o de los individuos incluidos en la misma categoría, clase o grupo que aquéllas. Las partes libremente restringen su libertad de debatir posteriores contratos. Respecto al alcance del acuerdo, se puede referir no sólo a elementos accidentales de los negocios jurídicos singulares futuros, sino también a sus elementos esenciales.

Los contratos normativos crean condiciones generales de los contratos a celebrar en el futuro entre las partes. La diferencia respecto a los contratos de adhesión es doble. En primer lugar, mientras los contratos normativos regulan el contenido de relaciones contractuales futuras, los contratos de adhesión se refieren a relaciones actuales que no necesitan de nuevos actos jurídicos para su perfección[44]. En segundo lugar, en el contrato normativo no hay imposición unilateral del contenido contractual[45], ya que éste es fruto del acuerdo entre las partes, mientras que en el contrato de adhesión las condiciones generales se

39 Brüggemann, D.: *Handelgesetzbuch – GroBkommentar*, Vol. I, 4ª ed., Gruyter, Berlín/Nueva York, 1995, p. 7; Delli Priscoli, L.: "Franchising, concessione di vendita e subfornitura", en AA.VV.: *Contratti in esecuzione e fallimento* (Coord. por F. Di Marzio), IPSOA, Milanofiori, 2007, p. 292.

40 Pardolesi, R.: *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979, pp. 268 y ss.

41 Rives Lange, J.L. y Contamine-Raynaud, M.: *Droit Bancaire*, Dalloz, París, 1995, p. 34; Canaris, C.W.: *Handelgesetzbuch – GroBkommentar*, 4ª ed., Gruyter, Berlín/Nueva York, 2004, p. 264; Colangeli, D.: *Diritto commerciale*, Studio Alfa, Pesaro, 2004, p. 164.

42 Gernhuber, J.: *Handbuch des Schuldrechts*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1989, pp. 414 y sigs.; Oetker, H.: *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, J.C.B., Mohr, Tubinga, 1994, p. 125; Juan y Mateu, F. "Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, 2008, pp. 123 y ss.

43 Sacco, R.: "Il contratto normativo", en AA.VV.: *Il contratto*, *Trattato di diritto civile*, Tomo 2, Dir. por Rodolfo Sacco, Utet, Torino, 2004, p. 302; Perlingieri, P.: "Contratti normativi", en AA.VV.: *Manuale di diritto civile,* Dir. por Pietro Perlingieri, Utet, Napoli, 2005, p. 410.

44 Messineo, F.: "Il contratto in genere", en AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, Dir. por Antonio CICU y Francesco Messineo, Giuffrè, Milán, 1972, p. 678.

45 Laforgia, S.: *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Giuffré, Milán, 2008, p. 111.

redactan de forma unilateral por uno de los contratantes, que las impone a sus clientes.

El compromiso con el contenido de un instrumento derivado de la autorregulación determina que los contratos que se celebren, después de formalizar la adhesión del prestador de servicios de la sociedad de la información, con los consumidores, que entablen relaciones contractuales con este último, se ajusten al elenco de estipulaciones incluidas en el mismo. Suelen incluir la normativa legal vigente, y un plus adicional más garantista que lo establecido por el legislador para el potencial consumidor.

El contrato normativo constituye una contratación interempresarial, en virtud de la cual se fijan las condiciones de futuros contratos que vincularán a las partes en una relación de carácter prolongado. Las partes buscar definir un modelo de contrato que regirá en los futuros contratos que se perfeccionen. Su fin es fijar el contenido de un contrato futuro. Tiene en común con el contrato preliminar la orientación respecto a un contrato futuro, aunque se diferencia de éste en que solo cumple una de las funciones del precontrato que es la predeterminación de parte del contrato definitivo, pero sin generar obligación de celebrarlo. La existencia de un contrato normativo, restringe la libertad de celebrar o no el contrato definitivo (*Abschlussfreiheit*), y además tampoco limita la libertad de darle cierto contenido (*Gestaltungsfreiheit*), ya que las partes pueden modificar el contenido de aquél con carácter previo a celebrar el contrato definitivo[46]. En los contratos normativos las partes establecen unas reglas a seguir en los futuros contratos que, si se perfeccionan –pues no hay obligación-, deberán ajustarse –en su contenido- a aquellas normas que pactaron los interesados en el contrato normativo.

Este contrato tiene dos fines. En primer lugar, uniformar los futuros contratos respecto a su contenido y, en segundo término, reglamentar el procedimiento de formación de dichos contratos. Representa un contrato que organiza las futuras relaciones estandarizándolas. Se busca fomentar la celeridad de los procesos contractuales, así como la protección de la seguridad jurídica. Respecto al supuesto que se analiza, el prestador de servicios de la sociedad de la información que ha acordado con la entidad promotora del sistema de autorregulación, el cumplimiento del código de conducta, podrá realizar, en su caso, contratos con los consumidores interesados en los bienes y/o servicios ofertados. Los contratos alcanzados deben recoger la vigencia del articulado del código de conducta. Estamos ante lo que podría denominarse pactum de modo contrahendi, en el sentido de que las partes no asumen la obligación de celebrar un contrato

46 Albanese, A.: "Il contratto normativo. Nozione e problematiche generali", en AA.VV.: *I rapporti giuridici preparatori*, Dir. por Francesco Realmonte. Giuffrè, Milano, 1996, pp. 185 y ss.

posterior -en nuestro caso una transacción comercial del empresario adherido con un consumidor- pero sí a contratar de cierta manera en el caso de que se produzca -rigiendo en toda su extensión el código de conducta-.

En los contratos normativos, las partes pueden concluir o no los contratos que se realicen en el futuro, no pudiendo alterar lo que han establecido en aquél (el contrato normativo). Sin embargo, aunque tal afirmación se aplica al contrato celebrado entre un determinado prestador de servicios de la sociedad de la información y la entidad promotora del sistema de autorregulación, por el que se acuerde la aplicación del documento de buenas prácticas, no debería existir impedimento para que el empresario adherido a este último, mejorase, a favor del consumidor, antes de la celebración del contrato singular –en virtud del que este último contrata con el prestador de servicios, el bien y/o servicio de que se trate-, el contenido inicialmente recogido en el código de conducta. Dicho de otra manera, aunque no sea habitual, el empresario, teniendo en consideración las obligaciones mínimas impuestas en los códigos de conducta, por parte de la entidad promotora, podría incluir, en las cláusulas contractuales, disposiciones más favorables para el consumidor que celebra un contrato por el que adquiere un bien y/o servicio.

Del contrato normativo surgen dos obligaciones. En primer lugar, adecuar el contrato futuro a las estipulaciones del contrato normativo, es decir establece el contenido del acuerdo y, en segundo lugar, no celebrar contratos que no tengan en cuenta el contrato normativo durante el plazo en el que esté vigente del contrato normativo. La inobservancia de la segunda obligación apuntada, que es de un no hacer, implica responsabilidad contractual, aunque el incumplimiento de la primera obligación no generaría responsabilidad precontractual, pues las partes no asumen el deber de celebrar contratos posteriores.

Si se incumple la última obligación enunciada –es decir, la vigencia del contrato normativo pactado entre las partes- permitiría la actuación, de oficio o a instancia de parte, del organismo de control para constreñir al empresario adherido[47] a observar las obligaciones incluidas en el código de buenas prácticas que no haya tenido en cuenta en los contratos singulares celebrados (en algunos casos tasados, establecidos por el legislador, se produce, además, un ilícito civil[48] o administrativo[49]).

47 Aunque lo habitual es que el organismo de control se pronuncie frente a empresas adheridas al código de conducta, en el caso de Autocontrol, el Jurado de la publicidad -organismo de control- ha manifestado su opinión, a través de dictámenes no vinculantes, frente a empresas no comprometidas con los documentos de buenas prácticas. Todo ello resulta posible en virtud del art. 20 de la Constitución Española donde se incluye la libertad de expresión de ideas u opiniones. Sobre este particular, López Jiménez. D.: "El jurado de autocontrol como paradigma de referencia en el ámbito publicitario: resoluciones respecto a terceros no adheridos", *Revista Jurídica del Notariado*, 2015, núm. 95-96, pp. 493-560.

48 En este sentido, el art. 5.2 de la LCD.

49 Tal supuesto acontece en el caso del art. 58 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

En base al contrato celebrado con la entidad promotora, el prestador de servicios, en los contratos que celebre con potenciales consumidores, deberá incluir las disposiciones contractuales pactadas con la entidad promotora.

Si el empresario adherido no atiende tal requerimiento, podría tener que hacer frente a las sanciones incluidas en el código de conducta. Según el caso concreto, podrían ir desde el mero apercibimiento, la suspensión, hasta la expulsión del sistema de autodisciplina. Esto último podría implicar una considerable pérdida de reputación y credibilidad de la empresa frente a la sociedad.

Asimismo, debe reputarse desleal por engañoso el hecho de que el empresario ponga de manifiesto la adhesión a un código de buenas prácticas e incumpla los compromisos cuando estos sean firmes, susceptibles de verificación y la conducta pueda distorsionar, de manera notable, el comportamiento económico de sus destinatarios.

Respecto al contenido de los contratos normativos que se examinan –códigos de conducta en el ámbito digital-, está constituido por dos grandes bloques. Por un lado, artículos de la propia normativa legal con algunas mejoras en beneficio del consumidor. Por otro lado, un conjunto de normas de conducta, éticas o de buena *praxis* que se deberán tener en cuenta en las relaciones contractuales. Aunque el clausulado del documento de buenas prácticas no incluya derechos que la ley reconoce al consumidor, este podría reclamar su observancia al propio empresario adherido con el que el consumidor puede haber perfeccionado un contrato.

La Directiva comunitaria 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior –transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley de España 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios- dispone que debe considerarse práctica engañosa el hecho de que el empresario o profesional presente, como si fueran una característica distintiva de la oferta, los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios. El empresario incurriría en tal supuesto de exhibir un icono acreditativo de la adhesión a un código de conducta que reprodujera, sin más, la propia ley. También incurriría en tal supuesto de hecho si el articulado se presentará como distintivo –y, aparentemente, como mejora legal- y, en realidad, fuera una rebaja normativa en cuanto al potencial consumidor. En ambos casos, se estaría ante tanto publicidad engañosa como ante una práctica comercial desleal[50].

50 Es, asimismo, desleal por engañoso el hecho de que, sin ser fidedigno, el empresario manifieste estar vinculado a un determinado código de conducta -o exhiba el icono correspondiente- o que el mismo haya obtenido el refrendo de un determinado organismo público.

Tal comportamiento sería una clara contravención de la buena fe. Se trata de una acción contraria a la honestidad profesional del empresario en el mercado. Además, es susceptible de distorsionar, de forma relevante, el comportamiento del consumidor.

V. SIMILITUD FUNCIONAL CON LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.

El fenómeno de la contratación en masa nace debido a las exigencias técnicas del desarrollo industrial del mundo capitalista: reducción de costes, rapidez en la celebración de las transacciones y uniformidad en las obligaciones y derechos a los que se someten los consumidores de los servicios. Del correcto funcionamiento de esta modalidad de contratación, dependen tanto el mundo empresarial como el hombre en su faceta de consumidor[51].

El documento en el que se incluyen los códigos de conducta guarda cierta similitud con la contratación por adhesión[52]. En esta modalidad contractual el destinatario de una oferta acepta el contenido previamente fijado por el oferente sin que impere negociación alguna. El compromiso de cumplimiento de un código de conducta, por parte de un determinado empresario, constituye un contrato en el que las partes contratantes son empresarios, siendo los beneficiarios del contrato celebrado, los potenciales consumidores de la empresa que se adhiere al código de conducta.

El clausulado del código de conducta habrá sido predispuesto por la entidad promotora del sistema de autorregulación, produciéndose la adhesión por empresario que, libremente, ha decidido adherirse. El compromiso se efectúa en base a las condiciones señaladas por la entidad promotora. El texto de tales documentos no está sujeto a negociación, ya que el mismo admite dos alternativas. La primera es la asunción del mismo y la segunda la negativa a tal opción. No resulta posible la adhesión del contenido del documento de buenas prácticas con reservas, ya que tal actuación suscitaría desconfianza en el consumidor. La ausencia de compromiso con una parte del documento implicará un marco tuitivo menor para el potencial consumidor en cuanto a las empresas que se adhieran sin reservas. En el caso de que el empresario no deseara certificar la protección de determinados aspectos vinculados al mundo digital, en lugar de adherirse, con reservas, al clausulado de un determinado código de conducta optaría por no hacerlo. En efecto, tal modo de proceder, pondría de relieve, con carácter público, que tal empresario no está comprometido con todas las estipulaciones del código

51 Baumann, D.: *Droit de la Consommation*, Litec, París, 1997, pp. 34 y sigs.; Bourgoignie, T.: "Droit e politique communautaires de la consommation: de Rome a Amsterdam", *Revue Européene de Droit de la Consommation*, 1997, núm. 3, pp. 194-210; Burou, H.: *Le droit de la consommation transfrontiere*, Litec, París, 1999, pp. 68 y ss.

52 Parece que fue Saleilles, R.: *La déclaration de volonté*, F. Pichon, París, 1901, pp. 229 y ss., quien llamó la atención sobre esta figura, dándole, además, nombre.

de conducta. Por todo ello, estaría generando desconfianza, que es precisamente el efecto contrario al que, con la adhesión a un código de conducta, se persigue.

VI. ALCANCE.

Uno de los interrogantes que los códigos de conducta suscitan es cuál es su eficacia real, y qué acontece en caso de incumplimiento. La respuesta a tal cuestión pasa -sin perjuicio de la actuación que, en su caso, proceda de los Tribunales[53]-, por el poder represor que tenga el organismo de control del sistema de autorregulación.

Los códigos de buenas prácticas no tienen la coerción de una norma jurídica ya que son de carácter voluntario. Este punto es probablemente su debilidad[54], sin que la misma pueda interpretarse como su ineficacia (ya que la adhesión implica asumir las obligaciones establecidas en tal documento). Teniendo en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, no puede hablarse de un comportamiento ético al margen de la legalidad, el primer mandato ético al que deben obedecer los sistemas de autorregulación en el ámbito digital estriba en la necesidad de adecuar las operaciones efectuadas en tal escenario a la legalidad vigente. En otros términos, los comportamientos contrarios a la legalidad vigente no pueden ser correctos desde una perspectiva ética.

En cualquier caso, la eficacia de los códigos de buenas prácticas se encuentra relacionada con las limitaciones inherentes al organismo de control encargado de su aplicación. Estos últimos no juzgan, ya que, en sus resoluciones, no aplican normas legales sino normas de conducta -que si bien se remiten a la legislación presentan un marcado competente ético-. Asimismo, el organismo de control no cuenta con capacidad para ejecutar sus resoluciones (carece de fuerza ejecutiva). En cualquier caso, cuando la empresa formaliza su adhesión a un sistema de autodisciplina, con tal actuación, asumió la obligación de observar las resoluciones del organismo de control. El cumplimiento de estas últimas podrá tener lugar en base al art. 1091 de Código civil y del art. 22 Ley Orgánica 1/1982 reguladora del derecho de asociación.

Un supuesto controvertido podría ser las consecuencias que tendría la exhibición del icono acreditativo de la adhesión a un determinado documento de buenas prácticas en el sitio Web y/o en diferentes instrumentos o canales publicitarios de la empresa y el posterior incumplimiento.

53 El artículo 117 de la Constitución atribuye, de manera exclusiva, a los jueces y tribunales la función jurisdiccional. Esta última constituye la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

54 Preston, I.: "Interaction of Law and Ethics in Matters of Advertisers' Responsibility for Protecting Consumers", *Journal of Consumer Affairs*, 2010, Vol. 44, núm. 1, pp. 259-264.

Si se refiere tal estipulación al ámbito digital, habrá de considerarse la plena vigencia de las obligaciones asumidas por el empresario. Pudieron ser las mismas las que despertaron la intencionalidad de contratar en el potencial consumidor que, de buena fe, inició los trámites necesarios para adquirir, bajo las condiciones establecidas en el código de buenas prácticas, la actividad comercial publicitada. Por consiguiente, como lo ofrecido no coincide con lo publicitado –aunque sea en el ámbito del régimen contractual del convenio-, existiría incumplimiento contractual, por el empresario, cuya actitud defraudaría las expectativas del consumidor.

La segunda pasa por considerar la eventual deslealtad del comportamiento enunciado. En este sentido, la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales ha dado un paso adelante en la aplicación de los sistemas de autocontrol en el régimen de represión de la competencia desleal. En efecto, se incluyen, entre las prácticas comerciales desleales, la inobservancia de los compromisos asumidos por la adhesión a códigos de buenas prácticas en determinadas circunstancias. El art. 6.2.b) de la misma considera práctica comercial engañosa el incumplimiento de los compromisos asumidos por la adhesión a códigos de conducta, en los casos en los que el empresario haga expresa mención de su sometimiento a tal código entre las alegaciones o manifestaciones realizadas en una práctica comercial. Debe ponerse de manifiesto que cuando una empresa declara su adhesión a un código hace nacer expectativas legítimas. Por ello, si la empresa no cumple el compromiso firme recogido en el código de conducta, su comportamiento será considerado como una alegación falsa y, por lo tanto, una práctica desleal en virtud de la Directiva marco.

VII. CONCLUSIONES.

En virtud del principio de la autonomía privada, son posibles los instrumentos derivados de la autorregulación, cuyo contenido ha de ser más protector que el marco jurídico tuitivo que, con carácter mínimo, el legislador reconoce a los potenciales consumidores y usuarios del comercio electrónico. Tales figuras, que pueden operar en numerosos escenarios del ámbito digital, suelen incluir la normativa legal imperante en una determinada materia más un plus adicional. El sistema de autodisciplina debe incluir dos elementos. En primer lugar, la aprobación de un código de conducta que incluyen pautas de comportamiento que los empresarios aceptarán de forma libre y voluntaria. En segundo lugar, el organismo de control que incluirá mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. En este último sentido, deberá tenerse en consideración lo establecido, al respecto, en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11 del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

En cuanto a la posible naturaleza jurídica de estos sugerentes instrumentos, podrían ser considerados contratos normativos. Tal tipología de contratos presenta una serie de particularidades muy significativas a las que en este artículo se han hecho alusión.

En los supuestos que analizamos, se crea, por un lado, la relación jurídica y, por otro, se establece la propia normativa que se aplicará a la misma. Extrapolando ciertas consideraciones de la figura contractual enunciada, en el marco de los sistemas de autorregulación, la normativa que se aplique será la incluida en los códigos de conducta, mientras que la relación jurídica que aquélla disciplina no se definirá en el momento de formalizarse el acuerdo entre la entidad promotora y el empresario que libremente decide adherirse al documento de buenas prácticas (por el cual se reconocerá un marco tuitivo especialmente garantista para el consumidor y/o usuario), sino que lo será en un momento posterior.

En el ámbito de los sistemas de autorregulación pueden diferenciarse dos grandes contratos. Por una parte, el contrato celebrado entre la entidad promotora de los sistemas de autodisciplina y los prestadores de servicios de la sociedad de la información, mediante el que se formaliza la adhesión al documento de buenas prácticas, y, por otra parte, el contrato realizado entre el propio empresario comprometido con el documento de buenas prácticas y el consumidor y/o usuario, en virtud del cual esté último contratará un bien y/o servicio, dando lugar a la relación jurídica que se regulará por el articulado del mismo suscrito inicialmente por el prestador de servicios. Aunque tales contratos pueden diferenciarse, están ciertamente interrelacionados, existiendo un nexo de unión importante entre los mismos, en la que ocupará un lugar destacado la buena fe.

El documento en el que se materializan los códigos de conducta recuerda a la contratación por adhesión, sin poder ser reputado tal. El compromiso de cumplimiento de un código de conducta, por un determinado prestador de servicios de la sociedad de la información, representa un contrato donde las partes contratantes son ambos empresarios –por un lado, la entidad promotora del sistema de autorregulación en el que el código de conducta se sitúa y, por otro, el empresario que se adhiere-, siendo los beneficiarios del contrato suscrito, los potenciales consumidores y/o usuarios de la empresa adherida al código de conducta.

Los códigos de buenas prácticas no tienen la coerción de una norma jurídica, pues dependen de la adhesión voluntaria de los potenciales interesados. Este punto es probablemente su debilidad, sin que la misma pueda interpretarse como su ineficacia. Teniendo en consideración que, en la mayoría de los supuestos, no puede hablarse de un comportamiento ético al margen de la legalidad, el primer mandato ético que deben observar los sistemas de autorregulación en el ámbito

digital es en la necesidad de adecuar las operaciones efectuadas a la legalidad vigente. El compromiso que se asume, por parte del empresario adherido, busca poner de manifiesto la honestidad, lealtad y responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, A.: "Il contratto normativo. Nozione e problematiche generali", en AA.VV.: *I rapporti giuridici preparatori*, Dir. por Francesco REALMONTE. Giuffrè, Milano, 1996.

BAUMANN, D.: *Droit de la Consommation*, Litec, París, 1997.

BOURGOIGNIE, T.: "Droit e politique communautaires de la consommation: de Rome a Amsterdam", *Revue Européene de Droit de la Consommation*, 1997, núm. 3.

BRITO, M.H.: *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990.

BRÜGGEMANN, D.: *Handelgesetzbuch – GroBkommentar*, Vol. I, 4ª ed., Gruyter, Berlín/Nueva York, 1995.

BUROU, H.: *Le droit de la consommation transfrontiere*, Litec, París, 1999.

BYKOV, I.; CHERKASHCHENKO, T.; DORSKIl, A.; y KAVERINA, E.: "Government Regulation of Advertising in the Eurasian Economic Union: Contradictions of Public Policy and Advertising Ethics", *International Journal of Economics and Financial Issues*, 2015, núm. 5.

CANARIS, C.W.: *Handelgesetzbuch – GroBkommentar*, 4ª ed., Gruyter, Berlín/Nueva York, 2004.

CHRISTOU, G. y SIMPSON, S.: "New governance, the Internet, and country code top-level domains in Europe", *Governance: An International Journal of Policy Administration and Institutions*, 2009, núm. 22.

COLANGELI, D.: *Diritto commerciale*, Studio Alfa, Pesaro, 2004.

CUSUMANO, M. A.; GAWER, A.; YOFFIE, D.B.: "Can Self-Regulation Save Digital Platforms?", *Industrial and Corporate Change*, 2021, núm. 5.

DELLI PRISCOLI, L.: "Franchising, concessione di vendita e subfornitura", en AA.VV.: *Contratti in esecuzione e fallimento* (Coord. por F. DI MARZIO), IPSOA, Milanofiori, 2007.

DICKINSON-DELAPORTE, S.; MORTIMER, K.; KERR, G.; WALLER, D.S.; y KENDRICK, A.: "Power and responsibility: Advertising self-regulation and consumer protection in a digital world", *Journal of Consumer Affairs,* 2020, Vol. 54, núm. 2.

Feenstra, R.A. y González Esteban, E.: "Autocontrol: A Critical Study of Achievements and Challenges in the Pursuit of Ethical Advertising Through an Advertising Self-Regulation System", *Journal Business Ethics,* 2019, núm. 154.

Fishman, J.: "A Comparison of Securities Law Violations in the UK and US", *Corporate Law*, 1993, núm. 14.

Floridi, L.: "The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry", *Philos. Technol.,* 2021, núm. 34.

Floridi, L.: "The Right to Be Forgotten": a Philosophical View", *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics,* 2015, núm. 23.

Floridi, L.: "Translating Principles into practices of digital ethics: Five risks of being unethical", *Philosophy & Technology,* 2019, Vol. 32, núm. 2.

Galgano, R.: *Il negozio giuridico*, en AA.VV.: *Trattato di diritto civ.* e *comm.*, Giuffrè, Milán, 1988.

Gautrais, V.: "La certificación de qualité des sites Internet: un sésame voué á la securité du consommateur", *Ubiquité*, núm. 3, 1999.

Gernhuber, J.: *Handbuch des Schuldrechts*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1989.

González Hernández, R.: "La protección del consumidor en la contratación digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16.

Hofmann, J.: "Internet Governance: Theoretische und empirische Annäherungen an einen schwer fassbaren Gegenstand", *Journal of Self-Regulation and Regulation*, 2015, Vol. 15, núm. 1.

Hueck, A.: "Normenverträge", *Jherings Jahrbücher fur die Dogmatik des bür gerlichen Rechts*, 1923, núm. 73.

Juan y Mateu, F. "Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13, 2008.

Kahan, M.: "Some Problems with Stock Exchangebased Securities Regulation", *Virginia Law Review,* 1997, núm. 83.

Kirchmann, J.H.V.: "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft", en AA.VV.: *Vortrag gehaslten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin,* Julius Springer Verlaj, Berlin,1848.

Laforgia, S.: *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Giuffré, Milán, 2008.

Larenz, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14ª edición, C. H. Beck, München, 1987.

Lessig, L.: *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001.

López Jiménez, D. Monroy Anton, A. y Crichlow, J.: "Self-regulation of electronic commerce: issues in the context of Chilean Law", *Revista Chilena de Derecho*, 2007, núm. 44.

López Jiménez, D. y Dittmar, E.: "Consumer protection from abuses in commercial communications sent via radiofrequency", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes*, 2018, Vol. 10, núm. 1.

López Jiménez, D.: "The type codes as a tool for the privacy protection in the digital environment: Apreciations from the Spanish Law", *Estudios constitucionales*, 2013, núm. 2.

López Jiménez, D.: "Website promotion and protection of intellectual property: A Spanish law perspective", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes*, 2019, Vol. 11, núm. 2.

López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "Consumer Trust in the Digital Environment", *Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes*, 2022, Vol. 14, núm. 1.

López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "New directions in corporate social responsibility and ethics: codes of conduct in the digital environment", *Journal of Business Ethics,* 2021.

López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "Safeguarding privacy in social networks", *Law, State and Telecommunications Review*, 2020, Vol. 12, núm. 1.

López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "Self-regulation of sexist digital advertising: From ethics to law", *Journal of Business Ethics*, 2021, Vol. 171, núm. 4.

López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "The trusted third party or digital notary in Spain: effect on virtual transactions", *International Review of Law, Computers and Technology,* 2021.

López Jiménez, D.; Vargas Portillo, P.; Dittmar, E. C.: "The Use of Trust Seals in European and Latin American Commercial Transactions", *J. Open Innov. Technol. Mark. Complex*, 2021, Vol. 7, núm. 2.

López Jiménez. D.: "El jurado de autocontrol como paradigma de referencia en el ámbito publicitario: resoluciones respecto a terceros no adheridos", *Revista Jurídica del Notariado*, 2015, núm. 95-96.

Medzini, R.: "Enhanced self-regulation: The case of Facebook's content governance", *New Media & Society*, 2021.

Messineo, F.: "Il contratto in genere", en AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, Dir. por Antonio CICU y Francesco Messineo, Giuffrè, Milán, 1972.

Münkler, L.: "Space as Paradigm of Internet Regulation", *Frontiers of Law in China*, 2018, Vol. 13, núm. 3.

Oetker, H.: *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, J.C.B., Mohr, Tubinga, 1994.

Pardolesi, R.: *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979.

Parsons, A. y Schumacher, C.: "Advertising Regulation and Market Drivers", *European Journal of Marketing*, 2012, núm. 46.

Pazos Hayashida, J. y Vega Talledo, A.B.: "Autorregulación y programas de cumplimiento empresarial en materia de publicidad comercial y protección al consumidor", 2020, *Derecho PUCP*, núm. 85.

Perlingieri, P.: "Contratti normativi", en AA.VV.: *Manuale di diritto civile,* Dir. por Pietro Perlingieri, Utet, Napoli, 2005.

Preston, I.: "Interaction of Law and Ethics in Matters of Advertisers' Responsibility for Protecting Consumers", *Journal of Consumer Affairs*, 2010, Vol. 44, núm. 1.

Ricciuto, V.: *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Utet, Torino, 1999.

Rives Lange, J.L. y Contamine-Raynaud, M.: *Droit Bancaire*, Dalloz, París, 1995.

Sacco, R.: "Il contratto normativo", en AA.VV.: *Il contratto*, *Trattato di diritto civile*, Tomo 2, Dir. por Rodolfo Sacco, Utet, Torino, 2004.

Saleilles, R.: *La déclaration de volonté*, F. Pichon, París, 1901.

Swire, P.: Markets, self-regulation, and goberment enforcement in the protection of personal information, en AA.VV.: *Privacy and self-regulation in the Information Age*

by the US. Departamento f Commerce, US Departament of Commerce, Washington DC, 1997.

Tato Plaza, A.: *La autorregulación publicitaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

Van Heesen-Laclé, Z.D. y Meuwese, A.: "The legal framework for self-regulation in the Netherlands", *Utrecht Law Review*, 2007, Vol. 3, núm. 2.

Yeung, K.: "Algorithmic regulation: a critical interrogation", *Regulation & Governance*, 2018, Vol. 12, núm. 4.

EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR EN EL ÁMBITO DE LAS REDES SOCIALES AL HILO DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

THE IMPACT OF DIGITALIZACION ON WORKERS' FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FIELD OF SOCIAL NETWORKS IN THE LIGHT OF THE ITALIAN CASE LAW ON INFORMATION AND TRANSPARENCY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1096-1111

Giuseppina
PENSABENE
LIONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de mayo 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Este estudio plantea la oportunidad de examinar el proceso hermenéutico que está aún por desarrollarse en la jurisprudencia italiana en materia de información y transparencia sobre la utilización ("intra" y "extra" laboral) de las redes sociales por parte de los trabajadores, lo que podría incluso volver a modular los términos tradicionales de la relación que les une al empresario. Se destaca, en especial, el nuevo (delicado) equilibrio entre el vínculo de confianza sobre el cual se fundamenta dicha relación y los derechos de la persona garantizados a nivel constitucional como, en primer lugar, el derecho a la libertad de expresión del trabajador. La investigación trata de dar respuestas a las múltiples cuestiones que se plantean a este respecto como la posibilidad de utilizar o no las informaciones compartidas online por el trabajador, distinguiendo entre aquellas que son públicas y las que en cambio constituyen el objeto específico de un mensaje o conversación privada entre este trabajador y otra/as persona/as. Todo ello sin abandonar un enfoque crítico sobre las reglas nacionales y comunitarias vigentes en materia de privacidad y controles empresariales a distancia y a través de herramientas tecnológicas.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión; trabajador; redes sociales; digitalización; información; transparencia; privacidad; GDPR; control empresarial a distancia.

ABSTRACT: *This study provides an opportunity to examine the hermeneutic process that has yet to develop in Italian case law on information and transparency on the use ("intra" and "extra" labour) of social networks by employees, which could even re-modulate the traditional terms of the relationship between them and their employers. In particular, it highlights the new (delicate) balance between the bond of trust on which this relationship is based and the rights of the individual guaranteed at the constitutional level, such as, first and foremost, the worker's right to freedom of expression. The research attempts to provide answers to the many questions that arise in this respect, such as the possibility of using or not using the information shared online by the worker, distinguishing between those that are public and those that are the specific object of a private message or conversation between the worker and another person. All of this without abandoning a critical approach to the national and EU rules in force on privacy and employer's remote controls through technological tools.*

KEY WORDS: *Freedom of expression; worker; social networks; digitalisation; information; transparency; privacy; GDPR; remote corporate control.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL ÁREA DE INVESTIGACIÓN.- II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DE LA DIGILITALIZACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ITALIANO.- III. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CUESTIONES CONCRETAS A ABORDAR.- 1. La postura de la jurisprudencia italiana.- 2. Perplejidades y zonas grises.- IV ¿QUÉ PROBLEMAS Y QUÉ POSIBLES SOLUCIONES?.- 1. Un enfoque sobre la prohibición de que el empresario indague sobre el trabajador.- 2. Apuntes sobre privacy y poder de control empresarial a distancia.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL ÁREA DE INVESTIGACIÓN.

Este estudio plantea la oportunidad de una reconsideración sistemática de la institución de la libertad de expresión del trabajador en el ámbito de los medios digitalizados de comunicación y, en especial, de las redes sociales[1].

Se trata de analizar un aspecto muy específico de las consecuencias derivadas de la difusión de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo que, por su relevancia en el plano práctico, ha llegado a ser uno de los ejes centrales en la jurisprudencia italiana de estos últimos años.

En especial, se pretende examinar el proceso hermenéutico que está aún por desarrollarse a medida que se difundan de manera capilar los "social network" en ámbito laboral, destacándose que su utilización ("intra" y "extra" laboral) por parte de los trabajadores podría incluso volver a modular los términos de la relación que les une al empresario, surgiendo un nuevo (delicado) equilibrio entre el vínculo de confianza sobre el cual se fundamenta dicha relación y los derechos de la persona garantizados a nivel constitucional, en primer lugar el derecho a la libertad de expresión (arts.. 2 y 21 Cost. It.; art. 10 CEDU; art. 11 Carta de los Derechos Fundamentales; art. 19 Declaración Universal de los derechos Humanos; art. 1 Estatuto de los Trabajadores italiano).

Por otra parte, dicho aspecto no ha sido todavía objeto de profusa atención por parte de la doctrina italiana. Así pues, se pretende realizar un pormenorizado análisis de toda la problemática que básicamente deriva de la falta una precisa

1 *Vid.*, entre otros, Marazza, M.: "Social, relazioni industriali e formazione della volontà collettiva", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2019, núm. 1, p. 63; D'Aversa, F.: "Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei Social Media e dagli altri sistemi di interazione sociale", *Labour & Law Issues*,2019, 5, núm. 2, pp. 48 ss.; Tosi, P., Puccetti, E.: "Chat Facebook: se la riservatezza legittima la denigrazione del datore di lavoro", *Giurisprudenza Italiana*, 2019, núm. 1, p. 137; Cottone, M.: "Social Network: limiti alla libertà d'espressione e riflessi sul rapporto di lavoro", *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2017, núm. 4, p. 381; Iaquinta, F., Ingrao, A.: "Il datore di lavoro e l'inganno di Facebook", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2015, núm. 1, p. 82; Salazar, P.: "Facebook e rapporto di lavoro: quale confine per l'obbligo di fedeltà?", *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, núm. 3, p. 287.

• Giuseppina Pensabene Lionti
Ricercatrice di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Padova. E-mail: giuseppina.pensabenelionti@unipd.it.

regulación de los límites del derecho del trabajador a la libertad de expresión, analizando los casos en los que el ejercicio de dicho derecho se manifiesta a través de las redes sociales. Se tratará básicamente de investigar sobre las posibles respuestas a las múltiples cuestiones que se plantean a este respecto como, por ejemplo: ¿es posible el despido del trabajador por haber perjudicado la imagen del empleador expresando opiniones negativas o perjudiciales a través de las redes sociales?; ¿se considera dicho despido nulo o improcedente?

Todo ello, sin perjuicio de otras cuestiones a las que habrá que encontrar una solución como la posibilidad de utilizar o no las informaciones compartidas online por el trabajador, distinguiendo entre aquellas que son públicas y las que en cambio constituyen el objeto específico de un mensaje o conversación privada entre este trabajador y otra/as persona/as.

Dentro de dichas reflexiones, también serán objeto de análisis los deberes del trabajador en clave crítica y evolutiva[2], teniendo en cuenta las consecuencias directas que derivan de su incumplimiento a través del uso incorrecto de las redes sociales, sobre todo en el plano de la continuidad de la relación laboral.

Dichas reflexiones se tienen que desarrollar a la luz de las nuevas reglas de conducta que han sido recientemente introducidas por el legislador italiano y comunitario en el marco de la organización empresarial (art. 4, L. n. 300/1970, reformado por el "Jobs Act", sobre el control empresarial a distancia y a través de medios técnologicos[3]; Reg. UE n. 679/2016 (GDPR)[4] en materia de Privacy que, por lo aquí interesa, ha reforzado, en cierto modo, lo previsto por el art. 1 del Statuto dei Lavoratori sobre libertad de opinión del trabajador).

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ITALIANO.

La libertad de expresión está reconocida en general por el art. 21 de la Constitucion italiana de 1948[5], además de estar recogida en normas supranacionales de especial relevancia como:

2 Se alude, en especial, a la obligación de lealtad de los empleados establecida por el art. 2105 del código civil italiano. Cfr. Boscati, A.: "Obbligo di fedeltà ed il patto di non concorrenza", en Persiani, M., Carinci, F. (dirigido por): *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Cedam, Padova, 2011, p. 1005; Mattarolo, M.G.:"Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro", en Schlesinger, P. (dirigido por): *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 3.

3 Tullini, P. (a cura de): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2017.

4 Soffientini, M.: "Protezione dei dati personali: nuovo Regolamento UE", *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2016, p. 26; Ciccia Messina A., Bernardi N.: *Privacy e Regolamento Europeo 2016/679*, Ipsoa, Milano, 2016.

5 Pace A., Manetti M.: "Rapporti civili. Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero", en G. Branca (a cura de): *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, p.160.

a) el art. 10 de la Convencion Europea de los Derechos Humanos.

b) el art. 11 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

c) el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con referencia específica al trabajador también se reconoce la libertad de expresión en el régimen iuslaboralista dictado por el Estatuto Italiano de los Trabajadores (la Ley n. 300/1970)[6]. En especial, según el primer artículo del Estatuto "todo trabajador, sin distinción de opinión politica, sindical o de religióon, tiene derecho a manifestar libremente su propia opinión en los lugares de trabajo, siempre que se respeten los principios establecidos por la Constitución y por el mismo Estatuto".

Ahora bien, se puede afirmar que la libertad de expresión del trabajador tiene, hoy en dia, una fisionomia autonoma (que por lo tanto merece una investigación "ad hoc", aislada respecto al resto de la disciplina general), en el supuesto específico en el cual el trabajador manifiesta su opinión en el marco de las comunicaciones realizadas a través de medios digitales, electronicos, informaticos o tecnólogicos y, en especial, a través de las redes sociales.

En efecto, es la propia doctrina del Tribunal italiano que, con unas sentencias relativamente recientes[7], acuñó el término "diritto di critica in rete" o "libertà di espressione mediatica" precisamente con la finalidad de referirse a las cuestiones peculiares que plantea el ejercicio de la libertad de expresión del trabajador en el marco de la digitalización y que deben analizarse por separado.

A este respecto, también la "Corte Costituzionale"[8] ha afirmado que, en un sistema constitucional democratico y pluralista (como supuestamente debería ser el italiano), que fundamenta sobre el criterio de los "checks and balances", si es verdad, por un lado, que la libertad de expresión, asi como la confidencialidad de las comunicaciones y la protección de datos personales, constituyen unos derechos inviolables, garantizados incluso a nivel constitucional (respectivamente por los arts. 21 y 15 de la Constitución italiana); es verdad también, por otro lado, que dichos derechos no pueden expandirse excesivamente y convertirse en una especie de "tiranìa" (utilizando las palabras del mismo Tribunal Constitucional) respecto a otras situaciones jurídicas que, de la misma manera, merecen una tutela

6 Giugni, G.: *Lo Statuto dei Lavoratori*, Commentario, Giuffrè, Milano, 1979.

7 *Vid.*, entre otras, Cass., sez. lav., 12 de noviembre de 2018, n. 28878.

8 Para profundizar dicho aspecto, *vid.* Tenore, V., "La libertà di pensiero tra riconoscimento costituzionale e limiti impliciti ed espliciti: i limiti normativi e giurisprudenziali per giornalisti, dipendenti pubblici e privati nei social media", *Lavoro Diritti Europa*, 25 de julio de 2019.

constitucional adecuada como, en primer lugar, la libertad empresarial garantizada por el art. 41 Cost. It.

III. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CUESTIONES CONCRETAS A ABORDAR.

Frente a la epifanía tecnológica post industrial en el mundo del trabajo de hoy, cabe volver a planterse la cuestion de los límites a la libertad de expresión[9].

En especial, por un lado, cuando dicha libertad se manifiesta a través de las redes sociales o de otros medios digitalizados de comunicación, habrà que preguntarse: ¿hasta donde llega la libertad de expresión del trabajador que utiliza la web para opinar sobre su propio empleo y su proprio empleador? ¿Qué es lo que abarca?

Por otro lado, también habrá que considerarse los limites existentes a los poderes empresariales; así que cabe plantearse, entre otras cuestiones si, por ejemplo, el empresario podrà despedir al trabajador por haber perjudicado su imagen expresando opiniones negativas o perjudiciales a través de las redes sociales.

Dichas cuestiones son de especial actualidad y relevancia, y están aún por resolver. Con respecto a ello, la principal problemática básicamente deriva -como ya se ha adelantado- de la falta una precisa regulación de los límites del derecho del trabajador a la libertad de expresión.

Así pues, frente al silencio de la doctrina en esta materia, por su parte, la jurisprudencia italiana empieza ya a ofrecer unas posibles soluciones a los problemas que plantea la expresión de la opinión por parte del trabajador en el ambito de las redes sociales y, en general, en el ambito de espacios virtuales (blog, chat y demás áreas telemáticas) 10.

Dichos problemas surgen básicamente porque los espacios virtuales son ontológicamente distintos respecto a los lugares tradicionales de interacción como, por ejemplo, la reparticción de folletos (lo que en italia se suele llamar "volantinaggio"), o los debates en las asambleas, en los foros, en las revistas, etc.

9 Fiata, E.: "Limiti al diritto d critica del lavoratore e controllo di legittimità", *Giurisprudenza Italiana*, 2019, núm. 3, p. 612; Menegatti, E.: "I limiti al diritto di critica del lavoratore", *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2008, núm. 3, p. 20869; Muggia R.: "Diritto di critica e rapporto di lavoro", *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2004, núm. 2, p.105.

10 *Vid*., *ex plurimis*, Cass. 18 de julio de 2018, n. 19092; Cass. 6 de junio de 2018, n. 14527; Cass. 26 de septiembre de 2017, n. 22375.

La comparación con los espacios tradicionales de interacción revela las las principales peculiaridades de los espacios virtuales de comunicación:

a) en primer lugar, el enorme poder divulgador de instrumentos como las redes sociales, que consenten de compartir, a traves de un solo *click*, en tiempo real, cualquier tipo de contenido con un número indeterminado de destinatarios;

b) en segundo lugar, la facilidad de accesso (al ser internet una herramienta al alcance de todos);

c) en tercer lugar, el activismo especial de los usuarios de las redes sociales que nunca parece detenerse.

1. La postura de la jurisprudencia italiana.

Con respecto a las cuestiones hasta ahora planteadas, la jurisprudencia italiana mas reciente sobre la materia –retomando los conceptos fundamentales de información y transparencia– ha llegado a afirmar lo siguiente.

Hasta el día de hoy, con referencia a la libertad de expresión del trabajador en general, el ejercicio de dicha libertad se ha considerado procedente y legitimo solo y exclusivamente cuando se realice respectando los límites tanto internos (de la continencia formal, sustancial y material)[11] como externos (del respecto de los principios legales y constitucionales), con independencia del numero de los destinatarios de la propia opinión.

En cambio, recientemente[12], con referencia específica a la libertad de expresión que ejerce el trabajador en las redes sociales (o en otros espacios digitales o virtuales) la jurisprudencia ha cambiado de opinión, afirmando que hay que distinguir dos hipotesis:

a) la primera concierne los casos en los que la opinión del trabajador se expresa a través de una conversación que, pese a ser virtual, es privada, es decir destinada a uno solo o algunos determinados usuarios de la red (como puede ser un mensaje privado Facebook o WhatsApp entre amigos);

b) la segunda es relativa a los supuestos en los que el trabajador expresa su opinión publicamente, por ejemplo, en el ambito de una conversación publica relizada a través de las redes sociales o de un contenido publicado en el facebook

11 Dichos límites han sido elaborados por la "Cassazione" a partir de la sentencia n. 1173 de 1986, y han sido reiterados en el tiempo hasta la fecha por la doctrina mayoritaria del proprio Tribunal, *vid.* DE MOZZI, B.: "I limiti al diritto di critica del lavoratore", *I Lavoro nella Giurisprudenza*, 12/2019, pp. 1115 ss., que comenta la sentencia de la "Corte di Cassazione", sez lav., de 18 de enero de 2019, n. 1379.

12 Ya partir de Cass. 10 de septiembre de 2018, n. 21965.

cuando quien lo publica tiene el perfil abierto, esto es que cualquier persona que quiera leer dicha conversación puede hacerlo simplemente acedendo a la correspondiente pagina web.

Así pues, en el primer caso, siendo la conversación privada, pese a que la opinión del trabajador pueda ser abusiva, vesatoria o injuriosa contra el empresario, no se aplicará el régimen de los límites a la libertad de expresión, también para proteger el derecho a mantener el secreto de las conversaciones privadas garantizado por el ya mencionado art. 15 Cost. It.

En cambio, en el segundo caso, siendo la conversación publica y abierta a numero indeterminado de personas, la conducta del trabajador puede llegar a ser relevante bajo el perfil disciplinario y sancionable por parte del empresario si vulnera los límites a la libertad de expresión establecidos por la misma jurisprudencia y por la ley, es decir cuando básicamente perjudican el honor, el nombre, la imagen del empresario.

2. Perplejidades y zonas grises.

A la luz de la nueva postura de la jurisprudencia italiana que se acaba de exponer, cabe reflexionar sobre algunas zonas de sombra y algunas perplejidades que de ella derivan también en consideración de las obligaciones que impone la instauración de una relación de trabajo tanto al trabajador como al empresario.

En especial, con respecto a los deberes del trabajador (de obediencia, diligencia y fidelidad establecidos respectivamente por los arts. 2104 y 2105 del Código Civil Italiano del 1942) se deben tener en cuenta las consecuencias directas que, en clave crítica y evolutiva, derivan de su incumplimiento a través del uso incorrecto de las redes sociales, sobre todo en el plano de la continuidad de la relación laboral.

Todo ello sin abandonar el enfoque sobre las nuevas reglas de conducta que han sido recientemente introducidas por el legislador italiano y comunitario en el marco de la organización empresarial.

Piénsese, como se ha dicho, al art. 4, L. n. 300/1970, reformado por el *Jobs Act*, sobre el control empresarial a distancia y a través de medios técnologicos y también al Reg. UE n. 679/2016 (GDPR) en materia de Privacy[13].

Ahora bien, las mayores perplejidades surgen en relación a algunos aspectos en especial, que se exponen a continuación.

13 Con respecto a esta materia, *vid.*, recientemente, Pisani, C., Proia, G., Topo, A.: *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022.

a) En primer lugar, cabe preguntarse como se puede distinguir realmente una conversación privada de una conversación pública en el ambito de las redes sociales.

De hecho, no siempre es facil hacerlo. Piénsese, por ejemplo, a una conversación de whatsup que, aunque inicialmente esté limitada solo a un numero restringido de usuarios, es potencialmente abierta a un numero extensible de conversadores, sin poderlo controlar. Además, el contenido de dicha conversación puede ser reproducido un numero ilimitado de veces y, al mismo tiempo, dirigido a un numero indeterminado de destinatarios[14]. Así pues, al tratarse de una conversación que se pude definir, en este sentido, "en continua evolución", serà el juez que, frente al caso concreto, deberà elegir (arbitrariamente) si se trata de una conversación que tiene caracter privado o público y, en consecuencia, si se aplicará o menos el régimen de los límites a la libertad de expresión del trabajador. Se trata de una zona gris porque conlleva inevitablmente a un examen excesivamente subjetivo del propio juez.

b) En segundo lugar, otra perplejidad surge en relación a un límite en especial a la libertad de expresión en el ambito de las redes sociales: el de la continencia formal[15]. En efecto, no se puede esconder que, hoy en dia, nos estamos enfrentando, cada vez con mayor frecuencia, a la tendencia general hacia la utilización, sobre todo en el ambito de las redes sociales, de un lenguaje progresivamente mas agresivo y violento lo que hace necesario volver a plantearse hasta donde llega el límite de la continencia formal con respecto a la opinión expresada en la *web*, puesto que ya no siempre se considera ofensiva según la sensibilidad y la conciencia comunes[16], debiendose pues en este caso también dejar la solucción de dicha cuestión a abordar a la valoracion personal del juez ante el caso concreto.

c) En tercer lugar, otra cuestión que habria que plantearse es si (y dentro de cuales límites) el empresario puede adquirir y utilizar las informaciones que el trabajador pone dentro de las redes sociales sin vulnerar la normativa de protección vigente en la materia de información y privacy.

En efecto, hay que conseguir el equilibrio adecuado con las reglas sobre protección de datos personales. Se alude en especial a las normas de matriz europea sobre *privacy* y al reglamento 679/2016 y sucesivas modificaciones. Sin

14 D'Aversa, F.: "Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei Social Media e dagli altri sistemi di interazione sociale", *Labour & Law Issue*s, 2019, vol. 5, núm. 2, pp. 48 ss, cit.

15 Según la consolidada doctrina de la jurisprudencia de la Cassazione, a parti de la mencionada sentencia n. 1173 de 1987, el límite de la continencia formal se puede definir como la corrección y civilización de la forma expresiva utilizada como vehículo de la comunicación. Por su parte la continencia "sustancial" consiste en la verdad objetiva de los hechos objeto de la comunicación, y la continencia "material" es que el interes que persigue el trabajador a través de la expresión de su propia opinión merezca ser protegido jurídicamente.

16 De Luca, A.: "Diritto di critica del lavoratore", *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2008, núm. 10, p. 938.

embargo, se alude también a los principios constitucionales sobre protección de la confidencialidad de las conversaciones privadas establecidos por el art. 15 Cost. it. y a las normas estatutarias que, por un lado, protegen el trabajador frente al control del empresario (sobre todo cuando este control se realiza a distancia o a traves de medios tecnólogicos, según lo previsto por el art. 4 del Estatuto) y, por otro lado, siguen protegiendole estableciendo la prohibición de la investigación por parte del empresario de sus opiniones personales con fines a tomar decisiones en lo profesional (segun lo establecido por el 8 del Estatuto).

IV. ¿QUÉ PROBLEMAS Y QUÉ POSIBLES SOLUCIONES?

1. Un enfoque sobre la prohibición de que el empresario indague sobre el trabajador.

El art 8 del Estatuto de los Trabajadores Italiano, en su primer apartado, prohibe al empresario de realizar investigaciones sobre las opiniones personales (politicas, religiosas o sindicales) del trabajador con fines a contratarle o a sancionarle durante el desempeño de la actividad laboral[17].

Con respecto a dicha prohibición cabe preguntarse si el mero hecho de acceder a la pagina web de una red social por parte del empresario puede realmente considerarse una investigación prohibida por la ley o no.

Es otros términos, cuando el empresario conoce y obtiene cierta información personal sobre un dependiente porque se ha enterado o ha leido algo que, de forma voluntaria el propio trabajador ha puesto en las redes sociales, lo que ocurre es que el empresario aprende dicho contenido al igual que un numero indeterminado de otros usuarios. Así pues, un problema que podría surgir en relación con este asunto consiste en comprender si, en casos como este, estamos o no estamos ante un supuesto de investigación prohibida por la ley.

A este respecto, cabe señalar que no han faltado sentencias del Tribunal Supremo Italiano que han considerado posible la vulneración del art. 8 del Estatuto de los Trabajadores por el mero hecho de que el empresario visualice la pagina facebook de un trabajador[18].

Sin embargo, dicha postura podría correr el riesgo de que, paradojicamente, el empresario aun sabiendo que el dependiente está perjudicando publicamente la

17 Sciarra, S.: "Commentario all'art. 8 della legge 300 del 1970", en Giugni, G. (dirigido por): *Lo Statuto dei Lavoratori, Commentario,* Giuffrè, Milano, 1979, p. 88.

18 *Vid*., por ejemplo, Cass., 19 de septiembre de 2016, n. 18302.

imagen de su empresa en las redes sociales, se encuentre "con las manos atadas" y no pueda sancionarle o adoptar otras medidas disciplinarias de ningun tipo.

Una posible solución jurídica a cuestiones como estas, podría probablemente encontrarse, centrando el enfoque no tanto sobre el primer apartado del art. 8 del Estatuto (que -como se ha dicho- prohibe al empresario realizar investigaciones sobre las opiniones personales del trabajador), sino sobre la segunda parte del mismo articulo que prohibe al empresario realizar investigaciones sobre "los hechos no relevantes con fines a la apreciación de la aptitud profesional del trabajador"[19].

Sin embargo, incluso bajo esta diferente perspectiva podrían surgir algunas criticidades hermenéuticas, puesta la naturaleza ontólogicamente inseparable de las informaciones compartidas en las redes sociales. Fijense, por ejemplo, en todas las informaciones que podemos encontrar a la vez en una única pagina personal de facebook de un trabajador: fotos, informaciones sobre su aspecto personal, sobre su familia, sobre sus costumbres y también sobre su trabajo y sobre lo que opina con referencia a la empresa en la que trabaja. Es decir, destaca una heterogeneidad de informaciones acumulativamente compartidas que hace complicado separar los hechos que se refieren a lo personal de aquellos hechos, que, en cambio, "no son relevantes con fines a la apreciación de la aptitud profesional del trabajador" *ex* art. 8 del Estatuto.

Otro aspecto que cabe considerar concierne la relacion entre el art. 8 del Estatuto y el Reglamento europeo sobre proteccion de datos personales (REG 679/2016/UE)[20]. La mayoria de los autores suelen relacionar el art. 8 con el art. 9 del Reglamento según el cual "queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen las opiniones personales, politicas, religiosas, sindicales asi como el tratamiento de datos geneticos o relativo a la salud o a la vida sexual dirigidos a identificar de manera univoca a una persona fisica".

Sin embargo, no es menos cierto que estas dos normas se solapan en parte, pues es un poco "la pescadilla que se muerde la cola" porque vuelven a plantearse los problemas de que se ha hablado anteriormente: es decir, es dificil determinar exactamente cuales son las opiniones del trabajador que pueden ser guardadas por el empresario que les aprende a través de las redes sociales. No obstante, es importante relacionar la norma interna con la comuniataria para diferenciar las

19 *Vid.* Art. 8, L. n. 300 de 1970, que literalmente establece: "*i fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore*".

20 Ogriseg, C.:"Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente", *Labour & Law Issues*, , núm. 2, 2016; Pizzetti, F.: *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016.

informaciones que pueden ser objeto de investigación o de tratamiento por parte del empresario de aquellas que no pueden serlo.

Así pues también en este caso, se podría proponer de relacionar no tanto y no solo el art. 8 del Estatuto con el art. 9 del Reglamento; sino el art. 8 con el art. 22 del mismo Reglamanto que establece "el derecho de todo interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, que produzca efectos jurídicos en él".

De esta manera, se podria centrar el enfoque no solo en la obtención de la opinion personal del trabajador por parte del empresario a través de las redes sociales, sino además en el uso posterior de dicha opinión por el empresario que, de acuerdo al art. 8 del Estatuto (leido a la luz del art. 22 del Reglamento sobre protección de datos personales de 2016), no puede considerarla objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado.

En todo caso, en espera de que la jurisprudencia se pronuncie en la materia, es deseable que el legislador introduzca unas normas que puedan actualizar el contenido del art. 8 del Estatuto, armonizandolo con las nuevas reglas europeas sobre protección de datos personal. Desde luego, una intervención legislativa aclaradora nos ayudaría a arrojar luz sobre estas zonas de claroscuro que conotan la libertad de expresión del trabajador en las redes sociales.

2. Apuntes sobre *privacy* y poder de control empresarial a distancia.

El art. 4 del Estatuto, recientemente reformado en Italia por el *Jobs Act* (Dlgs 151/2015)[21], prohibe el control empresarial a distancia a traves de instrumentos tecnológicos o equipos audiovisuales salvo que dicho control se realice:

a) por exigencias organizativas o productivas;

b) por razones de seguridad;

c) por razones de tutela del patrimonio empresarial.

21 Alvino, I.: "I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy", *Labour Law Isseus*, 2016, , núm. 2, I, p. 513; Del Punta, R.: "La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. 151/2015)", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2016, p. 77.

Cabe pues preguntarse: ¿cómo afecta el control empresarial a distancia sobre moviles y ordenadores de empresa a la expectativa de intimidad del trabajador que se encuntre consultando a unas redes sociales[22] a traves de dichos intstrumentos[23]?

A este respecto, la jurisprudencia, en varias ocasiones, ha considerado procedente el despido del trabajador que utiliza ordenadores o móviles de empresas para conectarse a las redes sociales durante las horas de trabajo, afirmando que, en este caso, no se trata de un control empresarial a distancia prohibido por la ley, sino que se consiste en una conducta del trabajador lesiva del patrimonio empresarial y por ello sancionable incluso con el despido.

Sin embargo, aunque sea así, sería razonable por lo menos introducir un proceso de información para evitar una intromisión excesiva del empresario en la esfera personal del trabajador[24] para que este pueda saber con anterioridad y certidumbre cuales son las modalidades y los tiempos a través de los cuales el empresario puede controlar (incluso a distancia) la actividad que desarolla con su ordenador o y con los móviles de empresa.

Todo ello se hace cada vez mas necesario, sobre todo en relación con algunas nuevas tipologias de trabajo que se desempeñan precisamente a través de las redes sociales. Piénsese, por ejemplo, en los llamados "*social media marketing*" o en los "*influencer*" que se están expandiendo hasta tal punto que algunos ya los consideran trabajadores por cuenta ajena[25].

A la luz de lo dicho, resulta finalmente verdaderamente complicado poder aplicar correctamente el art. 4 del Estatuto al caso específico de la libertad de expresión en el ambito de las redes sociales por varias razones:

a) ante todo, por la ausencia de un previo acuerdo sindical o autorización administrativa;

b) en segundo lugar, por la especial mezla entre datos personales y laborales que caracteriza a los espacios de interacción virtual;

c) por último, por una cuestión de interpretación literal del art. 4 que expresamente habla de la prohibición de instalar "equipos audivisuales",

22 Ingrao, A.: "Il controllo a distanza realizzato mediante Social network", *Labour Law Isseus*, vol. 2, núm. 1, 2016.

23 Maresca A.: "Controlli tecnologici e tutele del la-voratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2016, p. 513.

24 Barraco E., Sitzia A., *Potere di controllo e privacy. Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer, Milano, 2016.

25 D'Aversa, F.: "Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei Social Media e dagli altri sistemi di interazione sociale", *Labour & Law Issues*, vol. 5, núm. 2, 2019, cit. pp. 59-60.

referiendose pues al lugar fisico de la empresa. En cambio, en un espacio virtual, no hay nada que se instale fisicamente, sino que es suficiente un *click* para que todo el mundo se entere de las noticias compartidas en la web.

V. CONCLUSIONES.

Encontrar soluciones mas ciertas en este ambito es importante porque están en juego valores y derechos fundamentales que tienen que ver directamente con la dignidad de la persona y el derecho a expresar libremente la propia opinión en un espacio democratico y pluralista, ya sea real o virtual[26]. Sin embargo, el análisis realizado hasta ahora muestra que las respuestas a las cuestiones planteadas todavia no se dan en el derecho laboral viviente.

No cabe duda de que es necesario encontrar parámetros de interpretación inequívocos en el escenario de inseguridad jurídica descrito anteriormente, ante la extraordinaria penetración de la digitalización en nuestra vida personal, social y laboral.

Todo ello es esencial en el mundo del trabajo para proteger a ambas partes de la relación laboral. A este respecto, además de las fundamentales cuestiones relativas a la privacidad y a la información de los empleados que se han comentado anteriormente, tampoco hay que olvidar la protección del empresario. En efecto, la naturaleza y el tipo de espacio virtual (cerrado o abierto) que, según la jurisprudencia italiana más reciente, se convierte en un criterio selectivo para considerar legitimo o no el comportamiento del trabajador y , en consecuencia, aplicable o no el régimen jurídico de los límites a su libertad de expresión, podría acompañarse por otros criterios que fundamenten, por ejemplo, sobre la valoración de la gravedad de la conducta del trabajador y el posible daño que dicha conducta puede generar a la empresa y a su imagen.

26 Del Punta, R.: "Social Media and Workers' Rights: What Is at Stake?", 2019, *JCLLIR,* núm. 1, p. 79.

BIBLIOGRAFÍA

Alvino, I.: "I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy", en *Labour Law Isseus*, 2, I, 2016.

Barraco E., Sitzia A.: *Potere di controllo e privacy. Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Milano Wolters Kluwer, 2016.

Boscati, A.: "Obbligo di fedeltà ed il patto di non concorrenza", en Persiani, M., Carinci, F. (dirigido por): *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Padova, 2011.

Ciccia Messina A., Bernardi N.: Privacy e Regolamento Europeo 2016/679, Milano, Ipsoa, 2016.

Cottone, M.: "Social Network: limiti alla libertà d'espressione e riflessi sul rapporto di lavoro", en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 4, 2017.

D'Aversa, F.: "Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei Social Media e dagli altri sistemi di interazione sociale", en *Labour & Law Issues*, 5, 2, 2019.

Del Punta, R.: "La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. 151/2015)", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2016.

Del Punta R.: "Social Media and Workers' Rights: What Is at Stake?", en *JCLLIR*, 2019.

De Luca A.: "Diritto di critica del lavoratore", en *Lavoro nella Giurisprudenza*, 10, 2008.

De Mozzi, B.: "I limiti al diritto di critica del lavoratore", en Il Lavoro nella Giurisprudenza, 12/2019.

Fiata E.: "Limiti al diritto d critica del lavoratore e controllo di legittimità", en *Giurisprudenza Italiana*, 3, 2019.

Giugni, G.: *Lo Statuto dei Lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979.

Iaquinta, F., Ingrao, A.: "Il datore di lavoro e l'inganno di Facebook", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, 2015.

Ingrao, A.: "Il controllo a distanza realizzato mediante Social network", en *Labour Law Isseus*, 2, 1, 2016.

Marazza, M.: "Social, relazioni industriali e formazione della volontà collettiva", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, 2019.

Maresca, A.: "Controlli tecnologici e tutele del la-voratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2016, p. 513.

Mattarolo, M.G.: "Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro", en Schlesinger P. (dirigido por), *Commentario al codice civile*, Milano, 2000.

Menegatti, E.: "I limiti al diritto di critica del lavoratore", en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 3, 2008.

Muggia R.: "Diritto di critica e rapporto di lavoro", en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2, 2004, p.105.

Ogriseg, C.: "Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente", en *Labour & Law Issues*, 2, 2016.

Pace, A., Manetti, M.: "Rapporti civili. Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero", en Branca, G. (a cura de): *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

Pisani, C., Proia, G., Topo, A.: Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro, Giuffrè, Milano, 2022.

Pizzetti, F.: *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016.

Salazar, P.: "Facebook e rapporto di lavoro: quale confine per l'obbligo di fedeltà?", en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 3, 2015, p. 287.

Sciarra, S.: "Commentario all'art. 8 della legge 300 del 1970", en Giugni, G. (dirigido por): Lo Statuto dei Lavoratori, Commentario, Giuffrè, Milano, 1979.

Soffientini, M.: "Protezione dei dati personali: nuovo Regolamento UE", en *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2016.

Tenore, V.: "La libertà di pensiero tra riconoscimento costituzionale e limiti impliciti ed espliciti: i limiti normativi e giurisprudenziali per giornalisti, dipendenti pubblici e privati nei social media", en *Lavoro Diritti Europa*, 25 de julio de 2019.

Tullini, P. (a cura de): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2017.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR DE EDAD EN LA ERA DIGITAL. LA DICOTOMÍA ENTRE AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN

PERSONALITY RIGHTS OF MINORS IN THE DIGITAL AGE. THE DICHOTOMY BETWEEN AUTONOMY AND PROTECTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1112-1153

Lucía
VÁZQUEZ-
PASTOR
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de abril de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: El presente capítulo pretende analizar un problema especialmente relevante que se está planteando en el siglo actual, derivado del uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación por los menores de edad.

En rigor, el acceso a las nuevas tecnologías se configura para los menores de edad como un derecho emergente que les habilita para ser sujetos activos y participativos en la sociedad de la información y les permite satisfacer sus necesidades de información y expresión; dicho sea de otro modo, les permite ser ciudadanos de pleno derecho. El artículo 5.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor recoge entre los derechos del menor "la alfabetización digital y mediática de forma adaptada a su capacidad evolutiva", de manera que los menores puedan desarrollar su pensamiento crítico y tomar parte activa en una sociedad participativa y en un mundo actual que no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Con todo, a pesar de que la utilización de las nuevas tecnologías ofrece grandes posibilidades y ventajas, no puede obviarse igualmente que estas nos sitúan en la denominada sociedad del riesgo, toda vez que pueden entrañar múltiples situaciones no siempre controlables, entre las que cobra una especial relevancia la posibilidad de vulneración de la privacidad de los menores, esto es, de sus derechos fundamentales a la intimidad, el honor, a la propia imagen y a la protección de los datos personales, bien individualmente considerados o bien de forma conjunta.

PALABRAS CLAVE: Menores de edad; nuevas tecnologías; sociedad de la información; entorno digital; redes sociales; derechos de la personalidad; derecho a la intimidad, derecho al honor, derecho a la propia imagen; protección de datos personales.

ABSTRACT: *This chapter aims to analyse a particularly relevant topic in the present century, derived from the use of new information and communication technologies by minors.*

Strictly speaking, access to new technologies for minors is viewed as an emerging right that enables them to be active and participatory subjects in the information society and enables them to fulfil their needs for information and expression. In other words, it allows them to be fully fledged citizens. The rights of minors as stipulated in Article 5.1 of Spain's legislation governing the Legal Protection of Children includes "digital and media literacy in a manner adapted to their developmental capacity", so that minors can develop their critical thinking and play an active part in a participatory society and in a current world that cannot be understood outside of new information and communication technologies.

However, even though the use of new technologies offers great possibilities and advantages, we cannot ignore the fact that they situate us within the so-called risk society, since they can involve multiple situations that are not always controllable. In this regard, of particular importance is the potential violation of the privacy of minors, that is, of their fundamental rights to privacy, honour, their own image, and the protection of personal data, either individually or jointly.

KEY WORDS: *Minors; new technologies; information society; digital environment; social media; personality rights; right to privacy; right to honour; right to one's own image; personal data protection.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. DERECHOS POTENCIALMENTE VULNERABLES EN EL ENTORNO DIGITAL.- III. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO ONLINE.- 1. Consideraciones previas.- 2. Consentimiento para darse de alta en una red social.- 3. Actuación del menor como usuario de una red social.- IV. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL.- 1. Cuestiones previas.- 2. El papel de los padres o tutores del menor en el ámbito digital.- A) El deber de velar y supervisar al menor.- B) Límites del deber de protección al menor.- C) Conflictos entre los guardadores legales y el menor de edad.- 3. El papel de los poderes públicos.- A) La intervención del Ministerio Fiscal.- B) El fenómeno del sharenting.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN HORIZONTE PARA CONTINUAR TRABAJANDO.

I. PLANTEAMIENTO.

Como apunta Gil Antón, en el mundo en que vivimos, en nuestro entorno inmediato, el impacto tecnológico es tan intenso y apresurado que nos condiciona decisivamente y hace que cambien, cada vez más rápidamente, las coordenadas en las que nos movemos. Así, ahora se ha empezado a utilizar la expresión "Sociedad Red" para reflejar estas transformaciones. En concreto, esta expresión pretende manifestar su estructura articulada por una malla densa de nodos a través de los que discurre la información, y se adoptan decisiones sobre los más variados asuntos o sobre todas las cuestiones que puedan suscitarse en las relaciones sociales[1].

En este contexto, resulta especialmente destacable cómo el entorno digital ha pasado a formar parte de la vida cotidiana para la mayoría de la población menor de edad. De hecho, como señala la Profesora Gete-Alonso, nadie mejor que las personas nacidas en este siglo para moverse en general en los espacios virtuales y en el manejo de los instrumentos y técnicas digitales. En este sentido, los nacidos a partir de 1995 reciben el nombre de nativos digitales, mientras que aquellos que han nacido antes y acceden a este entorno se denominan inmigrantes digitales[2]. El término "digital babies o digital natives" lo acuñó el tecnólogo Marc Prenssky en 2001 para definir a aquellas personas que no han conocido, ni conciben, un mundo sin Internet y sin telefonía móvil[3].

Actualmente, añade Gete-Alonso, los niños, adolescentes y jóvenes que tienen acceso a la red (Internet, dispositivos móviles, etc.) son los actuales nativos

1 Gil Antón, A.: "Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 36, 2014.

2 Gete-Alonso y Calera, Mª. C.: "Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores", en AA.VV.: *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Dykinson, 2018, pp. 271 y ss.

3 Una adaptación al castellano del texto original "*Digital Natives, Digital Inmigrants*", puede verse en https://marcprensky.com/writing/PrenskyNATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf.

• Lucía Vázquez-Pastor Jiménez
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Correo electrónico: lvazjim@upo.es.

digitales, porque reúnen una serie de características propias que les diferencian de las generaciones precedentes, son interactivos, multifuncionales y multitareas; se trata de una generación creativa que produce sus propios contenidos, crean sus propios lenguajes, son especialistas en la socialización, tienen cientos de "amigos" con quienes hablan y comparten confidencias en redes sociales, en medio de una partida de sus juegos online preferidos o a través de los programas de mensajería instantánea instalados en sus teléfonos móviles de última generación. Por lo tanto, son realmente nativos digitales, verdaderos expertos de las nuevas tecnologías y sus herramientas[4].

Asimismo, no se ha de obviar, como apunta Sánchez Gómez, que el contenido (oral, audio, escritos, imágenes) de este mundo contribuye a formar las ideas, los valores y convicciones de los menores, interviene en su comportamiento, en la manera de vestirse, de hablar e incluso de alimentarse y de cuidar por su salud, y por supuesto, en cómo se presentan en la sociedad, ya sea frente a todos, ya en el ámbito más próximo en el que se desenvuelven[5]. En efecto, el protagonismo y la omnipresencia de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la actualidad han determinado que el menor las incorpore a su vida cotidiana desde edades muy tempranas para desplegar una cantidad enorme de actividades que contribuyen al desarrollo de su personalidad. De ahí que los derechos del menor sean ejercidos en este nuevo ámbito de una manera radicalmente distinta a como venía siendo habitual durante el siglo XX[6].

Ante esta nueva realidad surge la cuestión de la capacidad del menor para actuar en el mundo digital, el ejercicio de sus derechos, tanto fundamentales como patrimoniales, y la madurez que se ha de exigir para dar validez y eficacia a los actos realizados por este en el entorno digital.

Es bien sabido que el menor de edad, como titular de los derechos de la personalidad, podrá ejercitarlos por sí mismo siempre que cuente con la capacidad de entendimiento y juicio necesarias para comprender el alcance y consecuencias

4 Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 179. En palabras de Lorente López, a grandes rasgos puede decirse que las tecnologías de la información y de la comunicación desempeñan un papel fundamental en la construcción de la identidad personal de los menores, precisamente, porque estos han nacido en la nueva "Sociedad Red", y desde que empiezan a tener uso de razón se encuentran rodeados de dispositivos (portátiles, teléfonos móviles, tablets…) hacia los que desarrollan una gran atracción y sobre los que ostentan una sorprendente habilidad. Por lo tanto, es precisamente con las TIC como los nativos digitales o nativos hablantes del lenguaje digital satisfacen sus necesidades de entretenimiento, diversión, comunicación, información e incluso de formación (Lorente López, Mª. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 206).

5 Gete-Alonso y Calera, Mª. C.: "Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores", cit., pp. 271 y ss.

6 Sánchez Gómez, A.: "Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor", en AA.VV.: *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 4/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio* (coord. A.I. Berrocal Lanzarot y C. Callejo Rodríguez) Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 102 y ss.

del acto de que se trate, adoptando una decisión responsable, lo que no obsta para que los representantes legales del menor puedan completar su capacidad o puedan ejercitar determinadas acciones en su interés. Sin duda, como señala Lorente López, esta capacitación progresiva gradual para el ejercicio personal y directo de los derechos fundamentales, representa la fórmula de autoprotección más importante que se pueda otorgar al menor. Con la adopción del criterio de la madurez suficiente, el autogobierno o capacidad natural, se evita que el menor sea titular del derecho pero no pueda ejercitarlo, ya que, de esta forma, el niño o adolescente que tenga suficiente madurez podrá disponer libremente de su derecho. Con todo, no podemos olvidar que el menor es una persona de corta edad, y tomará sus decisiones de acuerdo con la poca experiencia que haya podido adquirir con los años. Exigir al menor una capacidad de decidir conforme a criterios propios del mayor de edad, equivale a negarle la capacidad de autoprotegerse y a considerar que la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales corresponde, en último extremo, a los mayores de edad o a los menores que sean capaces de actuar como mayores. Por ello no debemos utilizar la racionalidad de la decisión como criterio para definir la adquisición de madurez o de suficiente autonomía volitiva para ejercer los derechos por uno mismo[7].

En este sentido, tal y como sostiene Aláez Corral, la madurez del menor como requisito para poseer la capacidad de obrar iusfundamental y pretender el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales, lejos de estar vinculada a la racionalidad debe estarlo a la capacidad de querer y de entender el significado de sus actos dentro de un proyecto vital propio, asumiendo de igual forma que los individuos mayores de edad, el riesgo de errar en su decisión[8]. Partiendo de todo ello, se hace necesario en un trabajo como este concretar la posibilidad de actuaciones que tiene el menor sobre sus derechos en la era digital, lo que nos llevará precisamente a dedicar un epígrafe al estudio de la capacidad de obrar del menor de edad en el entorno online.

Por otro lado, como nos recuerda Gil Antón, no todos los impactos y consecuencias que se derivan del uso de Internet son positivos, pues la tecnología, al tiempo que da seguridad a algunos, produce inseguridad a muchos más. La vida privada y la autodeterminación son bienes valiosos que se ven en peligro como consecuencia de las posibilidades que ofrecen las técnicas aplicadas a la información, educación y a las telecomunicaciones. En realidad, hemos llegado a un punto en que han desaparecido casi todas las barreras físicas y temporales que impedían o dificultaban el acceso por terceros al conocimiento de la vida ajena, la acumulación de esa información y su utilización inmediata, así como su

7 Lorente López, Mª. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, cit., pp. 90-93.

8 Aláez Corral, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 152-155.

conservación por tiempo ilimitado. Lo cierto, es que constatamos día tras día como los medios que existen para captar, almacenar, elaborar y transmitir datos, no sólo hacen posible la intromisión no autorizada en la vida privada de los individuos, sino que permiten el acopio de todo tipo de información relativa a una persona identificada o identificable y utilizarla inmediatamente sin su conocimiento, ni por supuesto, su control. Y en esa denominada Sociedad Red, la demanda de intimidad y la necesidad de controlar el uso que terceros hacen de los datos personales de todo tipo y de la propia privacidad, ha pasado a constituir una exigencia prioritaria[9].

Ante estas realidades, se pone en entredicho la seguridad de la privacidad de la persona: los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la protección de los datos personales requieren de un marco jurídico de protección definido y que aporte soluciones a los nuevos problemas que se plantean actualmente en torno a estos derechos de la personalidad, cuestión esta que adquiere, si cabe, mayor trascendencia, cuando hablamos de personas menores de edad.

Por todo ello, como concluye la Profesora Gete-Alonso, de la misma manera que cuando se generalizaron los medios audiovisuales se suscitó la polémica y discutieron los medios de protección de los menores, lo que dio lugar a abundante normativa, a establecer reglas y códigos de conducta, hoy se manifiesta idéntica preocupación ante el entorno digital[10]. No olvidemos que la forma en que los menores y adolescentes se mueven por Internet facilita en mayor medida la vulneración de sus derechos al honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de datos. En este sentido el escenario *online* se erige como la plataforma preferida por el menor para el ejercicio de sus derechos (tales como el derecho a la expresión, acceso a la información, educación, etc.), en la que su intimidad, su imagen, sus datos, esto es su privacidad, se exponen de manera casi continua, perdiendo en este ámbito el valor e incluso el recelo con que fueron configurados en el siglo pasado por el legislador[11].

Así las cosas, estamos asistiendo a cambios fundamentales a un ritmo vertiginoso en la manera en que el menor se relaciona o ejerce sus derechos dentro de la arquitectura digital que le hacen también especialmente vulnerable. En este contexto, y ciñéndonos al ámbito de lo civil, hay diversas cuestiones dignas de atención que serán objeto de estudio en el presente trabajo en el que subyace la compleja dicotomía entre la protección del menor de edad y su autonomía en el entorno digital. En concreto, nos acercaremos a los derechos al honor, a la intimidad, a la imagen y a la protección de datos personales del menor en

9 Gil Antón, A.: "Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto", cit.

10 Gete-Alonso y Calera, Mª. C.: "Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores", cit., pp. 271 y ss.

11 Sánchez Gómez, A: "Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor", cit., pp. 102 y ss.

este ámbito del uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, analizando de forma pormenorizada la problemática que surge como consecuencia de su participación activa en el entorno digital.

II. DERECHOS POTENCIALMENTE VULNERABLES EN EL ENTORNO DIGITAL.

La facilidad con la que se ha accede a Internet a edades cada vez más tempranas, la rapidez con la que se difunde la información y el escaso control que tenemos de nuestros datos, entre otros factores, hacen que Internet se configure como marco idóneo para la lesión de nuestros derechos. Algunos de los más proclives a sufrir importantes vulneraciones o lesiones, como bien sabemos, son el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como el derecho a la protección de los datos personales, es decir, los denominados derechos de la personalidad consagrados en el artículo 18, apartados 1 y 4 CE.

Los primeros fueron desarrollados por la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPDH), cuando el uso de internet era prácticamente inexistente o no estaba, ni mucho menos, tan extendido como en la actualidad. Y, de otro lado, en 1999 se aprobó la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)[12]. En palabras de Sánchez Gómez, no cabe duda de que por aquel entonces el legislador no fue consciente de la manera en que el imparable desarrollo de las nuevas tecnologías y la era de Internet iban a poner en entredicho la protección proporcionada por aquellas normas a los referidos derechos. Y ello pese a que nuestro legislador constitucional contempló el uso de la informática como un factor perturbador en la integridad de tales derechos haciendo una llamada a la ley para que regulara su uso. Hoy, después de más de treinta años, estamos inmersos en la web o universo 3.0 que poco tiene que ver con aquella previsión sobre innegables amenazas para la privacidad de las personas[13].

12 Norma derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

13 Sánchez Gómez, A.: "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", *Revista Boliviana de Derecho*, número 23, enero 2017, pp. 170-171. El neologismo web 3.0 surge en el año 2006 a raíz de un artículo de un estudioso de los estándares web como superación al concepto de web 2.0 que había comenzado a emplearse en el año 2004 para referirse a las webs que permiten interactuar a los ciudadanos en tiempo real y de una forma pública bien con fines profesionales o particulares a través de motores de búsqueda, de las redes sociales, compartiendo imágenes o vídeos, etc. Esta nueva plataforma tecnológica no sólo permitía una comunicación multidireccional entre los internautas si no también facilitaba la acumulación grandes cantidades de información sobre los mismos sin ningún tipo de control. Las webs inteligentes 3.0 o programas inteligentes presentan un nuevo reto jurídico al constituir una verdadera intromisión sobre la intimidad personal ya que permiten crear grandes bases de datos a partir de las preferencias de los usuarios configuradas con la información guardada obtenida de sus búsquedas personalizadas (López Portás, B.: "La protección de datos personales en el Universo 3.0: el derecho al olvido en la Unión Europea tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 38/2015, p. 9).

Por lo que respecta al derecho al honor[14], tradicionalmente las intromisiones en el citado derecho provenían, de forma mayoritaria, de manifestaciones realizadas a través de los medios de comunicación escritos o audiovisuales. La aparición de Internet y la expansión de herramientas y aplicaciones de transmisión de información (especialmente de opinión, como webs, chats, foros, blogs o redes sociales), han supuesto que las posibilidades de vulnerar el derecho al honor sean mayores y puedan tener mayor repercusión. Así, es habitual encontrar comentarios que son verdaderas injurias y calumnias y que menoscaban la reputación de la persona contra la que van dirigidos. La proliferación de conductas que atentan contra el derecho al honor se ve propiciada y facilitada por dos factores. En primer lugar, por el anonimato que ofrece Internet, si bien es cierto que se trata de un anonimato aparente[15]. En segundo lugar, el aumento de conductas que atentan contra el derecho al honor se ve favorecido por la gran capacidad que presentan buscadores como Google para referenciar e indexar información y mostrárnosla por orden de relevancia.

En relación con el derecho a la intimidad[16], es importante tener presente que con la aparición de las tecnologías de la información y comunicación surgen nuevas maneras de injerencia en este derecho reconocido en la Constitución como derecho fundamental, ya que cada vez que navegamos por la red (visualizamos publicidad, descargamos la película de vídeo, música o visitamos una página web) dejamos un rastro con una información valiosísima que desvela, sin darnos cuenta, nuestra vida privada; y ello es debido a que proporcionamos una serie de datos que se recogen, almacenan y controlan (como son nuestro nombre, preferencias, dirección o ideología, etc.), que permiten conocer a las empresas las preferencias

14 El derecho al honor se concibe como el derecho a que los demás no condicionen negativamente la opinión que se tiene de nosotros (STC 49/01, de 26 de febrero) impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito (STC 216/2006, de 3 de julio), aun cuando habremos de considerar que el concepto de honor es de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC números 185/1989; 223/1992; 170/1994; 76/1995; 139/1995;176/1995; 180/1999; 112/2000; y 49/2001).

15 Puesto que todo usuario de Internet está identificado por un número IP único que queda grabado y, a través de la correspondiente operadora de la red administradora del mismo, es posible identificar al sujeto concreto que llevó a cabo una conducta determinada.

16 El derecho a la intimidad es el ámbito propio y reservado de las personas cuya efectiva existencia es necesaria para alcanzar una calidad mínima de vida humana (STC 231/88, de 12 de diciembre), como una realidad intangible, de un contenido-multiforme y variado- cuya extensión ha de determinarse atendiendo a las ideas y convicciones más generalizadas en la sociedad y en cada momento histórico (STC 171/1990, de 12 de diciembre). Doctrinalmente se define como el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal y familiar, poder que permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado [O`Callagham Muñoz, X.: "Personalidad y Derechos de la Personalidad (Honor, Intimidad e Imagen del menor), según la Ley de Protección del Menor", *La Ley*, Año XVII, número 4077]. La STC nº 134/1999, de 15 de julio declara que "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardad de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio". A diferencia con el derecho al honor, la veracidad no es relevante si el hecho no era conocido. Si los datos son públicos y notorios no hay intromisión en el círculo íntimo de la persona, aunque el factor tiempo puede introducir matizaciones en lo anterior (derecho al olvido).

de los potenciales consumidores a la hora de hacerles llegar una publicidad determinada, y todo ese control se prolonga en el tiempo sin que la persona afectada se dé cuenta de ello[17]. En esta línea, cabe destacar el fenómeno de las llamadas redes sociales, cuya existencia trae consigo un cambio de paradigma del concepto de intimidad, que deja de ser una esfera de reserva sustraída al conocimiento de los demás para convertirse en un perfil donde las personas, y más concretamente los menores, exteriorizan de forma voluntaria su personalidad y facilitan datos personales para construir un nuevo concepto opuesto a la intimidad: el de la "extimidad"[18].

El principal problema que eso nos plantea es del cómo proteger a quien voluntariamente desvela su intimidad en la red. En efecto, los menores no identifican realmente los riesgos que suponen las redes sociales para su privacidad y otorgan voluntariamente su consentimiento para adherirse a ellas. Este consentimiento tiene un papel fundamental en los distintos usos que se dé a sus datos en el entorno *online*. Por ello, la cuestión no es fácil de resolver cuando se trata de menores de edad que están en pleno desarrollo, pues no olvidemos que ser menor no elimina el derecho de la persona a su autodeterminación y al libre desarrollo de su personalidad, de manera que los padres y poderes públicos deberán respetar la personalidad del menor cuando tomen decisiones que les afecten, como es el caso. Pero sobre esta cuestión volveremos más adelante.

En cuanto al derecho a la propia imagen[19], el aumento de herramientas y aplicaciones que permiten publicar fotografías y vídeos, así como la gran capacidad de difusión de dichos contenidos a través de Internet, provocan que, una vez introducidos en la red, miles de usuarios puedan acceder a ellos, con el riesgo que esto implica para el derecho a la propia imagen. En este ámbito, se plantean dos grandes problemas: por un lado, la publicación por parte de terceros de imágenes de una persona sin su consentimiento y, por otro lado, la utilización en otros ámbitos ajenos a la red social de las imágenes publicadas.

En íntima conexión con estos derechos de la personalidad se encuentra el derecho a la protección de los datos personales del menor. Tal como se viene diciendo, el uso de Internet por los menores de edad conlleva importantes riesgos para su privacidad. Y ello se refleja exponencialmente con uso de las redes sociales,

17 Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor,* cit., pp. 182-183.

18 Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor,* cit., pp. 182-183.

19 El derecho a la imagen se define como el derecho a disponer de la representación gráfica del aspecto físico que permita la identificación lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (SSTC 156/01, de 2 de julio y 83/02, de 22 de abril). En concreto, "el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás"; necesario, "según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana [...]. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación" (STC nº 208/2013).

entre las que destacan Facebook, YouTube, Instagram, WhatsApp y Tik Tok[20]. Aunque, como regla general, estas plataformas cumplen con la normativa, sigue siendo muy fácil acceder a los datos personales o confidenciales, principalmente de los niños y adolescentes que no son plenamente conscientes de los riesgos y consecuencias que puede ocasionar el tratamiento de sus datos. En este sentido, tal y como establece el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), los menores, por el mero hecho de serlo, son considerados personas vulnerables. Por ello, sus datos personales merecen una protección específica, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de los datos personales y que, dicha protección, debe aplicarse en particular a la utilización de sus datos con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario. En consecuencia, todas las comunicaciones que impliquen un tratamiento de sus datos personales deben ser proporcionadas en un lenguaje claro y sencillo a fin de que puedan comprenderlo fácilmente[21].

Partiendo de todo lo expuesto, se puede concluir que el siglo actual y, más concretamente, el veloz e imparable desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación conllevan un cambio de paradigma por lo que respecta a los derechos al honor, a la intimidad, a la propia y a la protección de datos personales, especialmente, por lo que aquí nos interesa, cuando el titular es un menor de edad.

III. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO ONLINE.

1. Consideraciones previas.

Como ben sabemos, uno de los sectores en el ámbito del Derecho de la persona que ha experimentado una mayor evolución en los últimos tiempos es el relativo a la figura del menor de edad y el tratamiento que el ordenamiento

20 De acuerdo con el Estudio de redes sociales 2021, elaborado por IAB Spain y Elogia y patrocinado por PredActive, WhatsApp (83%), Facebook (69%) y YouTube (63%) lideran como las redes sociales más utilizadas, sin embargo, Facebook y YouTube han bajado su penetración. Por otro lado, Instagram, Telegram, TikTok, Pinterest y Twitch son las redes sociales que han mostrado un mayor crecimiento este año, con especial énfasis en TikTok que subió 9 puntos porcentuales, tras haber crecido 10 en la edición anterior.

21 Brito Izquierdo, N.: "Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales", *Actualidad Civil*, número 5, 2018, p. 3. En palabras de la citada autora, se dibuja un escenario de cambios constantes, y donde los niños cada vez son más protagonistas resultando un "*target*" muy interesante de usuarios para las grandes *tech* que operan a nivel global. Los menores de edad constituyen, en gran medida, el centro de su negocio actual y futuro, de forma que cuanto más se les conozca es evidente que más fácil resultará interactuar con ellos, ahora y en el futuro y, por consiguiente, ofrecerles distintos servicios, productos y bienes que pudieran resultar de su interés. La cuestión es, por tanto, determinar dónde están los actuales límites legales y éticos en lo que concierne al tratamiento de los datos personales de los menores de edad, así como los retos y desafíos regulatorios a que se enfrentan las entidades que manejan y tratan esta información personal.

jurídico depara a sus derechos y a su capacidad de obrar, cada vez más amplia. Efectivamente, hasta bien entrado el siglo XX, todas las normas relacionadas con el menor de edad se formulaban substancialmente a los únicos fines de protegerlo y representarlo dada su debilidad e imperfección, lo cual le convertía, en último término, en una persona absolutamente dependiente de aquellos que ejercían la patria potestad o, en su caso, la tutela, opacando plenamente su consideración como un sujeto autónomo. No se deparaba pues en las necesidades de autonomía y desarrollo que podía tener la persona del menor[22]; únicamente se contemplaba al mismo como objeto de protección. Ello se explica por la consideración de la minoría de edad como status del individuo, semejante al género o al estado civil, durante el cual primaba el aspecto de imperfección de la personalidad y, con ella, la necesidad de protección y cuidado. Los derechos del menor aparecían como auténticos derechos reflejos del interés paterno o social en dicha protección y no del interés propio del menor en desarrollar su autonomía[23].

Esta posición se mantuvo en los ordenamientos del siglo XIX y está presente también en nuestro Código civil, ciertamente atenuado de rigores antiguos pero todavía muy contundente en su consideración del menor como sujeto incapaz[24]. En particular, a raíz de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la concepción del menor y de las relaciones paterno-filiares hasta entonces vigentes se hacen insostenibles por su contradicción manifiesta con los valores y principios que propugna (artículos 10, 14, y 39 CE, entre otros) y con el modelo de Estado que la Norma fundamental incorpora en nuestro país: el Estado Social (artículo 1.1). De ahí que, a partir de entonces, la concepción del menor como sujeto de derechos deviene incuestionable dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Con posterioridad a la a la entrada en vigor de la Constitución, se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención de los Derechos del Niños, de 20 de noviembre de 1989, la cual refleja por vez primera de forma expresa una concepción del menor como sujeto de derechos fundamentales. Más concretamente, la Convención deja atrás la imagen del niño objeto de protección, representación y control por parte de los padres o del Estado que ha inspirado, desde sus inicios, la legislación referente a menores en el mundo, y reconoce explícitamente al menor como auténtico sujeto de derechos. En suma, la Convención reconoce que el menor es portador de unos intereses propios,

22 De Castro y Bravo, F.: *Derecho civil de España. Derecho de la persona*, tomo II, Civitas Madrid, 1952, reimpresión de 1984, p. 169, señala que en los antiguos regímenes, en los que la familia era una unidad cerrada, en la cual dominaba el jefe o el consejo de ancianos, la menor edad tenía una importancia limitadísima, pues su principal eficacia era endofamiliar (aptitud para ser jefe o para formar parte del consejo) y se atendía menos a la edad que a la aptitud individual. Por su parte, Mendizábal Oses afirma que, durante siglos, la minoría de edad fue una situación que careció absolutamente de importancia, pues era la etapa en la que se encontraban quienes no tenían la aptitud individual necesaria para asumir las funciones del adulto (Mendizábal Oses, L.: *Derecho de menores*, Pirámide, Madrid, 1977, p. 138).

23 Mendizábal Oses, L.: *Derecho de menores*, cit., pp. 38-40.

24 Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor,* cit., p. 13.

autónomos, distintos de los que puedan tener al respecto sus padres o tutores, y los poderes públicos a los que compete también su protección, lo que implica, correlativamente, el reconocimiento de su individualidad como sujeto de derechos, esto es, de su subjetividad jurídica.

Con todo, el punto de inflexión en nuestro derecho se produce con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), claramente representativa de la tendencia moderna que concibe a los menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

En esta línea, resulta especialmente destacable el artículo 2, segundo párrafo de la mencionada Ley de Protección, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio[25], a cuyo tenor "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor".

Así las cosas, estamos de acuerdo con Pérez Díaz cuando afirma que las fronteras entre la mayoría de edad, como territorio natural de la capacidad de obrar, y la minoría de edad, como lugar carente de ella, son muy poco nítidas. Al argumento aludido con anterioridad, basado en la moderna concepción de la minoría de edad como estado al que debe reconocerse una titularidad amplia de derechos, así como la progresiva capacidad para ejercitarlos, se suma el reconocimiento progresivo y concreto de derechos a los menores que siempre se hizo y que ha contribuido a limar las diferencias con los mayores de edad. Las últimas reformas del ordenamiento han avanzado en esta línea. Las leyes sobre protección de la infancia y la adolescencia dictadas el año 2015[26] han contribuido a dotar de mayor grado de autonomía al menor. Todo esto ayuda a desdibujar la realidad en la que se mueve el menor, a caballo, por un lado, entre la autonomía de movimientos y la pérdida de autoridad paterna y, por otro, la realidad que marca una inevitable dependencia paterna, que es la propia de un colectivo esencialmente vulnerable y necesitado de asistencia constante[27].

Precisamente, uno de los escenarios donde la capacidad del menor de edad se articula con mayor intensidad es el conformado por el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), a las que aquellos acceden desde edades

25 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

26 La Ley Orgánica 8/2015 arriba citada y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

27 Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor,* cit., pp. 13-15.

muy tempranas[28] y que proporcionan oportunidades más propicias para que se vulneren sus derechos de la personalidad; nos referimos, efectivamente, a la actuación del menor en el entorno virtual.

En este orden de ideas son dos las cuestiones que, con carácter principal, se suscitan en el marco de este trabajo, ambas referidas a la actuación autónoma del menor en un escenario *online*, e incluso se podría decir que están concatenadas entre sí, pero conviene abordarlas por separado, pues se trata de actos distintos que afectan a diversos derechos del menor. Así, por un lado, trataremos el consentimiento del menor para darse de alta en una red social, acto este que está relacionado principalmente con el derecho a la protección de los datos personales. Y, por otro, veremos la actuación del menor ya como usuario de una red social, la cual, como se podrá comprobar, afecta fundamentalmente a sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

2. Consentimiento para darse de alta en una red social.

Todo acceso a una red social implica la aceptación de una serie de condiciones o cláusulas generales en las que se consiente el tratamiento de los datos personales por parte de dicha red (como pueden ser el nombre y los apellidos, correo electrónico, fecha de nacimiento, número de teléfono, ciudad, etc.), razón por la cual se ha considerado necesario establecer un marco jurídico básico que regule las condiciones para que un menor pueda ser usuario de una red social, así como los requisitos para poder tratar su información.

En este sentido, hay que tener presente especialmente la normativa reguladora de la protección de datos personales, esto es, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Concretamente, el artículo 7.1 (titulado Consentimiento de los menores de edad), dice "El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento". Si se trata de menores de catorce años, el mismo artículo añade que su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales solo será lícito si consta el de los padres o tutor, con el alcance que determinen estos últimos (artículo 7.2 LOPDGDD).

28 En palabras de Lorente López, uno de los principales rasgos de la nueva era de la información y de las telecomunicaciones es el deseo o más bien necesidad de que los menores puedan ser cada vez más libres en el desarrollo de su personalidad. En aras de esa pretendida autodeterminación, se les va dotando de mayor independencia a edades más tempranas. Sin menospreciar la capacidad de obrar del menor en otras áreas, debemos destacar que en el entorno tecnológico el menor se mueve con especial libertad (Lorente López, Mª. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, cit., pp. 205-206).

Por tanto, si el menor es mayor de catorce años podrá prestar su consentimiento siempre que no exista ley que diga lo contrario solicitando la autorización de los representantes. Si es menor de esa edad, de cualquier manera, se requerirá dicha autorización. Se establece así una diferencia entre los mayores y los menores de catorce años, teniendo los primeros capacidad suficiente para consentir en lo que afecte a su derecho a la protección de datos personales y requiriendo los segundos el consentimiento de sus representantes legales si quieren transferir cualquier dato de carácter personal y acceder a cualquier red social. Como vemos, el artículo 7 LOPDGDD recoge un criterio objetivo a la hora de fijar la capacidad del menor para consentir por sí solo el tratamiento de sus datos de carácter personal, desmarcándose así de las normas que atienden al criterio de la madurez, sin establecer una edad concreta para valorar la misma, como el artículo 162 CC[29].

El principal escollo que nos plantea este precepto es el solapamiento que se puede producir con otras normas a tener presente en este particular contexto. Nos referimos, por un lado, al artículo 3.1 LOPH, que permite otorgar el consentimiento para la intromisión al derecho a la propia imagen a los menores desde que sus condiciones de madurez lo permitan, utilizando un criterio distinto al de la LOPDGDD. Por otro lado, hay que tener también en cuenta el artículo 162 CC que como, bien sabemos, contempla la posibilidad de que el menor pueda ejercer por sí solo actos relativos sus derechos de la personalidad, de acuerdo con su madurez. Es decir, de acuerdo con Martínez Vázquez de Castro, es posible hablar de dos criterios distintos que se barajan al unísono: el criterio cronológico puro (o de la edad fija) y el criterio de la madurez. La principal ventaja del criterio cronológico es la seguridad jurídica que aporta a los equipos intervinientes en protección de datos, y la ventaja que aporta el criterio de madurez es el respeto a los derechos del menor y la propia tendencia del ordenamiento de proteger a los menores de acuerdo con el principio del interés superior del menor y el principio de libre desarrollo de la personalidad[30].

Ante esta dualidad de criterios, si atendemos a la norma más reciente, que regula específicamente la cuestión que nos ocupa, esto es la LOPDGDD, cabe afirmar que es el criterio de la edad el que debe primar, de tal forma que habrá que esperar a los catorce años para que el menor pueda prestar su consentimiento para adherirse a una red social.

29 Como es sabido, este artículo excluye de la representación legal de los hijos menores de edad los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

30 Martínez Vázquez de Castro, L.: "Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Juruá, Oporto, 2020, p. 239.

A ello hay que sumar que, en la práctica, tener que cerciorarse caso por caso de la madurez del menor puede ser tarea imposible, dado el creciente fenómeno del cual hablamos de acceso a las redes sociales. Por ello, sin perjuicio de que prime la LOPDGDD por la especialidad de la materia, es verdad que la edad de catorce años debe utilizarse a los efectos de presumir que el menor goza efectivamente de la madurez necesaria a esa edad, salvo prueba en contrario, pues otra cosa sería inviable.

Lo dicho sobre la autonomía del menor de catorce años para darse de alta en una red social nos lleva a preguntarnos si, en tal caso, se le aplica el mismo régimen que a una persona mayor de edad. La respuesta, como señala Gete-Alonso y Calera, es clara: no. El hecho de que desde una edad se consienta y acceda al mundo virtual de manera independiente de la patria potestad o tutela, al igual que ocurre en otros ámbitos de actuación, no elimina las funciones de vigilancia y control de las autoridades parental o tutelar, y de ahí su intervención cuando proceda. No solo porque la actuación autónoma de la persona conforme a su capacidad natural no supone la extinción de la potestad en general, sino además porque sus titulares, mientras persista la minoría de edad, han de cumplir las funciones de protección generales y continúan obligados a desplegar una particular actividad para evitar riesgos y peligros[31], cuestión esta sobre la que volveremos más adelante. Todo ello sin olvidar las normas que imponen obligaciones de establecer controles de acceso y de contenido en relación con la minoría de edad a las personas que operan y prestan servicios en la red; cuestión aparte es la efectividad mayor o menor, la intensidad y el alcance de estos[32].

En otro orden de ideas, cabe referirse al Reglamento que desarrolla la LOPD[33], que regula los requisitos que se deben cumplir a la hora de proteger los datos del propio menor, estableciendo la necesidad de que la información dirigida a los menores debe ser comprensible por ellos y exigiendo que se compruebe de modo efectivo la edad de aquel (artículo 13 apartados 3 y 4 RLOPD). Pero lo cierto es que este último requisito es un problema por lo que a la verificación respecta. En este sentido, hay un Informe de la Agencia Española de Protección de Datos (Informe 0046/2010), que advierte sobre la falta en la norma de un procedimiento concreto para la verificación de la edad el menor. En el informe se plantean dos posibilidades que se refieren, bien a que la solicitud sea realizada por los representantes legales del menor, o bien a que aquellos autoricen la

31 No en vano, el citado artículo 162.1º CC, después de reconocer la capacidad de los menores de edad para ejercitar por sí mismos sus derechos de la personalidad, añade "No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia".

32 Gete-Alonso y Calera, C.: "Aproximación a la identidad digital. Situación de la persona menor de edad", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Juruá, Oporto, 2020, p. 89.

33 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

solicitud realizada por el menor. En ambos casos la Agencia aconseja que el citado documento se acompañe de fotocopia del DNI de los representantes legales a fin de verificar que la firma coincide con la solicitud presentada[34].

Cabe apuntar sobre este particular, que se ha llegado a pedir la nulidad de este artículo 13.4 RLOPD, pero no se ha accedido a dicha demanda. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, percibió la complejidad de esta labor de comprobación por el responsable del fichero, pero al mismo tiempo determinó que "ello no debe de servir de excusa para la adopción de las medidas de garantía adecuadas que, en definitiva, es lo único que exige el precepto reglamentario impugnado".

Llegados a este punto, tenemos que hacer mención también al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[35], que nace con la aspiración de unificar los regímenes de todos los Estados Miembros sobre la materia.

De acuerdo con su Considerando 38, los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de estos datos. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños

Este Reglamento europeo establece la edad mínima para consentir el tratamiento de datos en dieciséis años. No obstante, dispone que los Estados Miembros podrán fijar una edad inferior, que no podrá situarse por debajo de los trece años (artículo 8.1). En nuestro país, como se ha podido comprobar, la edad mínima sigue siendo de catorce años, de acuerdo con la LOPDGDD.

Por otra parte, este Reglamento establece la obligación a cargo de los responsables de tratamiento de verificar que concurre de forma efectiva el consentimiento de los representantes legales del menor cuando así resulte necesaria recabarlo, teniendo en cuenta la tecnología disponible (artículo 8.2). No

34 Ante la dificultad de control, dada la falta de generalización del DNI electrónico, Tuenti, por ejemplo, implantó un protocolo de borrado de menores de catorce años explicándolo de la siguiente forma "igualmente contamos con un protocolo acordado con la AEPD desde 2009, por el cual desactivamos durante 15 días a aquellos menores que hayan podido mentir en su edad hasta que nos envíen la documentación acreditando ser mayores de 14 años o contar con autorización paterna. Transcurrido ese plazo la cuenta se elimina".

35 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

se habla en este caso de la obligación de verificación de la edad efectiva del menor de edad. Y tampoco se establece criterio, recomendación o pauta alguna sobre los mecanismos, procedimientos o métodos más adecuados a tal fin, rigiendo un principio de libertad de forma en este ámbito[36].

Sea como fuere, lo cierto es que este marco regulatorio tiene que convivir al mismo tiempo con las políticas de privacidad de las empresas que prestan estos servicios. En la actualidad, si se leen las políticas de privacidad de las diversas redes sociales, se constata que la edad mínima para darse de alta en una red social oscila entre los trece y dieciséis años. Sin embargo, la realidad es que los controles para comprobar esta edad son escasos por parte de las empresas que tan solo se limitan a declarar en sus políticas de privacidad que se debe ser mayor de catorce años para utilizar el servicio, como ocurre en el caso de Instagram. De ahí la posibilidad de que un menor que no alcance la edad mínima requerida se registre con una identidad simulada o, más fácil todavía, constatando una fecha de nacimiento falsa. Este es, sin duda, un dato a tener presente; nos referimos a que en este contexto son ineludibles las dificultades para verificar la edad y, por consiguiente, para comprobar que ha sido válida la prestación del consentimiento.

Y enlazando con lo anterior hay otro dato importante que no debemos perder de vista y es la facilidad para poder realizar este acto de registrarse en una red social. Y lo realmente preocupante, más que dicha facilidad para adherirse a la red, son las consecuencias que se derivan de dicha adhesión. No olvidemos que cuando el menor se registra o se da de alta en una red social aporta un gran número de datos personales y acepta las condiciones y la política de privacidad de la red social en cuestión. De esta manera, el consentimiento que otorga opera como un título que legitima el tratamiento de sus datos personales. Cosa distinta es si tal aceptación es realmente consciente y voluntaria, es decir, si el menor conoce realmente el alcance de su consentimiento, lo cual genera bastante duda.

3. Actuación del menor como usuario de una red social.

Las redes sociales ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación y participación en grupos en base a criterios comunes que les permitan la conexión con otros usuarios y su interacción.

36 En este contexto, Brito Izquierdo trae a colación normativa norteamericana de protección en línea del derecho a la privacidad de los niños, más conocida como COPPA (Children's Online Privacy Protection Act of 1998), toda vez que ha sido pionera aportando ciertos criterios sobre el particular (criterios de verificación del consentimiento paterno), los cuales, podrían inspirar el modo de proceder o de actuar de los responsables de tratamiento europeos en estos casos, siempre que ello fuera coherente con la normativa que les resulte de aplicación en cada caso (véase Brito Izquierdo, N.: "Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales", cit., pp. 9 y ss.).

Una vez que el menor se registra en una red social, está legitimado para desarrollar la actividad propia dentro de la misma, como publicar fotos y videos, manifestar sus intereses, gustos, preferencias, etc. A partir de aquí comienza a ejercer por sí mismo los derechos a su intimidad personal y familiar o a su propia imagen, al tiempo que permite también el tratamiento de sus datos personales por terceros. No en vano, la red social está diseñada para incentivar al usuario para que inserte información personal de sí mismo y de sus relaciones, cosa que el menor hace de forma masiva y sin aprovechar las herramientas de control que el servicio pone a su disposición[37].

Lorente López ha delimitado con precisión los principales riesgos derivados de la participación de menor de edad como usuario de una red social.

- Falta de concienciación de los usuarios de las redes sociales en las buenas prácticas en materia de privacidad. La gran mayoría de los usuarios máxime si son menores de edad confían en que su navegación a través de la red social sea segura y exenta de todo riesgo. Esto se debe, fundamentalmente, a una falta de concienciación y educación en el correcto uso de dichas redes e Internet en general.

- Uso inadecuado de los datos de los usuarios por terceros. Como afirma la autora, una de las cuestiones que suscita más preocupación es la relativa a la divulgación de datos referentes a terceros, tanto de personas que son usuarias de las redes, como de personas que son completamente ajenas a las mismas. No podemos pasar por alto el hecho de que la principal actividad que se realiza a través de las redes sociales tipo Facebook consiste en la exposición de imágenes y comentarios a través de un muro (*social wall*). De este modo, aunque un menor no tenga una cuenta propia, su imagen puede ser expuesta sin su consentimiento a través de la de un amigo, un familiar o un conocido.

- Instrumentalización de la identidad. Las redes sociales virtuales permiten a los usuarios confeccionar una identidad digital, aunque sea ficticia. Esto permite suplantar la identidad de un usuario de manera sencilla, es decir, adoptar una

37 En palabras de Martínez Vázquez de Castro, las redes sociales en las que se mueve habitualmente el menor se generan de forma espontánea en los grupos y su presencia imprime un clima de camaradería e identificación. En estas redes sociales los usuarios pueden publicar sus fotografías, vídeos, reflexiones, afirmaciones y preferencias de todo tipo. Desde sus películas favoritas hasta la religión que profesan la orientación política. Es el caso paradigmático de *Facebook*. Son plataformas en las que los usuarios se puede dar de alta en el servicio libremente, o a través de invitación y encontrar conocidos o invitarles a formar parte de su intimidad. Si se profundiza un poco más en la dinámica de las redes sociales se observa cómo desde el primer momento en que uno se registra ya se ve obligado a facilitar información personal, por ejemplo, el nombre, apellidos, número de teléfono o correo electrónico, fecha de nacimiento, sexo y, por supuesto, una contraseña. Además, como la mayoría de las redes sociales cuentan con una sección denominada "perfil" en la que se en la que sugieren que se aporte a otro tipo de datos personales, como como el lugar de estudio o de trabajo, aficiones, datos de contacto, familiares, situación sentimental, etc., que muchas veces se dan sin pensar en las consecuencias reales que ello puede suponer (Martínez Vázquez de Castro, L.: "Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales", cit., p. 225).

identidad virtual ficticia a partir de la identidad real de un tercero. El principal riesgo de la suplantación de identidad son los daños irreparables a la privacidad del usuario suplantado.

- Descontextualización de la información. El mayor riesgo de las redes sociales es la descontextualización de los datos que aparecen publicados. Se produce la descontextualización de los datos o comportamientos cuando estos son utilizados en un contexto distinto de aquel para el cual se emitieron. En los espacios *online* que constituyen las redes sociales lo que es dicho para un grupo cerrado de amigos, queda a disposición de la comunidad entera[38].

Ciñéndonos en estas páginas al supuesto en el que menor publica sus fotos o vídeos, el problema que se plantea, de acuerdo con Sánchez Gómez, es que para dichos actos que conforman intromisiones en sus propios derechos, el menor no presta consentimiento alguno en el sentido del artículo 3.1 LODH. Cabe pensar que aquel consentimiento lo otorgó cuando se dio de alta en la red social aceptando sus condiciones. Esto significaría que por el acto de registro el menor está consintiendo no solo la posibilidad del tratamiento de sus datos, sino todavía más, las intromisiones en sus derechos. De ahí que la prestación del consentimiento para darse de alta en la red social, inicialmente relacionado con el tratamiento de datos, va más allá y se extiende peligrosamente y de una manera genérica a las intromisiones en sus derechos. Dicho sea de otro modo, este consentimiento, el que exige la Ley Orgánica 1/1982, cabe deducirlo del acto de aceptación de la política de privacidad y de sus condiciones generales para darse de alta. En principio, no habría problema para reconocer su validez, pues se deduce, como dice el TS, de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas; en suma, el razonamiento podría ser válido en el sentido de entender que se ha dado cumplimiento a lo previsto en la LODH. Pero el problema surge respecto al alcance de dicho consentimiento, pues al fin y al cabo se ha prestado de manera general. Esta forma de proceder choca frontalmente con lo que se ha mantenido por la doctrina y la jurisprudencia. Como sabemos, respecto al alcance de dicho consentimiento es unánime la opinión según la cual no es posible que sea general, sino que debe referirse a cada acto concreto de intromisión[39].

En este sentido, Lorente López sostiene que no cabe la posibilidad de otorgar un consentimiento genérico o generalizado, para que una productora, un anunciante

38 Lorente López, C.: "La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías", *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2, 2015. Sobre los riesgos que comporta para los menores el uso de las redes sociales, véase también Martínez Otero, J. Mª.: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuesta desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 57-60.

39 Sánchez Gómez, A.: "Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor", cit., pp. 114-115.

o un medio de comunicación disponga libremente de él. Por el contrario, cada nuevo acto exige un nuevo consentimiento. Máxime, cuando de un menor se trate, pues ayer pudieron prestar consentimiento por él sus progenitores y hoy puede encontrarse en condiciones de hacerlo por sí mismo, motivo por el que es doblemente exigible que cada nuevo acto exija un nuevo consentimiento. Ello no obsta para que, en el supuesto de que se haya prestado consentimiento para la captación de una imagen y su posterior publicación, el medio de comunicación que haya "comprado" la fotografía pueda usarla las veces que quiera mientras que el consentimiento inicial no sea revocado. Es el caso de las denominadas "imágenes de archivo"[40]. Por su parte, Castilla Barea insiste en la necesidad de que el consentimiento prestado se interpreta restrictivamente de suerte que el titular del derecho deberá autorizar separadamente cada uno de los actos sin que quepa extender al resto la autorización que solo se dirigió a legitimar una conducta en concreto[41].

Partiendo de todo lo expuesto, Sánchez Gómez concluye que la evidente contravención del referido artículo cuando estamos ante un extremo tan importante para legitimar una intromisión en los derechos fundamentales del menor, pues en este ámbito de las redes sociales no presta el consentimiento de manera concreta y específica para cada acto de intromisión que consienta. Se pone de manifiesto así un primer obstáculo difícil de sortear si se pretende aplicar la Ley Orgánica 1/1982 respecto al consentimiento de los menores para llevar a cabo intromisiones en sus derechos de la personalidad como usuarios de las redes sociales, pues aquel no puede ser genérico, sino que cada acto exige un nuevo consentimiento. De ahí que nos cuestionemos si tales actos que realiza el menor en este ámbito son válidos desde el punto de vista de la normativa existente[42].

La citada autora se ha planteado si no resultaría aplicable analógicamente el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, que considera intromisión ilegítima en aquellos derechos al honor, la intimidad y la imagen del menor cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contrario a su intereses, incluso si consta su consentimiento, al entorno virtual del menor, toda vez que las redes sociales de comunicación son también medios de comunicación de una dimensión universal, global y transfronteriza, en los que dichos derechos pueden ser vulnerados fácilmente mediante expresiones, imágenes o mensajes. Pero lo cierto es que no resulta razonable abogar por esta aplicación analógica, pues ello

40 Lorente López, Mª. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, cit., pp. 101-102.

41 Castilla Barea, M.: *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 141.

42 Sánchez Gómez, A., "Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor", cit., pp. 114-115.

supondría invalidar cualquier actuación del menor del siglo XXI en el entorno virtual. Eso corrobora la necesidad de buscar otros mecanismos de protección específicos ante la ausencia de normativa aplicable al efecto[43].

IV. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL.

1. Cuestiones previas.

Como se ha apuntado previamente, una cuestión de primer orden en el tema que nos ocupa la conforman los mecanismos de protección del menor de edad que se articulan en el entorno virtual. Ya sabemos que uno de los ámbitos donde se refleja con mayor claridad el principio de la capacidad de obrar evolutiva del menor de edad es el de las TIC, pues, como apunta Lorente López, los niños de hoy en día han nacido en la nueva "Sociedad Red", lo cual implica que desde que empiezan a tener uso de razón se encuentran rodeados de dispositivos (ordenadores, teléfonos móviles, tablets …) hacia los que desarrollan una gran atracción y una habilidad consumada. No es de extrañar, por lo tanto, que sea precisamente con las nuevas tecnologías como estos nativos digitales satisfacen sus necesidades de entretenimiento, información, comunicación, e incluso de formación. Ahora bien, a pesar de la indudable capacidad de desenvolvimiento del menor con las TIC, no debemos olvidar que si en cualquier ámbito el niño merece especial protección, más aún en entornos vinculados a estas nuevas tecnologías, dado que la globalidad e inmediatez de la Red hacen que la misma conducta realizada por un menor (pensemos en la captación de una foto comprometida), no tenga el mismo alcance en su ámbito social real, que en el virtual, donde en cuestión de segundos puede tener una difusión local e incluso mundial, repercutiendo de forma directa en su "biografía digital", y futura reputación[44].

Cada vez son más los riesgos de vulneración de los derechos a la intimidad y protección de datos personales, al honor y a la propia imagen de los menores de edad, debido a la globalización de la información, la facilitación e inmediatez de la comunicación y la progresión de medios e instrumentos técnicos que permiten recabar y transmitir datos personales por la red[45].

Por consiguiente, es necesaria una prevención, límites y control, de acceso y de contenidos, no solo por las especiales características de la capacidad de estos sino

43 Sánchez Gómez, A.: "Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor", cit., p. 115.

44 Lorente López, C.: "La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías", cit., número 2, 2015.

45 Solé Resina, J.: "Emancipación digital y potestad parental", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Juruá, Oporto, 2020, p. 23.

por las circunstancias intrínsecas del propio entorno digital[46]. La finalidad última es la de conseguir un uso seguro de las TIC, para lo cual se necesita la actuación de los padres o guardadores legales, los poderes públicos y de los agentes de la industria[47].

Resumiendo, pues, la protección de los derechos al honor, intimidad, imagen y tratamiento de datos personales de los menores de edad en dispositivos móviles, Internet y redes sociales requiere inexorablemente de un esfuerzo por parte de todos los agentes implicados[48]. En las siguientes páginas nos centraremos, concretamente, en el papel de los padres y tutores, por un lado, y de los poderes públicos, por otro, como mecanismos esenciales de protección de los derechos del menor. Se tratará de explicar cuál o cuáles son las funciones de protección del menor que les competen en este escenario de las TIC, así como los principales conflictos de derechos derivados del ejercicio de dichas funciones. Pero antes de ello conviene aludir, siquiera sea muy brevemente, al marco jurídico de protección de los derechos al honor, intimidad e imagen y la protección de datos del menor en la esfera de las TIC.

Como apuntábamos más arriba cuando tratamos los derechos potencialmente vulnerables en el entorno digital, los derechos al honor, intimidad e imagen y la

46 Lambea Rueda, A.: "Protección de los menores en el entorno digital", en Lambea Rueda, A.: "Protección de los menores en el entorno digital", en AA.VV.: *La protección del menor: situación y cuestiones actuales* (dir. V. Bastante Granell y R. López San Luis), Comares, Granada, 2019, p.177.

47 Cabe destacar en este sentido el Código civil catalán; concretamente, el artículo 236-17, párrafo 5, a cuyo tenor "Los progenitores deben velar por que la presencia del hijo en potestad en entornos digitales sea apropiada a su edad y personalidad, a fin de protegerlo de los riesgos que puedan derivarse. Los progenitores también pueden promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los hijos a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente. El escrito dirigido a los prestadores de servicios digitales debe ir acompañado del informe del facultativo en que se constate la existencia de ese riesgo. La suspensión del acceso queda sin efectos en el plazo de tres meses a contar del momento de su adopción, salvo que sea ratificada por la autoridad judicial". Lo mismo se establece en sede de tutela en el artículo 222-36, párrafo 3. En esta misma línea, la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears, se ocupa igualmente de ese asunto en su artículo 60, que impone a los padres y madres o las personas que tengan atribuida la tutela o la guarda de las personas menores de edad, los responsables de la educación y los poderes públicos en el ámbito de sus competencias, el deber de velar para que los niños, niñas y adolescentes hagan un buen uso de Internet y de las TIC de acuerdo con los principios constitucionales y los derechos que recoge esta ley. Y añade que en los establecimientos en que se ofrezcan servicios telemáticos, se tienen que instalar los medios técnicos de contenido necesarios para limitar el acceso de los niños, niñas y adolescentes a las páginas cuyo contenido resulte perjudicial para el desarrollo de su personalidad.

48 El artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 proscribe las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Lo contemplan igualmente el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. También el punto 8.29 de la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los derechos del niño, declara que todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor y el punto 8.43 otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores, aprobada por Asamblea General en 1985 también lo recogen en el artículo 8.

protección de datos personales que consagra el artículo 18 CE (apartados 1 y 4)[49], son objeto de regulación específica en la LOPDH[50] y la LOPD. Además, teniendo en cuenta que nuestro trabajo se centra en la persona menor de edad como titular de dichos derechos, cabe mencionar también la LOPJM. Concretamente, el artículo 4 LOPJM dispone:

"1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros".

49 En estrecha conexión con este artículo se encuentra el artículo 20 CE que, además de reconocer una serie de libertades entre las que se incluyen la libertad de expresión e información, directamente relacionadas con el uso de las TIC, establece en su apartado cuatro que "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia". De una interpretación sistemática de los art. 18 y 20.1.d) CE se desprende sin duda una hiperprotección del derecho a la intimidad y a la propia imagen proyectado sobre los menores de edad. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores explica el porqué de esta hiperprotección: "estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social".

50 Véase especialmente el artículo tercero de la citada Ley, a cuyo tenor:
"Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.
Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez".

Como vemos, no hay referencia alguna en este precepto al entorno virtual, lo que ha sido objeto de crítica por la doctrina[51]; más aún cuando esta LOPJM ha sido objeto de reforma en el año 2015. En este sentido, de acuerdo con Sánchez Gómez, después de veinte años de vigencia de la LOPJM y más de treinta de la LOPHII, quizá hubiera sido la reforma de 2015 el momento oportuno (por el tiempo transcurrido) y el lugar idóneo (una Ley Orgánica del menor), para tomar conciencia de manera concreta y específica de los problemas que plantea el fenómeno virtual para los derechos del menor en el artículo 4[52].

En cualquier caso, la duda que se nos plantea partiendo de esta redacción de la norma es si Internet y las nuevas tecnologías de información y comunicación se pueden considerar como un medio de comunicación a los efectos de la misma. Para Pérez Díaz, naturalmente que los lugares virtuales (redes sociales, blogs, páginas dirigidas a menores) deben entenderse en un amplio sentido como medios de comunicación y, por ende, quedan incluidos en la citada norma. La autora menciona una sentencia de un juzgado de Madrid[53] que ha negado que Internet sea un medio de comunicación social en sentido estricto y ha calificado la red de redes como un medio de comunicación universal. No obstante, en esta sentencia se admite tácitamente que Internet al menos es un medio de comunicación y, por tanto, cabe aplicar el citado precepto, ya que se refiere con carácter general a los medios de comunicación sin añadir el adjetivo social, lo que activaría las especiales garantías que se reconocen a los derechos de los menores, en especial, la legitimación del Ministerio Fiscal para revocar un consentimiento prestado en perjuicio del interés superior del menor[54].

2. El papel de los padres o tutores del menor en el ámbito digital.

A) El deber de velar y supervisar al menor.

Los padres o tutores son los primeros obligados en velar por el menor que actúa en el ámbito digital. En este sentido, basta citar el artículo 84.1 de la Ley Orgánica

51 Pérez Díaz critica la ausencia de referencia alguna a los entornos virtuales, pues pese a existir un Internet incipiente en aquel momento, ya se sabía que iba a constituirse en la rama de formación y socialización del futuro (Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor,* cit., p. 222).

52 Sánchez Gómez, A.: "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", cit., p. 180.

53 Sentencia del Juzgado de lo Penal número 16 de Madrid, de 18 de diciembre de 2009 (Fundamento Jurídico 3º).

54 Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor,* cit., p. 222. Por su parte, Martínez Otero considera que la respuesta a la pregunta no puede ser apriorística, sino que dependerá del nivel de publicidad que tenga el perfil que recoge los datos o imágenes del menor. No puede tratarse de la misma manera un perfil totalmente restringido, uno abierto tan solo a los amigos, o un perfil totalmente público, que puede ser indexado por los buscadores de Internet. Si los dos primeros pueden asemejarse a un álbum de fotos familiar disponible *online*, el segundo sí puede ser equiparado con un medio de comunicación, al menos en la medida en que su contenido está disponible a todo aquel que quiera consultarlo [Martínez Otero, J. Mª.: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuesta desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, cit., p. 444].

3/2018, de 5 de diciembre, que bajo el título de Protección de los menores en Internet, dispone: "Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales".

De otro lado, como se apuntó brevemente en líneas anteriores, tras la reforma de 2015, el artículo 5 LOPJM alude expresamente al uso por los menores de las TIC y la necesidad de protegerlos. En concreto, establece en su apartado primero: "Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos". En este contexto, corresponde a los padres o al tutor el deber de velar porque la información a la que el menor accede sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales. Así lo establece expresamente en su segundo apartado el citado artículo 5 LOPJM.

Como vemos, de acuerdo con las normas citadas, los menores tienen derecho al uso de las nuevas tecnologías, si bien este uso deberá ser supervisado por sus guardadores legales que tienen la obligación de velar por ellos. Mas, sin perjuicio de estos concretos preceptos legales, el deber de protección de los padres y tutores en relación con la actividad digital de sus hijos menores deriva sustancialmente de las funciones de protección y asistencia de todo orden que les competen en relación con su hijo o pupilo. En efecto, los artículos reguladores de la patria potestad y la tutela confieren a sus titulares un conjunto de facultades y deberes, esencialmente tuitivos, para el cuidado y la capacitación del menor, entre los que nos interesa destacar ahora los deberes de velar por él y procurar su formación integral (artículos 154 y 269 CC), porque de ellos puede derivarse, precisamente, el deber de proteger a los hijos de los riesgos que puedan derivarse de su presencia en los entornos digitales. Como nos explica Solé Resina, esta vigilancia que les corresponde abarca todos los ámbitos -material y moral- y también el control de la relación/presencia del hijo en los medios digitales, para lo que tendrán que poder conocer sus actividades en Internet. Para referirse a este deber de los padres de velar por el buen uso de Internet de sus hijos algunos autores han acuñado el término de patria potestad digital[55].

55 Solé Resina, J.: "Emancipación digital y potestad parental", en Solé Resina, J. y Almada Mozetic, V. (coords.), cit., p. 28.

B) Límites del deber de protección al menor.

No obstante todo lo expuesto hasta aquí, no debemos olvidar que el ejercicio de la patria potestad debe realizarse en interés de los hijos "de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental" y "si los hijos tuvieran suficiente madurez, deberán ser oídos siempre ante de adoptar decisiones que les afecten" (artículo 154 CC). Además, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en interés superior del menor (artículo 9.1 LOPJM).

Llegados a este punto, la cuestión que se nos plantea es la de los límites de este deber de control y supervisión de los padres y tutores; en otras palabras, cuáles son los márgenes en los que aquellos pueden revisar o controlar la actividad de los menores en Internet sin que ello suponga a su vez una intromisión por parte de los titulares de la patria potestad o tutela contra el derecho a la intimidad de los menores, precisamente porque dicho control se justifica como medida de protección del menor[56], o vulnere cualquier otro derecho del menor.

En este contexto, ante la ausencia de normativa legal expresa, tendrá que ser la jurisprudencia la que delimite este margen de actuación de control o responsabilidad de los guardadores legales. Para empezar, hay dos resoluciones del Tribunal Supremo que conviene tener presentes.

La primera es la STS 864/2015, de 10 de diciembre. El supuesto de hecho que da origen a esta resolución se inicia cuando un varón, mayor de edad, conoce a una menor de quince años y le envía una petición de amistad por la red social Facebook, la cual fue aceptada por la menor, siendo pleno conocedor de su minoría de edad. A través de dicha red mantuvo conversaciones con ella, que acabaron derivando en una situación de *grooming* (acoso sexual a menores por internet), llegando a implicar a otra menor de siete años de edad en los hechos. Por lo que aquí nos interesa, el demandado alega infracción de los artículos 18.1 y 18.3 CE (derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones). Concretamente, impugna la validez de la prueba consistente en los mensajes tanto de Facebook como de WhatsApp cruzados por el demandado con la menor. La inutilidad de esa prueba arrastraría la invalidez de las posteriores que traen causa de aquella, pues se habría accedido al contenido de esos mensajes sin contar con autorización de ninguno de los comunicantes.

El Tribunal declara que ninguna duda puede arrojarse sobre la titularidad por parte de la menor del derecho a la intimidad:

56 Solé Resina, J.: "Emancipación digital y potestad parental", en Solé Resina, J. y Almada Mozetic, V. (coords.), cit., p. 29.

"Aquí nos tenemos que plantear si por el hecho de ser menor de edad, es posible que la madre de la misma pueda desvelar las conversaciones que la menor haya podido tener con otras personas. Sobre dicha cuestión tenemos que indicar que el artículo 4.1 de la Ley de Protección del Menor 1/1996dispone que: "Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones". El artículo 4.5 dispone: "Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros". Se tiene que aplicar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen que establece que el consentimiento deberá prestarse por ellos mismos (menores) si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, para en los restantes casos otorgarse mediante escrito de su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Así pues, consideramos que una menor de 15 años de edad, sin que conste en la misma elemento alguno para pensar que no se encuentra en una situación de madurez, tiene que otorgar el consentimiento a los padres o tutor para que por estos se pueda desvelar los mensajes que en la cuenta de su perfil de Facebook dispone".

Está claro que los menores deben dar su consentimiento para el control y acceso a sus cuentas en redes sociales; eso no es discutible. Sin embargo, estos derechos fundamentales no son absolutos y pueden ceder, como así lo recoge la sentencia, en defensa de otros intereses constitucionalmente protegibles a la vista del carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales, de forma que el derecho a la intimidad personal, como cualquier otro derecho, puede verse sometido a restricciones.

"Aunque la Sala expresa que no se ha determinado cómo llegó a conocimiento de la madre la clave a través de la que accedió a la cuenta de Facebook de la menor, es palmario que contaba con ella […]. Es inferencia fundada que la contraseña pudo ser conocida a raíz de una comunicación voluntaria de la propia menor titular, bien directamente; bien a través de su hermana […]. Es sabido que el artículo 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros {…}. Además, estamos hablando de la madre -y no cualquier otro particular-. Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo

desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil. Se trataba además de actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar. Tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, que cuando se trata además de impedir que se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores".

En este mismo orden se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo 1136/2018, de 11 de octubre. En este caso el demandado mantuvo relaciones sexuales completas con un menor de trece años, que accedió a ello al ser amedrentado, diciéndole el acusado que de lo contrario revelaría a su madre su condición homosexual, que no iba a aceptar, doblegando su voluntad y accediendo a sus exigencias, aprovechándose de su corta de edad y de su sentimiento de culpabilidad, que le impedía poner en conocimiento de terceras personas estos hechos. Posteriormente, el acusado mantuvo contacto telefónico con el menor mediante WhatsApp, instándole a repetir sus encuentros accediendo el menor, por la presión ejercida por el acusado de revelar a su madre su condición homosexual y en alguna ocasión agarrándole de las manos. A consecuencia de estos hechos, el menor presenta baja autoestima, tristeza, bajo rendimiento académico, fracaso escolar, angustia, sentimiento de culpa, miedo desconfianza e interferencia en su desarrollo psicosexual. La madre del menor denunció estos hechos. Por lo que respecta a la vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, este Auto vuelve a incidir en el mismo fundamento que la resolución anterior.

El Tribunal tras elaborar un análisis de la doctrina y la jurisprudencia sobre los derechos constitucionales invocados, descartó nulidad alguna y precisó que la madre era la titular de la patria potestad, concebida no como poder sino como función tuitiva respecto del menor. Que fue ella quien accedió a esa cuenta ante los signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal, en la que no cabía excluir la victimización de su hijo. Se trataba de una actividad delictiva no agotada, sino viva, por lo que era objetivo prioritario hacerla cesar. A ello añade el Tribunal que no puede olvidarse que el propio menor, no solamente no ha protestado por esta intromisión a la intimidad, sino que además en el juicio ratificó los mensajes, admitiendo la existencia de los mismos y contestado a las preguntas que le formularon las partes en lo referente a su contenido, lo que autoriza su valoración plena y autónoma como prueba de cargo, al ser introducida en el plenario y por tanto al haberse roto toda conexión de antijuiricidad.

Con respecto al acceso de la policía a los números de teléfono que aparecían en los contactos del terminal del menor, que fue entregado por su madre a los

agentes, ninguna irregularidad se detecta, pues respecto a esta cuestión es clara la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo recuerda que ya la sentencia 115/2013 de 9 de mayo del Pleno del Tribunal Constitucional, dictada en un caso que presenta similitudes con el que ahora nos ocupa, condensa la doctrina en relación a la legitimidad constitucional de la consulta por parte de la policía de la lista de contactos de un terminal telefónico sin autorización judicial ni de su titular. Concluye que siempre que la consulta se haya limitado exclusivamente al listado de contactos, y no haya accedido a funciones del aparato que pudiesen desvelar procesos comunicativos, no afecta al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones porque no suministra información concerniente a un proceso de comunicación emitida o recibida mediante dicho aparato, sino únicamente a un listado de números de teléfono introducidos voluntariamente por el usuario del terminal, equiparable a los recogidos en una agenda de teléfonos en soporte de papel. Sí puede verse afectado el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), derecho que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado.

Por otra parte, en cuanto al acceso al contenido de los WhatsApp del teléfono del menor que fue entregado por su madre a los agentes, tampoco puede aceptarse que pueda haber constituido prueba ilícita.

En el presente caso el acceso que la policía realizó del terminal telefónico lo fue porque se lo entregó la titular de la línea, la madre del menor, de la que consta que era la titular de la patria potestad. De su acceso se extrajeron los números de teléfono del acusado, puesto que éste se había puesto en contacto con el menor, tal y como se describe en los Hechos Probados, así como los mensajes de contenido sexual que le mandaba a este. Es cierto que esta actuación afectó a los datos que tenía el menor en su teléfono, pero no puede considerarse que se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho del acusado. Este trasmitió sus pensamientos, siendo el menor libre para facilitárselos a un tercero. Aun cuando la madre y los agentes accedieron a los mismos sin su consentimiento expreso, no consta oposición alguna por su parte a la conducta efectuada, a lo que debe añadirse que se trató de una actuación proporcional, dada la gravedad de los hechos, que se encontraban en fase de ejecución, de los que la madre tenía indicios de su comisión, pues había detectado en el menor un cambio de comportamiento que afectó a sus resultados académicos. De manera que fue necesaria su actuación, ante los peligros que pudieran estar afectando el libre desarrollo de la personalidad de su hijo, del que era garante. Y la Policía actuó en ejercicio de las facultades que la habilitan para recoger los efectos, instrumentos y

pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. En este marco, la mínima injerencia en el derecho a la intimidad del menor o a sus comunicaciones, está justificada por razones de urgencia y permitió corroborar la identidad de la persona que finalmente fue identificada como el autor de las conductas de contenido sexual, que fueron relatadas por el propio menor en el acto de la vista, tal y como se describe en la sentencia, de quien no consta reclamación alguna por el acceso analizado. La actuación por tanto se ajustó a los estándares de proporcionalidad que legitiman su constitucionalidad.

En suma, hasta ahora la jurisprudencia parece inclinarse hacia un papel intervencionista de los padres o tutores en aras a la protección del menor y al amparo de sus funciones de guarda. En efecto, el deber de velar y proteger a los menores legitima a los progenitores para vigilar y supervisar cuestiones que afectan a la vida privada de sus hijos y, más aún, en circunstancias que pudieran revestir peligro para aquellos.

C) Conflictos entre los guardadores legales y el menor de edad.

Por otro lado, en este mismo contexto de la actuación del menor en entornos digitales, es posible que surjan conflictos entre los padres o el tutor y el propio menor con suficiente juicio cuando aquellos le restringen el acceso a Internet o el uso a las nuevas tecnologías por el perjuicio que le pueden ocasionar. Indudablemente, el menor de edad ha de ser especialmente protegido frente al uso de los medios digitales, habida cuenta los riesgos derivados del mismo, que pueden resultar perjudiciales para su formación o desarrollo, pues no olvidemos que el menor es esencialmente más vulnerable frente a los condicionamientos externos que una persona mayor, dada la falta de recursos intelectivos y volitivos que le permitan seleccionar la información que le llega y, por ende, rechazar aquella que pueda desvirtuar el libre desarrollo de su personalidad. En este sentido, sabemos que los guardadores del menor son quienes tienen la función de controlar o supervisar la actuación del menor en el entorno digital, lo que implica, correlativamente, la facultad de decidir lo que puede ser o no perjudicial para él.

Con todo, es cierto que no podemos identificar este deber de los padres o el tutor de velar por el menor en el ámbito digital con la potestad para vetarle el acceso o la utilización de las TIC. La facultad de aquellos de supervisar al menor se halla condicionada, en todo caso, por su interés o beneficio; tengamos en cuenta que hablamos de uno de los deberes inherentes a la patria potestad y a la tutela, *oficios* protectores que, como se ha dicho, han de ejercerse siempre en beneficio del propio menor y de acuerdo con su personalidad (artículos 154 y 216 CC). En consecuencia, sólo cuando una actuación del menor sea objetivamente perjudicial para el interés del mismo cabrá admitir su restricción por parte de los guardadores

legales. Además, no olvidemos que el menor deberá ser oído, si tuviera suficiente madurez, siempre ante de adoptar decisiones que les afecten; si bien, esto no impide que los padres puedan decidir algo en discordancia con su voluntad.

Por consiguiente, los guardadores que adoptan tal decisión han de atender la opinión del menor aunque ello no signifique que efectivamente haya de prevalecer la voluntad de este por encima de la de sus guardadores, pues también es cierto que todas y cada una de sus funciones de guarda requieren necesariamente de un margen de discrecionalidad a la hora de ejercerlas, lo cual, en relación con la función de control que ahora estudiamos, se cifra en un margen de libertad para valorar si el menor tiene la aptitud y la madurez necesarias para hacer un uso equilibrado y responsable de las TIC. Por supuesto, esta discrecionalidad de la que hablamos estará en todo caso limitada por el interés o el beneficio del menor: es decir, que los padres o el tutor tengan una cierta libertad para adoptar sus decisiones no implica que estas puedan ser arbitrarias. De lo que se trata es que con su decisión, sea cual fuere, protejan el interés del menor[57]; esto es, han de velar porque la presencia del hijo en entornos digitales sea apropiada a su edad a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

3. El papel de los poderes públicos.

A) La intervención del Ministerio Fiscal.

El artículo 84.2 de la Ley Orgánica 3/18, de 5 de diciembre, de Protección de Datos, determina la intervención del Ministerio Fiscal en los casos en que se detecte cualquier utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales. El Ministerio Fiscal, de este modo, se verá obligado a instar las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Por su parte, esta Ley Orgánica 1/1996 establece en su artículo cuatro:

"2. La que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

57 Como es bien sabido el interés del menor ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 2 LOPJM).

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública".

Como señala Martínez Otero, el Ministerio Público efectúa así una suerte de *segundo control*, quedando legitimado para intervenir si considera que el acto puede ser perjudicial para el interés superior del menor, aun existiendo condiciones de madurez suficientes en el menor o habiéndose prestado el consentimiento por parte de sus padres o representantes legales. En este último caso, cuando sean los representantes legales quienes hayan prestado el consentimiento, este se supedita a la opinión del Ministerio Fiscal[58]. Esta intensificación en el nivel de protección y fiscalización se justifica teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación. Ahora bien, la intervención autónoma del Ministerio Fiscal deberá ser cautelosa, prudente y excepcional, ya que es un arma de tan grueso calibre que debe realizarse con mesura, ponderando todos los intereses en conflicto[59].

La cuestión que se nos plantea entonces es si el Ministerio fiscal podría impedir la publicación de contenidos relativos a los derechos de la personalidad del menor en una red social de acuerdo con la amplia legitimación que, como vemos, le confieren los apartados dos y cuatro del citado artículo. En este sentido, conviene traer a colación la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Dicha Instrucción, ya en ese año, hace una referencia al problema de Internet y los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor.

La extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información está generando sin duda innumerables ventajas, en todos los ámbitos de la vida.

58 Martínez Otero, J. Mª.: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuesta desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, cit., p. 140.

59 Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

Sin embargo, son también evidentes las posibilidades de que su uso desemboque en comportamientos antijurídicos. Entre estos comportamientos antijurídicos por lo que ahora interesa debe ponerse el acento en los ataques a los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor a través del contenido de páginas web.

Ante este panorama, lo destacable es que dicha Instrucción legitima a los Fiscales para que puedan tomar las medidas que detalla con precisión y que se pondrán en marcha cuando los prestadores de servicios de la sociedad de la información inserten contenidos atentatorios contra los derechos del menor. No perdamos de vista que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), se refiere expresamente en su artículo 8 a la protección de la juventud y de la infancia como principio digno de protección que en ningún caso puede ser vulnerado por los servicios de la sociedad de la información.

"A tales efectos, los Sres. Fiscales, cuando dentro del ámbito de aplicación de la LSSI, tengan conocimiento de la existencia de una página web con contenidos que exijan el ejercicio de acciones conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996, en el curso de las Diligencias que incoen, se dirigirán formalmente al prestador de servicios, comunicándole los contenidos que se estiman antijurídicos y advirtiéndole que de no retirar dichos contenidos en el plazo prudencial que se señale, se procederá al ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los derechos del menor.

De no atenderse al requerimiento, la demanda que en su caso se interponga podrá dirigirse además de contra el autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, contra el prestador del servicio".

En suma, el Ministerio Fiscal goza de una amplia legitimación para actuar en defensa del interés del menor en este ámbito digital, que confirma la Instrucción de 2006 mediante una llamada a los prestadores de servicios de la sociedad de la información implicados en el almacenamiento de datos o contenidos que puedan resultar lesivos para los derechos fundamentales del menor y, en su caso, para el ejercicio de las acciones pertinentes conforme a la Ley Orgánica 1/1996. Cuestión distinta es que en la práctica ello sea posible, más aún si atendemos a la ingente actividad que se desarrolla en el entorno virtual, lo que dificulta en gran medida el control que sería deseable.

B) El fenómeno del sharenting.

En este contexto, queremos abordar un fenómeno social ampliamente extendido en la actualidad conocido por el anglicismo sharenting, que puede

definirse como "la práctica de los padres de utilizar las redes sociales para comunicar información personal, especialmente imágenes, sobre sus hijos menores de edad" (en inglés, "sharing representations of one's parenting or children online")[60]. La particularidad de este fenómeno reside en que son los propios progenitores quienes exponen públicamente la imagen de sus hijos menores de edad.

De acuerdo con Cabedo Serna, el análisis del sharenting desde un punto de vista jurídico presenta un doble interés[61]. Por un lado, puede hablarse de una dicotomía entre la realidad social y jurídica del citado fenómeno, ya que lo que los padres hacen o creen que pueden hacer no coincide en la mayoría de las ocasiones con lo que legalmente les está permitido[62]. Como apunta, Tintoré Garriga, la mayoría de los padres no son conscientes de que con sus actos pueden estar vulnerando la intimidad y la propia imagen del hijo, su privacidad, o quizás incluso poniendo en riesgo su integridad física y psíquica. Es más, ni siquiera se cuestionan que su conducta puede dar lugar a todas estas consecuencias[63]. Por todo ello, es necesario que los tribunales delimiten con claridad el régimen jurídico aplicable al sharenting.

Por otro lado, el sharenting no es un fenómeno inofensivo, sino que puede acarrear consecuencias negativas para el menor. Tanto es así, que puede afirmarse que esta conducta ha influido en la percepción que los menores tienen de su propia imagen. Los expertos advierten que la falta de control sobre esta práctica conducirá probablemente a la circulación en redes sociales de un exceso de información acerca de los menores de edad, lo que se conoce como oversharenting[64]. Este fenómeno puede conllevar desde el desagrado del propio

60 Cabedo Serna, Ll.: "El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 13, 2020, p. 978; Planas Ballvé, M.: "Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2020, núm. 228, pp. 40-41; Tintoré Garriga, Mª P.: "Sharenting y la responsabilidad parental (I)", *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, núm. 14, p. 2; Ammerman Yebra, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 8 bis (extraordinario), julio, p. 254.

61 Cabedo Serna, Ll.: "El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales", cit., p. 979.

62 Ya en 2016 las empresas Nominet y Parent Zone, a través de su estudio Share With Care, contabilizaron que los padres publicaban alrededor de 300 fotografías de sus hijos por año. Asimismo, en 2017, el regulador de comunicaciones de Reino Unido llamado Ofcom elaboró un estudio sobre sharenting en el que preguntaban a los padres si creían que en el futuro a sus hijos les parecería bien esa sobreexposición desde pequeños. Sorprendentemente más de la mitad de las personas entrevistadas dijeron que sí. Solamente al 15% les preocupaba la opinión futura de sus hijos. Actualmente en EEUU el 92% de los menores de dos años ya tienen una presencia digital. Además, según la NBC, antes de que cumplan cinco años los padres ya han subido más de 10.000 fotografías de sus hijos a redes sociales como Facebook o Instagram. Y un tercio de las madres de menos de 34 años tienen cuentas en Facebook a nombre de sus hijos antes de su primer cumpleaños.

63 Tintoré Garriga, Mª P.: "Sharenting y la responsabilidad parental (I)", cit., pp. 2-3.

64 Planas Ballvé, M.: "Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", cit., p. 40.

menor a ser objeto de exposición pública, hasta los daños que puedan causar terceras personas haciendo un urso indebido o delictivo de las imágenes y datos publicados, pasando por la vulneración del derecho a la propia imagen (así como a la intimidad) y a la protección de datos de carácter personal[65].

Por consiguiente, los responsables parentales del menor de edad pueden cometer intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad del menor y a su propia imagen, aunque no sean conscientes de ello, cuando comparten información personal, especialmente imágenes de su hijo, a través de su actividad en las redes sociales[66]. Recordemos que, de acuerdo con el art. 4.3 LOPJM, "se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento de menor o de sus representantes legales". En relación a los menores de edad, los niveles de protección se intensifican y ello se justifica teniendo en cuenta que "la naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación" (STS 387/12, de 11 de junio). Por tanto, en la medida en que, efectivamente, hayan cometido una intromisión ilegítima del derecho a la intimidad y propia imagen de sus hijos con el sharenting, aquellos serán los responsables civiles por el daño ocasionado.

Las acciones para resarcir el daño derivado de la intromisión ilegítima son la prevista en el artículo 9 LOPDH para el cese y la compensación del daño por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen[67] y, de otro lado, la acción de responsabilidad extracontractual por culpa

65 Cabedo Serna, Ll.: "El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales", cit., p. 980.

66 Los padres no son conscientes de que cada vez que un contenido es publicado en la Red se crea una huella digital del menor que nunca se va a borrar y que puede traerle consecuencias en su vida adulta.

67 De acuerdo con el citado artículo noveno: "Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución. También podrá acudirse, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas". Por tanto, la acción de cese conlleva que se eliminen las publicaciones con datos y/o imágenes de los menores de edad.

del artículo 1902 CC[68]. Como señala Planas Ballvé, conviene tener en cuenta que no se requiere en la intromisión ilegítima una intención especial de querer perjudicar (animus injuriandi). La voluntad o no de causar el daño es irrelevante y de hecho en muchos casos los padres desconocen que con sus publicaciones las están causando[69].

Por lo que respecta a la legitimación para interponer la acción, como sabemos bien, los menores de edad podrán comparecer en juicio mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley (ex artículo 7 LEC). Por tanto, la legitimación para reclamar corresponde a al Ministerio Fiscal mientras el afectado sea menor y la intromisión haya sido lleva a cabo por ambos progenitores. Si se hubiera llevado a cabo por uno solo de ellos, la legitimación le corresponderá al otro en representación.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN HORIZONTE PARA CONTINUAR TRABAJANDO.

Para terminar este trabajo, nos gustaría hacer alusión muy brevemente a la Observación General número 25, que ha publicado recientemente el Comité de Derecho del Niño, por tratarse de una prueba evidente de cómo la Convención de los Derechos del Niño de 1989 se intenta adaptar al mundo tecnológico en el que vivimos en la actualidad[70]. Esta Observación recoge los derechos de la

El problema puede aumentar si no se ha llevado a cabo es positivo control de las mismas, por ejemplo, porque la cuenta es pública y terceros han utilizado esas imágenes. De ahí la importancia de la prevención y de controlar *a priori* los datos que compartimos [Planas Ballvé, M.: "El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Juruá, Oporto, 2020, p. 272].

68 A tenor del artículo 1902 CC, "*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*". Respecto a esta acción se deberá el daño moral, entendido en este supuesto como la posibilidad de que el menor no pueda desarrollar su personalidad y que, contra su voluntad, se hayan hecho públicos datos de vida privada. En el caso de que, como consecuencia de estas intromisiones ilegítimas, los responsables parentales hayan obtenido una ganancia por su explotación comercial, este beneficio se deberá tener también en cuanta. Esto será especialmente relevante en los casos en los que sean padres influencers, esto es, con perfiles con muchos seguidores. Por ejemplo, en EE. UU., con el fenómeno *Dady Of Five*, se llegó a retirar la patria potestad. Estos padres publicaban en su canal de *YouTube* vídeos y fotografías de una actitud muy burlesca y gran parte del contenido fue viralizado. En este caso se les llegó a acusar de maltrato infantil [Planas Ballvé, M.: "El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", cit., p. 272].

69 Planas Ballvé, M.: "El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", cit., p. 271.

70 El Comité de los Derechos del Niño es el grupo de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CNUDN) por sus Estados Partes, un tratado que hasta ahora no especificaba cómo garantizar los derechos de la infancia en el ámbito online: "Cuando la Convención se escribió, el entorno digital aun no existía y nadie imaginaba cómo de importante sería en cada aspecto de nuestras vidas", ha señalado Amal Al-Dossari, una de las coordinadoras del Grupo de Trabajo sobre la Observación General número 25 de la CNUDN.

infancia en el entorno digital y considera que la protección de los menores en dicho entorno es fundamental[71].

La Observación es fruto de un proceso de consultas de tres años en el que han participado los Gobiernos de cuarenta países, cientos de organizaciones y empresas, cincuenta expertos de veintiocho países y, muy especialmente, ha contado con la participación de más de setecientos menores y adolescentes de todo el mundo, que han podido expresar sus preocupaciones e ideas.

La Observación General que nos ocupa se configura como una herramienta para que menores y adolescentes exijan el cumplimiento de sus derechos en el ámbito digital. No en vano, les permite conocer, promover y exigir el cumplimiento de sus derechos en este ámbito.

Pero, la publicación de esta Observación no es solo la culminación de un proceso de consultas, sino, que constituye el punto de partida para que diferentes actores (incluidas las instituciones educativas) se impliquen en el desarrollo de:

- medidas de prevención y educación dirigidas tanto a los propios niños como a sus familias y educadores, así como la sensibilización del conjunto de la sociedad;

- mecanismos legislativos y políticas que promuevan la protección de la infancia en el entorno digital, teniendo en cuenta las oportunidades, riesgos y retos a los que nos enfrentamos como sociedad para garantizar el ejercicio de los derechos de niños y adolescentes en las redes.

A través de este documento se trata de promover el desarrollo de políticas respetuosas y que garanticen los derechos de los menores por parte de todas las instituciones y personas implicadas: Gobiernos, entidades públicas y privadas, familias, educadores y las empresas del sector.

Para garantizar el ejercicio de los derechos de los menores de edad en el entorno digital, esta observación contempla:

- Que se protejan los derechos de los niños también en el entorno digital.

- Desarrollar normas y regulación que promuevan los derechos de la infancia en el entorno digital.

71 El texto de la Observación General número 25 puede consultarse en español en el siguiente sitio web: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEG%2BcAAx34gC78FwvnmZXGFO6kx0VqQk6dNAzTPSRNx0myCaUSrDC%2F0d3UDPTV4y05%2B9GME0qMZvh9UPKTXcO12.

- Asegurarse de que todos los actores implicados conocen estas normas y las aplican, incluyendo entidades del Gobierno, empresas del sector, familias, educadores y los propios niños y adolescentes.

- Escuchar a los menores cuando se encuentran ante un problema en su navegación en internet o redes sociales.

- La garantía de los derechos de la infancia es prioritaria en el desarrollo de la actividad online.

- Asegurar que existan mecanismos de regulación y control frente a la vulneración de los derechos de niños y adolescentes en el ámbito online.

- Asegurarse de informar a los menores sobre las medidas que se han tomado por parte de las autoridades para garantizar sus derechos en el entorno digital y promover que se sientan seguros en su navegación en internet y en el uso de plataformas digitales.

Así las cosas, esta Observación nos orienta sobre cómo los derechos fuera de línea se pueden materializar en un entorno online y proporciona claridad para integrar a los menores en el debate sobre la gobernanza de internet, la ética de la Inteligencia Artificial, la protección de datos o la libertad de expresión, entre otros. A través de este documento se promueve el desarrollo de políticas que garanticen los derechos de los niños por parte de todas las instituciones y personas implicadas y, en definitiva, es una herramienta que les permite a los menores conocer, promover y exigir el cumplimiento de sus derechos en el ámbito digital. En suma, esta Observación establece "una visión de un entorno digital inclusivo, seguro y justo, accesible y diseñado para todos los niños". De ahí que el presidente del Comité de los Derechos del Niño, haya llamado a los participantes a "hacerla suya" y difundirla en todos los rincones del mundo, para mejorar la participación, protección, privacidad de los niños y niñas en un mundo digital[72].

72 http://oped.educacion.uc.cl/website/index.php/noticias/10-noticias/247-derechos-del-nin-en-el-entorno-digital.

BIBLIOGRAFÍA

Aláez Corral, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

Ammerman Yebra, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 8 bis (extraordinario), julio.

Brito Izquierdo, N.: "Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales", *Actualidad Civil*, número 5, 2018.

Cabedo Serna, Ll.: "El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 13, 2020.

Castilla Barea, M.: *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

De Castro y Bravo, F.: *Derecho civil de España. Derecho de la persona*, tomo II, Civitas Madrid, 1952, reimpresión de 1984.

Gete-Alonso y Calera, C.: "Aproximación a la identidad digital. Situación de la persona menor de edad", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Juruá, Oporto, 2020.

Gete-Alonso y Calera, Mª. C.: "Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores", en AA.VV.: *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Dykinson, 2018.

Gil Antón, A.: "Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 36, 2014.

Lambea Rueda, A.: "Protección de los menores en el entorno digital", en AA.VV.: *La protección del menor: situación y cuestiones actuales* (dir. V. Bastante Granell y R. López San Luis), Comares, Granada, 2019.

López Portás, B.: "La protección de datos personales en el Universo 3.0: el derecho al olvido en la Unión Europea tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 38/2015.

Lorente López, C.: "La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías", *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2, 2015.

Lorente López, Mª. C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

Martínez Otero, J. Mª.: *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuesta desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

Martínez Vázquez de Castro, L.: "Consentimiento del menor, protección de datos y redes sociales", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Juruá, Oporto, 2020.

Mendizábal Oses, L.: *Derecho de menores*, Pirámide, Madrid, 1977.

O`Callagham Muñoz, X.: "Personalidad y Derechos de la Personalidad (Honor, Intimidad e Imagen del menor), según la Ley de Protección del Menor", *La Ley*, Año XVII, número 4077.

Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

Planas Ballvé, M.: "El fenómeno sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Juruá, Oporto, 2020.

Planas Ballvé, M.: "Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2020, núm. 228.

Sánchez Gómez, A.: "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", *Revista Boliviana de Derecho*, número 23, enero 2017.

Sánchez Gómez, A.: "Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor", en AA.VV.: *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 4/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio* (coord. A.I. Berrocal Lanzarot y C. Callejo Rodríguez), Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

Solé Resina, J.: "Emancipación digital y potestad parental", en AA.VV.: *Protección de los menores de edad en la era digital* (coord. J. Solé Resina y V. Almada Mozetic), Juruá, Oporto, 2020.

Tintoré Garriga, Mª P.: "Sharenting y la responsabilidad parental (I)", *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, núm. 14.

EL DEBER DE PROPORCIONAR DISPOSITIVOS GPS EN EL CONTRATO DE SEGURO PARA VEHÍCULOS MOTORIZADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

THE DUTY TO PROVIDE GPS IN THE VEHICLE INSURANCE CONTRACT IN THE CHILEAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1154-1171

Erika ISLER SOTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: El presente trabajo niega que el deber del asegurador de proporcionar un dispositivo de seguridad GPS en los seguros para vehículos motorizados, tenga un carácter de subsidiario. Al contrario, se defiende el carácter autónomo y primario de tal imperativo, por lo que no se exige el requerimiento del consumidor para que se active. Adicionalmente, el deber de entrega rige para todo tipo de vehículos motorizados y con independencia de si el contrato se celebró antes o después de la entrada en vigencia de la ley que incorporó el deber al ordenamiento jurídico chileno.

PALABRAS CLAVE: Consumidor; seguro; seguridad; robo de vehículos.

ABSTRACT: *The text denies that the insurer's duty to provide a GPS device in Car Insurance is subsidiary. On the contrary, the autonomous and primary nature of the imperative is defended, so the consumer's requeriment is not necessary for it to be activated. Additionally, the duty applies to all types of motorized vehicles and regardless of whether the contract was entered into before or after the Law that incorporated the duty into the Chilean Legal System.*

KEY WORDS: *Consumer; insurance; safety; car insurance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL "SEGURO PARA VEHÍCULOS MOTORIZADOS".- III. UN SISTEMA DE DEBERES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS.- IV. UNA OBLIGACIÓN AUTÓNOMA DE ENTREGA.- 1. La norma no instituye únicamente un deber de información.- 2. El deber se extiende a la ejecución del contrato.- 3. La norma instituye una obligación de entrega de carácter autónoma y principal.- 4. La interpretación más favorable al consumidor-asegurado.- V. APLICACIÓN DEL DEBER DE ENTREGAR UN DISPOSITIVO DE SEGURIDAD.- 1. La entrega procede respecto de todos los vehículos sometidos a la póliza, con independencia de si cuentan o no con un dispositivo de seguridad de fábrica.- 2. Aplicación del deber de entrega conforme del art. 4 de la Ley 21.170 a los contratos vigentes al tiempo de su entrada en vigencia.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 21.170 (D.O. 26 de julio de 2019), introdujo al ordenamiento jurídico chileno, el deber de incluir en las pólizas de seguro para vehículos motorizados, sin cobro adicional, "la entrega de dispositivos GPS, los que serán instalados y activados exclusivamente por el propietario del vehículo" (art. 4). La intención del legislador radicaba en mejorar los estándares de seguridad del consumidor de vehículos motorizados, en un escenario en el cual se percibe un incremento importante de los robos ("portonazos") que pudieran hacer peligrar no sólo el patrimonio del consumidor, sino que por, sobre todo, su integridad personal. De esta manera, la incorporación del deber de proporcionar un dispositivo de Sistema de Posicionamiento Global, permitiría por una parte ubicar el vehículo una vez que había sido sustraído, pero también desincentivar la propia comisión de tal ilícito[1].

No obstante, pese a las buenas intenciones que inspiraron al legislador, la norma adolece de graves deficiencias de redacción, lo que ha dado lugar a diversas dudas interpretativas. Una de ellas dice relación con el eventual carácter subsidiario o autónomo de la obligación del asegurador de proporcionar el dispositivo al asegurado, esto es, si la norma impone al sujeto pasivo el deber a todo evento de entrega gratuita del aparato de seguridad, o bien, si tal exigencia se activa únicamente de manera eventual, esto es, cuando es requerido por el consumidor.

El presente trabajo tiene por objeto proponer una respuesta a la interrogante planteada. Para tales efectos, el texto se divide en cuatro partes. La primera de ellas contiene una aproximación al "seguro para vehículos motorizados", esto es, a la convención a la cual se aplica el deber legal enunciado. En segundo lugar se revisa la posible interpretación que le atribuiría a la entrega un carácter subsidiario,

1 Discusión en Sala Cámara de Diputados, 7 de noviembre de 2018, Historia de la Ley 21.170, Primer Trámite Constitucional, p. 58.

• Erika Isler Soto
Profesora Investigadora, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: erika.isler@uautonoma.cl.

tesis que es rebatida en la tercera parte del trabajo. Finalmente se analiza el ámbito de aplicación del imperativo reconocido en el art. 4 de la Ley 21.170.

II. EL "SEGURO PARA VEHÍCULOS MOTORIZADOS".

Los imperativos que el art. 4 de la Ley 21.170 pone de cargo del asegurador se aplican respecto de "pólizas de seguro para vehículos motorizados", tipología que no es definida ni regulada de manera particular el C.Co., por lo que su cobertura ha de buscarse en la práctica mercantil.

De acuerdo a las pólizas depositadas en el registro público que para tales efectos lleva la Comisión para el Mercado Financiero, los riesgos asegurados pueden ser variables, distinguiéndose entre aquellos que se encuentran incluidos en las condiciones generales y aquellos otros que suelen eventualmente incorporárseles mediante condiciones particulares.

Las primeras en general abarcan los daños materiales causados al vehículo asegurado y sus accesorios; el robo, hurto o uso no autorizado, y la responsabilidad civil[2]. Se suelen agregar además separadamente mediante condiciones particulares, riesgos de "daños materiales causados por conductores dependientes, cobertura en el extranjero, riesgo de la naturaleza (sismo, granizo y otros), daños por avería, defensa penal y daños ocasionados por la carga"[3].

Queda claro entonces que el seguro de vehículos motorizados adscribe a los seguros de daños, toda vez que tiene por objeto "la indemnización de los daños sufridos por el asegurado" (art. 545 C.Co.) y siendo su interés asegurable "patrimonial, presente o futuro, lícito y estimable en dinero" (art. 546 C.Co.).

Se trata además de un contrato continuado o de larga duración[4], esto es, en que el cumplimiento de las prestaciones por una o ambas partes, se proyecta en el tiempo[5]. López Santa María y Elorriaga de Bonis sobre este tipo de negocios jurídicos señalan: "A pesar de que todo contrato por definición genera una relación jurídica entre partes, existen algunos que se extienden por tan largo plazo que llegan a producir una vinculación estable y permanente entre quienes los han

2 POL120200219; POL120210231; arts. 1 y 3 POL 1 07 045; Arellano Iturriaga, S.: *La ley del seguro.* 2ª ed. actualizada, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 209.

3 Arellano Iturriaga, S.: *La ley del seguro,* cit., p. 209.

4 El seguro es un contrato de larga duración: López Santa María, J.; Elorriaga de Bonis, F.: *Los contratos. Parte General* , Santiago, Thomson Reuters, 2017, p. 138.

5 Elia, M.: "Clasificación de los contratos", en AAVV: *Contratos Civiles y Comerciales* (coord. G. Reina Tartiere), Heliasta, Buenos Aires, 2010, p. 73. De acuerdo a Larroumet, en los contratos de ejecución sucesiva, la ejecución se escalona en el tiempo, pudiendo la duración ser un elemento esencial (arrendamiento) o bien modalidad del contrato (venta a plazo). Estos últimos serían, de acuerdo al auto "falsos contratos de ejecución sucesiva", Larroumet, C.: *Teoría General del Contrato,* vol. 1, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 157.

otorgado, por lo que en esta perspectiva son más relacionales que otros. En este tipo de contratos, el plazo, y especialmente el largo plazo, no es un elemento meramente accidental o una simple modalidad del negocio jurídico, sino que es una parte esencial de él, ya que el convenio se estructura sobre la base de una relación comercial, económica o financiera que se extenderá probablemente por muchos años, a partir de lo cual las partes definen sus derechos, obligaciones, cargas y utilidades. El interés de las partes se satisface precisamente con la prolongada duración del acuerdo"[6]. Este carácter duradero presentará importancia, al momento de determinarse el ámbito de aplicación temporal de los deberes derivados del art. 4 de la Ley 21.170, como se verá más adelante.

III. UN SISTEMA DE DEBERES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS.

Una primera lectura de la norma podría sugerir la primera respuesta, esto es, que el art. 4 de la Ley 21.170 consagra deberes primarios y secundarios. El de información correspondería a los primeros y tendría además la calidad de principal. La entrega efectiva de un dispositivo GPS en tanto, sería subsidiaria, activándose sólo, una vez que el consumidor la ha solicitado.

Tal interpretación podría tener por sustento la utilización de las expresiones "incluirán" "en la contratación" (art. 4) de la mencionada póliza, al momento de tipificar los deberes del asegurador. De acuerdo a esta exégesis la norma no sólo establecería el deber en cuestión, sino que además su ámbito temporal de procedencia dentro del *iter* contractual, el cual estaría circunscrito a la celebración del seguro.

Por otra parte, podría argumentarse que la proporción indiscriminada del dispositivo, sin consideración a si el asegurado lo requiere o no, podría conllevar a que eventualmente no sea utilizado -si el consumidor tuviera interés, lo solicitaría-, y por lo tanto, a la fabricación y entrega de bienes tecnológicos que finalmente quedarían olvidados, lo cual podría afectar a un medio ambiente que debe ser cuidado de acuerdo al Art 3 letra d LPDC.

IV. UNA OBLIGACIÓN AUTÓNOMA DE ENTREGA.

A mi juicio, la interpretación anterior no es correcta. En efecto, en razón de los fundamentos que pasan a explicarse, el art. 4 de la Ley 21.170 no se entendería plenamente satisfecho con la mera información del derecho del consumidor a obtener el dispositivo GPS, sino que además exigiría su entrega efectiva.

6 López Santa María, J.; Elorriaga de Bonis, F.: *Los contratos*, cit., p. 138.

1. La norma no instituye únicamente un deber de información.

La circunstancia de que los deberes de información puedan tener un carácter de atípicos o bien de típicos atenuados -se sanciona su omisión-, no implica que la norma se agote en ello. En efecto, la deducción de deberes atípicos de información a partir de principios y normas positivas, en caso alguno puede implicar la restricción o supresión de otras prácticas y conductas que el legislador ha decidido exigir. La técnica de la inferencia por lo tanto tiene por objeto agregar imperativos y no reemplazar deberes típicos.

Por otra parte, cada vez que el legislador ha decidido instituir únicamente deberes de información, así lo ha expresado, como ocurre por ejemplo con el precio (art. 30 inc. 1 LPDC) o el nivel de violencia en los videojuegos (art. 49 bis LPDC)[7], lo cual no se advierte en el art. 4 de la Ley 21.170.

2. El deber se extiende a la ejecución del contrato.

Lo señalado con anterioridad permite rebatir la fundamentación de un deber único y exclusivo de información en las expresiones "incluirán" y "en la contratación" del art. 4 de la Ley 21.170. Para una mejor comprensión del argumento conviene recordar que el texto de la norma, en la parte pertinente señala: "En la contratación de pólizas de seguro para vehículos motorizados, las aseguradoras incluirán, sin cobro adicional, la entrega de dispositivos GPS".

Como se puede apreciar, la disposición está efectivamente exigiendo la *inclusión* de "la entrega de dispositivos GPS" en las "pólizas", pero de ello no se deduce que el deber del asegurador de agote únicamente en tal práctica –la sola *inclusión*-, en el sentido que toda *inclusión* dará lugar a efectos jurídicos de carácter vinculante.

En efecto, el art. 1545 del CC establece la fuerza obligatoria del contrato legalmente celebrado, por lo que los derechos y deberes consignados en las "pólizas" -en la cual se *incluyó* la entrega del GPS- no son de satisfacción voluntaria, sino que imperativa. Así explican Alioto y de Reina Tartiere, que "el contrato es un cierto orden imperativo de las conductas que las partes deben realizar en relación con la finalidad que establecieron de consuno según sus intereses, preferencias y exigencias planteadas por su realidad singular"[8].

7 Lo anterior no significa que otras normas no puedan consagrar deberes adicionales, típicos o atípicos. Así, por ejemplo, respecto del precio, no sólo se exige su información (art. 30 inc. 1 LPDC), sino que también su obligatoriedad (art. 18 LPDC).

8 Alioto, D.; de Reina Tartiere, G.: "Concepto de contrato. Función y fundamento. Principios del Derecho Contractual", en AAVV: *Contratos Civiles y Comerciales* (coord. G. Reina Tartiere), Heliasta, Buenos Aires, 2010, p. 25.

La alusión entonces del art. 4 de la Ley 21.170 a "la contratación", no implica que se refiera únicamente a la fase de celebración de la convención -la cual, como se dijo, es consensual, art. 515 inc. 1 C.Co.)- sino que además se proyecta hacia su "ejecución"[9].

Por otra parte, se debe considerar que si bien el Derecho Común permite ampliamente que los términos y condiciones del contrato queden sin efecto o se modifiquen por "consentimiento mutuo" (art. 1545 CC), o bien por renuncia voluntaria del titular (art. 12 CC), tal facultad no es ilimitada. Así, señala Lyon Puelma, que las partes pueden renunciar a los efectos integrados por la ley al contrato -como el art. 4 de la Ley 21.170-, en la medida de que ello no impida la realización de los resultados que las partes han previsto obtener al tiempo de su celebración, esté prohibida la renuncia, o afecten al orden público[10].

En este contexto, la potestad de las partes para alterar el contenido de los contratos de seguro y de consumo se restringe considerablemente, en el sentido de que ambos pueden ser calificados dirigidos, esto es en que el legislador ha instituido reglas mínimas no disponibles, con el objeto de atenuar el perjuicio que pudiere derivarse de la eventual imposición de términos contractuales por parte del contratante con mayor poder de negociación, respecto de la otra[11]. En estos casos "la reglamentación legal asume carácter imperativo, sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador"[12].

A consecuencia de lo anterior, tanto de la irrenunciabilidad anticipada de los derechos de los consumidores (art. 4 LPDC), de la imperatividad (art. 542 C.Co.) de las "disposiciones que rigen al contrato de seguro" - también del art. 4 de la Ley 21.170-, así como de la adscripción de ambos al orden público de protección, se puede desprender la ilicitud de una cláusula por la cual se abdique del derecho a obtener la entrega del GPS, o por la cual se circunscriba su vigencia al requerimiento del asegurado[13].

9 La operación inversa puede pregonarse respecto del art. 1546 CC, en el sentido de que si se exige que el contrato sea "ejecutado" de buena fe, debe también haberse "celebrado" cumpliendo el mismo estándar.

10 Lyon Puelma, A.: *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos*, Santiago, Ediciones UC, 2017, p. 246.

11 Pereira Fredes, E.: ¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual, Santiago, Thomson Reuters, 2016, pp. 68 y 69. En este caso, "En lugar de implementar un mecanismo de represión *a posteriori*, el legislador corrige en parte la asimetría contractual mediante el establecimiento de cláusulas y derechos irrenunciables a favor del contratante débil", Pereira Fredes, E.: ¿Por qué obligan, cit., p. 69. Con todo, aunque el dirigismo ha sido criticado por considerarse que suprime la voluntad de las partes, Larroumet, C.: *Teoría General del*, cit., p. 89 explica que ello no es efectivo, sino que únicamente tiene por objeto resguardarla cuando por razones económicas, históricas o fácticas, pudiere peligrar.

12 López Santa María, J.; Elorriaga de Bonis, F.: *Los contratos*, cit., p. 169.

13 Una cláusula abusiva sería nula o ineficaz, según la norma en la cual se sustente y la tesis que se adopte. Así podría invocarse en primer lugar la nulidad absoluta por objeto ilícito (arts. 10, 12, 1466, 1682 CC). Una segunda solución consistiría en alegar la abusividad de la cláusula (art. 16 LPDC), cuyo régimen jurídico se discute actualmente: mientras algunos efectivamente defienden la nulidad absoluta del Código Civil, otros

3. La norma instituye una obligación de entrega de carácter autónoma y principal.

El art. 4 de la Ley 21.170 prescribe que en las pólizas de seguro, "las aseguradoras incluirán, (…) la entrega de dispositivos GPS". Lo que el legislador por lo tanto exige incluir es "la entrega" de los aparatos, y no la "información acerca del derecho a la entrega", como hubiese sido, si se hubiese decantado por un sistema de deberes primarios (información) y secundarios (entrega).

A consecuencia de lo anterior, el tenor de la norma instituye una obligación de "entregar" -más adelante se analizará su alcance-, la cual además puede ser calificada como principal y de resultado. Contribuye a lo anterior, la consideración de Díez-Picazo y Gullón en orden a considerar que, frente a la duda, la obligación tendrá el segundo carácter en la medida de que se encuentre al alcance del deudor[14], que es precisamente lo que ocurre en el caso planteado, dado que la aseguradora no tendría imposibilidad para proporcionar el aparato en cuestión.

El art. 4 transcrito constituye así, una norma imperativa -expresa "incluirán"-, por cuanto impone una obligación positiva[15], y cuyo cumplimiento no es optativo para la aseguradora.

se decantan por una nulidad especial, de pleno derecho e imprescriptible. Al respecto se puede revisar: Abeliuk Manasevich, R.: *Las obligaciones,* 5ª ed., tomos I y 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 97; Baraona González, J.: "La nulidad absoluta en el Código Civil: ¿Opera de pleno derecho?", en AAVV: *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Abeledo-Perrot. LegalPublishing, Santiago, 2010, pp. 790-793; Baraona González, J.: "La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496: Naturaleza y régimen", en AAVV: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (coord. F. Barrientos Camus), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2014, p. 237; Barrientos Camus, F.: "El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión", en AAVV: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (coord. F. Barrientos Camus), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2014, pp. 297-312; Contardo González, J.: "Comentario de sentencia Sernac con Cencosud", *Revista Derecho Público Iberoamericano,* 2013, núm. 3, pp. 228 y 229; Corral Talciani, H.: Caso Cencosud y prescripción de la nulidad de las cláusulas contractuales abusivas", *El Mercurio Legal* 2013, 8 de mayo de 2013; Corral Talciani, H.: "Notas sobre el caso 'Sernac con Cencosud': valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas", *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, 2013, núm. 3, p. 226; Hübner Guzmán, A.: "Derecho de la contratación en la Ley de Protección al Consumidor", en AAVV: *Derecho del consumo y protección al consumidor* (coord. H. Corral Talciani), Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Santiago, 1999, p. 141; Isler Soto, E.: *La prescripción extintiva en el Derecho de Consumo*, Santiago, Rubicón, 2017, pp. 262-266; Pizarro Wilson, C.: "Artículo 16 A LPDC", en AAVV: *La protección de los derechos de los consumidores* (coord. I. De la Maza, y C. Pizarro), Editorial Thomson Reuters, Santiago, pp. 352 y 353; Tapia Rodríguez, M. y Valdivia Olivares, J.: *Contrato por adhesión*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014, pp. 161 y ss. Respecto de la nulidad derivada de la imperatividad de las normas del contrato de seguro (art. 542 C.Co): Larraín Ríos, C.: "Sentido y alcance del principio de imperatividad de las normas legales relativas al contrato de seguro", *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, 2015, Año 17 núm. 24, p. 222; Ríos Ossa, R.: "La imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro en el Ordenamiento Jurídico Chileno y el control de contenido del contrato: ¿Cambio radical en el sistema de aseguramiento?", en AAVV: *Estudios de derecho comercial: Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (coord. E. Jequier Lehuedé), Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 43-60.

14 Díez-Picazo, L.; Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil.* vol. II Tomo 1. *El contrato en general. La relación obligatoria,* Madrid, Tecnos, 2016, p. 127.

15 Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte General,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 60.

4. La interpretación más favorable al consumidor-asegurado.

Finalmente, una interpretación sistemática y armónica de la norma en estudio conducen igualmente a existencia de una obligación autónoma y principal de entrega del dispositivo GPS.

Lo anterior se desprende en primer lugar de la aplicación de la función interpretativa del principio pro consumidor/asegurado, a partir del cual, frente a dos posibles interpretaciones de la norma, debe preferirse aquella que establezca mejores derechos al sujeto a quien el ordenamiento jurídico desea tutelar. Se abandona por lo tanto la regla del Derecho Común por la cual lo favorable u odioso[16] (art. 23 CC) -lo que conviene y lo que no conviene- ha de resultar indiferente al momento de ampliar o restringir el ámbito de aplicación de una disposición[17]. Por el contrario el *favor debilis* en esta ocasión mandata que sí deba atenderse al interés del consumidor-asegurado al momento de determinar los derechos y obligaciones que emanan de ella.

Con todo, aunque la vigencia de este principio se incorpora de manera explícita por primera vez, con la Ley 21.398 (D.O. 24 de diciembre de 2021), ello no significa que no rigiese con anterioridad, o con un ámbito de aplicación más amplio que el enunciado en el tenor literal del art. 2 ter LPDC que lo instituye[18].

Un primer argumento lo encontramos en el carácter de orden público de las normas que regulan al contrato de consumo y al de seguro, en los términos anteriormente señalados, y cuya misión tutelar obligaría una interpretación favorable al sujeto débil a quien se espera privilegiar, en este caso, el consumidor-asegurado.

Al mismo resultado arribamos si aplicamos las reglas de interpretación del C.C.

En efecto, los arts. 19 inc. 2 y 22 inc. 2 otorgan herramientas para interpretar un texto "oscuro"[19], esto es, cuyo sentido no aparece claro en la letra[20], sea por

16 Rivera Restrepo ha defendido la aplicación de los criterios de lo favorable u odioso en la interpretación de las normas, con el objeto de facilitar al juez la imposición de una solución justa: Rivera Restrepo, J. M.: "Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda", *Revista Ars Boni et Aquí,* 2012, vol. 8 núm. 2, p. 342.

17 Isler Soto, E.: *Derecho de Consumo: nociones fundamentale*s, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 116.

18 art. 2 ter LPDC: "Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil". Acerca de la vigencia del principio pro consumidor en el ordenamiento de consumo chileno: Isler Soto, E.: *Derecho de Consumo*, cit., p. 130-138.

19 El art. 19 inc. 2 CC se refiere a la "expresión oscura" y el art. 22 inc. 2 CC a los "pasajes oscuros".

20 Guzmán Brito, A.: *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leye*s, Santiago, Lexis Nexis, 2007, pp. 84-85.

ambigüedad[21] (admite más de una interpretación[22]) o ininteligibilidad[23] (sin sentido aparente)[24]. Dichas disposiciones -y las reglas de interpretación que consagran- resultan plenamente aplicables al art. 4 de la Ley 21.170, desde que su deficiente redacción precisamente da origen a las dudas de interpretación que dieron origen a este trabajo.

Para determinar su verdadero sentido y alcance entonces, ha de recurrirse a su "intención o espíritu", manifestada en ella misma o en su historia legislativa (art. 19 inc. 2 C.C.) y que en el caso en estudio, no es más que la protección del asegurado. En efecto, tal como se adelantó, el propósito que se encontraba detrás de la incorporación del art. 4, radicaba en tutelar al asegurado de una póliza de vehículos motorizados, dotándolo de dispositivos que le permitiesen ubicar al vehículo frente a un eventual robo[25], y desincentivar la conducta ilícita hacia el futuro[26]. Desde luego se arriba más fácilmente a tal objetivo, en la medida de que se amplíe -y no restrinja- el ámbito de aplicación de la entrega del dispositivo.

Por otra parte, el art. 22 inc. 2 señala que, para salvar la oscuridad, se puede recurrir a "otras leyes, en especial si versan sobre el mismo asunto", las cuales desde luego en el caso planteado, serán la LPDC y el Código de Comercio, cuya racionalidad sistémica[27], consiste precisamente en tutelar al consumidor-asegurado. En efecto, tanto desde la *ratio legis* como la *ocassio legis*, aparece la tutela del consumidor como principio inspirador[28] de la LPDC. Lo anterior consta en la historia fidedigna de la LPDC[29], y en su propia denominación, en el sentido de que LPDC se denominó a la LPDC como una normativa de "Protección de los Derechos de los Consumidores" [30]. Sus disposiciones por lo tanto buscan

21 Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M.; Vodanovic H., A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. T. I,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 187; Guzmán Brito, A.: *Las reglas del,* cit., p. 85.

22 Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M.; Vodanovic H., A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes,* cit., p. 187; Guzmán Brito, A.: *Las reglas del,* cit., p. 85.

23 Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M.; Vodanovic H., A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes, cit.*, p.187; Guzmán Brito, A.: *Las reglas del,* cit., p. 85.

24 Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M.; Vodanovic H., A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes, cit.*, p.187; Guzmán Brito, A.: *Las reglas del,* cit., p. 85.

25 Senadora Allende, Discusión en Sala Senado, 17 de abril de 2019, Historia de la Ley 21.170, Segundo Trámite Constitucional, p. 19; Diputado Manuel Monsalve, Discusión en Sala, Cámara de Diputados, 29 de mayo de 2019, Historia de la Ley 21.179, Tercer Trámite Constitucional, p. 15.

26 Discusión en Sala Cámara de Diputados, 7 de noviembre de 2018, Historia de la Ley 21.170, Primer Trámite Constitucional, p. 58.

27 Para Aarnio la racionalidad sistémica o institucional de un ordenamiento, consiste en aquella lógica que se encuentra implicada en el mismo, Aarnio, A.: Lo *racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 241,

28 Isler Soto, E.: *Derecho de Consumo*, cit., p. 134.

29 Segundo Informe Comisión de Hacienda Cámara de Diputados, 07.07.1993, Boletín núm. 446-03.

30 Isler Soto, E.: *Derecho de Consumo*, cit., p. 134; Pinochet Olave, R.: "¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?", en AAVV: *Estudios de Derecho Civil III* (coord. A. Guzmán Brito), LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 14.

mejorar la situación del consumidor, por lo que deben ser interpretadas en el mismo espíritu[31].

Rigiendo entonces plenamente la función exegética del principio *favor debilis*, se debe preferir aquella interpretación del art. 4 de la Ley 21.170 que más favorezca al asegurado-consumidor, esto es, aquella que defiende la vigencia autónoma y primaria del deber de entregar el mecanismo GPS.

V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DEBER DE ENTREGAR UN DISPOSITIVO DE SEGURIDAD.

1. La entrega procede respecto de todos los vehículos sometidos a la póliza, con independencia de si cuentan o no con un dispositivo de seguridad de fábrica.

Al momento de instituir el deber de entregar-dar el dispositivo GPS, el art. 4 de la Ley 21.170 no realiza distinción alguna, por lo que regirá respecto de cualquier vehículo sometido a la póliza individualizada.

En razón de lo anterior, no podría negarse el derecho a aquellos consumidores, cuyos vehículos cuenten ya con un dispositivo de seguridad incorporado de fábrica. Esta consideración no sólo se desprende del tenor literal de la norma -como se dijo, no distingue- sino que también de la circunstancia de que en la propia etapa de discusión del proyecto de ley, una de las diputadas que propuso la regla -Vallejos- indicó que la incorporación de un GPS adicional facilitaría la consecución del objetivo esperado, esto es, la localización geográfica de un vehículo robado. Lo anterior, por cuanto, los delincuentes podrían estudiar el diseño de cada uno de los modelos de autos y de esta manera identificar la ubicación de los dispositivos de seguridad dentro del mismo, con la finalidad de desactivarlos. Tal riesgo no existiría respecto de los GPS que se agreguen de manera adicional[32].

A la misma conclusión arribamos si interpretamos el art. 4 en relación al art. 5 de la misma Ley 21.170, cuyo tenor también destinado a mejorar la seguridad del consumidor automotriz, exige que todos los vehículos motorizados livianos nuevos que se comercialicen o ingresen al país para ser comercializados cuenten con "dispositivos de protección contra su utilización no autorizada", entre los cuales se encuentra el GPS[33].

31 Isler Soto, E.: *Derecho de Consumo*, cit., p. 137.

32 Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, Historia de la Ley 21.170, Primer Trámite Constitucional, p. 41.

33 Aunque el art. 5 de la Ley 21.170 no menciona expresamente al GPS, se aludió a él como uno de los dispositivos de seguridad que se esperaba tuvieran los vehículos: Diputado Miguel Mellado, Discusión en Sala Cámara de Diputados, 7 de noviembre de 2018, Historia de la Ley 21.170, Primer Trámite Constitucional, p. 58; Senador Allamand, Segundo Informe de Comisión de Seguridad Pública de Senado, 20 de mayo de 2019, HL, Segundo Trámite Constitucional, p. 35; Senador Harboe, Discusión en Sala,

La satisfacción de la segunda norma por lo tanto, implicaría el aumento progresivo de vehículos que cuenten con la tecnología señalada dentro del parque automotriz nacional. Se espera por lo tanto que, tal como ocurrió con los *air bags,* luego de un tiempo la gran mayoría -sino todos- de los automóviles que se encuentren circulando cumplan con el estándar de seguridad mencionado en el art. 5.

La negativa entonces de la vigencia de los deberes de la disposición que inmediatamente le antecede (art. 4) respecto de aquellos automóviles que contasen con un dispositivo de fábrica, implicaría que prontamente quedaría vacía, puesto que, como se señaló, de cumplirse con el art. 5, los vehículos cuyo diseño no contemplase GPS irían desapareciendo. De haber sido tal la intención del legislador, hubiese dispuesto la regla mediante una disposición transitoria, lo cual no ocurrió.

Debe por lo tanto orientarse la interpretación del art. 4 hacia un efecto útil, principio que, si bien reconoce el CC a propósito de los contratos (art. 1562 CC), resulta igualmente aplicable a la ley, en el sentido de que no resultaría lógico que el legislador dictase una ley -habiendo puesto en funcionamiento todo el aparato estatal necesario para ello- que finalmente no implicará consecuencia jurídica alguna.

Aunque a propósito de los contratos, resulta ilustradora la explicación de Lyon Puelma: "Las partes no llegan a acuerdos hueros. Los contratos se ejecutan o celebran para producir efectos, y sería absurdo concluir que la voluntad de las partes contenida en una cláusula fue la de no producir efecto alguno. Entonces, si entre dos alternativas de interpretación de una cláusula la una produce efectos y la otra no produce efecto alguno, es de lógica y racionalidad básica preferir aquella que sí produce efectos, desechando la otra"[34].

A consecuencia de lo anterior, dentro de las posibles interpretaciones del art. 4, debe preferirse aquella mediante la cual producirá efectos jurídicos, lo que justifica entonces, su ámbito de aplicación amplio.

2. Aplicación del deber de entrega conforme del art. 4 de la Ley 21.170 a los contratos vigentes al tiempo de su entrada en vigencia.

Es claro que el art. 4 en análisis rige respecto los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigencia. No obstante, los seguros constituyen contratos de larga duración, por lo que al momento de su publicación ya se

Senado, 22 de mayo de 2019, HL, Segundo Trámite Constitucional, p. 60; Senadora Allende, Discusión en Sala, Senado, 22 de mayo de 2019, HL, Segundo Trámite Constitucional, p. 65.

34 Lyon Puelma, A.: *Integración, interpretación y cumplimiento*, cit., p. 410.

encontraban produciendo efectos muchos de ellos que se habían perfeccionado previamente. Lo que se debe entonces dilucidar es si los deberes derivados del art. 4 integran también el estatuto jurídico de este segundo grupo de casos.

El art. 22 inc. 1 de la Ley de Efecto Retroactivo de la Ley (D.O. 7 de octubre de 1861) resuelve los conflictos de normas en el tiempo, prescribiendo la incorporación en los contratos, de las leyes vigentes al tiempo de su celebración[35]. De aplicarse tal regla el art. 4 de la Ley 21.170 regiría únicamente respecto de los seguros celebrados bajo su imperio, quedando excluidos aquellos que se hubieren perfeccionado con anterioridad.

No obstante, el art. 22 LER carece de una vigencia a todo evento, en el sentido de que la regla general que instituye admite varias excepciones. Baraona González así señala: "Un contrato es una realidad unitaria más que un conjunto de derechos y obligaciones, por lo que no puede decirse que todos los derechos y obligaciones que emanan de un contrato, sea directamente o por aplicación de la legislación que la regula (art. 22 LERL), y que estén en proceso de ejecución o cumplimiento, puedan aspirar, como conjunto, al amparo de la garantía del derecho de propiedad. Su protección sólo será eficaz en cuando dichos derechos y obligaciones formen parte de la fuente que los ha generado, y mientras no se independicen de él. La protección les viene del contrato mismo, que no puede ser afectado en su esencia"[36].

Precisamente una de las causales que justifican el apartamiento del art. 22 es el carácter de orden público de las nuevas normas. Larroumet, en ese sentido señala que "por razones que incumben al proteccionismo contractual y al intervencionismo económico, el legislador y la jurisprudencia han admitido que el orden público debe permitir la aplicación de una ley nueva a los efectos todavía no producidos por un contrato celebrado bajo el imperio de una ley anterior, y esto en contra del principio de la supervivencia de la ley antigua"[37].

35 Respecto de la justificación de tal regla: "los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no han determinado completamente los efectos que el contrato debe producir, se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podría ser de otra ley que aquella que existía a la época del contrato. Hacerlos regir por una nueva ley, que los contratantes no han podido tener en vista al contratar, sería substituir una nueva convención a la que las partes han celebrado, y despojarlas, al mismo tiempo, de derechos adquiridos", Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M.; Vodanovic H., A..: *Tratado de Derecho Civil,* Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015, p. 253.

36 Baraona González, J.: "Irretroactividad de la ley e intangibilidad contractual. A propósito del fallo del Tribunal Constitucional sobre la deuda subordinada del sistema bancario", en AAVV: *Derecho de los contratos. Estudios sobre temas de actualidad* (coord. H. Corral Talciani) Universidad de los Andes, Santiago, 2002, p. 67.

37 Larroumet, C.: *Teoría General del*, cit., p. 114.

Las disposiciones de orden público -como las que se refieren al seguro y al consumo- por lo tanto *rigen in actum*, esto es, alcanzan también a aquellos contratos que se encuentren produciendo sus efectos al tiempo de su entrada en vigencia. El art. 4 de la Ley 21.170 de esta manera, efectivamente incorpora en las pólizas de vehículos motorizados que se encuentren en tal situación, el mencionado deber de entregar el GPS al asegurador[38].

Esta solución ya había sido reconocida con anterioridad a propósito de muchas materias, y en particular en relación al contrato de seguro. Así por ejemplo, el seguro individual obligatorio de salud asociado a COVID-19 (arts. 10 y ss Ley 21.342, Diario Oficial 1 de junio de 2021) se debe suscribir también respecto de contratos de trabajo ya vigentes al tiempo de la ocurrencia de la pandemia. De la misma manera, la prohibición del ofrecimiento de seguros cuya cobertura corresponda a riesgos o siniestros que el emisor de una tarjeta de pago deba cubrir de conformidad a la ley (art. 5 inc. 7 Ley 20.009, Diario Oficial 1 de abril de 2005) alcanza también a aquellas convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que consagró tal regla.

Finalmente cabe destacar que tanto los arts. 4 como 5 de la Ley 21.170 incrementan los estándares de seguridad correspondientes al seguro de vehículos motorizados (art. 4) y a la compraventa sobre los mismos bienes(art. 5). No obstante la preferencia de la ley nueva procede sólo en el primer caso, precisamente en razón de que se trata de un contrato de larga de duración. En el supuesto contemplado en el art. 5 en tanto, prima la ley vigente al tiempo de la importación o comercialización del producto, por lo que no se hace necesario incorporar GPS a vehículos que ya han sido ingresados al mercado, tal como hasta ahora ha ocurrido con los *air bags* y los frenos *abs*.

VI. CONCLUSIONES.

De las anteriores reflexiones se puede concluir:

1) Los imperativos derivados del art. 4 de la Ley 21.170 no se agotan en el mero otorgamiento de información al asegurado-consumidor acerca de su derecho a recibir el dispositivo GPS, sino que se requiere además la verificación de su entrega efectiva.

2) La obligación de entrega del GPS contemplada en el art. 4 de la Ley 21.170 tiene el carácter de principal, no siendo necesario el requerimiento del consumidor para que se active.

38 **Los efectos del contrato pueden ser agregados por las partes, la costumbre o la ley (art. 1546 CC).**

3) La obligación de entrega del GPS tiene el carácter de "de resultado", de tal manera que sólo se entiende satisfecha con la efectiva tradición-conforme.

4) La obligación de entrega del dispositivo GPS existe respecto de cualquier vehículo sometido a la póliza de vehículos motorizados, con independencia de si su diseño lo tuviere incorporado o no de manera previa.

5) La obligación de entrega del dispositivo GPS procede respecto de contratos de seguro tanto celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 21.170, como de aquellos que ya se encontraren produciendo efectos en tal momento.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A.: Lo *racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 241.

Abeliuk Manasevich, R.: *Las obligaciones.* 5 ed. Tomos 1 y 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M.; Vodanovic H., A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. T. 1,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M.; Vodanovic H., A..: *Tratado de Derecho Civil,* Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015.

Alioto, D.; de Reina Tartiere, G.: "Concepto de contrato. Función y fundamento. Principios del Derecho Contractual", en AAVV: *Contratos Civiles y Comerciales* (coord. G. Reina Tartiere), Heliasta, Buenos Aires, 2010.

Arellano Iturriaga, S.: *La ley del seguro.* 2ª ed. actualizada*,* Santiago, Thomson Reuters, 2014.

Baraona González, J.: "Irretroactividad de la ley e intangibilidad contractual. A propósito del fallo del Tribunal Constitucional sobre la deuda subordinada del sistema bancario", en AAVV: *Derecho de los contratos. Estudios sobre temas de actualidad* (coord. H. Corral Talciani) Universidad de los Andes, Santiago, 2002.

Baraona González, J.: "La nulidad absoluta en el Código Civil: ¿Opera de pleno derecho?", en AAVV: *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Abeledo-Perrot. LegalPublishing, Santiago, 2010.

Baraona González, J.: "La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley Nº 19.496: Naturaleza y régimen", en AAVV: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (coord. F. Barrientos Camus), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2014.

Barrientos Camus, F.: "El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión", en AAVV: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (coord. F. Barrientos Camus), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2014.

Contardo González, J.: "Comentario de sentencia Sernac con Cencosud", *Revista Derecho Público Iberoamericano,* 2013, núm. 3.

Corral Talciani, H.: Caso Cencosud y prescripción de la nulidad de las cláusulas contractuales abusivas", *El Mercurio Legal* 2013, 8 de mayo de 2013.

Corral Talciani, H.: "Notas sobre el caso 'Sernac con Cencosud': valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas", *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, 2013, núm. 3.

Díez-Picazo, L.; Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil.* vol. II Tomo 1. *El contrato en general. La relación obligatoria,* Madrid, Tecnos, 2016.

Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte General,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Elia, M.: "Clasificación de los contratos", en AAVV: *Contratos Civiles y Comerciales* (coord. G. Reina Tartiere), Heliasta, Buenos Aires, 2010.

Hübner Guzmán, A.: "Derecho de la contratación en la Ley de Protección al Consumidor", en AAVV: *Derecho del consumo y protección al consumidor* (coord. H. Corral Talciani), Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Santiago, 1999.

Isler Soto, E.: *La prescripción extintiva en el Derecho de Consumo*, Santiago, Rubicón, 2017.

Guzmán Brito, A.: *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago, Lexis Nexis, 2007.

Isler Soto, E.: *Derecho de Consumo: nociones fundamentale*s, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Larraín Ríos, C.: "Sentido y alcance del principio de imperatividad de las normas legales relativas al contrato de seguro", *Revista Chilena de Derecho de Seguros,* 2015, Año 17 núm. 24.

Larroumet, C.: *Teoría General del Contrato.* vol. 1, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.

López Santa María, J.; Elorriaga de Bonis, F.: *Los contratos. Parte General* , Santiago, Thomson Reuters, 2017.

Lyon Puelma, A.: *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos,* Santiago, Ediciones UC, 2017.

Pereira Fredes, E.: ¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual, Santiago, Thomson Reuters, 2016.

Pinochet Olave, R.: "¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?", en AAVV: *Estudios de Derecho Civil III* (coord. A. Guzmán Brito), LegalPublishing, Santiago, 2008.

Pizarro Wilson, C.: "Artículo 16 A LPDC", en AAVV: *La protección de los derechos de los consumidores* (coord. I. De la Maza y C. Pizarro), Editorial Thomson Reuters, Santiago.

Restrepo, J. M.: "Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda", *Revista Ars Boni et Aquí,* 2012, vol. *8* núm. 2.

Ríos Ossa, R.: "La imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro en el Ordenamiento Jurídico Chileno y el control de contenido del contrato: ¿Cambio radical en el sistema de aseguramiento?", en AAVV: *Estudios de derecho comercial: Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (coord. E. Jequier Lehuedé), Thomson Reuters, Santiago, 2014.

Tapia Rodríguez, M. y Valdivia Olivares, J.: *Contrato por adhesión*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014.

LA REGULACIÓN DEL AUDIOVISUAL ESPAÑOL, A PRUEBA

THE GENERAL LAW OF AUDIOVISUAL COMMUNICATION, QUESTIONS AND ANSWERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1172-1205

Belén Andrés
SEGOVIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: El sector audiovisual en España se ha convertido en una industria cada vez más destacada. Respecto a su prestación, los contenidos mediáticos y su demanda forman parte del día a día de los ciudadanos motivados por diversas causas: informativas, entretenimiento, etc. Sin embargo, por lo que concierne a su regulación, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual resulta insuficiente ante el inminente avance de un proceso de transformación digital del sector que ha venido para quedarse. Con su reforma lo que se pretende es despejar posibles incertidumbres que presenta la industria aportándoles una respuesta jurídica a medio o largo plazo. Esta previsión permitirá reforzar la seguridad que afecta al conjunto de ciudadanos en el uso de estas plataformas, sin descuidar otros aspectos que son de suma relevancia tales como los nuevos intereses que emergen del mercado y la garantía de los derechos de los usuarios.

PALABRAS CLAVE: Digitalización; servicio de comunicación audiovisual; servicio público; derecho; derechos de los ciudadanos.

ABSTRACT: *The audiovisual industry lives in an extraordinary time, where has become an increasingly important sector. Technological advances are happening faster and their demand is part of the everyday life of the current citizens. In Spain, the Ley 7/2010 "General de Comunicación Audiovisual" is outdated because only television and radio are regulated. On this path, technological advances are happening faster than law. Continuing on the existing path, Spain needs, therefore, to regulate, to order with medium and long term vision a new audiovisual media service that articulates the reform of the sector.*

KEY WORDS: *Digital technology; audiovisual media service; public service; Law; the rights of citizens.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ORIGEN DE LA REGULACIÓN AUDIOVISUAL.-1. Contenido de su regulación constitucional.- 2. Causas que motivan la regulación.- 3. Fines de la regulación del sector audiovisual.- 4. Coherencia institucional y colaboración público-privada.- III. LA EXIGUA REGULACIÓN DEL SERVICIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.- 1. La Ley General de Comunicación Audiovisual 2010.- A) Ámbito subjetivo de actuación; B) El triple escenario de actuación soporte, contenido y mercado.- 2. Anteproyecto de Ley de Comunicación Audiovisual en España.- 3. Desafíos que plantea la convergencia del sector audiovisual con las telecomunicaciones y las tecnologías de la información.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El audiovisual se trata de uno de los servicios más utilizados y preciados por los españoles. Prueba de ello, es la cantidad de su tiempo que dedican a consumir parte de sus contenidos con fines diversos: conocer la actualidad social que ofrecen los informativos, entretenimiento, asistir a una liturgia, aprender de los documentales, etc. Sin embargo, su carácter normativo es poco conocido. Ni tan siquiera se suele conocer cuál es el alcance último que puede tener la emisión de determinados contenidos más allá de su sentido clásico, derecho al honor, intimidad, propia imagen.

El presente estudio aborda la regulación del servicio de comunicación audiovisual en su doble vertiente, público y privada, desde la crítica. Comenzaremos por definir que supone este servicio, así como los efectos culturales, sociales y técnicos que ha experimentado en los últimos tiempos, la incertidumbre generada sobre la calidad del servicio y su eficacia respecto a la protección de derechos fundamentales, la existencia de determinados colectivos que se muestran como especialmente vulnerables y que requieren de una regulación detallada, la oportunidad que supone la colaboración público-privada a fin de poder garantizar la continuidad del servicio en un periodo de crisis, la evolución que ha experimentado el sector como consecuencia de la digitalización, los incentivos para la transición digital, la pervivencia de un nuevo modelo de prestación del servicio que pone en cuestión la actual regulación… El análisis que se propone pretende así, invitar al lector a un arsenal de cuestiones que plantea el servicio de comunicación audiovisual desde el plano jurídico.

Tras exponer alguna de las deficiencias, las cuales sigue adoleciendo el sector, se indica cómo la regulación europea procurará resolverlas a través de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación

• Belén Andrés Segovia
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universitat "Jaume I" de Castellón. Correo electrónico: belenanse@gmail.com.

audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. El citado texto normativo aguarda un doble objetivo: el desarrollo jurídico de la Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo, precedente y la actualización normativa del sector atendiendo a las nuevas realidades tecnológicas y económicas. La esperada transposición del mencionado texto al ordenamiento jurídico español, prevista para el 19 de septiembre de 2020, sigue en suspenso. Las dificultades con las que se ha topado el legislador español se aúnan a la asimetría existente entre las diferentes plataformas de información –servicios lineales y servicios no lineales- y el poder que van adquiriendo los medios, lo que supone la correlativa desprotección de algunos de los derechos de los ciudadanos.

Explicadas algunas de las razones que motivan el análisis del servicio de comunicación audiovisual resulta necesario ver el futuro con optimismo. Aunque tarde, el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual aspira a lograr la actualización normativa del sector a través de la transposición de la normativa europea. El análisis finaliza con el examen sobre el actual modelo de regulación del sector y la propuesta de nuevos mecanismos atendiendo al derecho comparado extrayendo su mayor o menor eficiencia y equidad. El análisis que propone el estudio tiene por objeto homenajear al Dr. Cesare Massimo Bianca. Un jurista no solo excepcional de la historia del Derecho sino también un gran ser humano que asumió para el bien de Italia y del mundo, la tarea de contribuir al estudio de los diferentes aspectos que atañe al ordenamiento jurídico con razonamientos y argumentos enraizados en el fondo del Derecho europeo.

II. ORIGEN DE LA REGULACIÓN AUDIOVISUAL.

Los servicios de comunicación audiovisual merecen la consideración de privilegiados intermediarios del interés general[1]. Esta noción seria perfectamente aplicable a los medios más difundidos en los albures del siglo XXI, tales como: periódicos, televisión, radio e Internet. En las sociedades modernas los procesos de comunicación pública se procesan a partir de canales que no eran estrictamente presenciales, de modo ajeno a plazas públicas, o encuentros reales. Es por esta causa por la que Barata I Mir consideró que los medios que responden a un formato audiovisual de comunicación se tratan de "instrumentos dotados de una considerable potencia en el suministro de aquellos mensajes que conforman el material del que está hecho, en el momento histórico presente, el imaginario colectivo[2]". Podemos afirmar así que estos formatos presentan ahora una serie de características que lo convierten en un espacio privilegiado a través del cual poder

1 Sunstein, C.R.: "Internet, democracia y libertad", *República.com*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003, p. 2.

2 Barata I Mir, J.: *Democracia y audiovisual. Fundamentos normativos para una reforma del régimen español*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 17-18.

experimentar una serie de encuentros. En concreto, constituyen instrumentos que facilitaran canales para el diálogo colectivo, facilitaran la cohesión social, creación y reproducción de diferentes experiencias vitales.

En definitiva, los medios de comunicación juegan un papel incuestionable que merece una especial atención por parte de los poderes públicos –en sus inicios- y que de forma paulatina deberán también considerar los operadores privados –tras el proceso de liberalización del servicio-. Constituye, más concretamente, el objeto principal de este apartado analizar cómo surge la ordenación jurídica del servicio de comunicación audiovisual, de acuerdo a: su contenido, soporte y las oportunidades que ofrece el mercado. A su vez, cómo se encuentra sujeto a una serie de parámetros y criterios que resultan convenientes interpretar conforme a las libertades y principios a los que queda vinculado desde una perspectiva objetiva y subjetiva de carácter basilar en el ámbito nacional.

1. Contenido de su regulación constitucional.

Antes de abordar un estudio sobre los retos jurídicos que plantea el actual servicio de comunicación audiovisual en España conviene acotar su objeto. El presente apartado no tiene una finalidad puramente dogmática o teórica, sino que pretende advertir sobre cuestiones diversas como: la base constitucional que permite su regulación; la necesidad de establecer un sistema de garantías para su prestación por parte del Estado; y, las diferentes aristas a las que se ha enfrentado tradicionalmente estos sectores y que aúnan su complejidad en aspectos no puramente jurídicos sino también tecnológicos, de sociales, políticos y de mercado.

La búsqueda de un Derecho que permita garantizar el correcto funcionamiento del servicio de comunicación audiovisual no puede ser entendido sin un encuadre constitucional previo. Si bien es cierto que en texto constitucional no existe un precepto que señale la obligatoria prestación de este servicio, si que es cierto que existen algunos elementos que dan a conocer su protección atendiendo a las consecuencias jurídicas que pueda suponer: a su contenido, su permanencia en el mercado y al soporte.

Por un lado, respecto al *contenido*, debemos señalar un doble escenario que permitirá su garantía, el que ocupa a: los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad. Por la relevancia que adquiere la preservación de los *derechos fundamentale*s debemos destacar el tenor del art. 20 CE por cuanto incide en la regulación del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE)) e información (art. 20.1.d) CE)) lo cual provoca que resulte necesario su desarrollo legislativo ulterior para llevar a cabo una proyección eficaz de su contenido. Con carácter especial, deberemos realizar una breve referencia también a la regulación que versa sobre la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE), que se muestra

como una de las principales novedades que incorporó la norma Fundamental de 1978. Su contenido consiste en el reconocimiento expreso de la protección de los ciudadanos frente al uso de la informática. Por lo que atañe a los *derechos de la personalidad*, quedan regulados en el art. 20.4 CE el derecho al: honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Estas garantías no quedan exentas de determinadas restricciones que deberán ser consideradas en aras de poder realizar un correcto uso del lenguaje y de la información que se desea transmitir. Pese a tratarse de uno de los aspectos más controvertidos desde el punto de vista dogmático[3], la Constitución es bastante esclarecedora en la determinación de los límites a los que se expondrá la comunicación en materia de contenidos como consecuencia de su art. 18.4 CE.

Por otro lado, no podría entenderse un análisis constitucional de los medios de comunicación sin la correlativa perspectiva que ofrece un *mercado* voraz en materia audiovisual. El dinamismo que caracteriza al juego existente entre la oferta y la demanda –de carácter económico- y la innovación tecnológica marcará el futuro de las comunicaciones. Observando las bases que propone, en este aspecto debemos señalar su regulación respecto a: *la organización y control de los medios de comunicación por los poderes públicos"*(art. 20.3 CE), ciertos *límites a los derechos de comunicación y libertad de expresión e información* (art. 20.4 CE), el *derecho de la empresa en relación con los medios de comunicación* (art. 38 CE), el *reconocimiento de la iniciativa pública en la esfera económica* (art. 128.2 CE) y la *regulación de los bienes de dominio público y comunales* (art. 132.1 CE). Si bien todos ellos resultan interesantes, el alcance y la dimensión que ocupa a la libertad de empresa, tiene su anclaje en el art. 38 CE lo cual supondrá una destacada confrontación política[4]. La redacción inicial que adquirió este precepto abrió la veda existente entre la iniciativa privada y la pública condicionada a los intereses económicos generales. La constitucionalización de la libertad de empresa o, dicho en otros términos, la libertad de creación y establecimiento de la industria o comercio ha dado lugar a un término de difícil catalogación jurídica como es la *economía de mercado*[5], siendo la Constitución de 1978 la primera en recogerlo.

Por otro lado, en relación al *soporte*, la distinción de la garantía de prestación existente entre telecomunicaciones y medios de comunicación desciende de la interpretación de la norma constitucional. Sin querer entrar aquí en el detalle del amplio debate doctrinal que se ha desarrollado sobre el tema, resulta necesario recordar que la opinión mayoritaria enmarca la tutela de las *telecomunicaciones* en el art. 18 CE, donde la comunicación se transforma en un receptor *determinado*

3 De Verda Y Beamonte, J.R.: "Derecho a la propia imagen y libertades de información y expresión", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, enero 2013, pp. 23-25.

4 Garrido Falla, F.: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 467-468.

5 *Véanse las SSTC 73/2014, de 8 de mayo y* 12/1982, de 31 de marzo.

e *intangible*. Estas notas características lo diferencian de otros *medios de comunicación*, que se incluye en el art. 20 CE y que regula la libertad de expresión e información referida a un *número indeterminado y fungible* de destinatarios. Desde esta perspectiva, las redes y servicios de telecomunicaciones son utilizadas esencialmente para poder transmitir la información a un sujeto determinado. Los avances tecnológicos, sin embrago, hacen posible no solo transmitir el mismo contenido de información a través de los diferentes cauces de comunicación. También permiten decidir que un mensaje sea enviado a través de una red determinada que será posteriormente recibida, para los efectos oportunos, por una pluralidad de personas no identificadas. De conformidad con estos criterios, el *soporte*, el *contenido* y el *mercado*, constituirán las bases, desde el punto de vista constitucional, para que los poderes públicos puedan garantizar, en óptimas condiciones, la creación de un escenario comunicativo ajustado a las necesidades que presenten los ciudadanos.

La determinación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medios de comunicación, en la actualidad, está revestida de múltiples aspectos problemáticos. Desde una perspectiva histórica, cabe esbozar que a diferencia de lo ocurrido con las telecomunicaciones, que es una materia cuya regulación corresponde en su totalidad al Estado, el sector audiovisual no ha gozado de la misma suerte. En virtud de lo establecido en el art. 149.1.21 CE, la competencia en materia audiovisual se bifurca en torno a dos entes territoriales: el Estado y las Comunidades Autónomas. En este sentido podemos advertir, por un lado, que corresponde al Estado en exclusividad, según lo preceptuado en el art. 149.1.27 CE, la regulación de las normas básicas relacionadas con el sector audiovisual. Mientras, por otro lado, las Comunidades Autónomas dispondrán de las facultades correspondientes al desarrollo legislativo y ejecución de dichas normas.

2. Causas que motivan la regulación.

Las razones que ayudan a la configuración de un texto normativo que tenga por objeto el servicio de comunicación audiovisual servirá para justificar algunas de las insuficiencias que plantea el mercado, atendiendo a la generación de nuevos soportes y contenidos, que los poderes públicos suelen esgrimir para mostrar el cumplimiento de su actuación en beneficio del interés público[6].

6 La Constitución Española no recoge explícitamente el derecho a crear servicios de comunicación audiovisual. Si bien es cierto que la doctrina ha considerado que esta categoría puede ser incluida, de forma implícita, del contenido que proponen los artículos 20 y 38 de la CE. Entre otros, Torres Del Moral, A.: "Sistemática constitucional y cuestiones generales", en AA.VV.: *Libertades informativas* (dir. A. Torres Del Moral), Colex, Madrid, 2009, p. 78.

La televisión y el sistema de radiodifusión han sido considerados 'servicios públicos esenciales' puesto que se caracterizan por ser vehículos principales de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas. Tal y como recuerda la STC 12/1982, de 31 de marzo, "la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador. Si partimos de la consideración de que la calificación de la televisión como servicio público, que consagra el art. 1 de la Ley 4/1980, no está cuestionada, hay que preguntarse si se puede decir lo mismo de la atribución de la gestión directa del servicio público a un ente público (…) ya que adoptar el sistema de gestión indirecta del servicio público requiere una decisión del legislador y un desarrollo legislativo que este Tribunal no puede suplir" (F.J. 4 y 5)[7].

Más tarde le seguirá la STC 74/1982, de 7 de diciembre que, al igual que el caso anterior, pretende contrarestar la negativa del poder ejecutivo a la solicitud llevada a cabo por la productora de Antena 3. A diferencia del caso anterior, el recurso de amparo guarda relación con la televisión por cable de carácter local por lo que no perviven las limitaciones existentes en la transmisión a través de ondas terrestres del caso anterior. Aun así el Tribunal Constitucional se reafirma en la idea de defender que "su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley Orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de algunos de los derechos constitucionales del art. 20 (art. 81 de la C.E.), es decir, que, en todo caso, deben ser respetados los principios de libertad, igualdad y pluralismo político, como valores fundamentales del Estado. Y este último argumento, el de la necesidad de una Ley Orgánica que exprese, dentro del marco de la Constitución, la decisión política de instituir la llamada 'televisión privada', debe ser reiterado en esta ocasión por nosotros en su pleno alcance de generalidad, ya que sólo esta Ley podrá considerar el conjunto de los problemas suscitados y darles una solución armónica" (F.J. 4º).

Finales de los años 80 supuso una reivindicación del sector a nivel normativo, en la que se aprobarían leyes de vital importancia en el sector como fueron: la Ley

7 La resolución contó con el voto discrepante del Magistrado Rubio Llorente, que permitirá anticipar el ulterior viaje jurisprudencial. En concreto consideró que al legislador le compete la correcta configuración del derecho, "la mayoría del Tribunal se ha sentido obligada a precisar que la 'decisión política' de implantar la televisión privada deberá revestir forma de Ley orgánica 'en la medida en que afecte a alguno de los derechos constitucionalizados en el art. 20', de entre los que, según parece, se excluye precisamente el derecho a crear emisoras de televisión". Sin embargo, en el caso que nos ocupa no hay regulación sino negación del mismo, de modo que afirma que "el monopolio estatal de la televisión no es constitucionalmente legítimo y que, en consecuencia, los particulares tienen derecho a crear y operar emisoras de televisión en los términos que establezca la correspondiente Ley, la cual, en cuanto desarrolla un derecho fundamental, ha de ser Ley orgánica".

4/1980, de 10 de enero, de estatuto de Radio y de la Televisión, la Ley 31/1987, de 18 de diciembre de ordenación de las telecomunicaciones y la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada, que implica la desaparición de la situación de monopolio que había caracterizado tradicionalmente al sector[8]. En este primer momento, la única concepción normativa que se atisbaba, y de prestación del servicio, era aquella que contemplaba la esfera nacional representada en dos canales de televisión: Radiotelevisión española (RTVE) y la 2, sucediendo del mismo modo respecto a la radio. La ausencia de una normativa que atienda a las televisiones locales implicará batallas judiciales ante los tribunales para evitar su cierre[9]. En los años 90, la jurisprudencia evolucionará en un doble sentido[10]. Por un lado, se reafirmará en la idea que surge de la *publicatio*. En este punto señalará sus limitaciones y las obligaciones que se atribuyen hacia la intervención por parte de los poderes públicos. Por otro lado, hay un cambio de postura respecto a la década anterior tras lograr estimar el recurso de amparo a las cuestiones relativas a la televisión por cable[11], no así respecto a las televisiones que operan mediante ondas terrestres[12].

Con carácter previo a la aprobación del Texto Constitucional, los medios de comunicación, en su sentido clásico, fueron considerados como servicios públicos[13]. La declaración que hace el legislador a través del art. 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y de la Televisión, no hace más que reproducir este sistema[14]. La doctrina, no fue unánime en la defensa de este modelo y se dividía entre quienes consideraban que se trataba de una declaración

8 La STC 31/1994, de 31 de enero (F.J. 7º).

9 La jurisprudencia señalada en el periodo que ocupa los años 80, a propósito de la creación de medios, se encuadra en el siguiente esquema: en virtud de lo señalado en el art. 20 se convierte en una libertad sirviente, se trata de un derecho de libertad como una garantía que permitirá respaldar una opinión pública libre; se trata de un derecho de configuración legal, sin la cual no será exigible.

10 García García, J.: "El derecho a crear medios de comunicación audiovisual. Evolución de la jurisprudencia constitucional y liberalización de la actividad de radio y televisión", *Derecom*, núm. 22, pp. 81-99.

11 SSTC 74/1982, de 7 de diciembre y 31/1994, de 31 de enero, donde ambos pronunciamientos se refieren a la televisión local por cable. La primera no se estima en amparo y la segunda sí, por lo que destaca que el soporte como tal no requiere de la existencia de una atribución directa de frecuencias y potencias a efectos de emitir. También resulta importante la STEDH de 24 de noviembre de 1993, caso *Lentia v. Austria*, donde entre laza la idea de que una opinión pública libre es aquella que lleva aparejada un reconocimiento en la creación de medios. Argumento que ha sido desarrollado por autores como Azpitarte, M.: "La dimensión constitucional del derecho a prestar el servicio de comunicación audiovisual: creación de medios, dirección editorial y autorregulación", en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley General de Comunicación Audiovisual* (coords C. Chinchilla y M. Azpitarte), Cizur Menor, Madrid, 2011, p. 231.

12 Las SSTC 12/1982, de 31 de marzo y 88/1995, 6 de junio y el ATS 260/1990, 18 de junio, que cuentan con la desestimación judicial, hacen referencia al empleo de ondas terrestres, al tratarse de un recurso hasta entonces escaso, lo que requiere de una previa autorización para poder proceder a su uso. Los años 90 supondrán una liberación de la antena y la configuración de límites legales a la actuación de las cadenas.

13 Bastida Freijedo, F.J.: *La libertad de antena, el art. 20 de la CE y el derecho a crear televisión*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 134.

14 El tenor del artículo 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión reproduce que, "*La radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado*".

inconstitucional[15] mientras que otros defendían su legitimidad[16]. Finalmente, la compatibilidad existente entre el ejercicio de derechos fundamentales y la idea de servicio público fue constatada con la incorporación de la técnica concesional. Más tarde, la STC 127/1994 subrayó que la *publicatio* era compatible con el ejercicio de libertades y prestaciones que son consustanciales a la prestación de determinados servicios esenciales. Sin embargo, este aspecto no contó con el consenso de algunos críticos que solicitaban las sustitución de la *publicatio* por la consideración de servicio de interés general que finalmente tendrá lugar a raíz de lo señalado por la Directiva 94/46/CE de la Comisión de 13 de octubre de 1994, por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE especialmente en relación con las comunicaciones por satélite, que afectó a la liberalización del servicio cuyas emisiones tenían lugar vía satélite, no así respecto a las que son por cable. En España, la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, se mostrará reticente al abandono de la idea de servicio público. No sería pues, hasta la aprobación del Real Decreto 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones y correlativa Ley 11/1998, de 25 de abril, General de telecomunicaciones, cuando se dará comienzo a una nueva categoría de prestación basada en el concepto de servicios de interés general.

La despublificación total, atendiendo a la televisión por cable llegará con la aprobación de la Ley 10/2005, de 14 de junio, de medidas urgentes para el impulso de la televisión digital terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo. Finalmente, el abandono total de esta categoría llegara con la actual Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), que define en su artículo 22.1 que, "los servicios de comunicación audiovisual, radiofónico y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y a recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos". En este contexto, la LGCA vincula el derecho a la creación de los medios de comunicación con el art. 20 y 38 CE mencionados, abriendo la opción a otros que contempla el ejercicio de participación en la vida política y social del art. 9.2 CE. Destaca su contenido, frente a leyes precedentes, la importancia que adquiere la posición subjetiva frente a la objetiva.

15 Bastida Freijedo, F.J.: *La libertad de antena*, cit., 1990, p. 138.

16 Chinchilla, C.: "El Servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión", en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García De Enterría* (coord. S. Martín Retortillo Baquer), Vol. 2, Cizur Menor, Madrid, 1991, pp. 943-972.

3. Fines de la regulación del sector audiovisual.

La regulación del sector audiovisual cuenta con distinta motivación atendiendo al lugar del globo al que estemos haciendo referencia. Mientras que la televisión en Europa crecía en la figura del monopolio, en Estados Unidos emergía y se desarrollaba como una actividad privada. En este contraste podemos observar la existencia de una serie de reglas y principios diferenciados que marcarán la forma en la que tendrá lugar su prestación. La evolución que habilitó el posmonopolio televisivo permitió que las televisiones privadas entraran a formar parte de las democracias más avanzadas, de donde surgió el debate sobre la oportuna regulación de los medios de comunicación audiovisual. Aunque la controversia sigue suscitando especial interés planteando cuestiones que siguen siendo de actualidad en nuestros días, tales como: ¿qué regular?, ¿cómo hacerlo?, ¿cómo llevarlo a cabo? y ¿quién deberá ejecutarlo?, no es menos cierto que algunos aspectos originales han experimentado un cambio notable. Entre ellos, la idea de escasez tecnológica va adquiriendo un peso cada vez menor. Interesa recordar, el importante valor que ocupó en los años 80 en aras de poder acceder a una *ratio* de frecuencia de ondas hertzianas que era limitado. El papel que ocupaba este aspecto era no menos interesante si atendemos a que suponía una modulación o afección del espacio público de comunicación, lo que permitía construir posiciones de poder poco democráticas.

La digitalización supone un verbo en nuestros días que requiere de una regulación al volante. Las tecnologías amparadas en esta estrategia han llevado a un sinfín de sectores de los cuales no son ajenos los servicios de comunicación audiovisual. Sin embargo, esta evolución no consiste solo en la incorporación de herramientas y programas que den inicio a su prestación y he aquí uno de los principales desafíos que ocupa a esta transición. Las consecuencias que atrae cuentan con varias voces discordantes. Bourdieu ya vaticinó hace algunos años el alcance que podría llegar a tener la televisión, lo que supondría un peligro para la producción cultural y no menos riesgo generaría en la democracia[17]. La posición de dicho autor contrasta con la que, tiempo más tarde, ofrecería Popper quien observa este proceso desde la perspectiva que ofrece la 'Cattiva maestra la televisione[18]'. Poner en balance estas cuestiones nos ayudará a mostrar la significación y la relevancia que adquiere la comunicación audiovisual respecto a la cultura democrática.

La existencia de una pluralidad de medios de comunicación no siempre es una garantía suficiente para tutelar los derechos de quienes consumen los contenidos. Si bien es cierto que la libertad de información es una categoría necesaria para preservar este derecho no siempre se garantiza que el contenido de la argumentación esgrimida deba ser de la misma índole. La prestación de un servicio

17 Bourdieu, P.: *Sobre la televisión*, Traducción de Thomas Kauf, Editorial Anagrama, Barcelona, 1996.

18 Popper, K.: *Cattiva maestra televisione*, Berlin, Marsillo, 2002.

que tenga en cuenta la garantía del interés general cumple con estas expectativas que son tan significativas y que requiere una sociedad pluralista. La búsqueda de mecanismos que permitan regular estos términos adquiere una vital fuerza ante un escenario en constante cambio. Supone de gran relevancia atender a los límites que deberá tener así como observar su contenido[19].

En las sociedades democráticas avanzadas, la prestación de un servicio público de comunicación audiovisual debe considerar las necesidades que plantea el conjunto de la ciudadanía y no centrar sus fines en un colectivo concreto. El interés particular no debe convertirse en la palanca de políticas públicas que motiven la implementación. Esta característica es la que permitirá identificar a los medios de comunicación privada o interpersonal. A mi juicio, la gran incidencia que ocupa sobre el conjunto de la ciudadanía hace que sea oportuna su regulación, aunque esta afirmación no ha sido compartida por el conjunto de la doctrina. Fowler señalaba que sería banal llevar a cabo una regulación de estas características al considerar al televisor y la radio dos electrodomésticos propios del ajuar doméstico[20]. La propuesta normativa que realiza la Unión Europea diverge de esta interpretación. Baste cita por caso el tenor de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión de 2009 por cuanto entiende que, "los Estados miembros consideraron que era preciso mantener el servicio público de radiodifusión como un medio para garantizar la cobertura de una serie de ámbitos y satisfacer las necesidades y los objetivos de interés público que, de lo contrario, no necesariamente resultarían satisfechos en grado óptimo[21]" . Por su parte, la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de enero de 1999, sobre el servicio público de radiodifusión y que trae de nuevo la citada Comunicación, recuerda que, "es necesario que los servicios públicos de radiodifusión puedan seguir ofreciendo una programación diversificada acorde con la función que le hayan asignado los respectivos Estados miembros, a fin de atender a la sociedad en su conjunto; en este sentido es legítimo que los servicios públicos de radiodifusión hagan lo posible para llegar a una amplia audiencia[22]". En definitiva, corresponde a cada uno de los Estados definir, atribuir y organizar el servicio público.

4. Coherencia institucional y colaboración público-privada.

La revolución que ha experimentado la innovación de la técnica en los últimos años ha limitado la clásica escasez de medios y de espectros a la que los servicios

19 Malaret I García, E.: "La regulación audiovisual entre democracia y mercado", *Rivista della Regolazione dei mercati*, fascicolo 2, 2015, pp. 27-28.

20 Sunstein, C.R.: "Internet, democracia", cit., 2003, pp. 2 y ss.

21 DOUE 27.10.2009, C-257/01.

22 DOUE 03.02.1999, C-30/01.

de comunicación audiovisual nos tenían acostumbrados. La aparición de redes más potentes y la creación de soportes, plataformas y tecnologías de distribución más avanzadas invitan a que entendamos el servicio de comunicación audiovisual desde un enfoque más amplio, donde internet ocupa un papel protagonista. La dualidad existente entre innovación-técnica sumada a la económica ha permitido la ruptura con la situación de monopolio abriendo el servicio a un gran número de operadores que no se detiene con el paso del tiempo. Si bien, la duplicación de la oferta no supone *per se* una mayor variedad de contenidos, ayudará a que espectador tenga más oportunidades de satisfacer sus necesidades de entretenimiento o informativas.

La apertura del mercado audiovisual a productoras privadas supuso la existencia de una mayor competencia en su prestación. A diferencia de su prestación, en su vertiente privada, desde una perspectiva pública se deberán garantizar las condiciones necesarias para velar por los derechos señalados en el tenor constitucional, tales como la exposición de una opinión pública libre que no esté condicionada a una cuota de audiencia con fines económicos, entre otras. La apertura al pluralismo, la garantía de contenidos de calidad, la satisfacción de los intereses de los usuarios, son algunas de las manifestaciones que Barata i Mir ha señalado como necesarias para lograr un sector audiovisual que cumpla con los valores propios de una sociedad democrática. Coincido con el autor cuando continúa señalando que "en el caso de la comunicación audiovisual, el interés privado sólo redunda en beneficio privado, nunca se obtiene un beneficio público si éste no se busca explícitamente. Pues el interés público, en tal caso, no se mide por el cómputo de audiencias, sino por otros parámetros que (…), tienen que ver con la protección de los derechos y valores más básicos. Tal es la razón por la intervención del Estado, a través del ordenamiento jurídico, es inevitable[23]". Si bien la Constitución Española no establece de forma concreta la prestación del servicio audiovisual como fundamental, si que este sector atiende a bienes demasiado esenciales para que pueda ser descuidado u otorgado en exclusiva a manos o intereses de mercado o esperar a que se ofrezcan libremente por parte de los prestadores cuyo objetivo consiste en la búsqueda del beneficio privado.

Una vez definido los objetivos del servicio público audiovisual y su diferenciación público y privada, la Ley 7/2010 atiende a la asunción de competencias. Así pues, desde un punto de vista objetivo dispone que el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán acordar la prestación del servicio público de comunicación audiovisual con el objeto de emitir en abierto canales generalistas o temáticos (art. 40.2º LGCA). A diferencia de lo que sucedía en tiempos pasados, la prestación del servicio público y el servicio privado, que compete a este sector, no tienen que estar reñidos. Si bien es cierto que ambos

23 Barata i Mir, J.: *Democracia y audiovisual,* cit., 2006, p. 11.

ocupan un papel diferenciado en el mercado estatal, autonómico y local. En los dos últimos, permite que la prestación pública del servicio descanse en manos privadas. Destaca en este sentido, Fernández Farreres que la Ley 7/2010 deroga la Ley 46/1983, de 26 de diciembre del Tercer Canal de Televisión que, en el marco del Estatuto de la Radio y Televisión de 1980, abrió la posibilidad de que las Comunidades Autónomas pudieran gestionar como concesionarios un tercer canal estatal de televisión, sin perjuicio de que alguna de ellas, de acuerdo con las previsiones de sus Estatutos de Autonomía, también pudieran dotarse de televisiones propias[24]. Se abre por tanto la posibilidad, que no la obligación, de establecer un nuevo marco jurídico general para los prestadores de servicio público audiovisual autonómico, para garantizar: la promoción de la lengua, la cultura o identidad del territorio, que la asume dentro de su ámbito competencial. El art. 42 LGCA exige, además, que la gestión de los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, se otorguen conforme a criterios de transparencia empresarial.

Finalmente, la Ley 6/2012, abre una diversidad de opciones para que sean los gobiernos autonómicos quienes decidan qué modelo de gestión desean aplicar a sus propios servicios públicos de comunicación audiovisual. La explotación del servicio puede consistir, entre otras modalidades, en primer lugar, en la *gestión directa* a través de los propios órganos, medios o entidades; en segundo lugar, en la atribución a un tercero de la *gestión indirecta* del servicio o de la producción; y en tercer y último lugar, en la prestación del mismo a través de otros medios de *colaboración público-privada*. Asimismo, con la citada reforma del 2012, se permite la transformación de la gestión directa del servicio a la gestión indirecta mediante la enajenación de la titularidad de la entidad prestadora del servicio[25]. En otras palabras, se habilita la privatización de las televisiones públicas autonómicas.

En síntesis, podemos afirmar que con anterioridad a esta reforma, la Ley General de Comunicación Audiovisual no imponía a las Comunidades Autónomas la prestación del servicio público de televisión mediante la creación de un canal público y, de hecho, sólo trece autonomías hacían uso de este servicio. En cambio, en el plano actual, las Comunidades Autónomas podrán optar por seguir prestando directamente el servicio de comunicación audiovisual o, en su caso, encomendar a un tercero la gestión indirecta del mismo o la producción y edición de programas sin limitación alguna. Además la Ley contempla una posible privatización absoluta, en el sentido de poder optar por la transformación de un canal público en privado y dejar, por consiguiente, de prestar un servicio público. Ante esta situación se abren las oportunidades de negocio para aquellas empresas

24 Fernández Farreres, G.: "Televisión pública. En especial, la televisión estatal", de la obra *Regulación (del volumen dedicado al audiovisual)*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 119-178.

25 García Castillejo, A.: *La televisión en España. Marco Legal*, Editorial UOC, Barcelona 2014, pp. 83-84.

de servicios audiovisuales tales como fondos de inversión, consultoras o empresas de capital riesgo.

III. LA EXIGUA REGULACIÓN DEL SERVICIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

Los españoles que vivimos en la sociedad actual hemos sido capaces de ver una evolución del servicio de comunicación audiovisual que excede lo imaginado. Si nos remontamos a los inicios de este medio, nuestros antepasados, a penas podían vislumbrar un hilo de voz informativo –la radio- hasta que llegaría un electrodoméstico que sería revolucionario en la época –la televisión-. A lo largo de nuestras vidas, hemos podido ir observando como el servicio iba creciendo y mejorando cada día desde diferentes prismas. Baste citar como ejemplo, el aumento de canales que surge como consecuencia de la liberalización del servicio -contenidos-; la transformación del modelo de televisión con pantallas más finas que chocan con el modelo de transistor tradicional -soporte-, incluso la prestación de contenidos se torna más exigente como consecuencia de la evolución que va adquiriendo la oferta y la demanda -mercado-. Nuestra renta *per cápita* y el nivel de vida no hacían más que crecer de modo que parecía no tener fin y que admitía, sin demasiada resistencia, la reivindicación de un marco jurídico que permitiera aunar el esfuerzo realizado por el legislador tratando de abordar cada uno de los supuestos que iban planteando controversias en el sector. A esta reflexión de fondo hay que unir un análisis serio de los instrumentos que disponemos, de las herramientas jurídicas que el sector audiovisual tiene a su alcance. Es por ello necesaria la realización de un estudio concreto sobre la actual Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010 para más tarde atender a los desafíos a los que se enfrenta el sector.

1. La Ley General de Comunicación Audiovisual 2010.

La parte del ordenamiento jurídico que se ocupa de la regulación de la radio y la televisión en España hasta 2010 se había convertido en uno de los más complejos y difíciles de abordar, no tan solo respecto al Derecho Público sino tomando como referencia el conjunto del ordenamiento jurídico[26]. La LGCA logra poner fin a esta tradición que generaba inseguridad en su implementación, al caracterizarse de un sector que desde el punto de vista regulador era fragmentado y disperso. En su Preámbulo, expone que esta Ley "pretende compendiar la normativa vigente aún válida, actualizar aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones y regular las nuevas situaciones carentes de marco legal". Pero junto a este objetivo

26 González-Echenique Castellanos De Ubao, L.: "El ordenamiento jurídico regulador de la radio y la televisión en España", en AA.VV.: *La Nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet* (dir. J.M. Villar Uríbarri), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 381.

general de carácter interno, la ley se crea con el objeto de dar cumplimiento a la transposición, a nuestro ordenamiento nacional, de la normativa europea de armonización en materia audiovisual, así como determinadas exigencias que venía planteando el Tribunal de Justicia a propósito de la libre circulación de servicios de comunicación audiovisual[27].

A) Ámbito subjetivo de actuación.

En paralelo a la evolución normativa resulta interesante abordar un estudio sobre quiénes son las partes que se verán afectadas en el sector de comunicación audiovisual y que características presentan. Con carácter general debemos reconocer como titulares de los derechos del servicio de comunicación audiovisual a: todos los "españoles", "ciudadanos", "personas" o "individuos". En consecuencia, con carácter primario, serán *potenciales consumidores* de los medios de comunicación todos los individuos que conforman una sociedad sin que pueda prevalecer ninguna discriminación que encuentre su razonamiento "*en el lugar de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*" (art. 14 CE[28]). Frente al reconocimiento genérico que se ha expuesto, se le atribuye un reconocimiento específico de protección a determinados usuarios que se catalogarán según sus diferentes vinculaciones. Entre los mismos, podemos citar a quienes ostentan la condición de 'extranjeros' -nacionalidad- (art. 13 CE[29]); y, a la 'infancia' -razón de la edad- (art. 20.4 CE[30]). De forma más concreta, también debemos citar en este estadio, el reconocimiento como usuario específico a determinados colectivos sobre los que recae la titularidad de velar por los intereses de *colectivos especialmente vulnerables*. Estos usuarios sensibles, los conforman los menores (art. 7 LGCA) o las personas con discapacidad (art. 8 LGCA), entre otros[31], sobre los cuales disponen una relación de especial vinculación.

27 Como dispone la D.F. 5º LGCA, "mediante esta Ley se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva".

28 Garrido Falla, F. (dir.): *Comentarios a la Constitución*, cit., 1980.

29 *Álvarez De* Mon, S.: "Globalización y nuevas tecnologías: retos del liderazgo", *Harvard Deusto business review*, núm. 102, 2001, pp. 12-24; De Juan González, P.: "Uso de las nuevas tecnologías en la enseñanza de lenguas extranjeras", *LFE: Revista de lenguas para fines específicos*, núm. 18, 2012, pp. 183-212.

30 Alonso bayón, M.: "Medios de comunicación y la infancia", *Revista de la SEECI*, núm. 11, 2004, pp. 39-59; Marinas Herreras, J.M.: "Infancia, ciudadanía y medios de comunicación", *Política y sociedad*, vol. 43, núm. 1, 2006, pp. 159-168; Rodríguez Costa, M.J.: "Infancia vulnerable en los medios de comunicación", *Sociedad e Infancias*, núm. 1, 2007, pp. 347-351.

31 La aprobación de la Directiva 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, adiciona un colectivo susceptible de vulnerabilidad junto a los ya considerados tradicionalmente –menores y personas con discapacidad-. En concreto, nos estamos refiriendo a las *víctimas del terrorismo* regulada, entre otros preceptos, en el art. 6 b) de la Directiva de modificación de los servicios de comunicación audiovisual de 2018.

También será necesario señalar a quiénes ocupan la prestación del servicio y que conforman la *oferta de contenidos*. La conversión del modelo tradicional de monopolio provocada por la liberalización en las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información ha generado una tendencia a considerar que los servicios públicos se verán, en mayor medida, desatendidos por parte de los poderes públicos en detrimento de los derechos e intereses de los ciudadanos que participan en el sector. Este proceso de transformación de los mercados se observa como una reducción de la intervención pública destinada a abrir la competencia al sector privado con el objeto de mejorar la promoción de dichas actividades. Sin embargo, tal y como ha quedado constatado en la práctica, la liberalización no cuenta con el resultado discernido. Más bien al contrario, ha logrado fortalecer el principio de pluralismo informativo con el que se permite una mayor claridad expositiva y certeza del contenido transmitido[32]. Este proceso de liberalización sectorial, se ha concretado pues, como ya tuvimos ocasión de analizar, en lo que algunos autores han denominado el *tránsito desde un Estado gestor hacia el Estado regulador*[33]. Con todo, los prestadores de servicio público audiovisual no podrán valerse de su posición para nutrirse de las técnicas de intervención y así, adquirir una posición ventajosa en el mercado respecto a los operadores privados. Su grado de determinación dependerá, más bien, como señalan Carrasco Perera, Arroyo Jiménez y Mendoza Losana de otros factores como: i) los términos legales con el que se estructura la prestación de cada uno de ellos; ii) el sector o actividad sobre el que guarda una cierta proyección; y, iii) la adopción de un conjunto de medidas con otras de la misma índole que se aprueban de forma conjunta o paralela[34].

B) El triple escenario de actuación soporte, contenido y mercado.

Con la redacción de la LGCA podemos hacer notar la compilación de la disparidad de texto normativos que ocupaba a la regulación precedente. A fin de atender a su contenido debemos basar nuestro análisis en algunas ideas claves para su comprensión. En primer lugar, atenderemos a cómo los servicios de comunicación audiovisual se comportarán ante la afluencia de intereses

32 Así lo han defendido autores como Carrasco Perera, A., Arroyo Jiménez, L. y Mendoza Losana, A.I.: "Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor", en AA.VV.: *Estudios sobre telecomunicaciones y Derecho de Consumo* (coord. A. Carrasco Perera), Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 187-189.

33 Entre ellos, Esteve Pardo, J.: "La recepción en la Europa continental del derecho de la regulación de la economía (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)", *Revista de Administración Pública*, núm. 183, Madrid, septiembre-diciembre, 2010, pp. 302-303; Esteve Pardo, J.: "Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho Público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad", en AA.VV.: *La metamorfosis del Estado y del Derecho, la Televisión e Internet* (dir. M.A. Presno Linera) en la obra colectiva de (Coord.), Fundamentos: Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2014, pp. 85-120, entre otros estudios del mismo autor.

34 Carrasco Perera, A., Arroyo Jiménez, L. y Mendoza Losana, A.I., "Impacto de la evolución", cit., 2005, p. 189.

públicos y privados, que determinarán su papel en el *mercado*. La confluencia de intereses públicos y privados sitúa a los medios de comunicación en el frontispicio de la regulación del sector, ya que las reglas del mercado, en ningún caso, se podrán interponer a los valores señalados en el texto constitucional[35]. Desde el ordenamiento jurídico español, la LGCA anuncia, en su Exposición de Motivos que, "La industria audiovisual se ha convertido en los últimos años en un sector cada vez con mayor peso y trascendencia para la economía. Los contenidos audiovisuales y su demanda forman parte de la vida cotidiana del ciudadano actual. No se concibe el mundo, el ocio, el trabajo o cualquier otra actividad sin lo audiovisual" reconociendo al mismo tiempo, que la garantía del servicio público de radio y televisión correrán a cargo de los operadores públicos. En concreto, el Título IV de la LGCA justifica esta afirmación en, "los objetivos generales que debe buscar este servicio público como son: difundir contenidos que fomenten los valores constitucionales, la formación de opinión pública plural, la diversidad lingüística y cultural y la difusión del conocimiento y las artes, así como la atención a las minorías". Los límites jurídicos que se establecen en este Título quedan así claramente fijados tanto en la normativa comunitaria como en la española.

Con todo, el afloramiento de nuevas técnicas y derechos fundamentales que deberán ser dignos de protección, por parte de los poderes públicos, hacen avivar nuevos mecanismos de protección en el mercado audiovisual. Por ello, el legislador en la LGCA busca definir: qué deberemos entender por servicios de comunicación audiovisual y establece qué medios serán entendidos como tal, "los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos" (art. 22.1 LGCA). Este derecho será correlativo a la acción de los consumidores con el objeto de que, "la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios, tanto públicos, comerciales como comunitarios que reflejen el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad. Además, todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una diversidad de fuentes y de contenidos y a la existencia de diferentes ámbitos de cobertura, acordes con la organización territorial del Estado. Esta prestación plural debe asegurar una comunicación audiovisual cuya programación incluya distintos géneros y atienda a los diversos intereses de la sociedad, especialmente cuando se realice a través de prestadores de titularidad pública" (art. 4 LGCA). Ante esta previsión normativa se determinará que, "La libertad de prestación del servicio de comunicación audiovisual se ejercerá de acuerdo a las obligaciones que como

35 *Nótese en este sentido, el contenido de la STC 127/1994, de 5 de mayo, a propósito del recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la* Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

servicio de interés general son inherentes a la comunicación audiovisual y a lo previsto en la normativa en materia audiovisual" (art. 10.3 LGCA).

En segundo lugar, es importante atender al *soporte*. Resulta cuanto menos importante destacar que la idea de servicio de comunicación audiovisual se dirige a aquellos contenidos que guarden relación con la radio y la televisión. Nada se establece, por el contrario, sobre cuál será su prestación respecto a otros medios. Por ejemplo, los ofertados a través de internet. Desde una perspectiva jurídica y constitucional estas obligaciones, que se crean a favor del interés general en el ámbito de la comunicación audiovisual, constituyen los argumentos necesarios para la creación y la prestación de dicha actividad como un servicio público esencial y que permitirá a su vez, el control de la actividad privada por parte de los poderes públicos mediando fórmulas incisivas[36]. Esta razón perdurará hasta nuestros días en la catalogación de los servicios audiovisuales como 'servicios de interés general'. La LGCA realiza una atribución expresa al control de la gestión y del cumplimiento del servicio público en los medios de comunicación. La competencia para llevar a cabo esta labor con plena eficacia se le otorga a: las Cortes Generales, Parlamentos autonómicos, órganos del Gobierno local y a las autoridades audiovisuales[37]. Respecto a estas últimas, debemos referirnos a la CNMC como la encargada de llevar a cabo la evaluación de los nuevos servicios que se deseen incluir, siempre y cuando estos respondan a la misión de servicio público y no alteren el libre funcionamiento del mercado audiovisual (art. 41.3 LGCA). La necesidad de llevar a cabo su prestación tiene su origen en la Comunicación de 2 de julio de 2009, en la que se hace una alusión especial a que serán los Estados miembros quienes doten de los mecanismos necesarios, mediante mecanismos independientes del organismo público de radiodifusión, con fines a que controlen cualquier posible sobrecompensación que sea contraria al principio de proporcionalidad[38].

En tercer lugar, debemos señalar el escenario que ocupa a los *contenidos* vertidos a través de estos medios. La transformación que han experimentado los medios de comunicación a lo largo del tiempo inducen a menudo a cambios en el mensaje que se desea transmitir. La LGCA hace especial hincapié en aquellos que guardan relación con los colectivos que ha considerado como especialmente vulnerables, los menores y las personas que presentan alguna discapacidad. La salvaguarda de los menores frente a los contenidos audiovisuales que puedan

36 Carrillo Donaire, J.A., "Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general", en AA.VV.: *Derecho de la regulación económica, V. Audiovisual,* Iustel, Madrid, (dir. S. Muñoz Machado), 2012, pp. 293-297.

37 Medina González, S., "El servicio de comunicación audiovisual", en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley General de Comunicación Audiovisual* (dir. C. Chinchilla Marín, y M. Azpitarte) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 477-480.

38 Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, Asunto C-257/01, 27.10.2019, adoptado en Bruselas por la Comisión el 02.07.2009 en "Ayudas estatales: La Comisión actualiza las normas para la financiación estatal de los servicios públicos de radiodifusión", IP/09/1072.

serles perjudiciales ha sido uno de los elementos nucleares de la regulación del sector audiovisual desde el prisma tanto europeo como español. La protección psíquica, mental y moral del desarrollo de los menores se convierte así, en uno de los ejes prioritarios que configura la moralidad pública[39]. En España, la LGCA regula la protección de menores en su contacto constante con los servicios audiovisuales. Este elemento, ha sido desarrollado por las autoridades reguladoras a través de normas y códigos que buscan la protección de la juventud[40] ante la exposición de posibles contenidos dañinos para su desarrollo. Para poder ejecutar con éxito esta labor, la Ley incluye un código de conducta, establecido por los organismos de radiodifusión, que se ocupará de la protección de menores contra el contenido perjudicial. Cualquier operador que no cumpla con los códigos de autorregulación señalados por el mismo cometerá una infracción administrativa y, en consecuencia, podrá ser sancionado[41]. Precisamente, la necesidad de establecer una regulación sobre el contenido que pueda causar un perjuicio a los menores, se convierte en una garantía primaria de la LGCA. Merece la pena pues, detenernos en observar el tenor del art. 7.2 LGCA por cuanto viene a introducir la regulación de aquellos contenidos que, "*puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores*[42]". Precisamente el argumento esgrimido muestra cual es la finalidad de la norma, que no es otra que evitar que los menores accedan a contenidos que puedan perturbar gravemente su desarrollo. Para poder proceder a velar por dichos intereses deberemos atender a una efectiva utilización de la práctica social de dichos medios. En consecuencia, sería mucho más eficaz la labor desarrollada por las autoridades competentes a las que hace referencia el art. 9.2. LGCA, o los mecanismos de autorregulación previstos para tales efectos (art. 12 LGCA). Por lo respecta a las personas que presentan alguna discapacidad, la Ley va más allá y determina, en su artículo 8 LGCA, la procedencia de llevar a cabo su protección como sujeto que deberá gozar con plenitud de todos los derechos y libertades intrínsecos a su persona. Esta fórmula deberá llevarse a cabo poniendo en valor las técnicas y garantías que nos ofrece la Constitución Española para asegurar la igualdad de todos los ciudadanos. En concreto, el art. 9.2. CE señala la obligación constitucional de promover todos los elementos que sean necesarios para remover cualquier obstáculo que restrinja la libertad del individuo o impida su plenitud. La aplicación de este principio al ámbito de la discapacidad

39 EFTA Court, E-08/97 - *TV 1000 Sverige AB v The Norwegian Government represented by the Royal Ministry of Cultural Affairs*, (considerando 26).

40 Entre otros, Ley Orgánica 1/1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, de 9 de diciembre de 2004.

41 Cabrera Blázquez, F.J., Cappello, M., Valais, S. y Lépinard, A.: *La protection des mineurs dans un paysage médiatique en pleine convergence*, IRIS Plus 2015-1: Une série de publications de l´Observatoire européen de l´audiovisuel, Estrasfurgo, 2015, p. 27.

42 Así lo recuerdan las Sentencias de la Audiencia Nacional, todas ellas de la Sala de lo Contencioso, de 18 de mayo de 2015, rec. núm. 519/2013, 10 de febrero de 2016, rec. núm. 111/2013, 27 de noviembre de 2018, rec. núm. 384/2016 (F.D. 3º).

supone la producción de efectos de incalculable valor[43]. La sociedad deberá avanzar a fin de emprender acciones que ayuden a garantizar que las personas con discapacidad puedan desarrollarse en condiciones de igualdad respecto al resto de los ciudadanos. Debemos poner nuestro foco de atención así, en la necesidad de garantizar, la diversidad, la inclusión y la convivencia en el manejo de las comunicaciones, enfatizando la preservación de estos nuevos valores y trabajando de manera transversal atendiendo a las necesidades existentes (art. 2.o) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

En un principio, la LGCA contemplaba como autoridad competente para llevar a cabo esta labor de control al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (en adelante CEMA). No obstante, esta autoridad nunca llegará a crearse y en su lugar se produjo la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (Disposición adicional segunda LGCA) a la que se le encomendará, entre otras materias, la labor de control del servicio público de los medios de comunicación. En concreto, el artículo 9.8 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a propósito de la competencia de supervisión y control en materia de mercado de la comunicación audiovisual, señala que la CNMC velará por, "el cumplimiento de la misión de servicio público encomendada a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la adecuación de los recursos públicos asignados para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el Título IV de la Ley 7/2010, de 31 de marzo". Esta función terminará por concretarse, en el control de las obligaciones señaladas en dos vertientes: en el Titulo IV de la LGCA y las encomendadas por la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal para el control de la Corporación de Radio y Televisión Española, que además establece un tercer control externo por el Tribunal de Cuentas (art. 41 LCRTVE). La necesidad de establecer la promoción de la producción de obras europeas, no sólo se convertirá en uno de los objetivos para el legislador nacional. El art. 5.3 LGCA impone la obligación de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de producir obras cinematográficas de forma proporcional a sus ingresos. La CNMC, en virtud de los establecido en el art. 5.2 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, deberá ejercer la labor de control y supervisión, por parte de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual y los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que difunden canales de televisión, sobre el correcto cumplimiento de la obligación financiación anticipada de la producción y las cuotas de emisión de obras europeas conforme a lo dispuesto

43 Barceló Blanco-Steger, J.L.: "Los derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Derecho de la Regulación Económica. V. Audiovisual* (dir. S. Muñoz Machado) Iustel, Madrid, 2012, pp. 439-440.

en la LGCA. Entre sus competencias, también se encuentra el deber de velar por las obligaciones de emisión anual de estas obras permitiendo así el desarrollo y la promoción de la industria audiovisual, pese a que no está contemplado como tal en la LGCA.

2. Anteproyecto de Ley de Comunicación Audiovisual en España.

La regulación audiovisual en el contexto europeo presenta una serie de características que juegan un papel preponderante en el derecho común. En buena medida, la LGCA dispone de contenidos que son meramente compilatorios de las regulaciones precedentes en la legislación nacional o respecto a la legislación europea del audiovisual. En relación a esta última, cumple una función central al transponer la Directiva 2007/65/CE, de servicios de comunicación audiovisual, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007[44]. Sin embargo, ya desde su constitución planteaba algunas insuficiencias destacables. La aprobación de la Directiva 2010/13/CE, de 10 de marzo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (Directiva 2010/13/CE) no fue incorporada en el texto original debido al escaso lapso de tiempo que le diferenció con la aprobación nacional, ya que la aprobación de la LGCA tuvo lugar el 31 de marzo del mismo año. Ello da cuenta de las limitaciones que *a priori* ya gozaba el texto normativo.

La aprobación de la Directiva 2018/1808 supone una nueva oportunidad para repensar el actual contexto audiovisual. El cambio técnico que ha supuesto la digitalización y la emergencia de contemplar la existencia de nuevas plataformas y dispositivos requieren de un modelo sustancial de revisión del actual marco legal del sector audiovisual en España. Tal y como anuncio la Directiva, correspondía su transposición a los Estados miembros a más tardar el 19 de septiembre de 2020 (art. 2 Directiva 1808/2018). En la actualidad sigue sin llevarse a cabo esta modificación en España. Sin embargo, el legislador español no abandona su intento por reformular la LGCA. Para lograr que este proceso sea un éxito, se creó el Anteproyecto de la Ley General de Comunicación Audiovisual[45]. El texto comienza

44 Muñoz Machado, S.: "La regulación del sector audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales", en la AA.VV.: *Derecho de la regulación económica*, Iustel, Madrid, 2012, p. 12.

45 El presente documento fue sometido a audiencia pública. Entre los textos que nutrieron su contenido debemos destacar el emitido por la CNMC, "Solicitud de informe de la SETID sobre el anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual", *Expediente IPN/CNMC/042/20,* 18.12.2020. Véase su contenido en la página web: *https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc04220*. Fecha de última consulta: 15.09.2021. El Anteproyecto fue sometido a una segunda audiencia pública cuyo plazo expiraría el 12 de julio de 2021, a fin de dar cumplimiento a lo señalado en el Plan de recuperación, transformación y resiliencia, Gobierno de España. Ministerio de asuntos económicos y transformación digital, "El Gobierno presenta a una nueva audiencia pública el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual", Nota de Prensa Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 28.06.2021. Véase en la página web: *https://*

señalando, en el apartado tercero de su preámbulo, una similitud con la LGCA "la presente Ley comparte esa vocación de adecuar y modernizar el marco jurídico básico", pero va más allá proponiendo una "mayor seguridad jurídica, garantías y flexibilidad posibles, del servicio de comunicación audiovisual y del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, pero también con la voluntad de permanencia en un entorno verdaderamente muy dinámico[46]".

Para lograr esta transformación, pretende asentar las bases que cimentarán este proceso atendiendo a algunos derechos que se tornan ineludibles: actualización del marco jurídico general y básico para poder adecuar la normativa al rápido desarrollo que ha venido experimentando el sector; mantenimiento y refuerzo de las medidas de protección y fomento de la producción de obra audiovisual (establecidos en sede nacional o fuera de ella); igualdad de género; las mismas reglas del juego para todos los actores que participen en el sector y compitan por la audiencia; accesibilidad; y se arbitran mecanismos para garantizar los derechos de los usuarios como la protección de menores y el público en general respecto a determinados contenidos, o el derecho a conocer quién es el responsable de del material audiovisual. Por las características que ocupan a este trabajo no podemos entrar al detalle de cada uno de estos aspectos, pero si resulta importante citar su existencia a fin de dar cuenta de la evolución a la que tiende el sector y que debe contener una futura y esperada Ley General de Comunicación Audiovisual.

3. Desafíos que plantea la convergencia del sector audiovisual con las telecomunicaciones y las tecnologías de la información.

Una futura ley de comunicación audiovisual no debe descuidar el fenómeno que supone la convergencia de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información que irrumpe con fuerza en Europa como consecuencia de la tercera revolución industrial. Este concepto surge de la liberalización de sectores que, tradicionalmente habían operado en régimen de monopolio. Sin embargo, este fenómeno, no comenzará a consolidarse hasta el siglo XXI, donde deberá enfrentarse a nuevos retos y realidades comunicativas que plantea la que se conoce como la cuarta revolución industrial[47]. Este nuevo sistema nos exige examinar las tecnologías emergentes desde estrategias tanto jurídicas como sociales mucho más complejas.

portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2021/210629_np_Audiencia.pdf. Fecha de última consulta: 15.09.2021.

46 Gobierno de España, "Anteproyecto de Ley General Audiovisual", 2020, Véase en la página web: *https://portal.mineco.gob.es/es-es/comunicacion/Paginas/210629_np_Audiencia.aspx*. Fecha de última consulta 15.09.2021.

47 Schwab, K.: *La cuarta revolución industrial*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2016.

La repercusión de la convergencia se extiende vertiginosamente y con mayor fuerza en comparación con las anteriores revoluciones. Sistemas hasta entonces desconocidos, como pudieran ser: la ampliación de una banda ancha ultrarrápida de las telecomunicaciones, la prestación de medios audiovisuales tradicionales a través de la combinación con otros soportes que convienen a las telecomunicaciones y que se posibilita su prestación gracias a internet, entre otros, dan buena cuenta de ello. En este sentido, podemos afirmar que la cuarta revolución industrial, en torno a la cual se desarrollará el actual estado de convergencia, se torna cada vez más poderoso e impactante. Para poder afrontar, desde la perspectiva jurídica, esta inquietud, el Parlamento británico fue pionero en su detección. El 27 de marzo de 2013, publicaba así un segundo informe titulado *Media convergence*[48] donde se exponía la necesaria regulación de un sector cada vez más ambicioso, como es el audiovisual, fruto del vertiginoso avance de sus infraestructuras y el poderoso papel que iba adquiriendo en el mercado. Junto al mismo, casi de forma coetánea, desde Europa se anunciaba la aprobación del Libro Verde sobre cómo prepararse para la convergencia plena del mundo audiovisual: crecimiento, creación y valores de 2013 de 24 de abril[49], que permitía abrir un amplio debate público sobre las consecuencias de la transformación del paisaje de los medios audiovisuales, caracterizada por un aumento constante de la convergencia de los servicios de medios de comunicación, así como del modo en que se consumen y prestan. Ello permite potenciar sus capacidades haciendo de su expresión un cauce más eficaz y coherente. No sería hasta finales de 2018 cuando, desde Europa, surge el convencimiento real sobre la necesidad de crear un marco jurídico conjunto que lograra evidenciar la integración de las estructuras ya existentes con el objeto de poder lograr su consolidación en el mercado. Como consecuencia de esta nueva realidad, lejos quedan los tiempos en los que la tecnología y la regulación imponían una norma unitaria y diferenciada de cada uno de los sectores de la comunicación.

Con todo, no es de extrañar que se planteen dos cuestiones de suma relevancia que pueden llegar a limitar su consolidación. La primera de ellas, versa sobre la necesidad de rediseñar los diferentes aspectos económicos, sociales y políticos para esta nueva etapa. El abandono del modelo tradicional de comunicación por un nuevo sistema de la información viene marcado por: la globalización, la liberalización del mercado y la armonización. Ello a su vez, trae consigo la cesión de algunas de las competencias que en su origen correspondían de forma autónoma a cada Estado. Esta configuración supondrá el establecimiento de nuevos roles que deberán determinar a quién corresponde la dirección conjunta de la difusión de la innovación y el poder de mitigar cualquier disrupción que, en este sentido, se plantee. La segunda, se pronuncia sobre la continuidad de valores culturales,

48 Parliament United Kingdom, "Media Convergence", *House of Lords Select Committee on Communications*, 2nd Report of Session 2012–13, ordered to be printed 19 March 2013 and published 27 March 2013.

49 Libro Verde de 2013, Bruselas, 24.04.2013. COM(2013) 231 final.

sociales y políticos divergentes, lo cual dificulta la propuesta de un marco jurídico conjunto que refuerce la capacidad de los ciudadanos de poder comprender: la regulación, la información y la constante supervisión, por parte de los poderes públicos, del nuevo escenario comunicativo. La unidad con la que se presenta la convergencia de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información, se percibe visualizando el fenómeno desde el prisma que ofrece un triángulo con tres vértices, todos ellos necesarios para la transición hacia un nuevo escenario comunicativo: la tecnología, el prosumidor y la descentralización.

En lo que respecta al primer vértice, que es el *tecnológico*, no solo existe una madurez respecto a los soportes clásicos, que permitía la disección de los tres sectores de la información. En la actualidad, disponemos de cambios estructurales alternativos, de carácter técnico, que nos permiten observar nuevos modelos de infraestructuras y redes que guiarán la metamorfosis de la regulación tradicional hacia la convergencia. Desde esta perspectiva, ya no conviene, en exclusiva, al Derecho Comunitario el cambio, tal y como ocurrió con la liberalización. La revolución tecnológica se convierte en el motor que impulsa al derecho, obligándonos a plantearnos nuevas perspectivas.

Por otro lado, este inédito contexto comunicativo abre sus puertas a una nueva parte actora hasta entonces desconocida, el *prosumidor*. Se trata de un término que combina una doble faceta: la de productor y la de consumidor. Esta figura, hasta entonces desconocida, servirá para referirse a cualquier persona que, por tener un conocimiento especializado en la materia, se convierte tanto en usuario como en prestador de un bien o servicio determinado. En concreto, ya no es el consumidor activo el que busca en los nuevos servicios la información, sino que, a su vez, se convierte en un sujeto que realiza diversas funciones y que se coloca en el centro del sistema, llegando a formar parte, tanto de la oferta como de la demanda de un producto o actividad que se pretende. La figura del *prosumidor* quedará así compuesta por un individuo o por varios usuarios en su conjunto, que se convertirán en potenciales actores del nuevo contexto comunicativo y que, ante tales circunstancias, quedarán investidos de los derechos y obligaciones oportunos.

Por último, debemos destacar la *descentralización* política, social, territorial y económica, como el tercero de los ejes. El gran poder que han adquirido algunas multinacionales puede suponer un grave riesgo para la implantación de políticas públicas que permitan la persecución del interés general. Casos como las *fake news* han llevado a la celebración de determinados acuerdos entre algunos Estados con grandes potencias del sector como *Facebook*, *Google*, etc., para poner fin a una posible vulneración de los derechos fundamentales de los usuarios anclados en la red. Esta cuestión hace que los propios Estados pierdan autonomía y poder,

haciéndolas dependientes, en cierta medida, de las grandes potencias y operadores para poder llevar a cabo la garantía de determinadas políticas públicas. La firmeza de esta dependencia pone en un claro riesgo la consolidación y la defensa de un Estado social y democrático de Derecho. La importancia de abordar un estudio de estas características resulta hoy más necesario que nunca. La agenda digital se ha convertido en uno de los dos pilares fundamentales de la Comisión Europea y constituye, junto al Pacto Verde[50], uno de los ejes que vertebran su acción. El acuerdo titulado los pilares del *Next Generation EU*[51], firmado por los Estados miembros en Europa, el 21 de julio de 2020, y la creación de un Marco Financiero Plurianual[52] así lo constata. Entre sus objetivos, pretende extraer las enseñanzas de la crisis provocada por el Covid-19[53], haciendo que el mercado único sea más fuerte, resiliente, y acelerar la doble transición ecológica y digital. La digitalización no solo ha logrado superar los momentos más convulsos de la pandemia, haciendo que nuestra vida continuara a través de las pantallas, sino que también se observa como una oportunidad para: relanzar la economía, reactivar el consumo y reconstruir la nueva realidad. Para lograr dichos objetivos, se requerirá de una colaboración público-privada, donde las administraciones, la sociedad y las empresas cobrarán un papel protagonista. los tres aspectos sobre los que se construye la convergencia: el mercado, el soporte y el contenido, cuya importancia ha sido recientemente puesta de relieve por la Comunicación de la Comisión de 7 de julio de 2020 sobre las Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de "servicio de intercambio de videos a través de plataforma" en virtud de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual de 2018[54]. Por ello, dadas estas circunstancias, se hace necesario un estudio legislativo pormenorizado sobre la extensión y las consecuencias que este hecho generará sobre: los usuarios de los contenidos, su papel en el mercado y los desafíos que ofrecen los nuevos soportes[55].

VI. CONCLUSIONES.

La redacción de una nueva Ley General de Comunicación Audiovisual es en la actualidad un compromiso inaplazable. Entre las razones que motivan esta

50 Comisión Europea, *El Pacto Verde Europeo*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

51 Consejo Europeo, *Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020)*, Conclusiones, Bruselas, 21 de julio de 2020 (Or.en), EUCO 10/20, Co EUR 8 y CONCL 4, pp. 10-16.

52 European Commission, *The EU´s 2021-2027 long-term Budget and Next Generation EU. Facts and Figures*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021. Véase en la página web: *https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3e77637-a963-11eb-9585-01aa75ed71a1/language*-es. Fecha de última consulta: 09.09.2021.

53 Schwab, K. y Malleret, T.: *Covid-19: El gran reinicio*, Forum Publishing, Ginebra, 2020.

54 DOUE, 7.7.2020, C-223/3.

55 Andrés Segovia, B.: *La convergencia de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

afirmación podemos resaltar *la insuficiencia reguladora con la que nace su creación*. El actual modelo de comunicación audiovisual resulta exiguo desde su configuración inicial. La redacción del texto nacional a escasos días que se aprobara la Directiva 2010/13/CE dificultó su transposición inicial. Es por ello necesario plantear una nueva regulación que permita contemplar el servicio audiovisual en un sentido más amplio. La Directiva 2010/13/CE ya señaló la necesidad de definir como servicio de comunicación audiovisual no solo a la radio y a la televisión, sino que este término se debe hacer extensivo a otros formatos tales como: la prensa *online*, los video juegos e internet. La ampliación del concepto de servicio audiovisual junto con el desarrollo que propone la Directiva 2018/1808 cuenta con el respaldo de las instituciones europeas para que los Estados puedan llevar a cabo la adecuación de su ley atendiendo a la creación de un marco común de garantías de los derechos de los ciudadanos, con los cuales poder defender ya no solo a los menores y personas que presentan alguna discapacidad, como colectivos especialmente vulnerables, sino también salvaguardar los derechos fundamentales y de la personalidad de los ciudadanos en su conjunto en su relación con estos medios.

Otro de los aspectos a considerar pasa por las diferencias existentes entre la *legitimación del sector público y el sector privado que presta el servicio de comunicación audiovisual*. La necesidad de contemplar esta dualidad prestacional localiza su sentido en cómo la legitimidad de los operadores públicos encuentra su razón de ser en la realización de un cometido que le ha sido asignado y que encuentra su encaje en la figura de servicio público, cuyo objetivo será la garantía de un interés general. Por su parte, la posición que ocupan los operadores privados ya no se conoce tanto por una vinculación en positivo, sino que su actividad se encontrará limitada al tenor de la regulación establecida por el texto constitucional, a propósito de la defensa de los derechos fundamentales y de la personalidad de sus usuarios, intrínsecos a un estado democrático. Es el principio de libertad de comunicación, y la evolución que hace un sistema de liberalización que rompe con el modelo de monopolio anterior, quien legitima esta actividad privada de forma controlada en el tenor de la LGCA y de la carta fundamental. Sin embargo, la llegada de múltiples operadores privados como consecuencia de la implementación de servicios no lineales, abre la cuestión sobre su regulación puesto que, por sus características, el legislador en 2010 no pudo adivinar la enorme incidencia que, años más tarde, cobraría en el escenario comunicativo y que contempla el actual Anteproyecto de ley.

Por otro lado, debemos hacer referencia a la necesaria *valoración del acceso a las condiciónes de operador* que debe atender a los soportes. Uno de los principales enclaves que ha soportado el sector audiovisual es el que guarda relación con la adjudicación de recursos limitados. Debemos recordar, así como, en sus inicios, solo unos pocos operadores privados podrían actuar en el escenario nacional,

junto con el operador público, debido a la escasez de espectro radioeléctrico existente. La potenciación de la red que se suma a una amplia gama de oferta del servicio hace que los recursos se tornen ilimitados. El enorme abanico de posibilidades que ofrece internet y las telecomunicaciones en este ámbito facilitará el aumento de esta condición. En la era de la digitalización el acceso al servicio no siempre requiere del correspondiente sistema de concesión administrativa que le habilite a su ejercicio. Cualquier usuario novel de internet podría crear un canal virtual en el que pueda configurar una serie de contenidos aptos para cualquier tipo de usuarios. No debemos dejar de lado que, pese a la simplificación de los procedimientos que se producen como consecuencia de esta evolución, se deberán seguir garantizando los derechos señalados en el tenor constitucional y es por ello que el Anteproyecto propone la identificación de los creadores del contenido. La apertura del espectro no supone una correlativa apertura de los derechos fundamentales haciéndolos más débiles, sino más bien deberán quedar reforzados ante esta nueva configuración técnica. Esta realidad ha sido descuidada por el actual texto normativo por cuanto, quienes siguen pudiendo acceder a los medios de comunicación tradicionales, a quienes se dirige su contenido, siguen necesitando cumplir el procedimiento clásico de adjudicación.

La importancia mayor que le otorga el legislador al papel que ocupa al 'contenido' con respecto al 'soporte' hace que debamos realizar una mención especial a la *neutralidad tecnológica*. Este principio adquiere un nuevo significado, ya que las autoridades no deben imponer ni discriminar las infraestructuras existentes a favor del uso de un tipo particular de tecnología. Los sucesivos avances permitirán la incorporación de nuevos modos de gestión del tráfico en la red que introducirán estructuras comunicativas de desarrollo, hasta entonces desconocidas, que podrán poner en peligro el sistema de cableado tradicional. Para lograr el correcto uso de las mismas, todas las opciones técnicas deberán ser examinadas de forma individual y exhaustiva. La determinación del modelo resultante a seguir no podrá llegar a suponer una merma del ámbito de actuación que compete al principio de neutralidad. Los riesgos potenciales a los que se expone un desarrollo de la red podrían llegar a producir determinados contenidos perjudiciales para la comunicación, llegando a causar daños irreversibles. La determinación de las políticas públicas que busquen su extensión o, en su caso, mejorar su prestación, deberán examinarse con una especial caución que será también aplicable a otros ámbitos conexos, como pudieran ser: la seguridad ciudadana –respecto a su contenido- o la protección ambiental –en relación a las infraestructuras en red-. La defensa de estos aspectos, pasa por reforzar la calidad de la circulación de la información, a través de internet, como consecuencia de la evolución que permite la existencia de un tráfico abierto que posibilita la exposición de principios fundamentales tales como la libertad y la igualdad. Esto nos lleva a sugerir que los nuevos modelos de organización tecnológica, mediante un sistema

por capas, deberán: proporcionar una adecuada conexión entre regulación y tecnología; reforzar la competencia existente entre las infraestructuras de red que se encuentran en cada capa; y, los servicios que permiten recibir las barreras de entrada para los nuevos agentes que surjan en el mercado. Podemos simplificar la compleja estructura técnica de lo que es un sistema de transmisión por capas aludiendo a un ejemplo relativamente sencillo, que se basa en entender que cada capa pudiera ser un sobre que contiene a su vez otros. El legislador debe observar el contenido de cada uno de ellos y mejorar la calidad de su prestación.

En cuanto a la estructura, en la LGCA *pervive una separación de los medios de comunicación respecto a las telecomunicaciones* e *internet*. Durante mucho tiempo, los servicios de telecomunicación y radiodifusión se ofrecieron a través de redes caracterizadas por disponer de una tecnología específica propia. Sin embargo, sendos textos seguirían reflejando las insuficiencias reguladoras de un sector, como es el audiovisual, que evolucionaba de forma autónoma sin atender a las necesidades que planteaba su exposición de forma conjunta con las telecomunicaciones y las tecnologías de la información. El avance de la digitalización, permitirá la compresión de la información y de los medios de transmisión tradicionales, favoreciendo un proceso de integración denominado de *convergencia*. La consolidación de este nuevo escenario crea la posibilidad de utilizar la misma red y el mismo terminal para transmitir y recibir una multiplicidad de mensajes (voz, imágenes o datos). La revolución de la técnica motiva el desarrollo de actividades que combinan las características de las telecomunicaciones y los medios de comunicación favoreciendo las alianzas y fusiones empresariales. La resultante transformación de las comunicaciones implica que la clásica línea divisoria que caracterizaba la regulación de las telecomunicaciones y los medios de comunicación sea cada vez más reducida. Es en este supuesto donde se requiere de un replanteamiento general de este fenómeno atendiendo además a un tercer factor que lo compone, las múltiples oportunidades que ofrece internet.

La *ampliación del ámbito subjetivo,* como consecuencia de la digitalización, es otro de los factores a destacar. La LGCA se trata de un texto normativo dirigido a: una oferta, a quien ocupará la creación y ulterior difusión del contenido, y a quien la condición de usuario o, dicho en otros términos, el receptor directo de esa información que se desea trasmitir. Recordemos en este ámbito la doble condición que engloba a la categoría de consumidor, la que se refiere a cualquier tipo de usuario y la dirigida a aquel colectivo considerado como especialmente vulnerable, condición que LGCA le otorga a los menores y personas con discapacidad. Respecto a estos colectivos más sensibles, deberemos ver como los casos han aumentado, dando lugar a nuevas categorías que pueden ocupar esta posición. Casos como las víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo, son posibles supuestos que podrían ser contemplados en esta categoría y que la

LGCA los engloba en la categoría general. Si bien, el Anteproyecto de Ley realiza un avance en esta senda regulando aspectos claves como: la dignidad humana, pluralismo, igualdad de género e imagen de las mujeres, discapacidad, etc.

Pues bien, señalado brevemente estos términos, debemos destacar como la digitalización abrirá la puerta a un tercer colectivo que cobra una especial fuerza en este escenario, conocido como el *prosumidor*. Por este término debemos entender aquellos sujetos que ostentan una doble condición, la que les ocupa en calidad de oferta del servicio, puesto que tienen la capacidad y los medios para crear estos contenidos, y de demandantes o usuarios de los servicios. Baste citar como ejemplo, la figura de los *instagramers* o *youtubers*, entre otros. Este aspecto es solventado por el Anteproyecto dirigiendo su contenido por igual a los actores que compiten en el mercado por una misma audiencia. En definitiva, la entrada de esta nueva fórmula al mercado supondrá la necesaria regulación que permita dar respuesta a la cuestión de cómo regular la ingente cantidad de contenidos que van a surgir de esta evolución.

Por último, debemos señalar la necesaria creación de *un nuevo garante de la regulación audiovisual que sea independiente del poder ejecutivo y del poder de los operadores mediáticos, que permita reforzar la credibilidad del servicio*. La garantía de los principios y obligaciones que ocupan al espacio público de comunicación no ha sido una tarea encomendada al Gobierno. Por ello, la emergencia causada por la correlativa incorporación de los operadores privados al escenario comunicativo ha llevado tras si el desarrollo de nuevas autoridades de regulación independientes, es decir, desvinculadas del poder de dirección del gobierno y de los poderes mediáticos. En la actualidad, ostenta el cargo, a nivel nacional, la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia a quién, junto a otros sectores, le ocupa el control del correcto cumplimiento de la actividad desarrollada por los operadores públicos y privados. Ello sin perjuicio de que, como ha sucedido en algunas comunidades autónomas, dispongan de su propio consejo audiovisual. En definitiva, la gran variedad de asuntos que ocupan al nuevo escenario comunicativo hace necesaria la previsión de bien una ampliación de las competencias que serán otorgadas a la Comisión Nacional de la Competencia o bien la creación de una autoridad de regulación independiente emergente que se ocupe de esta labor.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso bayón, M.: "Medios de comunicación y la infancia", *Revista de la SEECI*, núm. 11, 2004, pp. 39-59.

Álvarez De Mon, S.: "Globalización y nuevas tecnologías: retos del liderazgo", *Harvard Deusto business review*, núm. 102, 2001, pp. 12-24.

Andrés Segovia, B.: *La convergencia de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

Azpitarte, M.: "La dimensión constitucional del derecho a prestar el servicio de comunicación audiovisual: creación de medios, dirección editorial y autorregulación", en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley General de Comunicación Audiovisual* (coord. C. Chinchilla y M. Azpitarte), Cizur Menor, Madrid, 2011, p. 231.

Barata I Mir, J.: *Democracia y audiovisual. Fundamentos normativos para una reforma del régimen español*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Barceló Blanco-Steger, J.L.: "Los derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Derecho de la Regulación Económica. V. Audiovisual* (dir. S. Muñoz Machado) Iustel, Madrid, 2012, pp. 439-440.

Bastida Freijedo, F.J.: *La libertad de antena, el art. 20 de la CE y el derecho a crear televisión*, Ariel, Barcelona, 1990.

Bourdieu, P.: *Sobre la televisión*, Traducción de Thomas Kauf, Editorial Anagrama, Barcelona, 1996.

Cabrera Blázquez, F.J., Cappello, M., Valais, S. y Lépinard, A.: *La protection des mineurs dans un paysage médiatique en pleine convergence*, IRIS Plus 2015-1: Une série de publications de l´Observatoire européen de l´audiovisuel, Estrasfurgo, 2015, p. 27.

Carrasco Perera, A., Arroyo Jiménez, L. y Mendoza Losana, A.I.: "Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor", en AA.VV.: *Estudios sobre telecomunicaciones y Derecho de Consumo*, (Coord. por A. Carrasco Perera), Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 187-189.

Carrillo Donaire, J.A., "Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general", en AA.VV.: *Derecho de la regulación económica, V. Audiovisual,* Iustel, Madrid, (dir. S. Muñoz Machado), 2012, pp. 293-297.

Chinchilla, C.: "El Servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión", en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García De Enterría* (coord. S. Martín Retortillo Baquer), Vol. 2, Cizur Menor, Madrid, 1991, pp. 943-972.

De Juan González, P.: "Uso de las nuevas tecnologías en la enseñanza de lenguas extranjeras", *LFE: Revista de lenguas para fines específicos*, núm. 18, 2012, pp. 183-212.

De Verda Y Beamonte, J.R.: "Derecho a la propia imagen y libertades de información y expresión", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, enero 2013, pp. 23-25.

Esteve Pardo, J.: "La recepción en la Europa continental del derecho de la regulación de la economía (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)", *Revista de Administración Pública*, núm. 183, Madrid, septiembre-diciembre, 2010, pp. 302-303.

Esteve Pardo, J.: "Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho Público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad", en AA.VV.: *La metamorfosis del Estado y del Derecho, la Televisión e Internet* (dir. M.A. Presno Linera) en la obra colectiva de (Coord.), Fundamentos: Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2014, pp. 85-120.

Fernández Farreres, G.: "Televisión pública. En especial, la televisión estatal", de la obra *Regulación (del volumen dedicado al audiovisual)*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 119-178.

García Castillejo, A.: *La televisión en España. Marco Legal*, Editorial UOC, Barcelona 2014, pp. 83-84.

García García, J.: "El derecho a crear medios de comunicación audiovisual. Evolución de la jurisprudencia constitucional y liberalización de la actividad de radio y televisión", *Derecom*, núm. 22, pp. 81-99.

Garrido Falla, F.: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 467-468.

González-Echenique Castellanos De Ubao, L.: "El ordenamiento jurídico regulador de la radio y la televisión en España", en AA.VV.: *La Nueva regulación de*

las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet (dir. J.M. Villar Uríbarri), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 381.

Malaret I García, E.: "La regulación audiovisual entre democracia y mercado", *Rivista della Regolazione dei mercati*, fascicolo 2, 2015, pp. 27-28.

Marinas Herreras, J.M.: "Infancia, ciudadanía y medios de comunicación", *Política y sociedad*, vol. 43, núm. 1, 2006, pp. 159-168.

Medina González, S., "El servicio de comunicación audiovisual", en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley General de Comunicación Audiovisual* (dir. C. Chinchilla Marín, y M. Azpitarte) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 477-480.

Muñoz Machado, S.: "La regulación del sector audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales", en la AA.VV.: *Derecho de la regulación económica*, Iustel, Madrid, 2012, p. 12.

Popper, K.: *Cattiva maestra televisione*, Berlin, Marsillo, 2002.

Rodríguez Costa, M.J.: "Infancia vulnerable en los medios de comunicación", *Sociedad e Infancias*, núm. 1, 2007, pp. 347-351.

Schwab, K. y Malleret, T.: *Covid-19: El gran reinicio*, Forum Publishing, Ginebra, 2020.

Schwab, K.: *La cuarta revolución industrial*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2016.

Sunstein, C.R.: "Internet, democracia y libertad", *República.com*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003, p. 2.

Torres Del Moral, A.: "Sistemática constitucional y cuestiones generales", en AA.VV.: *Libertades informativas* (dir. A. Torres Del Moral), Colex, Madrid, 2009, p. 78.

CRÓNICAS DE CONGRESOS

CRÓNICA DEL I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE PERSONA Y DERECHO CIVIL: LOS RETOS DEL SIGLO XXI (PERSONA, GÉNERO, TRANSGÉNERO; INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ANIMALES SENSIBLES).

En un tiempo en el que la virtualidad sigue siendo habitual en las reuniones de trabajo y eventos profesionales, la profesora Carmen Bayod, catedrática de Derecho civil, ha logrado congregar de forma presencial a un elenco de grandes profesionales de las ciencias jurídicas en el simposio de carácter internacional celebrado los días 22 y 23 de junio en la ciudad de Zaragoza.

Estas jornadas no solo han servido para debatir y reflexionar sobre los retos a los que se enfrenta el Derecho en la dinámica sociedad del siglo XXI, sino que han significado el reencuentro de viejos amigos y colegas que hasta hace poco tiempo permanecían en contacto mediante las tediosas -aunque prácticas- soluciones digitales.

La jornada inaugural corrió a cargo del Rector de la Universidad de Zaragoza, don José Antonio Mayoral que daba la bienvenida a los asistentes y refrendaba la pertinencia de un congreso que días antes había sido presentado oficialmente en la sede del Justicia de Aragón.

El carácter transversal de los paneles que conformaban las reuniones, así como la cantidad y calidad de los ponentes y comunicantes auguraban *per se* unos soberbios resultados, pero además la intervención del numeroso público asistente, que no solo estaba relacionado con el ámbito del Derecho, enriqueció estas sugerentes jornadas.

Dada la heterogeneidad, idiosincrasia y magnitud de los temas abordados su directora consideró necesario, con carácter previo, diseñar un programa en el que no solo el Derecho civil fuera el protagonista, sino que además debían ser partícipes otras ramas como la filosofía del Derecho; el Derecho constitucional; el Derecho penal o los derechos humanos. A tal efecto se realizó un minucioso trabajo de preparación sobre los temas objeto de análisis pero que a su vez fuera compatible con la brevedad del tiempo disponible.

Aunque el Derecho de la Persona -en particular la evolución que la autonomía de la voluntad está experimentando en los últimos tiempos- constituyese el hilo conductor del congreso, también se abordaron otros interesantes y coetáneos asuntos como son la nueva concepción de los animales, como seres dotados de sensibilidad, o la necesidad de articular un marco jurídico adaptado a la evolución de una inteligencia artificial, cada vez más presente en la vida de los ciudadanos.

No siendo el propósito de esta crónica realizar un pormenorizado detalle de todas y cada una de las ponencias o comunicaciones -que por otra parte van a

formar parte de un libro de próxima publicación- sí es necesario, con objeto de contextualizar la temática del congreso, reseñar de forma somera sus aspectos más destacados y de ese modo corroborar lo conveniente de la celebración de este tipo de eventos.

La jornada del día 22 de junio constaba de dos paneles:

1º) *Transexualidad, identidad de género y derechos fundamentale*s, actuando de moderadora la directora del congreso Dña. Carmen Bayod.

Ponencias:

- *La transexualidad ante el legislador español: ¿De minimis no curat lex?* Dr. D. Guillermo Cerdeira y Bravo de Mansilla. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla.

- *El libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación de género.* Dra. Dña. Eva Sáenz Royo. Profª Titular de Derecho constitucional de la Universidad de Zaragoza.

- *Cuerpo e identidad: a propósito de algunos discursos normativos.* Dra. Dña. María José González Ordovás. Profª Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.

¿Nuevas personas? Moderado por Don José Luis Argudo Périz. Prof. Titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza. Ponencias:

- Inteligencia artificial: hacia una subjetividad cibernética. Dr. D. Miguel Lacruz Mantecón. Profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza.

- *El futuro marco jurídico europeo de la inteligencia artificial.* Dr. Martin Ebers. *Prof. Asociado de Derecho informático de la Universidad de Tartu (Estonia)*

- *Entre personas y cosas, los animales: ¿Derecho o derechos de los animales?* Dr. D. Guillermo Cerdeira y Bravo de Mansilla. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

- *Nuevas tecnologías y Derecho de sucesiones.* Dr. D. Antoni Vaquer Aloy. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Lérida.

Por su parte, la jornada del día 23 iba a desarrollar los siguientes paneles:

1º) *Autodeterminación de género y Derecho de familia.* Moderadora: Aurora López Azcona. Profª. Titular de Derecho civil.

Ponencias:

- *La filiación y autodeterminación de género de los progenitores.* Dra. Dña. María Paz García Rubio. Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela

- *Efectos de la autodeterminación de género sobre el vínculo matrimonial.* Dr. D. José Ramón de Verda y Beamonte. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia.

- *Transgénero y transexualidad: autodeterminación jurídica de menores y personas con discapacidad.* Dra. Dª. María Ángeles Egusquiza Balmaseda. Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Navarra.

- *Autodeterminación de género y familia en Derecho italiano.* Dra. Dª María Carmela Venuti. Professore ordinario di Diritto civile de la Universidad de Palermo.

- *Autodeterminación de género y familia en Derecho portugués.* Dr. D. Rui Miguel Prista Patrício Cascão. Investigador del Centro de Derecho Biomédico de la Universidad de Coimbra.

- *Autodeterminación de género, Derecho de familia: una visión desde el punto de vista del Derecho internacional privado.* Dr. D. Santiago Álvarez González. Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela.

La incidencia de la autodeterminación de género en Derecho penal y laboral.

Ponencias:

La violencia de género ante la autodeterminación de género. Dra. Dª. María Ángeles Rueda Martín. ***Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza***

- *La autodeterminación sexual. Protocolos en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.* D. Félix Jodra Abuelo. Inspector jefe CNP. Letrado de la Jefatura Superior de Policía de Aragón

- *Género, Derecho laboral y principio de igualdad***.** Dra. Dª Sara Alcázar Ortiz. Profª. Contratada doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad social. Directora del Observatorio de la Igualdad de la Universidad de Zaragoza.

A lo largo de estos dos intensos y fructíferos días, varias comunicaciones fueron expuestas por sus autores, si bien, por su extensión, evitamos incluirlas en esta breve crónica ya que, en todo caso, formarán también parte del mencionado libro.

La clausura del congreso, ya en la tarde del día 23, corrió a cargo de una distinguida mesa presidida por la vicerrectora de cultura de la Universidad de Zaragoza, doña Yolanda Polo, que estuvo acompañada por D. Luis Estaún, Director General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos del Gobierno de Aragón; el Lugarteniente del Justicia de Aragón, don Javier Hernández, la secretaria de la Facultad de Derecho, doña Sofía de Salas y la directora de Congreso.

Los magníficos resultados del evento y el elevado número de asistentes -que completaron el aforo- presagian que este será el primero de muchos otros interesantes e inspiradores encuentros.

Gerardo Aguas Valero
Becario de colaboración
Universidad de Zaragoza

RECENSIONES

ATIENZA NAVARRO, Mª L.: *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil,* de Atelier, Barcelona, 2022, 450 pp.

A nadie se le escapa que hoy en día la inteligencia artificial es un tema ¨estrella" que triunfa en cualesquiera foros jurídicos, donde se reivindica que las distintas ramas del ordenamiento jurídico den respuesta, casi urgente, a las consecuencias de su incorporación a la vida social. Especialmente preocupan las soluciones que el Derecho de daños debe dar frente a los generados por su utilización. Y este es el tema de la obra objeto de esta reseña: cómo deben resolverse las cuestiones de la responsabilidad civil en relación con la inteligencia artificial.

La profesora Mª Luisa Atienza Navarro intenta poner algo de luz sobre una materia que resulta muy controvertida dado que, por su novedad, no existe todavía una normativa reguladora, ni siquiera unanimidad doctrinal acerca de cómo debe ser el régimen de los daños causados por los sistemas inteligentes. Y, desde luego,

la obra cumple el fin al que se destina y ofrece al lector una visión global de todas las posibles soluciones: tanto las que parten de la necesidad de crear nuevas normas de responsabilidad civil para regular los daños que causa la inteligencia artificial, como las que, por el contrario, consideran suficientes las que ya existen, que solo deberían, pues, ser adaptadas a este nuevo tipo de hechos dañosos. En ese sentido, este trabajo puede considerarse un referente en el Derecho español donde escasean estudios monográficos que aborden la materia de un modo tan amplio y exhaustivo.

La extensa monografía se divide en una introducción y siete capítulos acompañados de una bibliografía y de un par de anexos: el primero, de gran utilidad dada la ingente actividad de la Unión Europea en esta materia, enumera las principales resoluciones, informes, proyectos y comunicaciones de distintas instancias europeas acerca del tema de los daños causados por la inteligencia artificial; el segundo contiene un catálogo acerca de las noticias de prensa y comunicados que se manejan en el trabajo.

Comoquiera que a los juristas nos resulta complicado enfrentar el concepto de inteligencia artificial es de alabar que el primer capítulo se dedique a tal finalidad. Para ello, la autora huye de tecnicismos que, por falta de conocimientos especializados en el público al que se destina la obra, dificulten la inteligibilidad del fenómeno. Es más, lo que finalmente el lector capta con claridad meridiana es la distinción entre la inteligencia artificial "débil" y la "fuerte", de gran trascendencia a los efectos de la responsabilidad civil: el primer tipo se utiliza en bienes que todavía pueden seguir siendo considerados máquinas, tecnológicamente muy desarrollados, pero bienes, al fin y al cabo; en cambio, la denominada inteligencia artificial "fuerte" ya no encaja bien en esa categoría puesto que se trata de sistemas caracterizados por la opacidad, complejidad, conectividad, vulnerabilidad, apertura, capacidad de autoaprendizaje y de autonomía, que llegan a adoptar decisiones que los seres humanos no son capaces de explicar. Esas características, analizadas con detalle en este primer capítulo, plantean problemas específicos en materia de responsabilidad civil y permiten concluir que cuanto más autónomo y complejo sea el sistema, más difícil resultará averiguar la conducta humana que puede entenderse causa jurídica del daño, y, por ende, más complicado también vislumbrar los sujetos responsables.

Dados los problemas que plantea la imputación de los daños causados por este tipo de sistemas inteligentes, en el segundo capítulo de la obra se valora críticamente la posibilidad de atribuirles personalidad jurídica, a los efectos de exigirles responsabilidad civil. La propuesta, que se vio respaldada por la célebre Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, ha sido defendida fervientemente por algunos autores que -como bien explica la autora-

han querido ver en esa atribución de responsabilidad a los propios robots, la panacea a los problemas que suscitan los daños irrogados por su utilización. Sin embargo, lo cierto es que los instrumentos posteriores de la Unión Europea y un sector doctrinal mayoritario, según concluye la profesora Atienza Navarro, la han rechazado de forma tajante. Lo positivo de la obra que ahora nos ocupa es que la autora no se conforma con exponer una y otra posición, sino que analiza concienzudamente los argumentos que se esgrimen en ambas, e incluso valora también otras fórmulas, menos exploradas por la doctrina, como la de imputar a los robots responsabilidad civil aún sin reconocimiento de personalidad jurídica (v. gr., mediante la constitución de patrimonios separados). Una vez analizadas todas esas posiciones, la profesora Atienza Navarro realiza una valoración personal acerca de las mismas y concluye que, en la actualidad, seguramente no existan razones de peso para rechazar la atribución de personalidad jurídica con una perspectiva funcional y no ontológica (distinción que, a su juicio, es clave para enfrentar esta cuestión). Sin embargo, en su opinión, ese reconocimiento resulta inútil a los fines que se persiguen (a saber: focalizar un patrimonio que pudiera responder de los daños en casos en que, por la autonomía de estos sistemas, resulta difícil imputar dichos daños en términos de causalidad a los sujetos que operan con ellos). Y ello porque, como la autora consigue justificar con detalle, el reconocimiento de la personalidad jurídica no resuelve el problema que se pretende atajar: al final los operadores del sistema inteligente, de una manera o de otra, son quienes acaban nutriendo ese patrimonio del robot al que se quiere hacer responsable.

Comoquiera que estas fórmulas de robots responsables civilmente de los daños que causan o la creación de patrimonios robóticos a los fines indemnizatorios no resuelven muchos problemas, sino que crean otros distintos, en los capítulos siguientes se explora la aplicación de otros regímenes de responsabilidad civil. Para ello, se distingue entre los ya existentes en nuestro Derecho, de aquellos que implican una regulación nueva. De los primeros, destaca el pormenorizado análisis que el capítulo III contiene de la normativa de responsabilidad civil por productos defectuosos y, sobre todo, de los problemas que plantea su aplicación a la inteligencia artificial; ante los mismos, la autora propone soluciones concretas para conseguir la deseada adaptación de esta regulación a los sistemas inteligentes, que en este momento preocupa y ocupa a la Unión Europea. Es fácilmente augurable que muchas de estas propuestas se vean respaldadas por la futura reforma legislativa (cuya tramitación ya han iniciado las instancias europeas), porque se fundamentan en informes realizados por grupos de expertos de reconocido prestigio en la materia.

En el capítulo IV, siempre en el ámbito de la aplicación de regímenes existentes, se examinan las fórmulas basadas en reglas de responsabilidad por culpa (por hecho propio o ajeno), así como aquellas que, por el contrario,

propugnan una responsabilidad estricta u objetiva. Especialmente interesante resulta la equiparación de los robots a los animales a los efectos de recurrir al art. 1905 CC o a los auxiliares humanos para aplicarles el art. 1903 CC, así como su consideración como cosas especialmente peligrosas sometidas a regímenes objetivos de responsabilidad civil.

Una vez analizadas las fórmulas que ofrece el Derecho vigente para poder resolver los problemas de los daños ocasionados por la inteligencia artificial, la autora, en el capítulo V, aborda las propuestas de la Unión Europea, que, en los últimos tiempos, ensaya un marco jurídico horizontal y armonizado, con unos principios comunes a partir de los cuales pueden establecerse regulaciones sectoriales, cuando así sea conveniente. Especialmente interesante, en ese sentido, es el detenido examen de la Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de la inteligencia artificial, de 20 de octubre de 2020, por cuanto constituye un ensayo de regulación nueva y específica para este tipo de daños.

Comoquiera que, además, en el Derecho vigente existen regímenes sectoriales de responsabilidad civil que resultan aplicables a determinados sistemas inteligentes (como lo son, los vehículos autónomos, los drones y los sistemas inteligentes empleados en Medicina), el capítulo VI aborda su análisis, poniendo de relieve las deficiencias y necesidad de modificación de algunos de ellos.

La autora, además, no olvida la importancia del seguro de responsabilidad civil por los daños causados por los sistemas inteligentes, junto con otras fórmulas, como los fondos de compensación, que se consideran óptimas para garantizar el resarcimiento a las víctimas. A su estudio se destina el capítulo VII.

Y, por último, el trabajo concluye con unas reflexiones críticas, a modo de conclusiones, y, lo que es más importante, con una propuesta personal en la que la profesora Atienza Navarro analiza cuáles, a su juicio, deberían ser las reglas que aplicables a los daños causados por la inteligencia artificial, según el sistema inteligente de que se trate y la actividad a la que se destine. Se trata de una proposición interesante por cuanto respeta los principios capitales del Derecho de daños y, además, tiene en cuenta las peculiaridades y diferencias entre los distintos sistemas inteligentes.

El libro, en suma, ofrece una visión de conjunto y totalmente detallada del problema de los daños causados por la inteligencia artificial. Su lectura permitirá al lector concluir cuáles son las bondades e inconvenientes de las distintas fórmulas para la regulación de la responsabilidad civil derivada de su utilización. Y, sobre todo, le llevará a reflexionar acerca de si realmente es necesaria una normativa nueva y específica para este tipo de daños. Por ello, a juicio de quien escribe

esta reseña, esta monografía constituye una herramienta imprescindible para quienes están interesados en dos campos tan prácticos y atrayentes como lo son la responsabilidad civil y la inteligencia artificial.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Casanova Asencio, A. S: *Retraso, mora y Nachfrist en la modernización del Derecho de obligaciones,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 432 pp.

El fenómeno del retraso en el cumplimiento es el tema general que enmarca la obra objeto de esta recensión. Es ésta una materia de gran complejidad por su propia naturaleza, como sugiere el propio prólogo del libro, escrito por el profesor Ataz López, cuando menciona la naturaleza "esquiva" del retraso, o cuando indica que esta materia es "un campo de minas conceptual".

No es de extrañar que la clarificación del tema haya ocupado tanto a nuestra doctrina como a nuestra jurisprudencia, en atención a distintas cuestiones planteadas (entre otras, la calificación del retraso como incumplimiento, la relevancia del retraso no constitutivo de mora, la eficacia resolutoria del retraso -moratorio y no moratorio-, o la indemnización de los daños ocasionados por el retraso). Nos

encontramos ante una materia no sólo compleja, sino también amplia, y de la que existen obras monográficas de calidad publicadas, sobre todo, hasta bien entrada la década de los 90, con algunos ejemplos posteriores. Sin embargo, y aunque una gran parte de las cuestiones reseñadas no están definitivamente resueltas, no existen, recientemente, trabajos del calado del que es objeto de esta reseña.

Nos encontramos ante una monografía de más de 400 páginas de extensión, muy ilustrada a través de abundantes notas al pie, que cuenta con una bibliografía muy completa y extensa (se incluyen trabajos de todos los autores españoles relevantes en la materia, además de doctrina alemana, francesa, anglosajona o italiana, entre otra), así como con un índice de jurisprudencia utilizada que, como se ve a lo largo del trabajo, resulta ciertamente exhaustivo. Y, además, incluye índice de abreviaturas y dos índices: uno general, que permite obtener una visión de conjunto del trabajo, y otro detallado, al final de la obra.

La autora, Andrea Salud Casanova Asencio, doctora en Derecho, ofrece un estudio exhaustivo y profundo que, siguiendo la línea de las grandes monografías sobre el tema, compone una obra con carácter omnicomprensivo sobre el retraso en el cumplimiento y la problemática que éste presenta. En ella, la autora retoma las cuestiones tradicionalmente discutidas en la materia, pero, a su vez, va más allá, al ofrecer una visión actualizada de la problemática actual en torno al retraso. Y es que, si bien la exacta configuración legal del retraso en nuestro Derecho mantiene hoy las mismas cuestiones sin resolver que décadas atrás, a éstas han de sumarse otras nuevas. Más allá de su poca claridad, la regulación española se ha visto puesta en entredicho a propósito de distintas iniciativas surgidas al amparo de un movimiento tendente a modernizar, unificar y actualizar el Derecho civil europeo; textos que, entre otras novedades, traen consigo un nuevo concepto de incumplimiento -neutro y objetivo-, y, con él, un tratamiento del retraso que se aleja un tanto de los esquemas sostenidos por los viejos Códigos latinos, como el nuestro.

Las ideas propugnadas al albor de estas iniciativas modernizadoras se corresponden con la necesidad de adaptar nuestro Derecho privado a una realidad económica más dinámica y rápida, muy distinta de la vigente durante la Codificación. Y, por lo que hace al retraso, se alinean con la corriente doctrinal que había venido defendiendo la relevancia del retraso al margen de la constitución en mora consagrada en el artículo 1100 del Código Civil; si bien el planteamiento es todavía más radical, amén de introducirse algunos mecanismos nuevos para hacer frente a un incumplimiento con un funcionamiento propio, y en torno al cual se estructuran sus efectos, conocidos ahora como *remedios frente al incumplimiento,*

Como es obvio, la cuestión ha suscitado un notable interés en la doctrina. Además del "nuevo incumplimiento" y los remedios como grandes objetos de

interés, en los últimos años se han publicado también algunos estudios en torno a lo que sería un nuevo paradigma de retraso. Sin embargo, la mayor parte de estos estudios, o son más bien generales y no descienden a un gran nivel de detalle, o, si son detallados, se centran en instituciones muy concretas. Y, además, como es natural, tienden a fijar su vista en estas nuevas tendencias, sin entrar de lleno en la discusión sobre nuestra configuración legal actual.

En cambio, el trabajo que nos presenta la doctora Casanova Asencio tiene el valor de suponer un estudio completo y actualizado que, de un lado, no elude la cuestión sobre el sentido de la regulación española vigente, acometiendo un examen profundo de las bases de nuestra legislación. Y, de otro, se sumerge por completo en los textos que conforman el movimiento modernizador del Derecho de obligaciones y contratos, aclarando el sentido del sistema propuesto y los mecanismos que al mismo acompañan en materia de retraso e incumplimiento.

Esta misma idea se expone con claridad en la introducción de la monografía (que comienza con un extracto del medieval *Poema de Fernán González,* recurso original que precisamente trata el tema de las consecuencias del retraso). Como en ella se dice, la obra tiene por objeto "llevar a cabo un estudio del Derecho español y sus disposiciones en materia de retraso, así como de la regulación que en estos instrumentos de modernización se propone en relación con este tema, y de la relación entre ambos elementos". En efecto, el punto de partida del trabajo se encuentra en el análisis del Derecho español, por un lado, y el de los textos de modernización, por el otro. Citando al profesor Ataz López en el prólogo de la obra, ésta tiene la "cualidad de enfrentarse a un tema clásico, como es el del retraso en el cumplimiento de la obligación, a la luz de los modernos textos de actualización del Derecho de obligaciones", por lo que se trata de un trabajo "a la vez clásico y moderno, sumando las dificultades propias de estos dos tipos de materias".

Teniendo en cuenta que partimos de una regulación, la española, que no es excesivamente clara, resulta evidente que aunar estas dos perspectivas de la cuestión supone un trabajo arduo y ambicioso. No obstante, la autora demuestra solvencia y soltura a la hora de utilizar desde los conceptos básicos de la materia, hasta la legislación, la más autorizada doctrina, o la jurisprudencia sobre el tema. A ello se suma el manejo, como no puede ser de otro modo, de los textos de modernización (incluyendo algunos que no han sido objeto de atención como tales por la doctrina, o que no han sido explorados en detalle, en lo relativo al retraso), así como del Derecho extranjero, siendo esencial en varios puntos el recurso al Derecho comparado.

A pesar de la multiplicidad de cuestiones que se tratan y de lo extenso de la obra, su estructura ayuda a seguir un relato que la autora ha elegido dividir,

además de en los tradicionales Capítulos, en tres Partes diferenciadas, que siguen un claro hilo conductor.

Siguiendo esta estructura, la primera Parte establece, como punto de partida, el doble planteamiento que hilvana todo el trabajo (Derecho español y corriente modernizadora), ocupándose de tratar con detenimiento los fundamentos básicos de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia en torno al retraso, como las bases del sistema de incumplimiento modernizado.

En torno a nuestro sistema, la autora se adentra en la relación entre la mora y el retraso, que entiende como "la cuestión más importante para comprender el funcionamiento del retraso en el cumplimiento en el ordenamiento español". La distinción de estos conceptos como entidades independientes y de efectos distintos es, en realidad, el criterio que vertebra una gran parte de la obra. Aunque puede pensarse que el enfoque actualizado del trabajo podía haber aconsejado relegar la figura de la mora del deudor a un segundo plano, o incluso prescindir de ella, lo cierto es que, como también explica la autora, resulta muy complicado para los juristas de la Europa continental entender el retraso sin la mora del deudor; y, desde luego, explicar nuestro sistema resulta imposible. Pero, además, esta distinción supone también un criterio útil para distinguir entre aquellos sistemas que incorporan la mora del deudor como institución individualizada y aquéllos que no lo hacen.

La segunda Parte se dedica, eminentemente, al análisis detallado de los distintos textos de modernización. Y lo hace, precisamente, agrupándolos en función de su reconocimiento o no de la mora del deudor. Aquí se desarrolla un examen exhaustivo de los sistemas presentados por distintos instrumentos y los mecanismos previstos en materia de retraso, a lo que se añade un Capítulo que, analizados cada uno de los textos, se centra en la delimitación de los mecanismos estudiados. En este último punto resulta muy relevante la correcta caracterización y deslinde de la mora y el *Nachfrist*.

Y es que aquí es donde se hace patente la tensión existente entre nuestra tradición jurídica y las tendencias modernizadoras: pues, para un sector de la doctrina, el *Nachfrist* habría venido a sustituir a la mora, y ésta ya no tendría cabida en un ordenamiento modernizado.

A desgranar y responder a estas ideas se dedica la tercera Parte del trabajo, donde, tras exponer tanto el sistema del que partimos, como las herramientas proporcionadas por los instrumentos de modernización, el examen se centra en los impactos de este movimiento en nuestro ordenamiento. Aquí encontramos una de las cuestiones principales que la obra viene a responder: si la mora se mantiene o no como vigente y útil. Y, en segundo término, si existen instituciones

capaces de sustituirla; lo cual lleva a la autora a estudiar el *Nachfrist* en toda su potencialidad; a analizar la mora desde un punto de vista modernizado; y a examinar las relaciones entre ambos.

Examinando ahora la concreta división en Capítulos, la Primera Parte, titulada "El retraso en el cumplimiento de las obligaciones", se compone de los Capítulos I y II.

El Capítulo I ("El nuevo concepto de incumplimiento. El retraso como incumplimiento autónomo") es el destinado a explicar los fundamentos básicos en materia de incumplimiento y retraso a través de tres epígrafes.

En el primero de ellos, se expone la evolución acaecida en nuestro Derecho hasta la adopción, por nuestra doctrina y jurisprudencia, de un concepto objetivo de incumplimiento. Tras esto, se examina el sistema introducido por las nuevas tendencias y sus implicaciones, exponiendo con profusión el sistema de remedios, las causas de exoneración para el deudor, y la influencia de este sistema en nuestro Derecho. De igual modo, en el segundo epígrafe se hace lo propio respecto a la figura del retraso como supuesto de incumplimiento, incidiendo, de nuevo, tanto en la doctrina general española como en el nuevo paradigma modernizador.

El último epígrafe se dedica a la presentación, con carácter expositivo, de las concretas figuras relacionadas con el retraso en el cumplimiento que se van a ir tratando a lo largo de la obra. A saber, la mora del deudor (con somera referencia a la del acreedor), los aplazamientos o plazos de gracia, y los remedios frente al incumplimiento relevantes ante el retraso. En estas dos últimas categorías se destacan, en primer lugar, el *Nachfrist,* del que se expone su regulación en el Derecho alemán y en las Directivas de consumo; y, por lo que hace a los remedios frente al incumplimiento, el análisis se detiene en la resolución, aclarándose, con apoyo de la jurisprudencia, la relación entre ésta y el retraso.

El Capítulo II ("Las relaciones entre el retraso y la mora en el Derecho español") tiene por finalidad tratar de desgranar el significado de la regulación del Código Civil. Comienza exponiendo las distintas posiciones doctrinales, incluyéndose asimismo un examen de los antecedentes de las instituciones tratadas desde el Derecho romano, a propósito de una muy interesante reflexión en torno a la función de la propia institución que no resulta habitual en trabajos que incorporan un enfoque modernizado. La conclusión personal de la autora se desmarca, además, de la contenida en otros trabajos contemporáneos, pues se alinea con la línea doctrinal clásica pero minoritaria en la actualidad, que entiende que la mora del deudor excluye la relevancia indemnizatoria del retardo simple, sin perjuicio de otros posibles efectos de éste; posición que, reconociendo la complejidad de dar

con una respuesta definitiva, se defiende con firmeza como la más acorde con el sentido verdadero de los artículos 1100 y 1101 CC.

La Parte segunda del trabajo ("El tratamiento del retraso en los textos de modernización del Derecho de obligaciones y contratos"), se compone por los Capítulos III a VI.

El Capítulo III ("La puesta en cuestión de la mora del deudor") resulta esencial en el esquema de la obra, pues expone el sistema de retraso de los instrumentos modernizadores más influyentes, en donde se prescinde de la mora del deudor. La autora se refiere a textos como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Unidroit, los Principles of European Contract Law, o el Draft Common Frame of Reference, en donde el retraso es un tipo de incumplimiento más, susceptible de desencadenar cualquier remedio frente al incumplimiento, y donde la mora del deudor no se regula específicamente. Para la autora, esto supone un desplazamiento de la mora como categoría jurídica, que obliga a estudiar los requisitos de este retraso de nuevos perfiles, y que tiene como origen una crisis en la función de la propia mora en la economía actual y, como modelo, el Derecho anglosajón. A este último dedica un apartado propio, donde se analizan los distintos supuestos en los que se producen notificaciones al deudor similares a la constitución en mora de los sistemas continentales, para comprobar que ninguno de ellos es asimilable a ésta. También se destaca el funcionamiento del mecanismo *Nachfrist* en el marco del remedio resolutorio, según su regulación en estos textos, en lo que se expone como un nuevo modelo resolutorio.

Este sistema se pone en relación con el modelo adoptado por la española Propuesta de Modernización del Código Civil, elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación en 2009, que se caracteriza por seguir de manera fiel lo expuesto en estos textos (salvo alguna mención a la mora del deudor que se considera anecdótica e inintencionada).

Desarrollado este análisis, el segundo epígrafe del Capítulo III ofrece una reflexión que fundamental para el desarrollo de la tesis presentada por la autora: la necesaria distinción entre mora y retraso, esta vez, en el ámbito de estos mismos textos, frente a la corriente doctrinal que propugna su equiparación. La autora se sumerge en los aspectos tanto terminológicos como conceptuales para clarificar el uso de estos dos términos y concluir que cabe mantener la distinción entre ambos y afirmar que se ha producido, en efecto, una eliminación de la mora, y una implantación de un sistema que denomina como de "mero retraso relevante". Este análisis, que podría antojarse un tanto artificioso o enrevesado de inicio, termina por resultar perfectamente pertinente al observarse que, como indica la autora, una mora desprovista de todas sus características típicas no puede seguir siendo vista como tal, especialmente cuando unos y otros sistemas todavía conviven.

Pasando al Capítulo IV ("La regulación del retraso en los textos que mantienen explícitamente la mora del deudor"), se nos ofrece el análisis exhaustivo de tres textos: uno de carácter legislativo -el *Code Civil* francés tras la reforma de 2016-, una propuesta de origen español -la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y publicada íntegramente en 2018-, y una propuesta supranacional -el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de Iusprivatistas de Pavía-.

Si bien del tercero de los textos se ofrece un interesante examen a propósito de determinadas particularidades que no se observan en otros instrumentos, el estudio de los dos primeros es el que resulta más relevante. Además, probablemente nos encontremos ante los dos análisis más completos de los que se realizan en esta segunda parte de la obra. El examen del *Code Civil* es exhaustivo, reflejando tanto un gran dominio de la interpretación y aplicación de sus soluciones antes de la reforma, como conocimiento de los problemas presentados por los mecanismos introducidos en su nueva versión; en particular, cuando se utiliza una mora del deudor como requisito de acceso previo a los remedios frente al incumplimiento. Por lo que hace a la Propuesta de la APDC, se ofrece un análisis crítico en torno a la regulación propuesta y a sus posibles lagunas; centradas, sobre todo, en la falta de una necesaria coordinación de los remedios y el *Nachfrist* con la mora del deudor, expresamente admitida -y defendida- en esta Propuesta, a la vez que se valoran muchas de sus soluciones, que se desmarcan de las adoptadas por otros textos y servirán de apoyatura a algunas de las ideas que se expresarán más adelante.

El Capítulo V ("Los textos que observan un sistema mixto o presentan casos dudosos de reconocimiento de la mora") resulta un tanto más complejo, pues se adentra en aquellos instrumentos que presentan sistemas de retraso que no resultan precisamente claros, o bien que introducen mecanismos a medio camino entre la mora del deudor y otras figuras similares.

Además de esto, dos de los textos analizados (La Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y el Anteproyecto español de Código Mercantil -con referencia también a los otros proyectos de reforma en este ámbito-) se dedican a disciplinar el tráfico comercial. Esta circunstancia podría, quizá, dar lugar a un resultado algo menos sugestivo, si se entiende que el foco de análisis principal del trabajo es la contratación eminentemente civil o entre particulares. Aun así, el -exhaustivo- examen de la Ley 3/2004 resulta pertinente, tanto porque se trata de una norma vigente, como por su clara influencia sobre otros textos de modernización. Así ocurre, precisamente, con los otros dos instrumentos tratados en este Capítulo: el *Common Sales of European Law,* también objeto de un examen detallado; y el

Anteproyecto de Código Mercantil, del cual se hace una reseña considerablemente más reducida en su extensión y profundidad. Sea como fuere, el análisis que se realiza mantiene los criterios asentados en Capítulos anteriores, para concluir que todos ellos presentan, también, una mora del deudor (si bien con "caracteres propios", en algunos casos).

El Capítulo VI, que cierra la segunda Parte y resulta esencial en el trabajo, sirve como una suerte de síntesis aclaratoria de lo visto en los Capítulos III a V, pues pone orden a las distintas concepciones de retraso expuestas, delimitando lo que en algún punto de la obra se denomina como "vectores" del retraso. Así, identifica el mero retraso relevante, la mora del deudor tradicional, la mora del deudor propia de la normativa antimorosidad y otros textos que la siguen, la francesa mora del deudor que funciona como requisito de acceso a los remedios, y el *Nachfrist.* Y, lo que es más importante, examina los puntos de conexión y distinción entre todas estas figuras, para concluir, en una de las claves del trabajo, que la mora situada como requisito de acceso a los remedios está más próxima al *Nachfrist* que a la mora tradicional, y que ésta última y el *Nachfrist* son -al contrario del sentir de alguna doctrina- mecanismos diferentes, y que pueden llegar a ser complementarios.

Sentadas estas ideas, absolutamente esenciales para el desarrollo de la tercera Parte del trabajo ("La modernización del retraso en el ordenamiento español"), encontramos que ésta comienza centrándose, en el Capítulo VII, en "La expansión del mecanismo *Nachfrist*".

Este Capítulo, considerado individualmente, supone un completo trabajo sobre las implicaciones de esta figura en nuestro Derecho, lo cual apenas cuenta con precedentes en nuestra doctrina, salvando algún trabajo destacado con enfoque un tanto distinto. Trata, en primer lugar, desde su general aceptación doctrinal, hasta las invocaciones a la misma contenidas en nuestra jurisprudencia, para terminar argumentando sobre la conveniencia de una reforma para su aplicación generalizada. Y, en una segunda parte, analiza los problemas que plantea su regulación en los instrumentos de nuestro ordenamiento que ya lo contemplan -a saber, el TRLGDCU y el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña-, así como de las Propuestas de modernización españolas. No obstante, quizá su último epígrafe parte sea el más novedoso, en la medida en que se debate la aclamada utilidad de la figura. La autora señala que, si bien sí sirve a los efectos de mitigar algunos de los problemas puestos de manifiesto a propósito de la aplicación del artículo 1124 CC, no es una figura infalible, pues, pudiendo el deudor impugnar el plazo otorgado en atención a su falta de razonabilidad, no se eliminan por completo ni la incertidumbre de las partes ante la resolución del contrato, ni tampoco la intervención judicial.

También es un Capítulo de gran calado el VIII ("La modernización de la mora del deudor"). Se estructura en torno a tres ideas. La primera es que la mora (en su concepción clásica) puede mantener su utilidad en el contexto del nuevo incumplimiento; en particular, en la contratación entre particulares. La autora se apoya en distintos argumentos, citando, en ocasiones, la Exposición de Motivos de la Propuesta de la APDC, y analiza también su utilidad práctica.

La segunda, que, para que la mora pueda desplegar su función en el nuevo sistema, requiere algunos ajustes para procurar su armonización con los principios y mecanismos de éste, a saber, una objetivización de la misma (prescindiendo del requisito del retraso culpable), y la coordinación con los remedios frente al incumplimiento, de tal forma que, entre otras previsiones, ésta se configure como prerrequisito, en particular, del remedio indemnizatorio.

Como tercera idea, se señala la necesidad de coordinar la mora con el mecanismo *Nachfrist,* respecto a lo cual se estudia, entre otras cuestiones, la posible eficacia de las notificaciones y comunicaciones de la una sobre la otra, y se propone una suerte de figura mixta que la autora denomina como "mecanismo híbrido *Nachfrist*-mora". Sin duda alguna, se trata de una de las principales aportaciones del trabajo, susceptible de adquirir relevancia no sólo en un futurible en el que se implementara el *Nachfrist* de manera generalizada; sino que su utilidad va mucho más allá, pues se ha de recordar que ya existen normas que introducen este mecanismo en nuestro Derecho, y en las que no se ha procurado coordinación alguna con la mora, también aplicable (señaladamente, en el caso de la contratación de consumo).

Esta tercera Parte se cierra con el Capítulo IX ("A modo de conclusión: la pluralidad de regímenes de retraso aplicables en función del tipo de contratación"), de carácter sintético y extensión mucho más reducida que los otros, en el que, de manera conclusiva, se expone la conveniencia de distinguir el régimen de retraso a aplicar en función de si estamos ante contratación entre particulares, comercial o de consumo; atendiendo, por tanto, a la presencia o ausencia del contratante profesional en la relación. Y, siguiendo esta división, se esquematizan las soluciones en torno al retraso, en cada uno de estos escenarios, desde un triple enfoque: el Derecho vigente, los mecanismos propuestos en los distintos instrumentos de modernización, y las propuestas realizadas por la autora. Bien visto, este último Capítulo sirve casi como una suerte de "manual rápido" sobre las distintas soluciones y análisis ofrecidos a lo largo de toda la obra, por lo que se convierte en un recurso útil si se pretende conocer sin excesivo detalle el régimen aplicable en cada uno de estos casos, lo que se propone en uno u otro instrumento, o las soluciones propuestas para los problemas presentados.

Terminada su lectura, puede decirse que las principales conclusiones de la obra son las siguientes: las iniciativas de modernización del Derecho de obligaciones y contratos han introducido un nuevo paradigma de incumplimiento y retraso, en línea con una buena parte de la doctrina española; se considera que la interpretación más ajustada al sentido de nuestras normas es la de que sólo el retraso constitutivo de mora tiene eficacia indemnizatoria, sin negar la posible eficacia a otros efectos del retraso simple; se ha de seguir distinguiendo entre mora y retraso, también en el marco de los textos modernizados; el *Nachfrist* es un instrumento muy útil para reducir la inseguridad jurídica de las partes y la litigiosidad, pero no llega a resolver por completo los problemas del artículo 1124 CC; *Nachfrist* y mora, aun con un buen número de puntos en común, no son figuras equivalentes -por el contrario, ambas pueden usarse de manera complementaria, para lo cual se propone un mecanismo híbrido-.

El libro ofrece, sí, un relato que puede seguirse linealmente; y es probablemente así como adquiere su mayor coherencia y completud. Pero ello no impide la lectura separada de sus distintas Partes y Capítulos; en particular, a los efectos de consultar, por ejemplo, la posición jurisprudencial actual en torno al retraso resolutorio, el régimen general de la mora en nuestro ordenamiento, el análisis de algún texto modernizador en particular, el completo estudio que del *Nachfrist* se realiza en el Capítulo VII, o el esquema general sobre los distintos regímenes de retraso en función del tipo de contratación desde la perspectiva ofrecida en el último Capítulo.

Ciertamente, dado lo amplio del tema, otras cuestiones podrían abordarse. Por ejemplo, no se dedica un apartado propio a las consecuencias indemnizatorias del retraso, aunque se incide en ello en muchas ocasiones -es, sin duda, un aspecto que merecería una obra completa, y, de hecho, la misma autora tiene alguna publicación independiente sobre el tema-. De igual modo, es constante la referencia a las obligaciones de origen contractual, en detrimento de aquéllas de origen ajeno al contrato; pero ello está más que justificado atendiendo al enfoque de la obra -no en vano, muchos de los mecanismos que se tratan adquieren su funcionalidad en este contexto-.

En suma, se trata de un trabajo, como se ha dicho, profundo, exhaustivo y complejo, pero resuelto con claridad y con la solvencia que aporta el manejo de las numerosas y variadas fuentes utilizadas. Es una obra que bucea en las raíces de nuestras instituciones, pero también en otros sistemas, con las dificultades que ello conlleva; máxime, cuando se trata de figuras que, ya de por sí, resultan, a menudo, confusas. Y que, a la vez, analiza detalladamente, delimita, y da sentido a las propuestas imperantes en las nuevas tendencias del Derecho de obligaciones y contratos; y pone, por último, todo ello en relación, aportando ideas sobre su

posible coordinación, con el objeto de resolver problemas existentes en nuestro ordenamiento.

Es, además, un trabajo valiente, al defender el uso de ciertas instituciones y ciertas líneas de interpretación ya abandonadas por la doctrina mayoritaria; y lo hace, además, defendiendo su utilidad en el seno de un sistema de incumplimiento absolutamente modernizado. Es inevitable, en este punto, volver a referirme al prólogo de la obra, pues en él se lee que el "tremendo mérito" de esta obra radica en que "es capaz de mostrarnos perfiles nuevos de instituciones viejas"; algo que suscribo tras su lectura, y que hace a esta obra merecedora de ocupar estas páginas y, en suma, de ser recomendada a cualquier lector interesado en alguna de las muchas cuestiones que, de manera brillante y sumamente original, se tratan en la misma.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Del Campo Álvarez, B.: *Nulidad parcial en los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, 248 pp.

En el año 2021 salió publicada, por la reconocida editorial jurídica Thomson Reuters Aranzadi, una monografía de Borja del Campo Álvarez que lleva por título *Nulidad parcial en los contratos.*

La investigación, con un total de 256 páginas, constituye el resultado de la tesis del autor, quien defendió su trabajo doctoral el 26 de marzo de 2021 en la Universidad de Bolonia y en cuyo tribunal tuve el honor de participar como miembro. La ceremonia tuvo que desarrollarse en formato telemático, habida cuenta de las circunstancias provocadas por la pandemia de COVID-19. Sin embargo, ello no impidió que el acto estuviese marcado por la solemnidad propia de los eventos académicos y revestido, a su vez, de cierta historicidad, dado el extraordinario contexto del momento.

Gracias a la beca del Real Colegio de España, idéntica distinción que yo mismo disfruté en su día, el autor realizó su doctorado en régimen de cotutela internacional bajo la dirección de mis colegas y amigos, el Prof. Durán Rivacoba, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo y autor del bellísimo prólogo que acompaña a esta obra, y el Prof. Al Mureden, Professore Ordinario di Diritto Civile dell´Università di Bologna. Tras casi tres años de esfuerzo y dedicación, el Dr. Del Campo Álvarez, hoy profesor de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, obtuvo con este trabajo la máxima calificación y la propuesta de premio extraordinario.

La nulidad parcial en el contrato es un tema muy interesante para el Derecho Civil, ya que entronca con la teoría general del contrato y las clásicas discusiones doctrinales acerca de las categorías de validez y eficacia, algo que el autor trata, con acierto, de ordenar y sistematizar. Son materias, todas ellas, que pueden adolecer a priori de cierto clasicismo pero que, de una forma u otra, plantean en la actualidad interrogantes que aún no han sido resueltos de forma satisfactoria.

Es, por otra parte, innegable el vínculo entre la nulidad parcial y la problemática de las cláusulas abusivas, algo que ha generado gran controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, nacional e internacional, más reciente. Ello justifica, en su integridad, el presente estudio. En este sentido, las conclusiones alcanzadas pueden ser muy útiles desde una perspectiva práctica, más allá de una mera teorización cuya necesidad no tampoco puede ocultarse.

El título de la monografía, sin engaños y evocador desde el principio, da paso a una investigación seria y exhaustiva en cinco capítulos sobre una categoría, la nulidad parcial, escasamente tratada en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro país. Así, son contados los estudios de autores y las sentencias del Tribunal Supremo español sobre la materia. Algo que, como muy bien señala el autor, difiere de lo que sucede en ordenamientos jurídicos como el italiano o el alemán, entre otros, en los que la nulidad parcial se encuentra perfectamente incardinada en sus normas de Derecho Privado. Ello invita, por consiguiente, a que la nulidad parcial del contrato sea estudiada con detenimiento y atención, como es el caso, al tratarse de un tema dotado de complejidad y actualidad.

Se observa pues como el objetivo primordial es hacer un estudio pormenorizado de la nulidad parcial contractual en el ordenamiento jurídico español. Consecuentemente, a lo largo del trabajo objeto de esta recensión, dicha finalidad se consigue a través del examen de su origen, su fundamento y su aplicabilidad práctica. El autor hace descansar el análisis de la cuestión mediante una exegesis inicial aclaratoria sobre las categorías de validez y eficacia, para iniciar a continuación un proceso de conceptualización de la nulidad parcial del contrato en cuanto tal, así como su fundamento, finalidades y consecuencias.

No se puede negar que se trata de una investigación ambiciosa, pues hace un prolijo repaso de las diferentes teorías doctrinales nacionales e internacionales sobre la nulidad parcial, con especiales referencias a autores italianos con motivo del marcado origen e influencias de la normativa y jurisprudencia italiana sobre esta categoría. Aparte de contar con un rico aparato bibliográfico, el trabajo recorre la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del concepto, admisibilidad y alcance de la nulidad parcial del contrato en el ordenamiento jurídico español. Con el fin de enriquecer el estudio se analizan también los pronunciamientos más recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre cláusulas abusivas y la doctrina *blue pencil,* directamente relacionada con la nulidad parcial.

Es innegable la conexión existente entre el Derecho del Consumo y esta institución. Esta investigación no es ajena a esa realidad y es por ello por lo que también se examinan todos los aspectos relacionados con esa rama del Derecho Privado. La monografía concluye con una sugerente propuesta de *lege ferenda* que, bajo la inspiración de normas como la italiana y teniendo muy presentes los criterios jurisprudenciales, tiene como fin integrar en el ordenamiento jurídico español una regla general sobre la nulidad parcial contractual.

En un ejercicio propedéutico, en el capítulo primero de la monografía, con un perfil quizás más introductorio, se realizan unas consideraciones generales sobre la validez y la eficacia negocial. Concretamente, se muestra una visión panorámica sobre las categorías de validez y eficacia en el ordenamiento jurídico español. Se trata de un apartado muy enriquecedor para el lector y cuya ausencia hubiera devaluado el excelente resultado que en su conjunto alcanza esta monografía.

En el segundo capítulo del trabajo se concentra el grueso de la investigación. A lo largo de este bloque, quizás el más extenso, se realiza un estudio integral del fenómeno de la nulidad parcial contractual en el ordenamiento jurídico español. Se hace referencia al marco jurídico del tema de fondo y se apuntan una serie de precisiones terminológicas en absoluto desdeñables. No se obvia ningún punto clave y, brillantemente, se resuelve todo lo relativo al fundamento y a la determinación del contenido del contrato, lo que lleva inexorablemente al estudio del sistema de fuentes normativas y a consideraciones muy bien fundadas sobre el parámetro de parcialidad.

En el tercer capítulo se evalúan las consecuencias jurídicas de la nulidad parcial en el contrato. Se estudia la responsabilidad precontractual derivada de estos supuestos y la integración del contrato, con una breve referencia como ejemplificación a la integración de cláusulas abusivas. Se hace, a su vez, una contraposición entre la nulidad parcial y la nulidad total, haciendo un recorrido por la tipología de normas aplicables para su distinción y las diferencias existentes entre ellas.

En el cuarto capítulo se materializa un aporte jurisprudencial de suma trascendencia, pues recopila la jurisprudencia más significativa sobre nulidad parcial en los contratos. Por un lado, se analizan los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes del Tribunal Supremo respecto a su admisibilidad, concepto y fundamento, sin dejar de lado algunos supuestos más específicos enjuiciados por los jueces y tribunales españoles. De otro, se estudia también los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la nulidad parcial y la célebre doctrina *blue pencil*. Se trata, sin margen alguno para la duda, de una de las secciones más atractivas de la investigación, gracias a su novedad y a su manifiesta profusión.

En el último capítulo se aborda la nulidad parcial del contrato en el Derecho del Consumo. De tal forma y manera que se estudia la conexión entre la nulidad parcial y las principales reglas de protección al consumidor. Finalmente, cumpliendo con uno de los objetivos que toda buena investigación jurídica debe contemplar, se hace una propuesta de *lege ferenda* tras un estudio panorámico de los instrumentos de *soft law* y europeos aplicables a la nulidad parcial. En definitiva, se trata de una propuesta que valora y defiende la integración en el ordenamiento jurídico español una regla general, por ahora inexistente, sobre la nulidad parcial en el contrato.

La recensión que ocupa estas páginas de Actualidad Jurídica Iberoamericana no puede ser más que positiva, por todo cuanto aquí se ha manifestado. Se trata de un completo y enriquecedor estudio de la institución jurídica a que se refiere. Huelga señalar que esta obra será toda una referencia sobre la materia, si tenemos presente la falta de estudios y jurisprudencia sobre ella, así como de su innegable proyección práctica.

En suma, se trata de una monografía formalmente exquisita, con índice sencillo y clásico, ordenada y con una evidente claridad expositiva. El léxico empleado es técnico, pero a la vez asequible y se observa una palpable preocupación del autor por mantener un tono didáctico. Cabe reseñar también que cuenta con un vastísimo aporte de referencias doctrinales y jurisprudenciales. Da, en definitiva, una visión integral y actual de la nulidad parcial en los contratos. Por todo ello, en conclusión, considero que la presente obra merece un espacio en esta revista que tengo el honor de dirigir, como Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE).

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

EXTREMERA FERNÁNDEZ, B.: *La carga de mitigar el daño*, Dykinson, Madrid, 2022, 308 pp.

Si bien es cierto que la responsabilidad civil es un tema que puede considerarse clásico, la presente obra trata sobre una cuestión que resulta ciertamente novedosa en el Derecho español: la mitigación del daño. Esta obra, que muestra los resultados de la tesis doctoral de la autora, versa sobre la atenuación del perjuicio; figura que se encuentra ampliamente reconocida en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno -como el alemán o el italiano, así como en los sistemas en los que rige el «common law»-, pero que, en España, de momento, no cuenta con un gran recorrido legislativo. En efecto, mientras que en aquellos otros sistemas la mitigación del daño se encuentra aceptada con carácter general, en nuestro Derecho únicamente se prevé en cierta legislación especial. Sin embargo, esto no viene a significar que la carga de mitigar el daño no sea relevante en nuestro sistema jurídico, por el contrario, esta figura cada vez tiene un mayor reconocimiento en

la mayoría de los textos supranacionales y también se encuentra presente en los Proyectos de reforma del Código Civil elaborados por la Comisión General de la Codificación y la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Asimismo, lo anterior tampoco ha supuesto impedimento alguno para que el Tribunal Supremo reconozca la mitigación del daño para supuestos en los que la figura no se encuentra expresamente regulada. Todo ello pone de relieve la necesidad de abordar la monografía que tengo el placer de recensionar, que ofrece un estudio completo y en profundidad de la carga de mitigar el daño.

En lo que respecta a la autora, es Doctora en Derecho civil por la Universidad de Alicante y en la actualidad desempeña su labor investigadora en esta misma Universidad como Profesora Ayudante LOU. En la actualidad, forma parte de los Grupos de Investigación de Responsabilidad civil y Derecho y Nuevas Tecnologías.

La obra inicia con el prólogo del profesor Juan Antonio Moreno Martínez, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alicante, experto en responsabilidad civil. Además, el profesor Moreno Martínez también ha trabajado en la carga de mitigar el daño y así se demuestra del prólogo tan bien detallado, que impulsa la lectura de la monografía.

Por lo que se refiere al cuerpo del trabajo, la autora empieza con una introducción en la que se destaca la necesidad de analizar el comportamiento de la víctima no solo durante la producción del daño, sino también en un momento posterior. Y ello con la intención de establecer límites, deberes y cargas que fijen el resarcimiento con una mayor seguridad jurídica. Asimismo, en este capítulo introductorio advierte el motivo por el cual se abandona la habitual nomenclatura de la figura como «deber de mitigar el daño», para así ajustarse a la verdadera naturaleza jurídica de la figura: una carga.

El primer capítulo está dedicado a los antecedentes históricos de la mitigación del daño. En este momento, la autora sitúa el origen de la figura en el Derecho romano, dejando a un lado la tendencia doctrinal mayoritaria que la sitúa en el Derecho pandectístico. A continuación, se analiza la atenuación del perjuicio en los textos de Domat y Pothier, que desarrollaron la figura; sin embargo, estas referencias no fueron trasladadas al Código Civil francés y, consecuentemente, tampoco al español. Por el contrario, el Código de Comercio sí que encontró referencias indirectas a la mitigación del daño en lo que a la navegación marítima se refiere. Paralelamente, en este mismo capítulo se ha estudiado el origen de la mitigación del daño en los sistemas de «common law», que son aquellos en los que la figura cuenta con un mayor desarrollo. En estos, la mitigación del daño ya era aplicada en sentencias que datan del siglo XVII, aunque su mayor desarrollo se encuentra a partir del caso «British Westinghouse electric and manufacturing

Company v. Underground electric railwaiys Company of London», de principios del siglo XX.

En el segundo capítulo, la autora realiza un verdadero estudio de Derecho comparado entre los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, así como de otros más lejanos. Todo ello, como se advierte en las cuestiones preliminares, con el fin de ofrecer posteriormente soluciones en el Derecho español, basadas en el reconocimiento que se hace de la figura en aquellos otros sistemas. El primero de los analizados es el Derecho alemán, en el que la mitigación del daño se encuentra expresamente recogida y de manera general, junto con otras figuras similares, en un precepto de su propio Código Civil. A continuación, se estudia el Derecho italiano que, en un sentido similar al alemán, recoge la mitigación del daño. Sin embargo, el reconocimiento de la figura en su Código Civil no es expreso, sino que requiere de una interpretación extensiva de la carga de evitar el daño (figura con la que la mitigación guarda grandes similitudes). Asimismo, se profundiza en el estudio de los sistemas de «common law», en concreto, en Estados Unidos y Reino Unido por ser estos los que cuentan con un mayor desarrollo de la figura en cuestión a través de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Del mismo modo, también se analiza el Derecho francés, cuya característica más destacable es que es el único sistema jurídico que rechaza de manera absoluta la aplicación de esta figura. Finalmente, se completa el Capítulo dedicado al Derecho extranjero con el análisis de la situación existente en otros países que, o bien no son tan cercanos a nuestro ordenamiento jurídico, o bien, siendo cercanos, no cuentan con un amplio reconocimiento de la mitigación del daño.

En lo que respecta al capítulo tercero, la autora lo dedica a la delimitación conceptual de la figura, así como a la determinación de los elementos caracterizadores de la misma. En primer lugar, el capítulo empieza abordando el estudio de los elementos definitorios de la mitigación del daño, a la vez que distingue la atenuación del perjuicio de otras con las que puede causar confusión -a saber, el deber de evitar el daño, el de no agravarlo y la culpa exclusiva de la víctima y la concurrencia de culpas-. De todo ello, se extrae que la mitigación del daño goza de autonomía propia respecto de aquellas otras figuras, cuestión que no es del todo pacífica en la doctrina, dado que la suele incardinar en la evitación del daño.

Seguidamente, la autora aborda la naturaleza jurídica de la mitigación del daño que, como ya había adelantado en el capítulo introductorio, la considera una carga y no un deber, al no ser jurídicamente exigible.

Tras ello, se detiene en los motivos por los que la figura debe tener una aplicación generalizada en el ordenamiento jurídico español, a pesar de no contar con un precepto que así lo reconozca expresamente. A tales efectos, la autora

se detiene, en primer lugar, en el principio de buena fe, que es el fundamento al que acude la posición mayoritaria de la doctrina. A continuación, esta aborda la causalidad jurídica o imputación objetiva como el entronque jurídico principal de la mitigación del daño. Para ello, la autora aporta una novedosa perspectiva en la que parte de una distinción, fundamentándose en los postulados de POTHIER, del daño base y del daño mitigable. A este respecto, considera que el daño mitigable supone un nuevo curso causal, distinto al del daño base, que no puede ser imputable al agente del daño por no ser una consecuencia necesaria de su actuación. Finalmente, la autora se adhiere a una postura intermedia, en la que considera que el entronque principal de la mitigación del daño es la imputación objetiva, pero que también lo es el principio de buena fe, por ser un principio ulterior a todo el ordenamiento jurídico.

Asimismo, se determina la función de la atenuación del perjuicio -limitar el desaprovechamiento de los recursos y la extensión del daño-, así como el ámbito de aplicación de la figura. Al respecto de esta última cuestión, la autora determina que la carga no puede ser exigida ante cualquier situación, sino que únicamente se puede exigir cuando existe un requerimiento del perjuicio producido. Del mismo modo, también se determina que sí que cabe la aplicación de la carga cuando intermedia dolo en la causación del perjuicio por parte del agente del daño.

Por último, en lo que a este capítulo se refiere, se determinan los sujetos sobre los que recae la carga de mitigar el perjuicio sufrido, que pueden ser tanto la víctima del hecho dañoso, como sus herederos. Por ello, la autora considera acertadamente que la atenuación del perjuicio recae sobre el acreedor de la indemnización y que debe utilizar todos los medios que estén a su alcance para mitigar el daño. Ahora bien, ello no impide que, si un tercero atenúa el perjuicio, a pesar de no estar obligado, esta limitación se deberá tener en cuenta en el momento de la determinación del resarcimiento.

El capítulo cuarto profundiza en todos aquellos preceptos que han regulado la mitigación del daño en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el seno del Derecho supranacional, como a nivel interno. Asimismo, también analiza detenidamente todas aquellas propuestas que pretenden la incorporación de la figura en diferentes ámbitos (en el Código Civil español o en la compraventa europea), así como la modificación de la misma en aquellos sectores en los que ya venía siendo contemplada (el contrato de seguro). Este capítulo finaliza con una muy acertada propuesta de «lege ferenda» de la autora, que pretende la incorporación de la mitigación del daño en nuestro Código Civil de manera generalizada. A tales efectos, toma en consideración las posibles situaciones que puedan suscitarse en cuanto a este reconocimiento generalizado.

Por su parte, el capítulo quinto se divide en dos partes claramente diferenciadas: por un lado, la delimitación de las medidas de mitigación, así como la distinción de otras que pueden resultar afines; por el otro, la determinación del estándar de exigibilidad. En lo que a las medidas de mitigación se refiere, la autora, en un primer momento, define qué debe entenderse por medidas de mitigación, para posteriormente abordar las diferentes tipologías existentes en atención a la finalidad que se pretende con su adopción. Entre todas ellas, cabe destacar las medidas curativas o de sanación y las laborales, por la especial complejidad en su aplicación, así como las medidas sustitutivas, entre las que se encuentra el negocio de reemplazo, por ser la medida mitigadora más extendida, además de ser la única que cuenta con regulación propia en nuestra legislación especial. Finaliza el estudio de estas medidas con la distinción de otras que pueden resultar afines, pero que no se incardinan entre las medidas de atenuación, tales como las medidas preventivas o las omisivas.

Por lo que respecta al estándar de exigibilidad, la autora advierte que no cualquier medida de mitigación puede ser exigible en aras de la mitigación del daño, sino que únicamente se aplicarán los efectos de la misma si esta resulta ser razonablemente exigible. Ahora bien, tal y como advierte la autora, una medida mitigadora no puede ser calificada abstractamente como razonable, sino que se deberán tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el momento de producción del daño, pero con carácter previo a la adopción de las medidas de mitigación como, por ejemplo, la información de la que disponía la víctima o el precio en el mercado de los bienes.

El último capítulo de la obra inicia con un estudio general del principio de reparación íntegra del daño, a los fines de mostrar la conciliación entre este y la atenuación del perjuicio. Asimismo, también analiza el principio «compensatio lucri cum damno» a los efectos de delimitar sus características principales y, posteriormente, aplicar sus premisas en la atenuación del perjuicio. A continuación, la autora procede a la determinación de los principales efectos de la mitigación del daño: por un lado, el resarcimiento de las pérdidas no evitables (o en términos de la propia autora, el daño base) y la exclusión de la indemnización del daño que podría haber sido atenuado; por el otro lado, el resarcimiento de aquellos gastos que deriven de la adopción de las medidas de mitigación. Esta última cuestión es abordada desde una perspectiva ciertamente novedosa, en cuanto que la autora defiende que los gastos deben ser resarcibles, aun cuando los mismos no hayan sido efectivamente abonados.

Para finalizar con el estudio monográfico, la autora determina una serie de reglas o límites que, por su mera existencia, suponen la exclusión de la aplicación de la carga en cuestión. Sirva de ejemplo, que la víctima no está obligada a poner

en riesgo su propia vida o reputación moral o comercial, ni tampoco la de terceras personas; tampoco se considerarán medidas mitigadoras razonables aquellas que la víctima no pueda asumir por su propia condición económica o por ser excesivamente arriesgadas; o, por último, que sean medidas extraordinariamente desproporcionadas o gravosas para el acreedor de la indemnización.

En definitiva, estamos, por tanto, ante una obra que aborda un tema verdaderamente novedoso y de gran relevancia. Así es, el estudio monográfico que recensionamos constituye la primera obra que se dedica con carácter exclusivo y completo al estudio de la mitigación del daño en nuestro ordenamiento jurídico y que, sin lugar a duda, constituye un estudio monográfico de referencia en lo que a la atenuación del perjuicio se refiere. Por todo ello, recomiendo la lectura de la obra, la cual resultará de un trascendente interés, tanto para la doctrina, como para la práctica jurídica ante los tribunales.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Los "matrimonios de conveniencia" en España. Práctica doctrinal, jurisprudencial y registral*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 198.

Un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que tiene bastante importancia en España es el problema de los denominados "matrimonios de conveniencia". Mediante este tipo de enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, asumir los derechos y las obligaciones que derivan del matrimonio, fundar una familia basada en el matrimonio, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y, generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos de regularizar su estancia en el país o de obtener de forma más fácil la nacionalidad del que aparecerá "formalmente" como su cónyuge. Al fin y al cabo, uno de los objetivos que se persiguen con un matrimonio der conveniencia es obtener los derechos propios del estado de casado sin las

obligaciones que de esto deriva (por ejemplo, una pensión de viudedad tras la muerte del cónyuge o el arrendamiento de una vivienda). También existen beneficios en materia de Derecho de la nacionalidad o de la extranjería, como aquél en el que un español contrae matrimonio con un extranjero con el fin de que dicho extranjero pueda obtener una autorización para residir en España o para conseguir la nacionalidad española, sin que ninguno de los cónyuges pretenda llevar a cabo un proyecto de vida en común. Por lo tanto, son una forma de fraude a las normas españolas de Extranjería y Nacionalidad.

El interés del tema viene motivado por la gran cantidad de matrimonios mixtos que se vienen celebrando en España, en los últimos años. Entre los meses de enero y junio de 2020 (últimos datos disponibles), el 21,5% de los matrimonios registrados en España fueron mixtos, es decir, entre un cónyuge español y otro extranjero. En el 83% de los matrimonios en los que intervino un extranjero en ese periodo de tiempo de 2020, su cónyuge era español.

Sólo en el año 2019 se declaró la nulidad matrimonial de 75 matrimonios. En este sentido, también la denegó, para el mismo año, en torno a más de 350 solicitudes que autorizaban para la celebración de matrimonio civil, en los que al menos un cónyuge era extranjero. La Dirección General del Registro y del Notariado (en adelante, DGRN –hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública-) revisó más de 283 expedientes recurridos por parejas a las que no se les permitió inscribir su boda celebrada en el extranjero o que no obtuvieron autorización para casarse al constatarse "datos objetivos" que apuntaban a "la ausencia de consentimiento matrimonial", rechazaban casos que se entendían que eran "matrimonios simulados", con los que se buscaba, fundamentalmente, acelerar la adquisición de la nacionalidad española, obtener un permiso de residencia o lograr la reagrupación familiar.

Se han pronunciado los tribunales en repetidas ocasiones durante los últimos años, determinando los requisitos formales que se deben dar para que un matrimonio tenga eficacia legal y no sea declarado nulo o viciado por intenciones ocultas que pretenden obtener ciertos beneficios de carácter administrativo para uno de los cónyuges.

Partiendo del estudio acerca del auge de los matrimonios de conveniencia, en *Los "matrimonios de conveniencia" en España, Práctica doctrinal, jurisprudencial y registral* se concretan los requisitos para que un matrimonio sea válido en España, qué se entiende por "matrimonio de conveniencia", para así, poder detenernos en el examen de los indicios de todo "matrimonio de conveniencia", las posibles formas de combatirlos (en el Derecho español y en Derecho comparado), así como el control registral y judicial de la validez de estos matrimonios; finalmente, se hace hincapié en los efectos de estos matrimonios; además, se completa la obra con

varios Anexos que recogen un supuesto práctico, un cuestionario de evaluación, la normativa de referencia y un dossier con las preguntas que, habitualmente, se formulan a la hora de tramitar expedientes matrimoniales).

En definitiva, nos encontramos ante una obra de evidente interés, eminentemente práctica y con una notable claridad expositiva. Su lectura ha sido un placer y no cabe sino felicitar al autor.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *El intercambio de datos de carácter personal como paradigma del desarrollo de una economía global. Desde la óptica del Derecho internacional privado,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Tengo el placer de reseñar la obra *El intercambio de datos de carácter personal como paradigma del desarrollo de una economía global. Desde la óptica del Derecho internacional privado*, monográfica del Profesor Titular de la Universidad Miguel Hernández de Elche, Dr. Alfonso Ortega Giménez, quien se ha convertido en los últimos años en un referente de la doctrina española sobre estos temas tan relevantes que identifican a las relaciones socio jurídicas en la actualidad.

Repasando las múltiples contribuciones del profesor Ortega Giménez en esta materia puedo constatar que la presente obra es el resultado de una investigación madura y actualizada, a tono con los cambios más importantes que han influido en la protección de los datos personales en el marco de la transferencia internacional

de datos. Por un lado, nos acerca a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) más importantes sobre esta materia; y por otro, lleva al lector a valorar los efectos derivados del Brexit en las relaciones privadas internacionales establecidas en torno a las transferencias internacionales de datos personales con un Estado que hoy ya no es miembro de la UE.

El objeto de estudio de la obra se circunscribe a la responsabilidad civil extracontractual derivada de la transferencia internacional lícita de datos de carácter personal y desde una perspectiva muy concreta: la que proporciona el Derecho internacional privado.

Las cuestiones que atañen al estudio de la desprotección que sufre el titular de los datos personales frente a las transferencias ilícitas de carácter internacional ha sido objeto de investigación por el autor durante los últimos 15 años. Recordemos que su Tesis de Doctorado (Universidad de Alicante, 2014) ya puso sobre la mesa una importante investigación que proyectó algunas de las soluciones jurídicas que, posteriormente, fueron introducidas en la normativa europea sobre protección de datos personales (Reglamento Europeo 206/679).

Dicho esto, y sin entrar detalladamente a cada apartado de la obra a fin de no privar a futuros estudiosos del tema de la oportunidad de leerla, quisiera destacar algunas cuestiones que ameritan esta reseña y que ponen de manifiesto la importancia de este trabajo. Trabajo que, como otros del autor, pasará a formar de los "clásicos" sobre la materia y servirá de referencia tanto para los investigadores, como para los profesionales del Derecho, quienes encontrarán en la misma una herramienta de gran utilidad.

Entre las cuestiones que destacan de la obra están la sistematización y la estructura de los contenidos a modo de trabajo de investigación; lo que se agradece por el lector, ya que proporciona un índice lógico de temas que parte con una Introducción en la que deja claramente planteado el objeto de estudio (la responsabilidad extracontractual derivada de una transferencia internacional de carácter ilícito) y la metodología empleada para llevarlos a cabo el estudio. Ello a *priori* ya denota que estamos ante una investigación de gran calado.

A partir de ahí, en el Capítulo1 (Aproximación conceptual de las transferencias internacionales de datos de carácter personal) se definen cuestiones claves como son: el concepto de transferencia internacional de datos de carácter personal; los sujetos que participan y los tipos de transferencias que pueden producirse; así como el papel de las Autoridades de control del tratamiento transfronterizo de datos para luego abordar una tema de rabiosa actualidad relativo al Brexit y la incidencia que ha tenido en el proceso de transferencia internacional de datos personales. Por último, este capítulo cierra con el planteamiento de tres "supuestos

tipo" los cuales representan situaciones de la realidad práctica que reflejan las dificultades que encuentra una persona cuyos datos personales han sido objeto de una transferencia internacional ilícita de naturaleza extracontractual para lograr su protección.

El Capítulo 2 (Aproximación normativa a las transferencias internacionales de datos de carácter personal) parte del estudio del régimen interno español para luego analizar la forma en que se regula por el Derecho de la Unión Europea; ello conduce al estudio de los distintos tipos de cláusulas y es aquí donde el autor aprovecha la ocasión para analizar el gran impacto de la jurisprudencia europea en este ámbito, con la Sentencia "*Schrems II*" (STJUE de 16 de julio de 2020, Asunto C-311/18) que recae sobre las transferencias internacionales de datos protegidos por normas europeas a terceros Estados, como es el caso de Estados Unidos. Este epígrafe dota de actualidad el estudio dado que se adentra en los antecedentes de este pronunciamiento (Sentencia *Schrems I*) y sus implicaciones, para cerrar con una propuesta clara: la necesaria creación de un nuevo marco normativo que proteja la transferencia internacional de datos personales un entorno "trasatlántico".

Los Capítulos 3 y 4 de la obra nos llevan de la mano del Derecho internacional privado para resolver los supuestos tipos planteados en el Capítulo 1. Así, en primer lugar, se analizan los mecanismos jurisdiccionales de resolución de controversias derivadas de una transferencia internacional de datos partir de la determinación de los Tribunales competentes; la aplicación de los foros previstos en la normativa y los problemas prácticos vinculados a éstos. Ante la carencia del sistema, analizado y criticado por el autor, se hace una propuesta de *lege ferenda* que pueda cubrir la falta de una regla de competencia judicial internacional en esta materia (Capítulo3).

Seguidamente el autor se adentra en el estudio de las reglas de determinación del Derecho aplicable a la protección del titular de los datos derivada de una transferencia internacional ilícita. En esta parte da cuenta de las lagunas normativas y de las carencias del sistema para hacer una nueva propuesta de *lege ferenda* con la finalidad de que se configure en el sistema español de Derecho internacional privado una norma de conflicto materialmente orientada a la protección de datos de carácter personal en el marco de una transferencia internacional de naturaleza ilícita (Capítulo 4).

Las conclusiones (siete en total) reflejan de forma clara la conexión con el objeto de estudio y denotan la necesidad de modificar las normas de Derecho internacional privado en esta materia, de acuerdo con los nuevos tiempos marcados por una economía global. Tanto en el sector de la competencia judicial internacional, cuanto en el del Derecho aplicable son necesarias nuevas normas que respondan y protejan a los titulares de los derechos sobre los datos personales

que son objeto de transferencia internacional y esa es la propuesta que nace del estudio realizado por el autor.

Por último, me resta recomendar esta obra al mundo jurídico a la vez que felicitar al profesor Ortega Giménez por proporcionar una mirada actualizada y acorde con los nuevos tiempos con respecto a la primera y gran investigación con la que inició sus pasos en el mundo académico y que hoy le sitúan como referente en esta materia.

Lerdys S. Heredia Sánchez
Profesora Ayudante de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche.

CERVILLA GARZÓN, Mª. D. y ZURITA MARTÍN, I. (dirs.): *Vivienda y colectivos vulnerables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, 567 pp.

Bajo el título de "Vivienda y colectivos vulnerables" aparece publicada la segunda obra colectiva que se realiza en el marco de los trabajos de la "Red de Vivienda Familiar" (acrónimo: REDVIFAM), sabiamente dirigida y liderada por las profesoras Cervilla Garzón y Zurita Martín, de la Universidad de Cádiz.

Si en aquella primera obra, *La vivienda en las crisis familiares* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, dirigida por quien suscribe estas líneas), se abordó el destino de la vivienda familiar sobrevenida una crisis familiar que implique la finalización de la cohabitación de sus miembros (*rectius*, de la cohabitación de *todos* sus miembros), *Vivienda y colectivos vulnerables* (567 pp.) pretende, por su parte, ofrecer una visión completa y sistemática al lector del tratamiento jurídico de la vivienda en aquellos casos (tristemente, nada infrecuentes) en que residen en aquélla personas que, ora

por su situación de minoría de edad o de discapacidad, ora por sus circunstancias económicas, pueden ser consideradas *vulnerables*. La obra, cuya recensión es objeto de estas líneas, ha sido dirigida por las profesoras Cervilla Garzón y Zurita Martín, y coordinada por dos investigadores noveles, el profesor Nieto Cruz y Covadonga López.

En cuanto a la estructura de la obra, que recoge las contribuciones del Congreso homónimo que se celebró en Jerez de la Frontera los días 21 y 22 de octubre de 2021, cabe destacar que se compone de 26 capítulos en total, distribuidos del siguiente modo: los 12 primeros recogen las ponencias del referido Congreso, mientras que los 14 siguientes se corresponden con las comunicaciones presentadas en el mismo. En cualquier caso, limitaremos el análisis de la obra a los capítulos referidos a ponencias, por su mayor enjundia jurídica y también, especialmente, por su mayor extensión.

En este sentido, y por la importancia capital que el concepto de "vulnerabilidad" tiene en la obra colectiva, merece la pena comenzar con la exégesis del capítulo sexto ("Concepto de vulnerabilidad: análisis legal y constitucional"), llevado a cabo por la profesora Estellés Peralta. Podría decirse que el objetivo primordial del capítulo es el análisis legal del concepto de vulnerabilidad, su evolución y, de alguna manera, su incidencia y regulación en las distintas áreas incluida la relativa a la vivienda, así como la diversa tipología de colectivos y personas vulnerables. Como premisa y conclusión del mismo se puede afirmar que todos somos vulnerables de una u otra manera, ante determinadas situaciones si llegamos a encontrarnos expuestos a las mismas.

Aunque el discurso de la vulnerabilidad es cada vez más frecuente en la legislación y la jurisprudencia y en las convenciones y recomendaciones internacionales, su significado está aún lejos de ser unívoco y coherente. Por un lado, se ha ampliado la definición de los colectivos denominados "vulnerables" ante la necesidad de regular diferentes tipos de protecciones, y por otro, de manera contradictoria, no se quiere definir a estos colectivos de una forma estructural ni permanente. En consecuencia, conviene matizar que no es lo mismo estar expuesto a la vulnerabilidad por la sola razón de tener determinadas características, que ser en realidad vulnerable. La autora, tras el análisis de la legislación vigente, concluye que el concepto de vulnerabilidad de personas y colectivos sigue extendiéndose, y sostiene que el único colectivo no vulnerable a estos efectos sería el de hombres mayores de 36 años y menores de 64 años sin discapacidad, empleados y con rentas superiores a 24.318'40 euros, si se entiende que el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, se refiere al IPREM de 14 pagas.

Analizado el concepto de "vulnerabilidad", y retomando las ideas que expresábamos en un párrafo anterior, la obra contiene capítulos que versan sobre, fundamentalmente, 3 situaciones de vulnerabilidad, que se explicarán a continuación.

1ª) La vulnerabilidad derivada de la minoría de edad de alguna de las personas que residen en la vivienda

Desde este prisma, se aborda la protección que dispensa la vivienda familiar *ex* art. 96 CC a los menores de edad. Así, se refieren a esta cuestión:

a) En primer lugar, el capítulo segundo de la obra, que lleva por título "La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos", elaborado por la profesora Blandino Garrido. En su trabajo (en el que también aborda otras cuestiones, como luego explicaremos), la autora se adhiere a las críticas que ha recibido el art. 96 CC por parte de la doctrina, en tanto en cuanto contempla una asignación del derecho de uso al cónyuge custodio incondicionada y que se realiza con independencia de la situación económica del cónyuge titular (o cotitular) de la misma, no custodio de los hijos menores de edad. Así, la profesora Blandino Garrido defiende la necesidad de flexibilizar el rigor del art. 96 CC para no llegar a una situación de asfixia económica al progenitor titular de la vivienda que no sea el custodio de los hijos comunes menores de edad.

b) En segundo lugar, también se refiere a la vulnerabilidad derivada de la minoría de edad el capítulo tercero, "La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores", a cargo de quien suscribe estas líneas. En dicho capítulo, y frente a la concepción tradicional de que el art. 96 CC consagra la continuación habitativa del menor en la vivienda familiar, sostenemos que existen suficientes argumentos jurídicos como para desvirtuar esa idea, partiendo del hecho de que la atribución judicial únicamente entra en juego "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial", por lo que es posible atribuir la vivienda al cónyuge no custodio, siempre y cuando la necesidad alojativa de los hijos menores quede suficientemente garantizada.

Asimismo, también cuestionamos que sea la mejor solución, siempre y en todos los casos, que el menor permanezca en la vivienda familiar, especialmente si ello supone un grave sacrificio económico del progenitor titular (o cotitular) que no sea el custodio de los hijos menores, atendiendo tanto a factores económicos, como sociológicos. Desde el punto de vista de los primeros, es posible que haya una solución que suponga una mejor composición de intereses para los miembros de la familia (particularmente, si el progenitor custodio tiene una vivienda a su disposición que cubra de forma razonable la necesidad habitativa de los hijos),

pues, de ese modo, el progenitor no custodio podría continuar residiendo en la vivienda familiar y, con ello, ahorrar el importe de un alquiler que, a su vez, puede invertir en una mejor satisfacción de los alimentos debidos a sus hijos menores de edad.

Por su parte, y desde la perspectiva de los factores sociológicos, se ha pasado de un entorno físico a un entorno "virtual", en el que los menores de edad desarrollan sus relaciones a través de Internet, sin que sea imprescindible la concurrencia física en un mismo lugar, por lo que un cambio de vivienda (e, incluso, de colegio) no debe implicar *per se* la pérdida de amistades; pudiendo verse, *a sensu contrario*, como una oportunidad para aumentar el número de amigos y para pulir las habilidades relacionales y comunicativas, tan exigidas en el mercado profesional actual. Y, por último, también desde un prisma social, parece haber cierta inconsistencia entre el contexto actual de promoción de la autonomía de las personas con discapacidad y el hecho de circunscribir a los menores de edad (con independencia de su edad) a un entorno en el que se sientan seguros, sin salir de su zona de confort.

2ª) La vulnerabilidad derivada de la situación de discapacidad de alguna de las personas que residen en la vivienda

Es posible, de igual manera, que la vulnerabilidad provenga de la situación de discapacidad de la persona, la cual, de algún modo, puede impedirle el acceso a un empleo y, en consecuencia, limitar su autonomía e independencia económica. A esta cuestión se refieren, igualmente, diversos capítulos de la obra:

a) En primer lugar, el capítulo segundo de la obra, al que ya hemos hecho referencia, contiene también una mención a esta cuestión en su epígrafe VII, relativo a la necesidad de habitación de los hijos mayores de edad con discapacidad. En él, la profesora Blandino Garrido analiza el alcance de la reforma introducida en el art. 96 CC por la Ley 8/2021, valorando positivamente la novedad que supone la inclusión de la protección de los hijos mayores de edad con discapacidad en el precepto, al lado de la tradicional protección dispensada a los hijos menores de edad y al cónyuge no titular cuando su interés fuere el más necesitado de protección.

b) En segundo lugar, aborda esta cuestión, de forma más específica, el capítulo octavo de la obra ("El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC"), elaborado por el profesor García Mayo. Como hemos tenido ocasión de avanzar en el párrafo precedente, la modificación de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha dado una nueva redacción al art. 96 del Código Civil, no solo para referirse a las personas con discapacidad, sino para resolver o, al menos, intentarlo, algunos de

los problemas que había suscitado la aplicación de este precepto. El autor realiza en su trabajo diversas reflexiones en relación con el acierto o desacierto de los cambios introducidos. Si bien es cierto que la persona con discapacidad queda protegida con la nueva redacción en la línea en la que se venía pronunciando la jurisprudencia reciente, no lo es menos que el precepto todavía contiene algunos interrogantes. Así, no se concreta cuál es la naturaleza jurídica del derecho, lo que resolvería gran parte de los problemas; ni tampoco se resuelve satisfactoriamente el problema registral: el acceso al registro al que alude el art. 96.3 CC viene referido a la prohibición de disponer, pero no al contenido positivo del derecho de uso en sí. A este respecto, a juicio del profesor García Mayo, solo reconociendo la naturaleza real y permitiendo el acceso del contenido positivo de este derecho al registro, se protegería eficazmente a la persona vulnerable.

c) En tercer lugar, e igualmente relacionado con la discapacidad, encontramos el capítulo décimo, "Constitución del derecho de habitación del legitimario discapacitado", a cargo de la profesora Martos Calabrús, quien defiende la necesidad de este derecho como un medio para superar la limitación común a ciertas disposiciones testamentarias, destinadas a asegurar la permanencia en la vivienda del legitimario con discapacidad, consistente en la intangibilidad de la legítima. La autora desgrana, en su capítulo, las cuestiones que suscita este derecho, en particular: a) su concepto y características; b) su forma de constitución; c) los requisitos (tanto subjetivos como objetivos) que han de concurrir para que pueda constituirse; y d) por último, analiza la posible concurrencia del derecho analizado con otros eventuales derechos sobre la vivienda habitual del causante.

3ª) La vulnerabilidad económica de las personas que residen en la vivienda

Bajo este concepto amplio de "vulnerabilidad económica", podemos englobar una serie de capítulos referidos a la situación de precariedad económica de quienes habitan una vivienda (en cuanto falta de recursos para pagar el importe de la renta o para amortizar el préstamo hipotecario concedido para su adquisición).

a) Así, el capítulo primero, escrito por el profesor Adan Doménech y titulado "Problemas procesales del proceso de desalojo de ocupas y soluciones ante el lanzamiento", aborda la problemática derivada de la situación de ocupación de una vivienda, la cual se puede deber, bien a causa de necesidad, bien a fines lucrativos (mafias). Al hilo de esto, el autor analiza el nuevo proceso judicial introducido por la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, el cual trató de solucionar de una manera más eficaz el conflicto entre el derecho que tienen los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE), ante la constatación de que los cauces

procesales preexistentes en la vía civil no eran suficientes para procurar de forma rápida y efectiva el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles.

b) También es posible clasificar, dentro de los supuestos de vulnerabilidad económica, los casos que tienen que ver con las dificultades para el pago de préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de vivienda, así como las consecuencias que sobre la cuantía de las diferentes cuotas mensuales tiene el impacto de los índices de referencia.

A esta segunda cuestión, desde un punto de vista económico-financiero, se refiere el capítulo cuarto de la obra, "Préstamos hipotecarios: índice de referencia IRPH. Una visión jurídico-financiera", escrito por el profesor Climent Diranzo. La consideración como tipo de interés de los préstamos hipotecarios del índice de referencia IRPH, a raíz de la evolución negativa para el consumidor (si se compara con la de otros índices de referencia), ha generado múltiples reclamaciones judiciales, centradas principalmente en dos aspectos: la falta de transparencia y la abusividad. Así, en el capítulo se comparan el índice IRPH y el Euribor, tratando de determinar si existen diferencias de cálculo, composición y evolución que justifiquen la sustitución de uno por el otro. Además, tanto el Tribunal Supremo español como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han tratado de aportar luz, dando respuestas abiertas y poco concluyentes a las cuestiones planteadas. Por todo ello, sigue habiendo lagunas que están pendientes de despejarse y que pueden suponer, dependiendo de la decisión final considerada, un gran coste para las entidades de crédito o para el consumidor final.

c) Sin abandonar la cuestión relativa al pago de los préstamos hipotecarios, abordamos ahora el capítulo séptimo de la obra, "La protección equitativa del cónyuge vulnerable en el pago del préstamo hipotecario en situaciones de crisis matrimonial", realizado por el profesor Gálvez Criado. El autor parte, en su capítulo, de la disparidad de criterios existente en los tribunales a la hora de determinar cómo deben repartirse internamente los cónyuges la satisfacción del préstamo hipotecario concedido (generalmente) para la adquisición de la vivienda familiar, una vez que tiene lugar la disolución del régimen económico matrimonial que trae causa de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

Entre los criterios usados, destacan 3: a) los acuerdos entre los cónyuges; b) el régimen de titularidad del bien (en este caso, la vivienda) adquirido con el préstamo hipotecario; y c) el régimen de titularidad de la deuda. Sin embargo, la aplicación de uno u otro puede conducir, en ocasiones y especialmente cuando se recurre a la equidad interpretativa (art. 3.2 CC, primer inciso), a resultados diversos, generando con ello cierto menoscabo de la seguridad jurídica, por lo que el autor concluye que es deseable la fijación de criterios que puedan considerarse claros u objetivos.

d) Para cerrar este apartado de la vulnerabilidad económica, cabe hacer referencia a la especial situación de vulnerabilidad (intrínseca, podríamos decir) en que se encuentran las personas que no viven en una vivienda de titularidad propia, sino que lo hacen en concepto de arrendamiento. En línea de principio, y teniendo en cuenta que España sigue siendo, en buena medida, "un país de propietarios" (el 75'8% de los hogares tiene una vivienda en propiedad según la "Encuesta de Condiciones de Vida" del I.N.E. correspondiente al año 2021), las personas que viven de alquiler lo hacen, en la mayoría de los supuestos (dejando al margen los llamados "alquileres de lujo" y a las personas que prefieren vivir de alquiler por sus ventajas), a causa de su imposibilidad económica para procurarse una vivienda propia, bien por tener unos ingresos reducidos, bien por la volatilidad o incerteza de los mismos (lo cual comprometería seriamente el pago de una hipoteca). De ahí que hiciéramos referencia a la vulnerabilidad económica intrínseca de los arrendatarios, la cual puede verse sobredimensionada en ciertos casos que pueden conllevar, incluso, dificultades para el pago de la renta.

A esta cuestión se refiere, precisamente, el capítulo duodécimo de la obra, "La protección de la persona vulnerable en el arrendamiento de vivienda", elaborado por la profesora Rabadán Sánchez-Lafuente. En él, la autora examina ciertas medidas de protección favorables al arrendatario, contempladas tanto en la Ley de Arrendamientos Urbanos, como en otras leyes (RDL 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, Ley de Propiedad Horizontal y Ley contra la violencia de género). Asimismo, no falta en el capítulo, como no puede ser menos, una referencia a las medidas de protección adoptadas en favor del arrendatario a raíz de la pandemia por la COVID-19, que, como sabemos, ha provocado (o magnificado) una situación de vulnerabilidad económica en innumerables personas, las cuales, a resultas de vivir "al día", carecían de la libertad financiera suficiente como para, encontrándose sin trabajar (y, en consecuencia, sin ingresos), hacer frente al pago de las obligaciones derivadas de las necesidades económicas propias y de sus familias.

En otro orden de ideas, y para ir concluyendo, la obra cuenta con 3 capítulos referidos a ponencias (también relacionados con la vulnerabilidad) que no tienen un encaje claro en las categorías que hemos definido para estructurar, a efectos pedagógicos, el análisis del libro, a saber: a) el capítulo quinto ("Consentimiento 'informado' en la adquisición de una vivienda en propiedad y de los derechos de aprovechamiento por turno para uso turístico de bienes inmuebles"), realizado por el profesor Corral García; y b) los capítulos noveno ("Hacia una nueva configuración del derecho constitucional a la vivienda") y undécimo ("El derecho a la vivienda digna y la tutela judicial efectiva en los Tratados Internacionales"), a cargo de los profesores Garrido Mayol (el primero) y Pérez Daudí (el segundo),

que abordan cuestiones relacionadas con el derecho a una vivienda digna desde la óptica constitucional y procesal-iuspublicista, respectivamente.

Intuirá quien haya leído cuanto precede la absoluta necesidad editorial de una obra así, pegada por completo a la realidad social (sin la cual no se entendería), con una eminente visión práctica de los problemas que más inquietan a los españoles, abordados de manera exquisita desde un punto de vista técnico y proponiéndose soluciones de *lege ferenda* muy válidas y bien argumentadas jurídicamente, todo ello combinado con el tan manido análisis económico del Derecho, empleado en alguno de los capítulos que componen la obra para justificar desde un punto de vista económico la necesidad o procedencia (o todo lo contrario) de ciertas medidas legales.

Pedro Chaparro Matamoros
Prof. Contratado Dr. de Derecho Civil
Universitat de València